REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año C • Julio - Agosto • Núm. 810

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 C • Julio - Agosto 2025 • Núm. 810

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
Depósito legal: M. 968-1958
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 Pérez
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
Ex 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 y Mercantil

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*

GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: Las prohibiciones de uso y destino turístico acordadas por las comunidades de propietarios y su situación tras las reformas por LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia y por el RD 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de registro único de arrendamientos / *The prohibitions of use and tourist destination agreed by the communities of owners and their situation after the reforms by OL 1/2025, of 2 january, on measures in terms of efficiency of the public justice service and by RD 1312/2024, of 23 december, which regulates the single lease registration procedure* 1821

JIMÉNEZ RUIZ, Arantxa: Implicaciones prácticas del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, en el alquiler de habitaciones / *Practical Implications of Royal Decree 1312/2024, of December 23, on Room Rentals*..... 1869

QUESADA PÁEZ, Abigail: La falacia de la regulación del alquiler en España: cómo la ley de vivienda de 2023 agrava la crisis del mercado inmobiliario / *The fallacy of rent regulation in Spain: how the 2023 housing law worsens the real estate market crisis* 1905

DICTÁMENES Y NOTAS/ *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

VERCHER MOLL, Javier La capacidad de la sociedad de capital en liquidación y tras su extinción /*The capacity of the capital company in liquidation and after its winding-up*..... 1949

Págs.

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 1985

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— Crisis económica, atribución del uso de la vivienda familiar y pensión compensatoria / *Economic crisis, attribution of the use of the family home and compensatory pension*, por Mª Isabel DE LA IGLESIA MONJE 2055

1.2. Derecho de familia

— El necesario papel de los progenitores y centros docentes como entorno seguros ante el reto de las nuevas tecnologías (ia): análisis de la normativa europea y nacional actual y de futuro / *The necessary role of parents and schools as a safe environment in the face of the challenge of new technologies (ai): analysis of current and future european and national regulations,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 2073

1.3. Derechos reales

— Actualización de las relaciones de vecindad como limitación dominical: su ámbito y eficacia desde la jurisprudencia / *Update of neighborhood relations as a limitation on ownership rights: its scope and effectiveness according to case law,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2215

1.4. Sucesiones

— Nulidad testamentaria y juicio de capacidad de un testador con alzheimer: hechos y pruebas en fase judicial / *Testamentary Nullity and Capacity Assessment of a Testator with Alzheimer´s Disease: Facts and Evidence at Trial,* por José Luis HUERTAS GARCÍA..... 2231

Págs.

1.5. Obligaciones y contratos

— Responsabilidad civil del proveedor de servicios de pago en casos de fraude y phishing / *Civil liability of the payment service provider in cases of fraud and phishing,* por Robert REINHART SCHULLER 2259

1.6. Responsabilidad Civil

— La responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y el interés casacional del artículo 45 del TR-LRCSCVM / *Civil liability in the circulation of motor vehicles and the appealability of article 45 of TRL-RCSCV,* por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA. 2279

1.7. Concursal

— Concurso de acreedores, dación en pago y extinción de arrendamientos con arreglo al artículo 13 LAU / *Bankruptcy proceedings, dation in payment and termination of leases in accordance with article 13 of the LAU,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2297

2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

— Comunidades de bienes, sociedades y concurso de acreedores / *Co-ownership, corporates and bankruptcy proceedings,* por Francisco REDONDO TRIGO... 2313

3. URBANISMO

— Incumplimiento de deberes legales, cambio de sistema de actuación y registro de la propiedad / *Breach of legal duties, change of implementation system, and land registry,* por Vicente LASO BAEZA..... 2329

ESTUDIOS

Las prohibiciones de uso y destino turístico acordadas por las comunidades de propietarios y su situación tras las reformas por LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia y por el RD 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de registro único de arrendamientos

The prohibitions of use and tourist destination agreed by the communities of owners and their situation after the reforms by OL 1/2025, of 2 january, on measures in terms of efficiency of the public justice service and by RD 1312/2024, of 23 december, which regulates the single lease registration procedure

por
LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Jaén

RESUMEN: Los Estatutos de una Comunidad de Propietarios se caracterizan porque al formar parte del título constitutivo su aprobación o modificación requieren siempre la unanimidad, aunque en ciertos casos los acuerdos podrían adoptarse mediante quórum distinto y especial, debiendo constar en escritura pública para acceder al Registro de la Propiedad y resultar oponibles a terceros.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.01

En virtud de tales prohibiciones a cualquiera de los propietarios no le está permitido desarrollar actividades en el inmueble que, estén prohibidas en los Estatutos por resultar dañosas o perjudiciales y se han venido extendiendo sobre otros usos o destinos que el propietario no podría ejecutar sobre el inmueble de su dominio, como excepción basada en límites objetivos de interés general para la Comunidad, siempre con carácter expreso, como es el arrendamiento de viviendas para usos turísticos.

El procedimiento y mayorías exigibles para su limitación o prohibición han sido objeto análisis jurisprudencial y ha sido reformado por la Ley de Propiedad Horizontal en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y el Real Decreto 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, creándose un nuevo y complejo sistema regulatorio para el arrendamiento destinado a usos turísticos.

ABSTRACT: The Statutes of a community of owners are characterized by the fact that, being part of the constitutive instrument, their approval or amendment always requires unanimity, although in certain cases agreements could be adopted through a different and special quorum, must be in public deed to access the Property Register and be opposable to third parties.

Under such prohibitions, no owners is not permitted to engage in activities in the property which, are prohibited in the Statutes as being harmful or damaging and have been extended to other uses or destinations which the owner could not use on his property, as an exception based on objective limits of general interest for the Community, always on an express basis, such as the rental of dwellings for tourist purposes.

The form, mechanism and majorities required for its limitation or prohibition have been reformed in the Horizontal Property Law pursuant to the provisions of the Fourth Final Provision of Organic Law 1/2025, of 2 January, measures on the efficiency of the Public Service of Justice and the Royal Decree 1312/2024 of 23 December regulating the procedure for the Single Register of Leases and creating the Digital One-Stop-Shop of Leases for collection and exchange of data on short-term accommodation rental services, Creating a new and complex regulatory system for tourist leasing.

PALABRAS CLAVE: Prohibiciones de uso y destino turístico. Título constitutivo. Modificación estatutos. Oponibilidad a terceros. Licencia administrativa.

KEYWORDS: Prohibitions of use and tourist destination. Title. Amendment of statutes. Third party opposability. Administrative license.

SUMARIO: I. ALCANCE OBJETIVO DE LAS PROHIBICIONES DE USO Y DESTINO CONTENIDAS EN LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. 1. Sobre la imposibilidad de que la prohibición de arrendamiento para usos turísticos produzca efectos retroactivos respecto a un titular ya autorizado y con licencia activa: las reformas operadas en 2019 y en 2025. *A. Supuesto en el cual, al tiempo de la adquisición del dominio sobre un piso en comunidad dividida horizontalmente no existe restricción alguna de uso en los estatutos y el inmueble adquirido dispone de licencia de arrendamiento para uso turístico. B. Supuesto en el cual, al tiempo de la adquisición del dominio sobre un piso en comunidad dividida horizontalmente existe acuerdo restrictivo de usos turísticos para los diferentes pisos, pero dicho acuerdo no ha sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.*—II. LOS DIFERENTES NIVELES DE OPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS INSCRITOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. 1. Afectación al propietario que antes de la adopción del acuerdo restrictivo había iniciado los trámites de solicitud de la licencia sin haberla obtenido aún (ya continúe con la propiedad o ya la transmita a otro), así como en el supuesto de que hubiera obtenido ya la licencia administrativa, pero sin iniciar la actividad de modo efectivo. 2. Afectación al comprador del inmueble con licencia obtenida y ejercitada por el vendedor antes de la prohibición acordada por la Comunidad de Propietarios. 3. Afectación al nuevo adquirente de una vivienda legalizada para uso turístico por la nueva prohibición aprobada por la Comunidad de Propietarios. 4. La explicación basada en la teoría de las situaciones reales intermedias como figuras próximas a un derecho real: obligaciones *propter rem* y derechos reales *in faciendo.*—III. FUNDAMENTO Y CARACTERES DE LAS LIMITACIONES APROBADAS POR LA JUNTA GENERAL.1. las limitaciones han de ser claras, precisas y expresas. 2. Limitaciones relativas y absolutas.—IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 49/1960 DE PROPIEDAD HORIZONTAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2025 EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y SU ENTRADA EN VIGOR EL 3 DE ABRIL DE 2025. 1. El sistema de registro único para la oferta de arrendamientos en las plataformas en línea de alquiler de corta duración: descoordinación del sistema. *A. Requisitos documentales y excepciones. B. Procedimiento.* a) Los efectos de la calificación. b) Recursos contra la calificación, práctica de nota marginal y el problema de la aplicación a los inmuebles no inmatriculados.—V. CONCLUSIONES. VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFIA. NOTAS

I. ALCANCE OBJETIVO DE LAS PROHIBICIONES DE USO Y DESTINO CONTENIDAS EN LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

El régimen jurídico de la Propiedad Horizontal viene delimitado por la Ley 49/1960 de 21 de julio y por el artículo 396 del Código civil, normas que nos derivan a los Estatutos comunitarios para todas las cuestiones particulares que los copropietarios hayan deseado acordar, siempre en beneficio de la Comunidad.

Los Estatutos, según dispone el art. 5 apartado 3º. 1 de la Ley de Propiedad Horizontal, se caracterizan porque al formar parte del título constitutivo su aprobación o modificación requiere unanimidad, aunque en ciertos supuestos puede realizarse a través de un *quorum* distinto, y tienen su límite en la ley tal y como cabe deducir de los límites objetivos del artículo 1255 del Código civil, debiendo constar en escritura pública para acceder al Registro de la Propiedad y resultar oponibles a terceros.

En virtud de tales prohibiciones, los propietarios no podrán desarrollar determinadas actividades en el inmueble cuando estén prohibidas en los Estatutos, cuando resulten dañosas para la finca, o cuando contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Y junto a estas clásicas restricciones, se han venido extendiendo otras, recayentes sobre otros usos o destinos que el propietario no podría ejecutar sobre el inmueble de su dominio, como excepción basada en límites objetivos de interés general para la Comunidad, siempre con carácter expreso, como es el arrendamiento de viviendas para usos turísticos.

Tales preceptos se fundamentan consiguientemente en lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal y alcanzan tanto a la realización de actividades prohibidas por los Estatutos como a los actos considerados contrarios a las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres o peligrosas.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas serán calificadas como molestas las actividades que *<<constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen>>,* así como las prohibidas expresamente por la Comunidad.

En el caso de Andalucía, el Decreto 31/2024, de 29 de enero, por el que se modifican diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la Comunidad Autónoma de Andalucía (modifica el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y el Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos), no ha aportado ninguna especialidad o novedad en torno al problema de la coexistencia de requisitos administrativos y de Derecho privado vinculados a los acuerdos de las Comunidades de Propietarios.

La forma, mecanismo y mayorías exigibles para su limitación o prohibición han sido objeto de reforma en la Ley de Propiedad Horizontal en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y el Real Decreto 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, creándose un nuevo y complejo sistema regulatorio para el arrendamiento destinado a usos turísticos.

1. Sobre la imposibilidad de que la prohibición de arrendamiento para usos turísticos produzca efectos retroactivos respecto a un titular ya autorizado y con licencia activa: las reformas operadas en 2019 y en 2025

La posibilidad de acordar la prohibición del alquiler turístico por la Comunidad de propietarios fue introducida por el Real Decreto-Ley 7/2019 de 1 de marzo de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, reformando la Ley de Propiedad Horizontal mediante la fijación de un nuevo *quorum* requerido para la limitación o exclusión de sus usos turísticos, así como para el establecimiento de cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, incluyendo un nuevo apartado 12º al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal que altera la anterior regla de unanimidad, que era seguida por razón de la afectación al título constitutivo[1].

Posteriormente a dicha modificación básica se produjo una nueva modificación puntual por parte de la Disposición final cuarta, apartado dos, de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia cuyo contenido ha quedado dispuesto de la siguiente forma: *<<El acuerdo expreso por el que se apruebe, limite, condicione o prohíba el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos.>>*

No cabe duda de que una vez que se apruebe el régimen específico de prohibición, no es posible que una vivienda se dedique a tales usos de forma directa o por cesión a terceros. Sin embargo, la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal incluye al final del nuevo apartado 12 del artículo 17 una regla de irretroactividad general[2], con lo que en el supuesto de hecho que nos ocupa entendemos que, si la vivienda se encontraba legalizada y registrada a los efectos de su explotación como arrendamiento de uso turístico antes de la aprobación de la medida prohibitiva, no resultaría aplicable un acuerdo de limitación o prohibición posterior, todo ello por expresa disposición legal.

A. Supuesto en el cual, al tiempo de la adquisición del dominio sobre un piso en comunidad dividida horizontalmente no existe restricción alguna de uso en los estatutos y el inmueble adquirido dispone de licencia de arrendamiento para uso turístico

Considerando el indiscutible carácter irretroactivo de los acuerdos de Comunidad antes puesto de manifiesto, entendemos que ningún propietario puede verse compelido a no poder transmitir a un tercero su dominio sobre una vivienda destinada legalmente ya en ese momento a arrendamiento para uso turístico, si el inmueble que se vende no estaba afectado por prohibición alguna al tiempo de su legalización para tal uso específico, de suerte que el adquirente se subroga en la titularidad dominical con todas las cargas, gravámenes y restricciones reales que tuviere el titular anterior.

Esta cuestión resulta clave, no solo para la cuestión que nos ocupa sino para otras restricciones o limitaciones generales que pudieran afectar a los diferentes pisos o locales integrados en la Comunidad de Propietarios.

El adquirente de un inmueble que ya estaba legalizado y registrado para uso turístico sin que existiese prohibición aprobada y notificada de la Comunidad, se subroga aquél en la posición y título que tuviere el transmitente a todos los efectos de explotación, ya se hubiera inscrito en el Registro la modificación estatutaria o no. En este caso el destino de usos turísticos como uso comercial-empresarial ya se estaba produciendo con anterioridad a la transmisión sin restricción alguna puesto que al tiempo de la declaración y registro municipal de la actividad no existía prohibición alguna adoptada legalmente por la Comunidad de Propietarios.

Cuando el titular de la utilidad legalizada, como propietario del inmueble objeto de la licencia transmite el dominio a un nuevo adquirente, la vivienda queda vinculada a dicha utilidad conforme a Derecho y así se hace constar en el título traslativo, con independencia de que la Comunidad adopte un acuerdo de prohibición de dichos usos con posterioridad.

Un eventual acuerdo restrictivo adoptado por la Comunidad no solo no tendrá efecto retroactivo en cuanto a la restricción, sino que no podrá condicionar la titularidad efectiva y las facultades dominicales del nuevo adquirente puesto que este tipo de prohibiciones participa de la naturaleza de las cargas-afecciones reales y no se pueden aplicar *intuitu personae*, operando en consecuencia sea cual fuere el titular actual, siempre que se identifique como titular dominical del inmueble.

En consecuencia, si al tiempo de la transmisión del inmueble (que ya estaba en pleno uso turístico legalizado) no existe acuerdo prohibitivo legalmente adoptado por la Comunidad de Propietarios, no se podrá obligar a dicho nuevo adquirente a cesar en dicho uso en virtud de acuerdos comunitarios restrictivos adoptados con posterioridad.

El principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española impone que la modificación estatutaria de prohibición de uso turístico se inscriba en el Registro de la Propiedad para dotarlo de eficacia frente a terceros que no eran propietarios en el momento en que se adoptó el acuerdo, pero no puede afectar ahora a quienes ya sean nuevos adquirentes del dominio de un inmueble que ya estaba legalizado administrativamente y en pleno uso turístico conforme a Derecho.

Debe tenerse muy en cuenta la indispensable coordinación de potestades y facultades dominicales en relación a los derechos de los poseedores de los diferentes inmuebles en virtud de justo título, y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 301/1993, de 21 de octubre[3] declaró, con criterio ratificado por la posterior Sentencia 28/1999, de 8 de marzo[4], que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba la fijación legal o estatutaria de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al art. 33 de la Constitución en cuanto al pleno reconocimiento de la propiedad privada ni a su artículo 9 en cuanto a la seguridad jurídica como principio superior del Ordenamiento.

B. Supuesto en el cual, al tiempo de la adquisición del dominio sobre un piso en comunidad dividida horizontalmente sí existe acuerdo restrictivo de usos turísticos para los diferentes pisos, pero dicho acuerdo no ha sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2004[5] declara al respecto que no cabe de ninguna manera destinar un piso o local a actividades que están prohibidas por el estatuto, con independencia de que resulten objetivamen-

te molestas, insalubres, inmorales o peligrosas. Señala la Sala primera que puede que no sean nada de esto, pero sí hay prohibición en el título, el propietario no tiene facultad para utilizar de esta manera su finca o arrendarla o ceder a terceros a los mismos, pues esta actuación sería contraria a la Ley y llevaría consigo la sanción correspondiente[6].

Si al tiempo de la transmisión existe acuerdo válidamente adoptado al respecto, pero no inscrito en el Registro de la Propiedad (la Comunidad tendría que abordar previamente la modificación de los Estatutos mediante otorgamiento de escritura pública), en modo alguno se podría prohibir el ejercicio y desarrollo del citado uso turístico al nuevo propietario.

Así pues, no le sería imputable el régimen de prohibición-restricción derivado del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, según el cual, el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo, y no sería imputable porque el mismo precepto especifica que las prohibiciones no perjudicarán a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución, lo cual supone que respecto de los terceros de buena fe, en modo alguno puede vincularles si los citados acuerdos no han sido inscritos ya que conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.

Respecto al valor normativo interno para los propietarios que lo eran en el momento en que se adoptó, como la inscripción registral de los Estatutos no es constitutiva, ni por tanto obligatoria, su falta de inscripción, en teoría, no afecta al carácter obligatorio para la Comunidad de Propietarios por tratarse de actos propios, salvo impugnación en plazo del acuerdo adoptado.

II. LOS DIFERENTES NIVELES DE OPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS INSCRITOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

Siguiendo la tesis argumental derivada del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, el acuerdo adoptado sería oponible a terceros, pero habría que considerar que si el propietario del inmueble ya ha iniciado los trámites de autorización administrativa correspondientes para el destino a usos turísticos, obtiene la licencia (incluso sin iniciar la actividad de modo efectivo) justo antes de que se adopte el

acuerdo de Comunidad, y vende el inmueble, el adquirente ha consolidado una expectativa de derecho que debería ser protegida sin que pueda afectarle la prohibición por tratarse de un uso anteriormente ejercitado, siempre que continúen las condiciones y requisitos administrativos que la legislación vigente exigen para la plena operatividad del uso turístico.

1. Afectación al propietario que antes de la adopción del acuerdo restrictivo había iniciado los trámites de solicitud de la licencia sin haberla obtenido aún (ya continúe con la propiedad o ya la transmita a otro), así como en el supuesto de que hubiera obtenido ya la licencia administrativa, pero sin iniciar la actividad de modo efectivo.

La solicitud de licencia, o su obtención previa por el propietario sin inicio efectivo de actividad con anterioridad a la adopción del acuerdo limitativo del uso del inmueble, configuran un marco jurídico previo que ha de ser respetado.

Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), Sentencia n º 77/2018 de 13 de septiembre[7], declarando que cuando la demandante adquirió el piso que pretende destinar a vivienda de uso turístico, los estatutos de la comunidad no restringían ni limitaban el destino o actividades de los pisos, por lo que impugnó el acuerdo adoptado en junta que modificaba los estatutos de la comunidad para prohibir el uso turístico en todos los elementos privativos del edificio y que tomó cuando tuvo conocimiento de su intención, no antes, a pesar de que dicha actividad ya se regulaba administrativamente desde años antes.

En el caso de referencia, la modificación de los estatutos se realizó cuando la actora ya había consolidado su expectativa al uso, que después sería prohibido, por tener concedida licencia administrativa para iniciar la actividad por la ausencia de prohibición, por lo que no estaba obligada a pedir autorización a la comunidad para darle a su elemento privativo el uso que estimase oportuno, por lo que el acuerdo comunitario impugnado es plenamente válido, por adoptarse con la mayoría exigida.

Este criterio quedó ya sentado como jurisprudencia anterior en la Sentencia nº 33/2016 de 19 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal)[8], en asunto relativo a idéntico objeto procesal (prohibición de usos turísticos de vivienda), cuando se declara en su Fundamento de Derecho quinto[9] que el acuerdo que limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, adoptado por la comunidad con el quorum previsto legalmente es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad, siendo cuestión distinta que el cambio de destino sea oponible con efectos retroactivos a terceros

que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la Propiedad.

En nuestra doctrina resulta habitual el recurso a lo dispuesto por el artículo 1160 del Código civil, en cuanto que para constituir las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla, por extensión aplicable al contrato de arrendamiento y a las potestades dispositivas del propietario sobre el inmueble en cuanto a la decisión sobre el contenido y alcance de los usos sobre el inmueble arrendado.

El requisito de la libre disposición contemplado en el artículo 1160 se circunscribe en efecto a las obligaciones que articulan como eje de la prestación debida a la entrega o transferencia del dominio, fundamentalmente por dos razones: la primera porque el sistema de transmisión y adquisición de los derechos reales en el que se apoya el artículo 1095 del Código civil dispone que la entrega de la cosa se constituye en elemento determinante para adquirir los derechos reales sobre ella y la segunda porque el artículo 1160 dispone que la capacidad para enajenar la cosa debida es también requisito para la validez del pago en las obligaciones de dar.

Las obligaciones de dar sirven de justo título para la adquisición de los derechos reales materializándose así la conocida teoría del título y el modo derivada del artículo 609 del Código civil. Sin embargo, y por exigencia de dicha teoría, para la adquisición del dominio como principal derecho real es preciso que la tradición haya tenido lugar[10].

Debemos aceptar la tesis de MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO[11] que interpreta la libre disposición exigida por el artículo 1160 como una categoría jurídica más amplia que la de ser un simple propietario, aun cuando en la práctica se refiera a los casos en los que el deudor como sujeto activo del pago sea propietario, quedando entonces referido el concepto "libre disposición de la cosa debida" a la necesidad de que el dueño de la cosa o titular del derecho real enajenado pueda disponer libremente de su posición jurídica.

Interpretamos que esta posición está referida simplemente a su titularidad sobre el objeto de la prestación, requiriéndose como indispensable complemento añadido que el *solvens* no encuentre limitado o excluido el poder de disposición sobre la cosa, ya sea en virtud de pacto o por disposición de la ley.

Junto a todo ello, debemos aceptar también que la libre disposición de la cosa que debe ser objeto de la prestación en la obligación de dar ha de apreciarse en el momento del cumplimiento y no antes, cuestión que tendrá importantes consecuencias en la eficacia general del negocio jurídico.

Y en este punto, también compartimos la opinión mayoritaria que distingue entre el momento de nacimiento de la obligación y el de su cumplimiento, ya que en el primero la obligación de entregar puede surgir sin tener el deudor la libre

disposición, quedando obligado a adquirirla, mientras en la fase de cumplimiento es imprescindible tenerla pues, en caso contrario quedaría válidamente extinguida la obligación por el cumplimiento del deudor[12].

De entre las facultades que integran el dominio, resulta especialmente característica por sus efectos la facultad o poder de disposición. De acuerdo con la ya conocida doctrina de los límites y las limitaciones del dominio, el propietario podrá disponer de la cosa total o parcialmente, para producir efectos de presente y de futuro, y en cualquier caso, sobre dicha facultad de disposición se construirá toda la doctrina sobre los derechos reales limitativos.

Si la disposición, considerada como acción derivada de la facultad de libre disposición, fuere lo mismo que enajenar, deberíamos concluir que dicho *ius disponendi* no es sino una manifestación subjetiva de la voluntad del individuo. Sin embargo, creemos que ambos términos no pueden ser equiparados en su fundamentación jurídica y efectos porque a nuestro juicio, la libre disposición está referida a la aptitud general del individuo para ejercitar su derecho, mientras que la llamada capacidad para enajenar implica que, además de lo anterior, se exige el poder concreto para disponer de esa cosa, en ese preciso momento y en el ámbito de ese negocio jurídico particular, poder concreto que como sabemos puede no existir por causa de las prohibiciones de disponer legales o voluntarias, que estuvieren constituidas en el caso concreto.

Debido al natural efecto expansivo de las facultades que integran el dominio, cuando el propietario de un inmueble ha decidido un destino de uso turístico, se consolida así su expectativa al uso o para dicho uso, que después puede resultar prohibido, exista o no la licencia administrativa correspondiente. Y esto es así porque la concesión de la licencia administrativa para iniciar la actividad por la ausencia de prohibición específica se ha considerado hasta el 3 de abril de 2025[13] independiente de la posible existencia o no de acuerdos limitativos o prohibitivos de la Comunidad, aunque hubieren sido adoptados conforme a Derecho, lo que desencadenaría otras reclamaciones, acciones o efectos paralelos.

Especificamos que esto es así hasta el año 2025 puesto que la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia añade un apartado 3º nuevo al artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, por el cual, el propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, declara y dispone que, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de la propia Ley de Propiedad Horizontal[14].

2. Afectación al comprador del inmueble con licencia obtenida y ejercitada por el vendedor antes de la prohibición acordada por la Comunidad de Propietarios

Antes ya pusimos de manifiesto que, aunque la Comunidad de Propietarios apruebe un régimen de prohibición de los arrendamientos para uso turístico, tal restricción, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal en su apartado 12º, no producirá efectos retroactivos. Si el inmueble se encontraba legalizado para tales usos y con licencia administrativa a los efectos de su explotación como arrendamiento de uso turístico antes de la aprobación de la medida prohibitiva, tal prohibición no le afectaría por expresa disposición legal.

Por las consecuencias patrimoniales y administrativas que afectan al tráfico jurídico ordinario constituye un serio problema determinar si el comprador (o adquirente en general) de un inmueble con licencia activa concedida al vendedor y ya ejercida por él quedaría afectado por la prohibición o restricción acordada por la Comunidad de Propietarios con posterioridad a la transmisión.

La cuestión a dilucidar es si la licencia administrativa y las obligaciones que adquiere el titular de la licencia de arrendamiento para uso turístico generan una relación jurídica estrictamente personal (*intuitu personae*) e intransmisible, o si por el contrario se produce en ese momento algún efecto jurídico real que permita sostener que con la transmisión del dominio sobre el inmueble se transmite también la potestad y autorización administrativa que disfrutaba el transmitente, sometida a un régimen de comunicación y modificación propio de cualquier otra licencia administrativa.

Considerando el indiscutible carácter irretroactivo de los acuerdos de Comunidad entendemos que ningún propietario puede verse impedido para transmitir a un tercero su dominio sobre una vivienda, destinada legalmente ya (y con licencia concedida) en ese momento a arrendamiento para uso turístico, si el objeto que se vende no estaba afectado por prohibición alguna al tiempo de su legalización administrativa para tal uso específico, de suerte que el adquirente se subroga en la titularidad dominical con las características, cargas, gravámenes y restricciones que tuviere el titular anterior, siempre que tramite la subrogación subjetiva en el correspondiente procedimiento administrativo.

Esta cuestión resulta clave, no solo para la cuestión que nos ocupa sino para otras restricciones o limitaciones generales que pudieran afectar a los diferentes pisos o locales integrados en la Comunidad de Propietarios.

Un eventual acuerdo restrictivo o prohibitivo adoptado por la Comunidad no solo no tendrá efecto retroactivo, sino que no podrá condicionar la titularidad efectiva y las facultades dominicales del nuevo adquirente ya que este tipo de

prohibiciones participa a nuestro juicio de la naturaleza de las cargas-afecciones reales y no se pueden aplicar *intuitu personae*, operando en consecuencia sea cual fuere el titular actual, siempre que se identifique como titular dominical del inmueble.

3. Afectación al nuevo adquirente de una vivienda legalizada para uso turístico por la nueva prohibición aprobada por la Comunidad de Propietarios

En este caso, debemos valorar la situación producida cuando el comprador de una vivienda que ya está legalizada administrativamente para ser destinada a usos turísticos, e incluso dedicada a ello, conoce la nueva prohibición que adopte la Comunidad de Propietarios, debiendo valorarse si queda o no afectado por ella.

El criterio del Tribunal Supremo ha venido siendo negativo en cuanto que defiende que no es posible destinar el piso o local a actividades que están prohibidas por el estatuto, con independencia de que resulten objetivamente molestas, insalubres, inmorales o peligrosas, siempre que la prohibición se haya adoptado y aprobado legítimamente antes de la adquisición del dominio y de la obtención de la licencia administrativa, para sí o para terceros.

Estos criterios contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2004[15] han sido muy alegados como fundamento de la prohibición general que incluye la cesión a terceros de la vivienda, y en realidad se refiere a las actividades prohibidas por los Estatutos desde un momento determinado en el que preexiste una prohibición.

El nuevo propietario lo es de un inmueble que ya estaba legalizado y registrado para uso turístico sin que existiese prohibición aprobada y notificada de la comunidad, por lo que se subroga en idéntica posición que tuviere el transmitente a todos los efectos de explotación, ya se hubiera inscrito en el Registro la modificación estatutaria o no.

Lo realmente relevante es que la dedicación efectiva para usos turísticos ya se estaba produciendo al tiempo de la transmisión, puesto que al tiempo de la declaración y registro municipal de la actividad no existía prohibición alguna adoptada legalmente por la Comunidad de Propietarios.

Cuando el propietario-titular de la utilidad legalizada transmite el dominio a un nuevo adquirente, la vivienda se encuentra afecta a dichos usos conforme a Derecho, se hace constar en el título traslativo y se adquiere por el nuevo propietario, precisamente por razón de dicha caracterización objetiva, con indepen-

dencia de que la Comunidad adopte un acuerdo de prohibición de dichos usos con posterioridad.

Dicho acuerdo no solo no podrá desplegar efecto retroactivo en cuanto a la restricción, sino que no podrá condicionar la titularidad del nuevo adquirente puesto que este tipo de prohibiciones participa de la naturaleza de las cargas-afecciones reales y no se pueden aplicar i*ntuitu personae,* operando en consecuencia sea cual fuere el titular actual, siempre que se identifique como titular dominical del inmueble.

El principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9 apartado 3º de la Constitución Española impone que la modificación estatutaria de prohibición de arrendamientos para uso turístico se inscriba en el Registro de la Propiedad para dotarlo de eficacia frente a terceros que no eran propietarios en el momento en que se adoptó el acuerdo, pero no puede afectar ahora a quienes ya sean nuevos adquirentes del dominio de un inmueble que ya estaba legalizado administrativamente y en pleno uso turístico conforme a Derecho, debiendo tenerse en cuenta las tres siguientes situaciones:

a) Si al tiempo de la transmisión de la vivienda (que ya estaba en pleno uso turístico) no existe acuerdo prohibitivo legalmente adoptado por la Comunidad, no se podrá obligar a dicho nuevo adquirente a cesar en dicho uso.
b) Si al tiempo de dicha transmisión existe acuerdo válidamente adoptado al respecto, pero no inscrito en el Registro de la Propiedad (la Comunidad tendría que abordar previamente la modificación de los Estatutos mediante otorgamiento de escritura pública), en modo alguno se podría prohibir el citado uso al nuevo propietario, sin que resulte posible imputar su eficacia por aplicación del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, según el cual cualquier acuerdo no inscrito registralmente, por virtud del principio de publicidad registral no perjudicará a terceros, debiendo tenerse en cuenta que la inscripción de los Estatutos no es constitutiva, ni por tanto, obligatoria, de manera que su falta de inscripción, en teoría, no afecta a su valor normativo para los propietarios que lo eran en el momento en que se adoptó.

   Respecto de los terceros de buena fe, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008[16] y de 29 de diciembre de 2015[17], en modo alguno puede vincularles si no han sido inscritos.
c) Si al tiempo de la trasmisión se había adoptado el acuerdo prohibitivo y se había inscrito en el Registro de la Propiedad, aunque existe la presunción de conocimiento en virtud de la eficacia del principio de fe pública registral, sin embargo, alcanza a una finalidad o destino del objeto que

ha sido determinante en su adquisición y que no estaba afectada por la prohibición cuando se vinculó por el titular.

En consecuencia, aunque el acuerdo esté inscrito, como cuando se vendió no existía acuerdo prohibitivo, el nuevo titular adquiere la vivienda con la afección de destino preexistente, sin que pueda afectarle la prohibición, siempre que continúen las condiciones y requisitos administrativos que la legislación vigente exigen para la plena operatividad del uso turístico pues en otro caso se podría extinguir la licencia expedida, siendo esta cuestión otro problema diferente.

Es importante distinguir entre el derecho ya adquirido por un comprador que ha obtenido las licencias correspondientes para destinar los inmuebles adquiridos al arrendamiento de uso turístico y una mera expectativa de dedicación a usos turísticos que tendría un adquirente *ex novo* de los citados inmuebles, al que sin duda le serán aplicables las prohibiciones adoptadas por la Comunidad.

Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), Sentencia nº 77/2018 de 13 de septiembre[18] cuando declara que cuando la demandante adquirió el piso que pretende destinar a vivienda de uso turístico, los estatutos de la comunidad no restringían ni limitaban el destino o actividades de los pisos, por lo que impugnó el acuerdo adoptado en junta que modificaba los estatutos de la comunidad para prohibir el uso turístico en todos los elementos privativos del edificio y que tomó cuando tuvo conocimiento de su intención, no antes, a pesar de que dicha actividad ya se regulaba administrativamente desde años antes.

En el supuesto resuelto por el Tribunal, la modificación estatutaria se realizó cuando la demandante ya había consolidado su expectativa al uso después prohibido por tener concedida licencia administrativa para iniciar la actividad por la ausencia de prohibición, por lo que no estaba obligada a pedir autorización a la comunidad para darle a su elemento privativo el uso que estimase oportuno. Todo ello justificó que se considerase que el acuerdo comunitario que fue impugnado fuese válido, por adoptarse con la mayoría exigida, pero no podía afectar a la perjudicada parte actora.

En su Fundamento de Derecho cuarto de la citada Sentencia, declara el Tribunal[19] que la mera descripción inicial que los propietarios originales de toda la finca hiciesen de los diferentes departamentos en la escritura de división horizontal, no obliga al posterior propietario del elemento privativo, ya que al presumirse libre el ejercicio del pleno dominio, puede modificarse después el destino de la finca, si no contraviene alguna disposición legal o contractual en particular.

En cualquier caso, el válido acuerdo comunitario, adoptado con el quorum exigido por la ley no puede afectarle, debiendo respetar el destino turístico decidido por el propietario antes de su aprobación.

Con ello se consolida el criterio de la protección de la legítima expectativa formada al amparo del pleno ejercicio de las facultades del propietario reiterando que cuando la modificación estatutaria se realizó, el interesado adquirente ya había consolidado su expectativa al uso después prohibido por tener concedida licencia administrativa para iniciar la actividad por la ausencia de prohibición, por lo que no estaba obligada a pedir autorización a la comunidad para darle a su elemento privativo el uso que estimase oportuno.

Este criterio está ya se encontraba sentado como jurisprudencia anterior en la Sentencia n º 33/2016 de 19 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal)[20] en asunto relativo a idéntico objeto procesal (prohibición de usos turísticos de vivienda)

Por último, el Tribunal Constitucional en Sentencia 301/1993, de 21 de octubre[21] y en posterior Sentencia 28/1999, de 8 de marzo[22], declaró que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al artículo 33 de la Constitución Española en cuanto al pleno reconocimiento de la propiedad privada, pero tampoco a su artículo 9 en cuanto a la seguridad jurídica como principio superior del Ordenamiento.

Cada propietario debe acreditar el pleno dominio de la vivienda sobre la que recaiga su solicitud administrativa si es el solicitante, siendo este requisito determinante para cualquiera de los trámites integrados en la solicitud de autorización de arrendamiento de inmuebles para usos turísticos. Pero la relevancia registral alcanza más que a la titularidad, a la inexistencia de prohibiciones inscritas en los estatutos de la Comunidad de Propietarios en la que el inmueble se integra.

En particular, como ejemplo normativo, en el ámbito de la Comunidad autónoma de Andalucía para el inicio de la actividad como vivienda de uso turístico, deberá cumplimentar y presentar en el Registro de Turismo de Andalucía el formulario de "declaración responsable para inicio o ejercicio de la actividad" en el que se declare, a través de la oficina virtual, entre otros extremos de identificación personal, que cumple con la normativa vigente en cuanto a los requisitos objetivos del inmueble que se pretende dar de alta como objeto de la licencia.

En concreto, la normativa andaluza exige mediante Decreto 31/2024, de 29 de enero, por el que se modifican diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la Comunidad Autónoma de Andalucía que la declaración responsable de inicio o ejercicio de actividad acompañe los siguientes documentos:

– Certificación registral de dominio de la vivienda, emitida por el Registro de la Propiedad donde se acredite que los estatutos o normas que regulan la

comunidad de propietarios no contenga la prohibición expresa para ejercer la actividad de alojamiento turístico.

- Si el Titular de la explotación no es la persona propietaria de la vivienda: título jurídico habilitante para la explotación de la totalidad de la vivienda (contrato explotación/cesión/comodato detallando el período de vigencia).
- Si la Declaración responsable ha sido presentada por una persona representante, deberá aportar documento que acredite la representación (poder notarial o justificante de *Apoder@)*. No será necesario si la declaración responsable ha sido presentada con un Certificado digital de representante de persona jurídica.
- Si se trata de vivienda de uso turístico "por habitaciones": certificado de empadronamiento de la persona propietaria de la vivienda o titular de la explotación.
- Si la vivienda es propiedad de varias personas: anexo de titularidad compartida debidamente cumplimentado.
- Si los representantes tienen firma mancomunada: anexo de representación mancomunada debidamente cumplimentado.

Entre los citados requisitos, destaca especialmente el referido a la posibilidad de que el Titular de la explotación no sea la persona propietaria de la vivienda, en cuyo caso se ha de presentar el título que habilite al solicitante (como contrato o como derecho real constituido) y su período de tiempo.

Esta posibilidad resulta clave para poder argumentar que la explotación de una licencia administrativa de arrendamiento para uso turístico no requiere con exclusividad que se acredite por el solicitante ser propietario (aunque sea en la práctica la regla general), lo que ha de considerarse como demostración palpable de que lo realmente obtenido es un poder de disposición sobre un inmueble mediante acto administrativo, que genera un conjunto de obligaciones atribuidas al propietario, ya las disfrute directamente o ya las ceda a un tercero para su explotación.

De hecho, el artículo 9 apartado 1 b) y c) del Decreto 31/2024, de 29 de enero, por el que se modifican diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la Comunidad Autónoma de Andalucía (modifica el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y el Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos), exige que se identifique en la solicitud administrativa a la persona o entidad explotadora y título que la habilite, incluyendo número de teléfono y correo electrónico a efectos de los avisos de disponibilidad de las notificaciones electrónicas, así como a la persona propietaria o titular del inmueble, en caso de ser distinta de la persona o entidad explotadora[23].

El legislador ha querido dejar claro que para obtener la licencia administrativa hay que acreditar la propiedad del inmueble como requisito básico, aunque se haya cedido a un tercero por cualquier título el derecho inherente a la explotación.

Esta exigencia y la posibilidad legal de atribuir a un tercero plenamente determinado en el procedimiento la explotación de la licencia deja meridianamente claro que podemos estar ante una situación jurídica intermedia de derecho real en lo que respecta a la titularidad del derecho y a la cesión a un tercero, siempre identificado éste en la documentación correspondiente como explotador efectivo.

Incluso está prevista en la legislación vigente autonómica y municipal la posibilidad de un cambio de titularidad de la licencia administrativa, quedando sujeto tal cambio al cumplimiento de los requisitos establecidos por las correspondientes ordenanzas municipales que resulten aplicables conforme al lugar en el que radique el inmueble[24].

Conforme al Decreto regulador de las licencias para arrendamientos de uso turístico, el nuevo titular podrá ser un copropietario como adquirente de la cuota del otro comunero, o un tercero que igualmente adquiera el pleno dominio del inmueble por cualquier título, siempre previa inscripción en el Registro de la Propiedad. Y en cualquiera de estos supuestos se adquiere el derecho de explotación atribuido por la licencia que ya existe, y sobre la que tan solo se produce un cambio de titularidad notificado mediante solicitud administrativa, previa comprobación de que las condiciones que deba reunir el objeto material, el inmueble, continúan siendo aptas para la explotación.

4. LA EXPLICACIÓN BASADA EN LA TEORÍA DE LAS SITUACIONES REALES INTERMEDIAS COMO FIGURAS PRÓXIMAS A UN DERECHO REAL: OBLIGACIONES *PROPTER REM* Y DERECHOS REALES *IN FACIENDO*

El titular de una licencia administrativa para la explotación de un arrendamiento de inmueble para uso turístico, lo es después de acreditar documentalmente su especial relación con la cosa, que no puede ser otra que el pleno dominio, acreditado mediante certificación registral, adquiriendo desde su concesión una serie de obligaciones que están basados y estructurados en la previa relación de titularidad con la cosa, de manera que si ésta cesa, cesa también la titularidad del derecho (licencia) que se concede.

Incluso en el supuesto de la cesión de la licencia con cambio de titular es indispensable la previa inscripción registral a favor de quien va a ser nuevo autorizado, recayendo la especialidad en el hecho de que puede cederse la licencia a

un tercero, pero la cosa deberá continuar manteniendo los requisitos legalmente establecidos para obtener la autorización de su explotación.

Con esto queda perfectamente aclarada la trascendencia de las condiciones que ha de reunir el inmueble, con independencia de que el dominio se transmita a un tercero que aspire a ser el nuevo titular de dicha autorización, y sin perjuicio de que se puede declarar al mismo tiempo la identidad de una persona física o jurídica que sea el explotador fáctico de la utilidad concedida administrativamente.

El funcionamiento del sistema de las obligaciones *propter rem*[25] es parecido al de los elementos comunes en una propiedad horizontal descrito en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, precepto que impone a quien sea el propietario una serie de obligaciones y deberes sobre los elementos y servicios comunes exigibles con independencia de quien sea el que ejercite la posesión y el uso y disfrute del inmueble como elemento privativo[26], funcionando como obligaciones accesorias o ambulatorias del derecho de propiedad como derecho real propiamente dicho[27].

Igual que ocurre con el cambio de titularidad de otras licencias administrativas (apertura de negocio, hostelería con o sin cocina, establecimientos comerciales con elementos sobre vía pública etc…) se requiere siempre cumplir los requisitos particulares que las ordenanzas municipales describan para el caso concreto, y con carácter general (exactamente igual que ocurre con el arrendamiento para uso turístico) que la actividad que vaya a ser desarrollada por el nuevo titular propietario no varíe respecto a la que fue objeto de autorización, así como que no se realicen en el inmuebles obras o modificaciones que impliquen alteración de las condiciones en las que fue emitida la licencia inicial.

Esta orientación parece quedar amparada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo cuando en Sentencia de 9 de febrero de 2000[28] se declaró que la interrelación entre la obligación p*ropter rem* con el derecho real *in faciendo*, comporta un medio técnico de solucionar los conflictos que surgen dentro de los derechos reales concurrentes, entre otros casos, en el seno de propietarios vecinos.

La misma Sala primera pone de manifiesto que la primera especie supone la sujeción de un deudor a hacer algo a favor de otro precisamente por la conexión jurídica que tiene con una cosa sobre la que ha de ejecutar esa prestación, de la que, por lo general, puede liberarse si renuncia a su titularidad real, pues siempre el obligado lo será el que tenga esa posición con la cosa. Por su parte, en el llamado derecho real *in faciendo*, el titular dominical es el que ha de ejecutar una actividad en el bien objeto de su dominio y en beneficio de otro.

En algunas normativas municipales podríamos encontrarnos con la obligación de respetar ciertos plazos de tiempo en los que se deba acreditar que no ha

existido cese de actividad, evitando así eventuales supuestos de caducidad de las autorizaciones concedidas.

Esto nos lleva a afirmar que cuando la licencia administrativa se ha concedido al titular solicitante como propietario acreditado registralmente, si se produce una transmisión del inmueble, podría modificarse la autorización siguiendo el procedimiento descrito en los decretos reguladores de la actividad (cada Comunidad autónoma describe el proceso con bastante similitud), pero lo esencial es comprobar que el inmueble continúe reuniendo los requisitos que fueron acreditados al tiempo de la concesión.

Lo anterior supone que, si la Comunidad de Propietarios ha decidido posteriormente prohibir o restringir los arrendamientos de uso turístico, tal decisión no afectará a la licencia ya concedida a quien fue el titular dominical inicial, siempre que al tiempo de comunicar el cambio de titular a la administración pública competente se acredite que el inmueble continúa reuniendo los requisitos y condiciones que fueron aprobadas al tiempo de la concesión de la licencia.

En lo demás, exactamente igual a lo que ocurre por ejemplo en un cambio de licencia de actividad en hostelería, dependerá de un trámite específico de comunicación que concluirá con la fijación y registro de un nuevo titular, siempre que se pruebe que no se ha modificado la descripción del inmueble, sus características iniciales y su funcionalidad[29].

Esta simple comunicación, regulada de forma especial en la normativa sobre hostelería, espectáculos y actividades recreativas, consolida la vigencia de la licencia bajo la titularidad del nuevo adquirente, siempre que se acredite la ausencia de alteraciones o modificaciones sustanciales en el objeto, su naturaleza jurídica o su destino[30].

Por último, y con evidente aplicación analógica, las licencias administrativas para el desarrollo de usos turísticos en un inmueble presentan una naturaleza análoga a las licencias de apertura de negocio, con una naturaleza real y no personal, incluso con el amplio margen de flexibilidad que permiten las llamadas situaciones jurídico-reales intermedias, y así lo ha declarado la jurisprudencia de forma clara y reiterada.

Así lo hacen, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997[31] y de 22 de diciembre de 1997[32] ambas de la Sala Tercera, al señalar el carácter predominantemente real de las licencias asociadas a un inmueble, y en idéntico sentido la Sentencia de la Sala Tercera de 19 de marzo de 1997[33], señalando ésta que la citada Sala ya había venido manteniendo en otras resoluciones, y en particular en sentencia de 19 de junio de 1995 que el simple cambio de titularidad de un local no constituye el supuesto de hecho determinante del devengo de una nueva tasa por licencia de apertura.

Se aduce por el órgano juzgador que, debe tenerse en cuenta que para que pueda exigirse tasa por licencia de apertura <<*... es preciso que el titular haya de proveerse de una licencia de aquella clase y que de los artículos 13 y 14 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, se desprende una radical diferencia entre las licencias personales, en cuya concesión se tienen en cuenta primordialmente las cualidades personales del sujeto autorizado y las reales, en que dichas cualidades no tiene relevancia frente a las condiciones objetivas de la obra, instalación o servicio autorizado, que es el aspecto realmente trascendente, con la consecuencia de que así como las primeras no son transmisibles, sí lo son las licencias reales (excepto aquéllas cuyo número sea limitado, artículo 13,3) cuya validez no deriva de quién sea el sujeto autorizado, sino de las condiciones en que la actividad se desarrolle, hasta el punto de que si el artículo 13 del citado Reglamento impone la obligación de comunicar la transmisión a la Corporación autorizante, la sanción por el incumplimiento de dicha obligación no es la caducidad de la licencia, sino la responsabilidad del antiguo titular conjuntamente con el nuevo por las obligaciones que derivan del ejercicio de la industria por este último, y así el artículo 15,1) del mismo Reglamento, determina que las licencias relativas a las condiciones de una instalación tendrán vigencia mientras subsistan aquéllas, de donde se deduce que las alteraciones subjetivas no determinan el fin de la licencia concedida si las condiciones objetivas del establecimientos permanecen inalteradas....*>>

Conforme queda sentado por jurisprudencia de la misma Sala[34], consideramos además que una licencia de apertura de negocio puede contar con una naturaleza y carácter transmisible,<<*... sobre todo cuando se trata simplemente de una mutación en la titularidad de aquélla por un cambio de nombre, ya que en la concesión de la primera licencia no ha habido necesidad de ponderar las condiciones de la persona, por tratarse de la licencia calificada de reales y objetivas, o incursas en ninguna de las clases que pueden impedir su transmisión, de acuerdo con lo regulado en el artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*>>.

Estas consideraciones son más que suficientes para entender clarificado el carácter predominantemente real y no meramente personal que presentan las licencias administrativas habilitantes del arrendamiento de viviendas para usos turísticos, siendo tal criterio condicionante para cualquier Comunidad de Propietarios al tiempo de la subrogación en la condición de copropietario en división horizontal por transmisión del dominio del inmueble.

III. FUNDAMENTO Y CARACTERES DE LAS LIMITACIONES APROBADAS POR LA JUNTA GENERAL

La prohibición de actividades económicas sometida a una descripción concreta como "hospedaje, hospedería o pensión" en pisos de la Comunidad con carácter general comprende también al arrendamiento turístico como actividad económica y como supuesto arrendaticio netamente diferente al arrendamiento de vivienda. La restricción estatutaria debe ser clara, precisa y expresa.

Conforme declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2023[35], el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad susceptible de ser incluida en las prohibiciones que se acuerden en Estatutos puesto que es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en los Estatutos.

Exige la jurisprudencia que las limitaciones sean claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir que en las viviendas se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos.

La disposición estatutaria que prohíba desarrollar en los diferentes pisos susceptibles de aprovechamiento independiente una actividad económica de hostelería u hospedaje (en el caso concreto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2024[36] una "pensión" u "hospedería") es compatible con el requisito de que se trate en todo caso de una prohibición clara, precisa y expresa, tal como exige de forma reiterada la jurisprudencia.

En este sentido, no puede prevalecer la argumentación que equipara el arrendamiento de vivienda para uso turístico con el arrendamiento ordinario de vivienda, que no es objeto de prohibiciones a pesar de que también es en sí mismo objeto de una actividad económica. Y, mientras éste se destina a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario aquél se dirige a proporcionar alojamiento temporal sin constituir cambio de residencia para la persona alojada.

La mencionada Sentencia declara en su Fundamento de Derecho quinto que debe considerarse que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad que puede considerarse incluida en la prohibición estatutaria acordada por la que se prohíbe desarrollar actividades económicas, ya que se trata de actividades económicas caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial.

Declara el Tribunal Supremo que tal interpretación es conforme con la jurisprudencia de la Sala acerca de que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir

que en las viviendas se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos.

Igualmente, pone de manifiesto el Tribunal que no es posible equiparar el arrendamiento de vivienda para uso turístico con el arrendamiento de vivienda, que no puede estar prohibido como regla, a pesar de que también sea una actividad económica, entendiendo por tal aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario conforme al artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ya que el arrendamiento para usos turísticos nada tiene que ver con aquél, puesto que su finalidad es proporcionar alojamiento temporal sin constituir cambio de residencia para la persona alojada, con sujeción a las normas del sector turístico.

1. Las limitaciones han de ser claras, precisas y expresas

Hemos afirmado anteriormente que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas en relación con la intención de prohibir o restringir la posibilidad de que en los diferentes pisos de la Comunidad se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos[37].

Y no debemos olvidar que la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2023[38], declara que, sin lugar a dudas el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad susceptible de ser incluida en una eventual prohibición estatutaria amparada en el ejercicio de actividades económicas o empresariales, pues se trata de una actividad económica, equiparable a las actividades económicas estandarizadas que pueden ejemplificar unos estatutos comunitarios, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre indudablemente un componente comercial, profesional o empresarial[39].

En este marco interpretativo, resulta indispensable valorar el sentido y el alcance de lo que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que reforma mediante su Disposición final cuarta el apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal[40] se refiere al acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad de arrendamiento para uso turístico.

En concreto dispone el citado apartado 12 que el acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, ya suponga o no modifi-

cación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, sin que estos acuerdos puedan producir efectos retroactivos.

En efecto, la Ley de Arrendamientos Urbanos se refiere en el artículo 5 a los arrendamientos para usos turísticos, a los que excluye del ámbito de aplicación de la propia Ley, definiéndolos como aquéllos que supongan la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

Cuando la Ley de Propiedad Horizontal se refiere a los acuerdos que "limiten o condicionen" el ejercicio de la actividad que sea calificable como arrendamiento de inmuebles para usos turísticos, ¿lo hace con la intención de restringir facultades o de prohibir su ejercicio?

Para alcanzar una mayor seguridad jurídica, el contenido del dominio debería fijarse siempre, más que enumerando las facultades que lo integran, reflejando los límites de su actuación y ejercicio. En efecto, es más importante conocer ese aspecto negativo del dominio dada la excepcional influencia de la doctrina de la función social del dominio, que hace que mientras el propietario respete los límites de esa función de interés general gozará de plena protección por el Ordenamiento. Y esto es así hasta el punto de que el Tribunal Constitucional en Sentencia 111/83 de 2 de diciembre[41], declara en su Fundamento Jurídico 8° que la propiedad <<*es un derecho subjetivo debilitado*>>, describiendo así una clara restricción del concepto general reconocido en el artículo 348 del Código Civil.

El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia, Fundamento Jurídico 2°, declara además que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. La utilidad individual y la función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Tal y como con la mayor claridad ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 12 de abril de 2002[42], aunque la única expresión contenida en el artículo 348 del Código civil sea la de "límites", debemos distinguir entre límites y "limitaciones" del dominio de forma que los primeros son las fronteras normales hasta donde se extiende el poder del propietario siendo las limitaciones restricciones que en casos singulares restringen el poder del propietario[43].

Los limites, no requieren un acto especial de constitución en cada caso concreto, no requieren prueba de su existencia para poder ser impuestos y no son inscribibles en el Registro de la Propiedad cuando afectan a inmuebles (así, en interés público, todas las restricciones, imposiciones y actuaciones urbanísticas y de planeamiento).

Al contrario, las limitaciones deben establecerse siempre en virtud de un acto especial relativo al bien en cuestión, han de ser probadas y en consecuencia son inscribibles cuando afecten a inmuebles (en concreto, los derechos reales limitativos del dominio y las servidumbres legales o administrativas), y esto es así hasta el punto que, sin tal prueba de su existencia el bien se presume libre de toda carga o gravamen[44].

2. Limitaciones relativas y absolutas

Esta doctrina civil debe aplicarse al caso que nos ocupa, y como resultado obtendremos nuestra conclusión: efectivamente, la Comunidad de Propietarios puede limitar las facultades de los propietarios integrados en ella en dos niveles diferentes:

De una parte, el meramente restrictivo o condicionante afectante solo a ciertas facultades como exponente de limitación "relativa" que siempre permitiría desarrollar la actividad del arrendamiento de uso turístico pero sometida a unos límites previamente diseñados por la Comunidad, basados en el interés general. De otra, el nivel prohibitivo como máximo exponente de una limitación "absoluta" que impediría desarrollar la actividad descrita, siempre considerando todas las cuestiones que se han expuesto en los apartados iniciales de este trabajo.

La anterior delimitación que hemos formulado, limitaciones relativas (respecto a ciertas facultades dominicales) y limitaciones absolutas (prohibiciones) queda reflejada, como pondremos de manifiesto en la doctrina registral de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Sin lugar a dudas, pueden aprobarse limitaciones relativas y absolutas de arrendamientos para uso turístico, lo que destruye una interpretación pragmática que ha prendido en algunos sectores jurídicos según la cual sólo es posible limitar puntualmente pero no prohibir.

En el primer caso (limitaciones relativas) sería exigible mayoría de tres quintos, puesto que se trataría de acuerdos que restringirían parcialmente las facultades de los propietarios en el uso turístico de pisos integrados en la Comunidad, siguiendo el contenido gramatical del artículo 17 apartado 12 de la Ley de Propiedad Horizontal: *<<El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad>>*, lo que no implica su prohibición, aclarando el precepto que esto será así *<<...suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos...>>*.

Reconoce la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que se pueden aprobar limitaciones absolutas (prohibiciones), y en tal caso se exigiría mayoría cualificada de tres quintos, salvo que el acuerdo alcance en bloque a otras prohibiciones propuestas de forma conjunta, que siempre precisarían la unanimidad.

La Resolución de la DGSJFP de 5 de abril de 2020[45], reconoce expresamente la posibilidad de establecer limitaciones relativas y absolutas, sentando la doctrina relativa a las mayorías exigibles, partiendo de un caso concreto en el que se pretendía la inclusión en los Estatutos de la comunidad de la siguiente cláusula: *<<Las viviendas o pisos del edificio no podrán destinarse a alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero>>*.

El acuerdo impugnado era claramente prohibitivo de otros usos "en bloque" y sin embargo se adoptó por mayoría cualificada de tres quintos esquivando la regla de la unanimidad, y la DGSJFP procedió a construir una calificación negativa en consecuencia, considerando que *<<Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística.>>*

En el mismo sentido, la Resolución de la DGSJFP de 12 de diciembre de 2023[46] declara que la mayoría especial del artículo 17 apartado 12 de la LPH únicamente se puede aplicar a los acuerdos que limiten o condicionen el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional[47].

Podría interpretarse en consecuencia que, si el acuerdo se dirige a prohibir usos diferentes del arrendamiento para uso turístico regulado administrativamente, se requeriría siempre la unanimidad, bastando la mayoría de tres quintos para prohibir aquél, pero sin embargo, la Resolución de la DGSJFP de 16 de junio de 2020[48] expresamente considera que los acuerdos limitativos del uso al amparo del artículo 17.12 de la LPH incluyen a los de prohibición de dicho uso, siempre que se acredite que por estar sujetos a normas administrativas especiales quedan excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como ocurre en el caso que nos ocupa al amparo de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con referencia a la actividad sometida a un "régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística"[49].

Finalmente, la Resolución de la DGSJFP de 22 de junio de 2022[50] confirma la calificación registral recurrida, disponiendo respecto al artículo 17 apartado 12 de la Ley de Propiedad Horizontal que dicho precepto reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial*, <<...pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda a los que se refiere la norma estatutaria debatida, como es el de hospedería o vivienda vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística, a los que se refiere la norma estatutaria debatida, o a la obligación de destinar las viviendas a uso residencial habitual.>>*

En conclusión, cuando el acuerdo se refiera a usos turísticos reglamentados administrativamente se puede aplicar la regla de la mayoría de tres quintos, ya sea para una limitación relativa o una limitación absoluta (prohibición), pero si el acuerdo alcanza en bloque a otros usos (alquileres vacacionales u hospedería en general) se requiere la unanimidad. y esta regla se ha de seguir incluso cuando se modifique el título constitutivo porque es un efecto consustancial que el legislador da por supuesto cuando exceptúa el acuerdo y la mayoría especial. Así ha sido confirmado recientemente por la Resolución de la DGSJFP de 6 de febrero de 2025[51].

En el Derecho español el régimen jurídico de la Propiedad horizontal viene delimitado por una Ley especial (Ley 49/1960 de 21 de julio reformada sucesivamente hasta 2015) y por el artículo 396 del Código civil, que derivan a los Estatutos comunitarios para todas las cuestiones particulares que los copropietarios hayan deseado acordar, siempre en beneficio de la Comunidad.

Precisamente en este ámbito operan los Estatutos de la Comunidad ya que conforme al art. 396 CC la propiedad horizontal se regirá por las disposiciones

especiales y en lo que ellas permitan por "la voluntad de los interesados", teniendo su reflejo ésta en los Estatutos y en los Reglamentos de la Comunidad.

Los Estatutos, según dispone el art. 5 apartado 3º. 1 de la Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal se caracterizan porque al formar parte del título constitutivo su aprobación o modificación requiere unanimidad, aunque en ciertos supuestos puede realizarse a través de un quórum distinto, tienen su límite en la Ley tal y como cabe deducir de los límites objetivos del artículo 1255 del Código civil, deben constar en escritura pública para acceder al Registro de la Propiedad y resultar oponibles a terceros.

En virtud de tales prohibiciones no le está permitido a los propietarios desarrollar actividades en el inmueble que, estén prohibidas en los Estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

En consecuencia, es imprescindible asegurar que, en los Estatutos particulares de cada Comunidad debidamente otorgados en escritura pública e inscritos en el Registro de la Propiedad, se contenga los preceptos que regulen una limitación-prohibición expresa, cierta y determinada que delimite y afecte a los elementos privativos que se encuentran descritos como tales en el título constitutivo, y que disponga la imposibilidad de ser destinados a usos diferentes de vivienda.

Tales preceptos se fundamentarían consiguientemente en lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal y alcanzan tanto a la realización de actividades prohibidas por los Estatutos como a los actos considerados contrarios a las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas serán calificadas como «molestas» las actividades que *<<constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen>>*.

Tal y como nuestra Jurisprudencia ha venido declarando, la actividad molesta no requiere un contraste sistemático en todo caso y situación, sino que basta con que, por sus características intrínsecas y su potencialidad, pueda producir un perjuicio en la ordenada convivencia de la Comunidad de Propietarios.

Así pues, los constantes ruidos, sonidos excesivos derivados de la música o de la reunión de personas excediendo el uso ordinario y, por otra parte reglamentario, del inmueble como vivienda pueden provocar sin lugar a dudas un grave perjuicio a los comuneros que ha de encuadrarse en el ámbito objetivo de la actividad molesta[52].

La clave para evaluar el impacto negativo en la Comunidad de Propietarios y el equilibrio de sus intereses no es la posible alteración del uso del inmueble como vivienda permanente "sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias", sino la posible existencia de un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino por los Estatutos que no puede amparar bajo ningún concepto o título un uso no permitido.

Este es el criterio específico y reiterado asentado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 9 de mayo de 2002[53] (almacén, a que estaba destinado, en garaje para guarda y circulación de vehículos) y la de 20 de septiembre de 2007[54] (obras que alteran la naturaleza del inmueble), ratificándolo de forma expresa en el Fundamento de Derecho Tercero la importantísima STS de 27 de noviembre de 2008[55] cuando declara que una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario en situaciones particulares, debiendo distinguirse netamente respecto a los un supuestos en los que pueda conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración de la vivienda, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias, sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino tradicionalmente vetado por nuestra jurisprudencia civil.

El criterio jurisprudencial en este sentido queda bien delimitado considerando que no cabe de ninguna manera destinar el piso o local a actividades que están prohibidas por el estatuto, con independencia de que resulten objetivamente molestas, insalubres, inmorales o peligrosas. Puede que no sean nada de esto, pero sí hay prohibición en el título (para usos y destinos turísticos), el propietario no tiene facultad para utilizar de esta manera su finca o arrendarla o ceder a terceros a los mismos fines (supuesto de hecho ahora contemplado), pues esta actuación sería contraria a la Ley y llevaría consigo la sanción correspondiente[56].

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 49/1960 DE PROPIEDAD HORIZONTAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2025 EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y SU ENTRADA EN VIGOR EL 3 DE ABRIL DE 2025

El artículo 17 apartado 12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre la Propiedad Horizontal ha sido hasta enero del año 2025 la base estructural del régimen jurídico de las limitaciones y restricciones de uso a las que nos venimos refiriendo en nuestro trabajo.

Esta norma ha sido objeto de variadas interpretaciones y reformas, quedando conformado su contenido por la Disposición Final cuarta de la Ley Orgánica

1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[57], como precepto habilitante para configurar las restricciones de uso turístico a las viviendas que formen parte del objeto de la Comunidad.

Según este precepto, los acuerdos por los que se apruebe, limite, condicione o prohíba el ejercicio de la actividad que implique la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística[58], habrán de ser siempre expresos.

Este carácter expreso es indispensable, suponga o no modificación del título constitutivo o de los Estatutos, y requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, siendo necesaria también dicha mayoría para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %, sin que puedan producir efectos retroactivos.

Además de ello, tal y como hemos puesto de manifiesto anteriormente, las limitaciones de uso acordadas tienen que ser claras, precisas y expresas en relación con la prohibición o restricción de la posibilidad de que en los diferentes pisos de la Comunidad se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos.

Partiendo de este presupuesto normativo, el legislador ha ampliado y perfeccionado de forma muy importante el régimen jurídico de las prohibiciones de arrendamiento para usos turísticos cuando ha añadido un apartado 3º al artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal según el cual cualquier propietario que disponga la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la Comunidad de Propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo 17[59].

De forma complementaria y congruente, dispone el legislador que el Presidente de la Comunidad a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

Dada la trascendencia objetiva y funcional que presenta la comunicación de la decisión comunitaria, entendemos que el legislador debía haber exigido que se tratase de requerimiento fehaciente, evitándose así posteriores impugnaciones de dichas comunicaciones en perjuicio del interés del requerido, así como del resto de comuneros.

Esta nueva regulación supone un claro impulso de las potestades limitativas que incumben legalmente a las Comunidades de Propietarios respecto al régimen general que se contenía en el Real Decreto 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler y supone técnicamente que todo el sistema de aprobación de limitaciones y prohibiciones de las Juntas Generales haya quedado como una norma general frente a la norma especial que obliga a cualquier propietario a obtener de forma directa y previa la aprobación expresa del uso propuesto.

1. El sistema de registro único para la oferta de arrendamientos en las plataformas en línea de alquiler de corta duración: descoordinación del sistema

El "nuevo" régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para usos turísticos se completa desde la perspectiva del Derecho privado con lo dispuesto por el Real Decreto 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración.

Esta nueva norma, según declara la Disposición final cuarta entró en vigor el día 2 de enero de 2025, desplegando efectos sus disposiciones desde el 1 de julio de 2025, para otorgar un plazo suficiente para realizar las adaptaciones de carácter tecnológico y funcional necesarias por parte de todos los actores implicados en el cumplimiento de la norma, estando previsto que hasta la aprobación de un régimen sancionador específico y propio para las infracciones que se regulen, derivadas del nuevo Decreto, resultarán de aplicación los regímenes sancionadores y obligaciones contemplados en la normativa estatal, autonómica y local, lo cual va a suponer una evidente desordenación y desajuste de la seguridad jurídica en los procedimientos correspondientes que puedan ser incoados en el período intermedio.

Tal y como se hace constar en la Exposición de Motivos de la norma, a través del procedimiento de registro se obtendrá un número de registro único que se asignará a cada inmueble o unidad parcial del mismo que se pretenda arrendar de manera separada, sin el cual no podrá llevarse a cabo su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración. Esta medida pretende aportar seguridad a los propietarios de viviendas, a las plataformas en línea, así como a las personas

arrendatarias, ya que se relacionarían en un mercado caracterizado por una información transparente y confiable.

Además, a través de esta medida, se pretende evitar que puedan ser ofertadas *on line* viviendas en unas condiciones contrarias a las dispuestas por la normativa de las diferentes administraciones territoriales, permitiendo a todas ellas llevar a cabo sus labores de inspección y control de forma más eficaz, facilitando la lucha contra la utilización de la figura de los arrendamientos de corta duración que no cumplan con la relación de causalidad titularidad, utilidad y destino que exige la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, así como contra las viviendas de uso turístico contrarias a las normas vigentes.

Entre las previsiones del legislador en orden a la eficacia del Real Decreto está la posible salida del mercado de viviendas actualmente ofertadas de manera irregular, lo que permitirá una mayor oferta de otras fórmulas de arrendamiento como son las de larga duración.

El artículo 9 apartado 1º del Real Decreto 1312/2024 ha diseñado el procedimiento bajo el principio de rogación del interesado y atribuye competencias directas al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Las solicitudes serán presentadas en la sede electrónica del Colegio de Registradores de la Propiedad, adjuntándose toda la documentación preceptiva en formato electrónico, pudiendo optar por sistemas de identificación y firma basados en certificados electrónicos, sistema *Clave* o firmas no criptográficas como códigos de un solo uso, firmas OTP o similares ofrecidos por terceros de confianza interpuestos, u otros sistemas basados en claves previamente concertadas, siendo todo el procedimiento tramitado de manera electrónica por el Registro de la Propiedad o el de Bienes Muebles. La solicitud también podrá presentarse directamente en papel en el Registro de la Propiedad o en el de Bienes Muebles competente.

En una primera valoración, no es muy acertado que el legislador haya pretendido aplicar un sistema directo de control a través de la asignación de un número de registro único dependiente de los Registros de la Propiedad puesto que ello supone a nuestro juicio la atribución a éstos de unas funciones que son predominantemente administrativas y que exceden con mucho del marco institucional que la legislación hipotecaria les atribuye, mucho más cuando se extiende de forma incomprensible a los Registros de Bienes Muebles.

A. Requisitos documentales y excepciones

El artículo 9 recoge en el apartado 2 el procedimiento y los requisitos mínimos relativos al bien, descripción, número máximo de arrendatarios, entre otras circunstancias, pero, especialmente, se refiere en su punto 5º del Real Decreto 1312/2024 de 23 de diciembre, como requisitos "de inscripción" los siguientes:

- Presentación de la licencia administrativa obtenida. Si la unidad está sujeta a un régimen de título habilitante como la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, se requerirá el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable, es decir, la licencia administrativa que autorice el destino turístico del arrendamiento con la correspondiente alta de la vivienda y certificación del cumplimiento de todos sus requisitos.
- Se exceptúa el supuesto de simple exigencia de declaración responsable conforme a las normas aplicables. No se exigirá dicho documento acreditativo o título administrativo cuando la legislación aplicable sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellos documentos se sustituirán por los que acrediten que la comunicación o declaración ha sido realizada, que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad si este ha sido establecido y que no se tenga declarada su ineficacia.
- Inexistencia de resolución administrativa prohibitiva o restrictiva previa. En cualquier caso, se necesitará acreditar que en el Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles no conste resolución obstativa alguna, incluyendo, en su caso, la autorización, prohibición o limitación para tal uso conforme a la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, que sería precisamente la referida por el apartado 12 del artículo 17.

B. Procedimiento

La nueva normativa de registro y obtención de número identificativo obligatorio para la oferta de arrendamientos de viviendas de temporada, incluidas las de uso turístico *on line* está fundamentada en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024 y del Consejo, de 11 de abril de 2024 y de acuerdo con lo previsto por el artículo 8 del Real Decreto1312/2024 el procedimiento (denominado por el legislador "de registro único") se canalizará a través del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles, rigiéndose por lo dispuesto en el mencionado Reglamento UE 2024/1028 y supletoriamente por la legislación hipotecaria.

El apartado 3º del citado artículo 8 del Real Decreto 1312/2024 dispone que con la presentación de la solicitud y su documentación complementaria el titular del Registro de la Propiedad <<*...procederá a la asignación automática e inmediata de un número de registro, que recogerá la identificación de la categoría y*

tipo designado por la persona interesada. A estos efectos, en su caso, podrá ser de aplicación el régimen de recursos aplicable a las resoluciones de los Registradores y Registradoras conforme a la normativa hipotecaria.>>

El sistema elegido por el legislador ha sido a nuestro juicio equívoco y poco congruente con la función, procedimiento y efectos del Registro de la Propiedad de acuerdo a su legislación propia, materia que es calificada de orden público por ser indisponible y por ser competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149 apartado 1. 8 º de la Constitución española, y es más incongruente aún la implicación de los registros de Bienes Muebles dada su finalidad exclusiva relativa a la constitución y oponibilidad de cargas y gravámenes sobre bienes de naturaleza mueble, con una normativa difusa, precisamente por lo amplio de su contenido estrictamente mobiliario que alcanza también a las condiciones generales contractuales en negocios jurídicos cuyo objeto sea mueble[60].

Este procedimiento no está completado en su norma reguladora y es claramente confuso ya que asimila los conceptos calificación e inscripción en los dos campos declarados por el legislador: el propiamente registral y el de estos "efectos especiales de control administrativo", lo cual es absurdo y realmente peligroso para la seguridad jurídica.

Consideramos que el procedimiento diseñado para estas cuestiones vulnera el principio de seguridad jurídica porque el legislador ha omitido los instrumentos de calificación que sí están previstos para el procedimiento registral ordinario (y verdadero) contenidos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria: los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, 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.

a) Los efectos de la calificación

El artículo 10 apartado 1º del Real Decreto 1312/2024 plantea y describe una pretendida fase de calificación registral con una errónea descripción como es la de "verificación del número de registro", tras la cual, si fuere favorable, se hará constar el número de registro y su categoría y tipo por nota marginal en el folio de la unidad, lo cual se notificará al interesado. En esta calificación se comprobará toda la documentación presentada de acuerdo con el artículo anterior, asegurando la no existencia de elementos obstativos para ella, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso y los posibles acuerdos de la comunidad de vecinos conforme a la Ley de Propiedad Horizontal.

En el sucedáneo de procedimiento registral que se diseña al efecto por el legislador, hay una referencia a la posible existencia de defectos, ya sea en la solicitud presentada o en la documentación aportada, y en tal caso, ha de suponerse (porque nada especifica el precepto) que habrá una notificación al interesado aunque no se especifican las garantías ni los plazos con lo que la simple apariencia de una verdadera calificación registral se oscurece y desaparece una vez que se compruebe el exacto y eficaz contenido del artículo 19 de la ley Hipotecaria para el verdadero procedimiento registral, que siempre tiene en su horizonte el imponente efecto de fe pública, certeza y oponibilidad expresado por el artículo 38 de dicha Ley especial.

La deficiencia normativa alcanza a las garantías debidas a este procedimiento, aunque solo se trate de su asimilación al verdadero procedimiento registral, y concretamente hay que situarlas en la ausencia de plazos de eficacia real y de referencia para las necesarias notificaciones ya que debe considerarse insuficiente y difícil de cumplimentar el plazo fijado de siete días hábiles de subsanación siguientes a la notificación de la resolución negativa.

En el caso que referimos de calificación negativa está previsto que el titular del Registro suspenda la validez del número de registro afectado y remita una comunicación a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos, para que la Dirección General de Planificación y Evaluación dicte resolución ordenando a todas las plataformas en línea de alquiler de corta duración que tengan publicados anuncios relativos a ese número de registro, para que los eliminen o inhabiliten el acceso a ellos sin demora.

Siendo la calificación desfavorable habrá de advertirse en ella que, transcurrido el tiempo de subsanación, se comunicará a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos y la Dirección General de Planificación y Evaluación ordenará a las plataformas en línea de alquiler de corta duración que eliminen datos o inhabiliten los accesos correspondientes.

Está previsto un desconcertante sistema de seguimiento para cada categoría y tipo de arrendamiento cada doce meses, identificando el tipo o especialidad a la que se acoge, así como las finalidades que se exigen en cada caso[61] y tal y como queda regulado, a los efectos de la comprobación de esta finalidad, en caso de que existieran dudas fundadas sobre la realidad de la misma, podrá ser requerido por el Registrador o Registradora documentación acreditativa complementaria.

La cuestión relevante es que la norma que comentamos carece de cualquier indicación complementaria, y se hace difícil la aplicación de la clásica consideración referida a las faltas subsanables e insubsanables propia del procedimiento registral según la cual son subsanables las faltas que dan lugar a la anulabilidad y los obstáculos del Registro que puedan eliminarse y son insubsanables los de-

fectos que dan lugar a la nulidad radical y los obstáculos del Registro que son definitivos y absolutos[62].

b) Recursos contra la calificación, práctica de nota marginal y el problema de la aplicación a los inmuebles no inmatriculados

Para concluir, el Real Decreto1312/2024 dispone en su artículo 10 apartado 7 que el régimen aplicable a las resoluciones de los titulares del Registro y sus recursos será el correspondiente a la normativa hipotecaria, mientras que el régimen aplicable a las resoluciones que incluyan órdenes emitidas por la Dirección General de Planificación y Evaluación, conforme a los apartados anteriores y sus recursos administrativos, será el correspondiente a los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta norma, generadora de un ámbito de actuación bifronte registral y administrativo, hace que resulte obligadamente aplicable a este "procedimiento" lo dispuesto por los artículos 324 y 328 de la Ley Hipotecaria con lo que supone de desajuste formal y conceptual, si bien tendríamos un problema de legitimación puesto que nada se especifica en el Real Decreto como regla aplicable a quienes pueden interponer el recurso, teniendo en cuenta que nosotros consideramos que el artículo 325 de la Ley Hipotecaria es de aplicación restringida al procedimiento registral ordinario, lo que supondrá otra incertidumbre añadida a esta anómala regulación construida por el legislador con evidente confusión del papel que juega el registro de la propiedad en nuestro sistema y de la función atribuida en garantía suprema del principio constitucional de seguridad jurídica.

De resultar favorable la calificación registral de la solicitud a la vista del "título" presentado[63] el titular del registro actuará como describe el artículo 10 del Real Decreto 1312/2024, y <<*hará constar el número de registro y su categoría y tipo por nota marginal en el folio de la unidad, lo cual se notificará al interesado.*>>

En consecuencia, la finalidad será "hacer constar" mediante una simple nota marginal el número de registro y su categoría y tipo, lo que nos hace reflexionar de forma preocupante acerca de la absurda e inidónea debilidad que se introduce en el sistema registral, imponiendo, nada menos que una calificación registral, a un simple proceso de control administrativo que como máximo generará una constancia en nota marginal.

Se hace con ello una simple pasada sobre los títulos calificados dejando en lamentable estado el contenido del artículo 3 de la Ley Hipotecaria según el cual, para que puedan ser inscritos los títulos presentados deberán estar consignados

en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Como se observa, se refiere la legislación hipotecaria a los títulos calificados, en orden a la inscripción, pero ¿sería posible aplicar el procedimiento de calificación en orden a la práctica de una simple nota marginal?

A nuestro entender la respuesta es negativa y basta para ello interpretar el contenido del artículo 41 del Reglamento Hipotecario, en cuanto que las notas marginales tienen un valor meramente accesorio e informativo mientras que se pretende con la regulación en materia de números de inscripción de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, sean o no para usos turísticos, quedando patente en consecuencia la contradicción del propio término "inscripción" aplicado a los números obtenidos, cuando en todo caso debió ser "práctica de nota marginal" y nunca "anotación" para evitar la grave confusión que supondría la derivación de estas materias a lo dispuesto por los artículos 42 y 86 de la Ley Hipotecaria y artículo 41 de su Reglamento.

Prueba de la debilidad jurídica que presenta en materia de garantías y seguridad jurídica el procedimiento descrito es el contenido de la Disposición adicional tercera sobre colaboración entre las comunidades autónomas y ayuntamientos y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ya que se dispone que las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos "que lo deseen" podrán suscribir con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convenios de colaboración para facilitar el cumplimiento del Real Decreto, especialmente en lo relativo a la comprobación, aportación y recepción de documentación que pueda obrar en su poder a partir del ejercicio de sus competencias.

Con ello queda meridianam3ente claro que la colaboración está fundamentada y basada en un mero deseo o posibilidad y no en un deber de colaboración imperativo, quizás más adecuado como fundamento, en lo que afecta nada menos que a la propia calificación prevista por el legislador.

Y una última consideración; todo lo anterior se construye tomando como base la existencia de un dominio inscrito registralmente para que se pueda practicar la descrita nota marginal relativa al número "de inscripción" señalado, pero el sistema quiebra por su base cuando nos refiramos a un inmueble cuyo dominio no esté inscrito o peor aún, un inmueble no inmatriculado.

Para que el sistema diseñado por el legislador produjese unos efectos homologados e iguales para todos los interesados desde la más elemental visión del principio de seguridad jurídica sería necesario que se modificara el sistema de obligatoriedad de la inscripción registral del dominio sobre los bienes inmuebles superando decididamente el sistema de forma *ad probationem y ad solemnitatem*

así como la interpretación y efectos de los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Si a todo lo expresado se une la ya mencionada referencia puramente voluntarista contenida en la Disposición Adicional 4ª en cuanto a que las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos que lo deseen podrán suscribir con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convenios de colaboración para facilitar el cumplimiento de la nueva norma, tendremos asegurada la aplicación defectuosa de estas normas, a las que les faltará desde su promulgación una de las esenciales características de las normas imperativas: la generalidad y convicción de obligatoriedad.

En consecuencia, el sistema diseñado por el Real Decreto1312/2024 de 12 de diciembre queda ya como un conjunto de normas puramente administrativas destinadas a complicar el panorama ya suficientemente complejo de los arrendamientos para usos y destinos turísticos sin ofrecer un verdadero sistema de registro y oponibilidad *erga omnes*, alejándolo del principio de seguridad jurídica, entendido en los estrictos términos que son propios de nuestro sistema registral.

V. CONCLUSIONES

I. El régimen jurídico básico de la Propiedad Horizontal viene delimitado por la Ley 49/1960 de 21 de julio y por el artículo 396 del Código civil, normas que nos derivan a los Estatutos comunitarios para todas las cuestiones particulares que los copropietarios hayan deseado acordar, siempre en beneficio de la Comunidad.

Los Estatutos se caracterizan porque, al formar parte del título constitutivo su aprobación o modificación requiere unanimidad, aunque en ciertos supuestos puede realizarse a través de un *quorum* distinto, y tienen su límite en la Ley tal y como cabe deducir de los límites objetivos del artículo 1255 del Código civil, debiendo constar en escritura pública para acceder al Registro de la Propiedad y resultar oponibles a terceros.

Junto a las clásicas restricciones, se han venido extendiendo las limitaciones de uso sobre otros destinos que el propietario no podría ejecutar sobre el inmueble que es objeto de su dominio, como excepción basada en límites objetivos de interés general para la Comunidad, siempre con carácter expreso, como es el arrendamiento de viviendas para usos turísticos.

II. Los acuerdos adoptados por la Comunidad tienen atribuido legalmente un indiscutible carácter irretroactivo, de manera que ningún propietario puede verse compelido a no poder transmitir a un tercero su dominio sobre una vivienda destinada legalmente al arrendamiento para uso turístico si el inmueble que se desea

transmitir no estuvo afectado por prohibición alguna al tiempo de su legalización para tal uso específico y obtuvo la correspondiente licencia, subrogándose el adquirente en la titularidad dominical con todas las cargas, gravámenes y restricciones reales que tuviere el titular anterior.

Las limitaciones y prohibiciones dispuestas por los estatutos comunitarios han de ser claras, precisas y expresas.

La disposición estatutaria que prohíba desarrollar en los diferentes pisos susceptibles de aprovechamiento independiente una actividad económica de hostelería u hospedaje (en el caso concreto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2024 una "pensión" u "hospedería") es compatible con el requisito de que se trate en todo caso de una prohibición clara, precisa y expresa, tal como exige de forma reiterada la jurisprudencia.

Un eventual acuerdo restrictivo adoptado por la Comunidad no solo no tendrá efecto retroactivo en cuanto a la prohibición, sino que no podrá condicionar la titularidad efectiva y las facultades dominicales del nuevo adquirente puesto que este tipo de prohibiciones participa de la naturaleza de las cargas-afecciones reales asimiladas a las llamadas obligaciones *in faciendo* y no se pueden aplicar *intuitu personae*, operando en consecuencia sea cual fuere el titular actual, siempre que se identifique como titular dominical del inmueble.

Si al tiempo de la transmisión de un inmueble que ya estaba en pleno uso turístico legalizado no existe acuerdo prohibitivo legalmente adoptado por la Comunidad de Propietarios, no se podrá obligar a dicho nuevo adquirente a cesar en dicho uso en virtud de acuerdos comunitarios restrictivos adoptados con posterioridad.

III. En sentido contrario, cuando al tiempo de la transmisión existiese un acuerdo válidamente adoptado al respecto, pero no inscrito en el Registro de la Propiedad, no se podrá prohibir el disfrute y ejercicio de la facultad de arrendar para usos turísticos al nuevo propietario, y no le sería imputable a éste el régimen de prohibición-restricción derivado del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

La razón es que el mismo precepto especifica que las prohibiciones no perjudicarán a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.

Respecto al valor normativo interno para los propietarios que lo eran ya en el momento en que se adoptó un acuerdo prohibitivo, como la inscripción registral de los Estatutos no es constitutiva, ni por tanto obligatoria, su falta de inscripción

no afectaría al carácter obligatorio para la Comunidad de Propietarios por tratarse de actos propios, salvo impugnación en plazo del acuerdo adoptado.

V. Cuando la licencia administrativa se ha concedido al titular solicitante como propietario acreditado registralmente, si se produce una transmisión del inmueble, podría modificarse la autorización administrativa siguiendo el procedimiento descrito en los decretos reguladores de la actividad conforme a la normativa autonómica que corresponda en cada caso.

Lo esencial es comprobar que el inmueble continúe reuniendo los requisitos que fueron acreditados al tiempo de la concesión, esto es, que si la Comunidad de Propietarios ha decidido posteriormente prohibir o restringir los arrendamientos de uso turístico, tal decisión no afectará a la licencia ya concedida a quien fue el titular dominical inicial, siempre que al tiempo de comunicar el cambio de titular a la Administración pública competente se acredite que el inmueble continúa reuniendo los requisitos y condiciones que fueron aprobadas al tiempo de la concesión de la licencia.

En lo demás, exactamente igual a lo que ocurre por ejemplo en un cambio de licencia de actividad en hostelería, todo dependerá de un trámite específico de comunicación que concluirá con la fijación y registro de un nuevo titular, siempre que se pruebe que no se ha modificado la descripción del inmueble, sus características iniciales y su funcionalidad.

Esta simple comunicación, regulada de forma especial en la normativa sobre hostelería, espectáculos y actividades recreativas, consolida la vigencia de la licencia bajo la titularidad del nuevo adquirente, siempre que se acredite la ausencia de alteraciones o modificaciones sustanciales en el objeto, su naturaleza jurídica o su destino.

Las licencias administrativas para el desarrollo de usos turísticos en un inmueble presentan una naturaleza análoga a las licencias de apertura de negocio, con una naturaleza real y no personal, incluso con el amplio margen de flexibilidad que permiten las llamadas situaciones jurídico-reales intermedias, y así lo ha declarado la jurisprudencia de forma clara y reiterada.

VI. La forma, mecanismo y mayorías exigibles para su limitación o prohibición han sido objeto de reforma en la Ley de Propiedad Horizontal en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y el Real Decreto 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, creándose un nuevo y complejo sistema regulatorio para el arrendamiento destinado a usos turísticos.

A través del procedimiento de registro se obtendrá un número de registro único que se asignará a cada inmueble o unidad parcial del mismo que se pretenda arrendar de manera separada, sin el cual no podrá llevarse a cabo su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración, pero el sistema elegido por el legislador es poco congruente con la función, procedimiento y efectos del Registro de la Propiedad de acuerdo a su legislación propia, materia que es calificada de orden público por ser indisponible y por ser competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149 apartado 1. 8 º de la Constitución española.

El sistema diseñado es difuso, equívoco, incongruente y desajustado en cuanto a la implicación de los Registros de Bienes Muebles dada su finalidad exclusiva relativa a la constitución y oponibilidad de cargas y gravámenes sobre bienes de naturaleza mueble.

El sistema se ha construido tomando como base la existencia de un dominio inscrito registralmente para que se pueda practicar la descrita nota marginal relativa al número "de inscripción" señalado, pero el sistema quiebra por su base cuando nos refiramos a un inmueble cuyo dominio no esté inscrito o peor aún, se refiera a un inmueble no inmatriculado.

Para que el sistema diseñado por el legislador produjese unos efectos homologados e iguales para todos los interesados desde la más elemental visión del principio de seguridad jurídica sería necesario que se modificara el sistema de obligatoriedad de la inscripción registral del dominio sobre los bienes inmuebles superando decididamente el sistema de forma *ad probationem y ad solemnitatem,* así como la interpretación y efectos de los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Es un sistema puramente voluntarista que dispone la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos "que lo deseen" podrán suscribir con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convenios de colaboración para facilitar el cumplimiento de lo dispuesto por el legislador, con lo que se rompen de forma directa dos de las esenciales características de las normas imperativas: la generalidad y convicción de obligatoriedad, afectándose así a la seguridad jurídica.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional

- STC 111/83 de 2 de diciembre
- STC 301/1993, de 21 de octubre
- STC 28/1999, de 8 de marzo

Tribunal Supremo Sala Primera

- STS de 26 de marzo de 1920
- STS de 11 de junio de 1958
- STS de 9 de febrero de 2000
- STS de 9 de mayo de 2002
- STS de 14 de octubre de 2004
- STS de 20 de septiembre de 2007
- STS 20 de octubre de 2008
- STS de 27 de noviembre de 2008
- STS de 29 de diciembre de 2015
- STS de 29 de noviembre de 2023
- STS de 29 de enero de 2024
- STS de 14 de octubre de 2004

Tribunal Supremo Sala Tercera

- STS de 4 de abril de 1997
- STS de 19 de marzo de 1997
- STS de 22 de diciembre de 1997

Audiencias Provinciales

- SAP de Jaén 12 de abril de 2002

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal) n º 33/2016 de 19 de mayo
- STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal) n º 77/2018 de 13 de septiembre

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- Resolución DGSJFP de 5 de abril de 2020
- Resolución DGSJFP de 16 de junio de 2020
- Resolución DGSJFP de 22 de junio de 2022
- Resolución DGSJFP de 12 de diciembre de 2023
- Resolución DGSJFP de 6 de febrero de 2025

VII. BIBLIOGRAFIA

AVILA RODRÍGUEZ, C.M. (2024) *Régimen jurídico-administrativo de las viviendas de uso turístico*. Cizur Menor: Aranzadi.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2024) Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Jurídica del Notariado*, n º 119, págs. 389 a 457.

CORVO LOPEZ, F.M. (2025) Los esperados pronunciamientos del TS sobre la prohibición de destinar a uso turístico viviendas situadas en edificios ordenados en régimen de propiedad horizontal y otras resoluciones de interés dictadas por el Alto Tribunal en materia de propiedad horizontal en 2024. *Actualidad Civil* n º 3.

DE CASTRO VITORES, G. (2000) *La obligación real en el Derecho de bienes,* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

DE LOS MOZOS, J.L. (1977) La obligación real. Aproximación a su concepto, en *Libro Homenaje a R.M. Roca Sastre,* vol. II, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales.

DIAZ VALES, F. (2004) El Registro de bienes muebles. Bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Revista de Derecho Privado*, n º 88-2004, pp. 78-100.

FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019) en Alejandro Fuentes-Lojo Rius (dir.) *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial: especial consideración al RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Barcelona: J.M. Bosch.

HERNANDEZ GIL, A. (1962) C*oncepto y naturaleza jurídica de las obligaciones propter rem*. Revista de Derecho Privado, tomo XLVI, p. 850-872.

LASARTE ALVAREZ, C. (2009) *Propiedad y Derechos Reales de Goce. Principios de Derecho Civil*, tomo IV. Madrid: Marcial Pons.

O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1982) *Compendio de Derecho Civil*. Tomo V. Derecho de Sucesiones. Madrid: Edersa.

MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L. (1990). *Pago y transmisión de propiedad.* Madrid: Civitas.

SANZ FERNANDEZ, A. (1965) El registro y la realidad jurídica. *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 14, pp. 397-480

SILVESTRE CASTEJÓN, X. (2020) Conflictos en la transmisión de licencias de actividad y posibles soluciones. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*. n º 3, 77-99.

NOTAS

[1] Es muy interesante la obra de AVILA RODRÍGUEZ, C.M. (2024) *Régimen jurídico-administrativo de las viviendas de uso turístico.* Cizur Menor: Aranzadi p.25 y siguientes.

[2] Ya lo había previsto así anteriormente la primera reforma de este precepto operada por el Real Decreto-Ley 7/2019 de 1 de marzo de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

[3] BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1993

[4] BOE núm. 89, de 14 de abril de 1999

[5] Rec. 2772/1998

[6] Esta posibilidad de sanción ya había sido declarada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 1997.

[7] RJ CENDOJ 5827/2018

[8] RJ CENDOJ 3181/2016

[9] *<<En consecuencia, el acuerdo que limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, adoptado por la comunidad con el quorum previsto en el art. 553-25,2 del CCCat (actualmente art. 553-26,2) es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad. Cuestión distinta es que el cambio de destino sea oponible con efectos retroactivos a terceros que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la propiedad al impedirlo el art. 553-11, 3 del CCCat (tanto en la redacción atinente a los hechos que nos ocupan como en la actual) y por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9,3 de la CE. Ello sin perjuicio, lógicamente, de que el acuerdo, una vez inscrito, sea eficaz y oponible a los futuros terceros adquirentes o, aun, que pueda serlo en el momento en que se produzca el cese de la actividad posteriormente prohibida.>>*

[10] Véanse las SSTS 26 de marzo de 1920 y 11 de junio de 1958.

[11] MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L. (1990). *Pago y transmisión de propiedad*. Madrid: Civitas. 65 y 69.

[12] MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, (1990), 70.

[13] Por causa de la reforma del artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal efectuada por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, con entrada en vigor el día 3 de abril de 2025.

[14] Dispone el precepto citado que *<<El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.>>*

[15] Rec. 3381/1999

[16] Rec. 1826/2002

[17] Rec. 7395/2012

[18] CENDOJ 5827/2018

[19] <En el Fundamento de Derecho cuarto de la citada Sentencia, declara el Tribunal que *<<De otra parte, esta Sala ya tenía establecido en las STSJCat 3.6.2011 y en la de 20.2.2012 que la mera descripción inicial que los propietarios originales de toda la finca hiciesen de los diferentes departamentos en la escritura de división horizontal, no obliga al posterior propietario del elemento privativo, ya que al presumirse libre la propiedad, de conformidad con el art. 541-1.1 CCCat, puede cambiarse después el destino de la finca, si no contraviene alguna*

disposición legal o contractual.>>... << Casada la sentencia, la demanda debe ser acogida en parte, en el sentido de que si bien la actora no puede impedir la adopción del acuerdo por parte de la comunidad que es válido en tanto que fue tomado con el quorum exigido por la ley, el mismo no ha de afectarle en el sentido de que la comunidad debe respetar el destino turístico decidido por la propietaria antes de su aprobación.>>

[20] CENDOJ 3181/2016

[21] BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1993.

[22] BOE núm. 89, de 14 de abril de 1999

[23] De esta forma, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 31/2024 dispone que la persona física o jurídica que conste como titular de la explotación de la vivienda en la declaración responsable a la que se refiere el artículo 9 *<<...será la responsable ante la Administración y ante las personas usuarias de la correcta prestación del servicio. La persona titular de la explotación deberá disponer de título jurídico habilitante para el ejercicio de la actividad.>>*

[24] Artículos 7 y 8 del Decreto núm. 31/2024 de Consejería de Turismo, Cultura y Deporte, de 29 enero. Modifica diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 24 de 2 de febrero de 2024).

[25] Muy interesante al respecto la obra DE LOS MOZOS, J.L. (1977) La obligación real. Aproximación a su concepto, en *Libro Homenaje a R.M. Roca Sastre,* vol. II, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales. 331. Igualmente, con un criterio más reciente, DE CASTRO VITORES, G. (2000) *La obligación real en el Derecho de bienes,* Madrid: Centro de Estudios Registrales, 32 y ss.

[26] Así lo aclara HERNANDEZ GIL, A. (1962) Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones <<propter rem>>. *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVI, p. 850.

[27] LASARTE ALVAREZ, C. (2009) *Propiedad y Derechos Reales de Goce. Principios de Derecho Civil*, tomo IV, Madrid: Marcial Pons, pp. 12-13.

[28] Rec. 1395/1995: *<<Como es sabido con la mejor doctrina la interrelación entre la obligación "Propter Rem" con el Derecho Real "In Faciendo", comporta un medio técnico de solucionar los conflictos que surgen dentro de los derechos reales concurrentes, entre otros casos, en el seno de propietarios vecinos —supuesto de autos— siendo la primera especie aquella sujeción de un deudor a hacer algo a favor de otro precisamente por la conexión jurídica que tiene con una cosa sobre la que ha de ejecutar esa prestación, de la que, por lo general, puede liberarse si renuncia a su titularidad real, pues siempre el obligado lo será el que tenga esa posición con la cosa; mientras que el derecho real "in faciendo" —del que suele también predicarse su absorción por la primera— es cuando el titular dominical es el que ha de ejecutar un "facere" en su cosa y en beneficio de otro, supuesto típico del propietario gravado con un derecho real, v.g., en el caso más significativo, con una servidumbre.>>*

[29] Así lo aclara por ejemplo SILVESTRE CASTEJÓN, X. (2020) Conflictos en la transmisión de licencias de actividad y posibles soluciones. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*. N º 3, 87-99. En cuanto a las prohibiciones estatutarias de uso turístico en los edificios divididos en Propiedad Horizontal es muy interesante la obra de FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019) en Alejandro Fuentes-Lojo Rius (dir.) *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial: especial consideración al RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Barcelona: J.M. Bosch, pp. 151.

[30] En la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2 apartado 4º de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía: <<*Las autorizaciones administrativas concedidas para la celebración de espectáculos o realización de actividades recreativas serán transmisibles, previa comunicación al órgano competente y siempre que se mantenga el cumplimiento de los demás requisitos exigibles. No obstante, cuando el medio de intervención administrativa sea la presentación de declaración responsable y comunicación previa, las mismas no podrán ser objeto de transmisión*>>.

[31] Rec. 8195/1994

[32] Rec. 1906/1992

[33] Rec. 7429/1994

[34] Así STS (Sala 3ª) de 27 de junio de 1994 y de 23 de abril de 1991.

[35] Rec. 3508/2019

[36] Rec. 8081/2021

[37] Recientemente ha valorado también esos requisitos de aprobación de acuerdos CORVO LOPEZ, F.M. (2025) Los esperados pronunciamientos del TS sobre la prohibición de destinar a uso turístico viviendas situadas en edificios ordenados en régimen de propiedad horizontal y otras resoluciones de interés dictadas por el Alto Tribunal en materia de propiedad horizontal en 2024. *Actualidad Civil,* n º 3, declarando que son especialmente relevantes los pronunciamientos relativos a las viviendas de uso turístico, dirigidos a determinar, en primer término, si las cláusulas incluidas en los estatutos de la comunidad resultaban compatibles o no con el uso de alquiler turístico y, en segundo lugar, a precisar la interpretación que ha de darse al art. 17.12 LPH, asentando una mayor seguridad jurídica ante la diversidad de criterios que venía manteniendo la jurisprudencia menor.

[38] Rec. 3508/2019

[39] Este criterio ha sido ratificado expresamente por la STS 24 de enero de 2024 (Rec. 6528/2021) Sala 1ª, STS 29 enero de 2024 (Rec. 8081/2021) Sala 1ª, y la STS 30 enero de 2024 (Rec. 9853/2021) Sala 1ª.

[40] Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

[41] BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1983

[42] Rec. 178/2001

[43] Así lo pone de manifiesto igualmente O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1982) *Compendio de Derecho Civil*. Tomo V. Derecho de Sucesiones. Madrid: Edersa, 68.

[44] Así lo disponen, entre otras, las disponen las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 20 de junio de 1986, 21 de octubre de 1987 y 23 de diciembre de 1988.

[45] BOE n º 206, 30 de Julio de 2020.

[46] BOE n º 16, de 18 de enero de 2024.

[47] En idéntico sentido las Resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 y 16 de junio y 16 de octubre de 2020, 15 de enero, 8 de junio y 1 de diciembre de 2021 y 7 de febrero de 2023), o, como ocurre en el presente caso, el uso vacacional.

[48] BOE n º 209, de 3 de agosto de 2020.

[49] Así lo ponen de manifiesto autores como CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2024) Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Jurídica del Notariado*, n º 119, págs. 401 a 405.

[50] BOE n º 178, de 26 de julio de 2022.

[51] BOE n º 45, de 21 de febrero de 2025

[52] Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 14 de noviembre de 1984 RJ-6059, 16 de febrero de 1987 RJ-696 y 31 de octubre de 1987 RJ-7492.

[53] Rec. 3731/1996

[54] Rec. 3788/2000

[55] Rec. 307/2004

[56] Puede consultarse la interesante STS (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004 (Rec.2772/1998).

[57] Ya había sido objeto de modificación en virtud del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

[58] Esta es la actividad a la que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

[59] Así queda expresado en la Disposición Final cuarta de la Ley Orgánica1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

[60] DIAZ VALES, F. (2004) El registro de bienes muebles. Bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Revista de Derecho Privado, n º 88-2004, pp. 78-100.

[61] Véase el artículo 4 del Real Decreto1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración.

[62] SANZ FERNANDEZ, A. (1965) El registro y la realidad jurídica. *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 14, 397-480.

[63] Recuérdese que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que <<*Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, 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*>>.

Trabajo recibido el 2 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

Implicaciones prácticas del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, en el alquiler de habitaciones

Practical Implications of Royal Decree 1312/2024, of December 23, on Room Rentals

por
ARANTXA JIMÉNEZ RUIZ
Abogada

RESUMEN: El Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y crea la Ventanilla Única Digital para la recogida e intercambio de datos de arrendamientos de corta duración, sentando las bases para el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. En el presente artículo examinaremos las principales implicaciones prácticas de este nuevo marco normativo, centrándonos, específicamente, en las repercusiones que tendrá sobre los propietarios que destinen sus viviendas a alquiler habitacional.

ABSTRACT: Royal Decree 1312/2024, of December 23, regulates the procedure for the Unified Lease Registry and establishes the Digital One-Stop Shop for the collection and exchange of data on short-term leases. This regulation lays the groundwork for compliance with the provisions of Regulation (EU) 2024/1028 of the European Parliament and the Council, dated April 11, 2024, regarding the collection and exchange of data related to short-term accommodation rental services. This article examines the main practical implications of

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.02

this new regulatory framework, focusing specifically on its impact on property owners who rent their dwellings for residential purposes.

PALABRAS CLAVE: Real Decreto 1312/2024. Registro Único de Arrendamientos. Ventanilla Única Digital. Reglamento (UE) 2024/1028. Arrendamientos de corta duración. Alquiler habitacional.

KEYWORDS: Royal Decree 1312/2024. Unified Lease Registry. Digital One-Stop Shop. Regulation (EU) 2024/1028. Short-term leases. Residential rental.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Objetivoo de la norma.—II. ARRENDAMIENTOS AFECTADOS POR LA NORMA. 1. ¿Afecta a los arrendamientos que se rigen por el código civil? 2. ¿Por qué la norma hace referencia al registro de bienes muebles?—III. DEFINICIONES. 1. ¿Qué se entiende por alquiler de corta duración? 2. Si destino mi vivienda a alquiler habitacional, ¿tengo que solicitar un número de registro por cada habitación? 3. ¿Qué es una «plataforma en línea de alquiler de corta duración»? 4. ¿Es idealista una «plataforma en línea de alquiler de corta duración»?—IV. SOLICITUD DEL NÚMERO DE REGISTRO. 1. ¿Es necesario obtener el número de registro si no comercializamos la habitación a través de una plataforma en línea? 2. ¿Qué sucede si utilizo un mismo número de registro en relación con más de una unidad? 3. ¿Cómo se solicita el número de registro? 4. ¿Qué datos y documentación tendré que presentar en el registro de la propiedad? 5. Coste de solicitud del número de registro. 6. Opero bajo el modelo *rent to rent*: ¿cómo solicito el número de registro? 7. Solicitud en supuestos de alquiler mixto. 8. Si no soy profesional, ¿tengo que solicitar el número de registro?—V. ATRIBUCIÓN DEL NÚMERO DE REGISTRO. 1. ¿Cuánto tarda el registro de la propiedad en atribuir el número de registro? 2. ¿Qué puedo hacer si la calificación desfavorable del registro no se ajusta a derecho? 3. ¿Deberá renovarse el número de registro?—VI. FUNCIONAMIENTO DE LA VENTANILLA ÚNICA DIGITAL.—VII. RÉGIMEN SANCIONADOR Y ENTRADA EN VIGOR.—VIII. CONCLUSIONES—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

1. Introducción

El mercado del alquiler temporal en España ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años, impulsado, en gran parte, por la promulga-

ción de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, y la progresiva hiperregulación del régimen jurídico aplicable a las relaciones arrendaticias constituidas sobre inmuebles destinados a satisfacer la necesidad habitual y permanente de vivienda del arrendatario.

La intensificación del intervencionismo normativo en el arrendamiento de vivienda habitual, materializada en la imposición de limitaciones a la actualización de la renta, la restricción de los mecanismos de recuperación posesoria y la introducción de cargas adicionales sobre los arrendadores, ha generado un efecto de traslación de la oferta hacia el arrendamiento temporal y de corta duración.

En este ámbito, los propietarios optan por modelos contractuales que les confieren un mayor grado de flexibilidad y seguridad jurídica, caracterizados por una autonomía de la voluntad más amplia en la configuración del vínculo arrendaticio, una menor exposición a situaciones de impago y una mitigación del riesgo derivado de la ocupación sin título legítimo. Asimismo, la ausencia de limitaciones normativas específicas en la determinación de la renta y en la configuración contractual de la relación arrendaticia han favorecido la consolidación del arrendamiento temporal como modalidad preferente frente al arrendamiento de vivienda habitual, el cual se encuentra sometido a un marco regulador de creciente intervención.

Este fenómeno ha dado lugar a relevantes desafíos regulatorios, particularmente en lo que atañe a la transparencia en las operaciones arrendaticias, el control administrativo de la actividad y la tutela de los derechos de los consumidores.

En respuesta a esta problemática, el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, (en adelante, RD 1312/2024), establece la creación de un Registro Único de Arrendamientos y de una Ventanilla Única Digital, con la finalidad de sistematizar la recopilación, gestión y centralización de información relativa a los arrendamientos de corta duración en España, permitiendo así una supervisión más eficaz de esta modalidad contractual y su adecuación a los principios de transparencia y seguridad jurídica. El RD 1312/2024 se enmarca dentro de la estrategia de armonización normativa impulsada por la Unión Europea a través del Reglamento (UE) 2024/1028, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (en adelante, Reglamento UE 2024/1028), que regula, a grandes rasgos, la recopilación e intercambio de datos sobre el alquiler de alojamientos temporales en el ámbito comunitario.

Sin embargo, la aplicación práctica de esta normativa plantea diversas dudas interpretativas, especialmente en relación con el alquiler de habitaciones, modalidad que, dicho sea de paso, cada vez se extiende más en el mercado inmobiliario español.

Así las cosas, la indeterminación normativa en torno a la delimitación conceptual de «arrendamiento de corta duración», así como la exigibilidad de un número de registro individualizado por cada habitación arrendada, han generado inseguridad jurídica entre los propietarios e intermediarios que operan en el sector.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto examinar las implicaciones jurídico-prácticas derivadas de la entrada en vigor del RD 1312/2024, con especial atención a su impacto sobre propietarios que destinan sus inmuebles al alquiler por habitaciones.

2. Ámbito de aplicación

El RD 1312/2024 establece un marco normativo de supervisión y control sobre los arrendamientos de corta duración en España, mediante la creación del Registro Único de Arrendamientos y la Ventanilla Única Digital. El ámbito de aplicación de dicho Texto Normativo se concreta en su artículo 3[1], delimitando su ámbito de aplicación en función del tipo de arrendamiento, los sujetos intervinientes y las modalidades de explotación del inmueble.

Así las cosas, del referido artículo se desprende que el RD 1312/2024 impone obligaciones a a) arrendadores y propietarios que formalicen contratos de arrendamiento de corta duración, ya sea sobre la totalidad de un inmueble o sobre habitaciones individualmente consideradas; b) personas jurídicas y gestores de inmuebles que intervengan en la comercialización y gestión de arrendamientos de corta duración y c) plataformas digitales y operadores intermediarios que faciliten la publicación y contratación de alojamientos bajo este régimen de alquiler.

En cuanto al ámbito objetivo, el RD 1312/2024 se aplica a los arrendamientos de corta duración, esto es, aquellos que a) no constituyen la vivienda habitual y permanente del arrendatario, en los términos del artículo 2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos[2] (en adelante, LAU); b) se celebren por un periodo limitado de tiempo y no estén sujetos al régimen jurídico de los arrendamientos destinados a satisfacer la necesidad de vivienda habitual y permanente del arrendatario y c) se oferten de manera recurrente a través de las denominadas «plataformas en línea de alquiler de corta duración»[3].

Asimismo, el apartado 2 del propio artículo 3 del RD 1312/2024 exige la necesidad de que los servicios de alquiler lleven asociada una «remuneración». A efectos de este Texto Normativo, se entiende por «remuneración» cualquier con-

traprestación económica percibida a cambio de la cesión temporal del uso de un inmueble o parte del mismo en el marco de un arrendamiento de corta duración. En este contexto, interesa destacar que no es necesario que dicha contraprestación sea de carácter dinerario, enmarcándose también dentro de dicho concepto las contraprestaciones en especie que tengan un valor económico. Al contrario, entendemos que quedan excluidos del ámbito de aplicación del RD 1312/2024 los comodatos o la cesión de la vivienda sin ánimo de lucro.

3. Objetivo de la norma

En el artículo 1 del RD 1312/2024 se define, específicamente, cuál es el objeto de la norma, estableciendo, literalmente, que: «el presente real decreto tiene por objeto la creación de la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos y el desarrollo del procedimiento de registro único de arrendamientos, en aplicación del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, y resto de normativa nacional de aplicación».

No obstante, bajo nuestro punto de vista, la definición contenida en el artículo 1 del Reglamento (UE) 2024/1028 facilita la comprensión práctica del propósito de este marco normativo, utilizando términos más claros y sencillos: «El presente Reglamento establece normas para la recogida de datos por parte de las autoridades competentes y los prestadores de plataformas en línea de alquiler de corta duración y para el intercambio de datos entre las plataformas en línea de alquiler de corta duración y las autoridades competentes relativos a la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración ofrecidos por los anfitriones a través de dichas plataformas».

En resumidas cuentas, lo que se pretende con la aprobación de este marco normativo es a) regular el procedimiento de registro único de arrendamientos, que, tal y como prescribe el artículo 8 del RD 1312/2024 «se realizará a través del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles» y b) crear la Ventanilla Única Digital, «como pasarela digital única nacional para la transmisión electrónica de datos entre las plataformas en línea de alquiler de corta duración y para el resto de funciones que la normativa establece» (artículo 7.1 RD 1312/2024). Y ello, con el fin de facilitar el intercambio de datos sobre los servicios de alquiler de corta duración ofertados en España y de mejorar la transparencia y la seguridad jurídica en el mercado de alquileres de corta duración.

En concordancia con ello, en el propio sitio web del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, se precisa que «la Ventanilla Única Digital centralizará los

trámites relacionados con el registro y la consulta de datos, promoviendo una gestión eficiente y ágil para ciudadanos y administraciones»[4].

II. ARRENDAMIENTOS AFECTADOS POR LA NORMA

Según se desprende del apartado a) del artículo 2 del RD 1312/2024, en relación con lo dispuesto en el artículo 4 del mismo Cuerpo Legal, los arrendamientos sujetos al régimen previsto por el RD 1312/2024 son aquellos que no se destinen a arrendamiento de vivienda, en los términos previstos en el artículo 2 de la LAU. Dicho en otros términos, cualquier arrendamiento de un inmueble, sea total o parcial, que no constituya la vivienda habitual y permanente del arrendatario.

Por tanto, estarán sujetos al régimen previsto en el RD 1312/2024 todos los arrendamientos temporales, esto es, aquellos que, con independencia de la duración, estén motivados por causas de carácter temporal, como son, tal y como enumera el propio Texto Normativo, «(…) las vacacionales o turísticas, las laborales, de estudios, de tratamiento médico o cualquier otra que no suponga una necesidad de vivienda de carácter permanente de la persona arrendataria (…)»[5].

A mayor abundamiento, es necesario que la unidad objeto de arrendamiento cuente con el «equipamiento, mobiliario y enseres adecuados» para atender el uso al que se destina. Bajo nuestro punto de vista, ello implica que el alojamiento debe estar en condiciones de ser arrendado, en el sentido de que debe cumplir con las condiciones mínimas de habitabilidad y cumplir con unos estándares mínimos de calidad y seguridad.

Igualmente, además de la necesidad de que la unidad arrendada cuente con los elementos básicos para ser funcional, es necesario que éstos sean apropiados y suficientes para satisfacer las necesidades diarias de los arrendatarios que se alojan en la misma con carácter temporal.

A modo de ejemplo, entendemos que, en el marco de un arrendamiento de habitación para estudiantes, será necesario que la habitación cuente con el equipamiento mínimo y esencial para servir al uso al que se destina, como podría ser una cama y un colchón en buen estado; un armario o espacio de almacenamiento para la ropa; una mesa de noche o superficie similar, con iluminación suficiente (lámpara) y una mesa-escritorio y silla para poder estudiar. En relación a ello, dichos muebles y enseres, además de encontrarse en buen estado de mantenimiento, es fundamental que sean adecuados en tamaño y proporción a la habitación, permitiendo la libertad de movimiento. Además, será necesario que la habitación cuente con unas condiciones mínimas de calidad y seguridad, esto es, que la habitación tenga una ventana que permita ventilar la habitación y la entrada de

luz natural; sistema de calefacción y una cerradura funcional en la puerta para garantizar la seguridad del inquilino. ¿Esto quiere decir que no será necesario solicitar el número de registro si la habitación no cumple con dichos requisitos o estándares de calidad? En efecto, si nos atenemos a la literalidad de la norma, la redacción «equipamiento, mobiliario y enseres adecuados» parece exigir que la unidad objeto de arrendamiento debe disponer de dichos elementos, necesarios, a nuestro entender, para el uso al que se destina la habitación.

No obstante, no se detalla, específicamente, cuáles deben ser esos elementos. Así las cosas, se deja cierto margen para que dichas exigencias se interpreten en función, diríamos, del contexto, de las características de la unidad, del tipo de arrendamiento e incluso de las expectativas o necesidades razonables del arrendatario.

Dicho lo anterior y en respuesta a la cuestión planteada, consideramos que no equipar o amueblar las habitaciones objeto de arrendamiento no será la vía más adecuada para evitar cumplir con la obligación de solicitar el número de registro, dado que muy posiblemente se reducirían las posibilidades de éxito en el mercado, pues un alojamiento que no cumpla con estos estándares mínimos de calidad y comodidad para los inquilinos, no será atractivo ni competitivo frente a otras opciones que sí las ofrezcan.

1. ¿Afecta a los arrendamientos que se rigen por el código civil?

El artículo 4, apartado 2, del RD 1312/2024, dispone, *ad litteram,* que: «Los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración tendrán las siguientes características de acuerdo con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (…)». Es decir, desde un principio, la norma ya efectúa una remisión expresa a la LAU. Asimismo, el citado artículo sigue diciendo: «(…) a) Que tengan como destino primordial uno distinto del de arrendamiento de vivienda regulado en el artículo 2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, derivándose de causas de carácter temporal, tales como las vacacionales o turísticas, las laborales, de estudios, de tratamiento médico o cualquier otra que no suponga una necesidad de vivienda de carácter permanente de la persona arrendataria, conforme al artículo 3 de la misma norma».

En concordancia con lo anterior, el artículo 3 de la LAU enumera los tipos de arrendamiento que son considerados «arrendamientos para uso distinto del de vivienda», entre los que se encuentran los «arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra». Partiendo de la dicción literal de dichas disposiciones, no cabe duda de que los contratos de arrendamiento de una vivienda —entendida como un todo— que se celebren por

temporada, deben regirse por la LAU y, por consiguiente, están afectados por el RD 1312/2024. Pero la duda se plantea en aquellos supuestos en los que no se arrienda una vivienda completa, sino que se arriendan, de forma individual, las habitaciones de la misma.

Bajo nuestro criterio, los arrendamientos de habitación, se celebren o no por temporada, deben excluirse del ámbito de aplicación de la LAU. Ello, entendido a *sensu contrario,* significa que los contratos de arrendamiento de habitación deben regirse, siempre y en todo caso, por el Código Civil (en adelante, CC).

Sin entrar en el fondo de la cuestión por merecer ésta su propio análisis jurídico, véase que, en la LAU, si bien se hace referencia, en su articulado, al subarrendamiento parcial (lo que se traduciría en el subarrendamiento de una habitación de una vivienda previamente alquilada), en ninguno de sus preceptos se menciona, ni mucho menos se establece el régimen jurídico del arrendamiento parcial. Así las cosas, si la voluntad del legislador hubiere sido regular los arrendamientos de habitación en la LAU, lo hubiere contemplado expresamente en la propia Ley. A mayor abundamiento, es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que una habitación, en si misma considerada, «no es adecuada, en sí sola, a servir las necesidades de morada o residencia por no reunir condiciones de habitabilidad al carecer de los servicios mínimos y esenciales para ello, los que solamente se obtienen con el uso compartido con terceros, que no exclusivo, de otras dependencias de la vivienda, cuales son la cocina y el baño»[6] (SAP Madrid de 28 de marzo de 2019). Igualmente, La exclusión de la aplicación de la LAU en esta tipología de contratos ha sido respaldada, entre otras, por la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de León número 81/2024, que se remite a las dictadas por otras Audiencias Provinciales, donde se afirma: «En relación a la naturaleza jurídica del contrato por el que se cedió a la demandada el uso de dos habitaciones dentro de la vivienda propiedad del demandante, con derecho a utilizar de forma compartida las dependencias comunes de la casa, el baño, la cocina y el salón comedor, resulta ser un criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales, asumido por la sentencia de instancia, que el contrato de habitación resulta excluido de la aplicación del régimen legal de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la misma, y ha de regirse por lo pactado y por lo establecido en el Código Civil» (SAP León de 5 de febrero de 2024)[7].

Es decir, siguiendo el criterio establecido en las anteriores sentencias, somos partidarios, y así lo defendemos ante los Tribunales, que el arrendamiento de habitación, con independencia de si éste constituye la vivienda habitual del arrendatario o se celebre por temporada, debe regirse por el CC y no por la LAU.

Dicho cuanto antecede, véase que, si partimos de la idea de que el arrendamiento de habitación se rige, siempre y en todo caso, por el CC, ¿qué sentido ten-

dría afirmar que el RD 1312/2024 no afecta a los arrendamientos de habitación regidos por el CC cuando la propia norma dispone expresamente que también afecta este tipo de arrendamientos, sin distinciones acerca de su régimen jurídico? En efecto, consideramos que lo propio es que seamos precavidos en ese aspecto y solicitemos el número de registro si destinamos nuestras viviendas a alquiler temporal por habitaciones, aunque suscribamos contratos regidos por el CC, y más aun teniendo en cuenta que, en nuestro país existen criterios dispares acerca de la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a este tipo de arrendamientos.

2. ¿Por qué la norma hace referencia al registro de bienes muebles?

El Registro de Bienes Muebles es un registro público gestionado por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, cuya finalidad es otorgar publicidad jurídica respecto a la titularidad de determinados bienes muebles, así como las cargas, gravámenes y cualesquiera otros derechos reales que pudieren recaer sobre ellos. Asimismo, se inscriben en este registro las condiciones generales de la contratación que afecten a dichos bienes.

Entre los bienes muebles susceptibles de inscripción se encuentran los vehículos automóviles, las embarcaciones, las aeronaves, la maquinaria industrial y otros bienes identificables de manera individual.

El RD 1312/2024 contiene referencias al Registro de Bienes Muebles dado que, según se establece en su artículo 4, «(…) los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración (…) también comprenderán el alojamiento en buques, embarcaciones o artefactos navales».

Por tanto, de forma análoga al Registro de la Propiedad, cuya finalidad es la inscripción de bienes inmuebles, en aquellos casos en los que se requiera solicitar un número de registro sobre una embarcación, el organismo competente para atender esta solicitud y asignar el correspondiente número de registro será el Registro de Bienes Muebles donde se halle inscrito el bien en cuestión.

III. DEFINICIONES

1. ¿Qué se entiende por alquiler de corta duración?

En el RD 1312/2024 no se aclara, concretamente, qué debemos entender por «alquiler de corta duración», a pesar de ser esta la primera cuestión que, precisamente, debió abordarse en dicho texto normativo. En efecto, esta falta de

concreción genera seria incertidumbre entre los propietarios que, aunque alquilen sus viviendas de forma temporal, lo hacen por periodos de tiempo superiores, en muchos casos, al año.

Sobre esta cuestión, el Reglamento (UE) 2024/1028 precisa que «la oferta de alojamientos amueblados para un uso más permanente, normalmente durante un año o más, no debe considerarse una forma de alquiler de corta duración»[8]. Es decir, como es lógico y muy acertadamente, dicho texto normativo, para definir el término «corta duración» hace referencia, y valga la redundancia, a la duración del arrendamiento.

Así las cosas, lo propio y razonable hubiere sido que el RD 1312/2024 hubiere adoptado el mismo o, cuanto menos, similar criterio, para determinar qué tipo de arrendamientos quedan comprendidos en su ámbito de aplicación. Pero, lejos de proporcionar criterios claros y precisos para facilitar su comprensión y aplicación por parte de los operadores jurídicos y propietarios afectados, nos encontramos con una enorme inseguridad jurídica, que se concreta en el texto normativo en los siguientes términos: «(…) en nuestro país la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, parte de la causalidad como elemento fundamental para distinguir los arrendamientos de temporada y, en general, los de corta duración, de los ordinarios de vivienda, no haciendo referencia a un plazo determinado para la constitución de un tipo u otro de arrendamiento. Aunque el Reglamento (UE) 2024/1028 (…) indica que para definir los alquileres de corta duración se puede partir de una duración habitual inferior a los doce meses, la situación de la normativa española ha llevado a que se hayan producido ciertas dificultades en las labores inspectoras. Estas labores, en lugar de poder aplicar un criterio automático de duración, se han tenido que basar en elementos de carácter causal caso por caso y sin contar con información suficiente y transparente»[9].

Dicho en otros términos, el RD 1312/2024 no se basa en la duración del arrendamiento (meses o años), sino, únicamente, en la causa (estudios, trabajo, ocio, etc.), dando por sentado que todos aquellos arrendamientos cuyo destino sea distinto del de arrendamiento de vivienda, en los términos descritos en el artículo 2 de la LAU, será de «corta duración». A efectos aclaratorios, el artículo 2 de la referida Ley se refiere a aquellos arrendamientos que recaen sobre aquél inmueble que constituye la vivienda habitual y permanente del arrendatario.

A la vista de lo anterior y a modo de opinión, el RD 1312/2024 pretende equiparar el alquiler temporal con el alquiler de corta duración, presuponiendo que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (e incluso aquellos que no se rigen, ni tan siquiera, por la LAU, como sería el alquiler habitacional), son de corta duración. No obstante, lo cierto es que un arrendamiento temporal (si partimos de la causa del arrendamiento) puede constituirse por duración incluso superior a un arrendamiento de vivienda. Sírvase de ejemplo el siguiente supues-

to: arrendamiento de una habitación a una persona que tiene fijado su domicilio habitual y permanente en Igualada (ciudad de la provincia de Barcelona) y que, por motivos de estudios, se desplaza y alquila una habitación en Barcelona, por un periodo de cuatro años (duración similar a la máxima de un arrendamiento de vivienda habitual y permanente). En este caso, el arrendamiento es temporal (por la causa que lo justifica), pero no de corta duración.

En el supuesto del ejemplo, no tiene sentido alguno que se apliquen las disposiciones del RD 1312/2024, toda vez que un alquiler —temporal— cuya duración se establece en cuatro años, no debe jamás considerarse, bajo nuestro punto de vista, de corta duración. Sin embargo, lo cierto es que, de la dicción literal de dicho texto normativo se desprende que, aún en el caso ejemplificado, se aplican las disposiciones del RD 1312/2024, simplemente por el hecho de que el inmueble objeto de arrendamiento no constituye la vivienda habitual y permanente del arrendatario.

Partiendo de lo anterior, nos preguntamos: ¿contraviene dicho Real Decreto el marco normativo europeo? Sin ningún género de dudas, consideramos que la respuesta a dicha cuestión debe ser afirmativa, pues es obvio que el objetivo del Reglamento (UE) 2024/1028 es regular la recogida y el intercambio de datos relativos, concretamente, a los arrendamientos de corta duración, sin extender su ámbito de aplicación a los arrendamientos de carácter temporal en general.

2. Si destino mi vivienda a alquiler habitacional, ¿tengo que solicitar un número de registro por cada habitación?

El RD 1312/2024 no nos ofrece una respuesta clara, concisa e inequívoca sobre esta cuestión, toda vez que, si bien se utiliza el término «unidad parcial» en contraposición al concepto más amplio de «inmueble», lo cierto es que no se establecen criterios detallados que permitan diferenciar, con certeza, cuando se requiere un número de registro por cada habitación y cuándo basta con uno único para el inmueble completo.

El apartado b) del artículo 2 del RD 1312/2024 nos ofrece una definición del término «unidad», estableciendo, *ad litteram,* que lo será cualquier «alojamiento amueblado, afecte o no a la totalidad de éste cuando así esté previsto en la normativa aplicable, que es objeto de la prestación de un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración».

A la vista de lo anterior, entendemos que es fundamental determinar si las habitaciones se arriendan de forma individual, esto es, como unidades independientes dentro del inmueble o si, por el contrario, estamos ante un arrendamiento de la totalidad del inmueble a pesar de que, en la práctica, se gestione por habi-

taciones. Y no sólo eso, sino que, además, habría que valorar si, verdaderamente, una habitación, en si misma considerada y sin tener en cuenta el derecho concedido al arrendatario al uso de zonas comunes o espacios compartidos con el resto de arrendatarios, reúne las características necesarias para ser considerada «unidad».

Pues bien, en el primer caso, es decir, si el propietario alquila su vivienda por habitaciones, suscribiendo con cada uno de los arrendatarios un contrato de arrendamiento de habitación individualmente considerado, consideramos que tendrá la obligación de solicitar un número de registro por habitación o, dicho en otros términos, identificar individualmente cada una de las habitaciones. En efecto, véase que en la propia exposición de motivos del RD 1312/2024 se señala que «a través del procedimiento de registro se obtendrá un número de registro único que se asignará a cada inmueble o unidad parcial del mismo que se pretenda arrendar de manera separada (…)».

A efectos aclaratorios, el Real Decreto emplea el término «unidad parcial» para referirse a una habitación.

Por ejemplo, sería el caso del propietario que tiene un inmueble con cinco habitaciones; alquila las cinco habitaciones a cinco personas que ningún tipo de relación de amistad ni parentesco mantienen entre ellas y suscribe cinco contratos de arrendamiento de habitación concediendo un derecho de uso de las zonas comunes, cada uno de ellos con su propia duración, su propia renta y sus propias condiciones particulares.

Por otro lado, el propietario estará obligado a solicitar un único número de registro cuando alquile el inmueble completo a varias personas (por ejemplo, a estudiantes), suscribiendo un único contrato de arrendamiento y cobrando una renta mensual por el arrendamiento de la totalidad del inmueble y no por cada una de las habitaciones, y ello con independencia de que, en la práctica, se gestione por habitaciones (es decir, de que cada estudiante resida, realmente, en su propia habitación y utilice las zonas comunes de la vivienda de forma compartida con el resto de arrendatarios).

Dicho cuanto antecede, cabe señalar que, en el propio formulario que debe cumplimentarse para solicitar el correspondiente número de registro[10], concretamente, en el apartado «unidades arrendadas para la misma finca», se debe seleccionar sobre qué tipo de unidad estamos solicitando el número de registro, siendo las opciones a) «finca completa» o b) «habitación finca».

En el segundo caso, se establece como campo obligatorio la identificación de los siguientes datos:

a) «Número total de habitaciones de la finca».
b) «Número de habitación que se arrienda».
c) «Descripción de la habitación que se arrienda».

d) «Número máximo de arrendatarios».

A mayor abundamiento, se establece en dicho formulario la posibilidad de añadir varias unidades —en este caso, «unidades parciales» o «habitaciones»— que se arrendarán en una misma finca.

Por tanto, entendemos que, en el marco de una misma solicitud, podremos solicitar el número de registro de todas las habitaciones de una misma vivienda, sin perjuicio de que, a cada una de estas habitaciones, se asigne un número de registro distinto y diferenciado.

3. ¿Qué es una «plataforma en línea de alquiler de corta duración»?

El concepto de «plataforma en línea de alquiler de corta duración» aparece definido en el apartado g) del artículo 2 del RD 1312/2024, el cual efectúa una remisión expresa al artículo 3.i) del Reglamento (UE) 2022/2065.

Literalmente, dicho reglamento define la «plataforma en línea» como «un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento». Dicho en términos más simples, una «plataforma en línea», según el mencionado reglamento, es un servicio que almacena y comparte información al público a solicitud de los usuarios, siendo requisito necesario que la actividad no sea secundaria o accesoria a otro servicio principal y que pueda funcionar de manera independiente.

Igualmente, el apartado g) del artículo 2 del RD 1312/2024 *in fine* concreta que la «plataforma en línea» debe permitir a los huéspedes «celebrar contratos a distancia con anfitriones para la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración», es decir, que los anfitriones tengan la posibilidad de reservar los servicios de alojamiento de corta duración de forma remota, a través de la propia plataforma. Ello es lo que sucede, por ejemplo, con plataformas como Airbnb o Booking, a través de las cuales los usuarios pueden buscar, seleccionar y reservar alojamientos desde cualquier lugar y en cualquier momento, aceptando términos, condiciones y pagos a través de medios digitales. En el mismo sentido se pronuncia el Reglamento (UE) 2024/1028.

Bajo nuestro punto de vista, lo anterior es clave a efectos de determinar qué plataformas se encuadran dentro del ámbito de aplicación de la norma, habida cuenta que, como es sabido, algunas plataformas se limitan, exclusivamente, a

ofertar alojamientos o a actuar como intermediarias, operando como un canal de publicidad o escaparate digital para mostrar las opciones disponibles dentro del mercado inmobiliario, sin involucrarse, directamente, en la gestión del proceso de reserva o pago. Así las cosas, si bien es cierto que el RD 1312/2024 no se pronuncia al respecto, no lo es menos que efectúa una remisión expresa al Reglamento (UE) 2024/1028, siendo que, en consecuencia, sólo las plataformas que puedan enmarcarse en la definición contenida en este último Texto Legal, estarán obligadas a realizar las adaptaciones de carácter tecnológico y funcional que sean necesarias para dar cumplimiento a las exigencias de la normativa, debiendo quedar excluidas del ámbito de aplicación de la norma las transacciones privadas que se realicen al margen de dichas plataformas.

4. ¿Es idealista una «plataforma en línea de alquiler de corta duración»?

Partiendo de la definición de «plataforma en línea» expuesta en la cuestión anterior, consideramos que Idealista, tal y como está configurada actualmente, podría ser una plataforma afectada por el RD 1312/2024, si bien existen ciertas dudas al respecto.

En primer lugar, cabe decir que Idealista, además de permitir la publicación de anuncios de alojamientos de corta duración (como podría ser una habitación), incorporó una nueva funcionalidad que posibilita la reserva en línea de una habitación, mediante el pago de la primera mensualidad de renta por parte del interesado y futuro inquilino. Aun así, consideramos que su principal actividad y/o función es servir como escaparate o canal de publicidad para que los interesados en arrendar un alojamiento contacten directamente con el anunciante o propietario del inmueble en cuestión y más aún teniendo en cuenta que la llamada por la propia plataforma «reserva online de idealista» es una funcionalidad de carácter facultativo. En efecto, es el propietario el que decide si, efectivamente, le conviene o no activar dicha funcionalidad.

Dicho lo anterior, recordemos que de la propia definición prevista en el apartado i) del artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/2065 se desprende la necesidad de que la actividad prestada por la «plataforma en línea» no sea secundaria y auxiliar respecto de su objetivo principal. En este contexto y bajo nuestro punto de vista, la actividad prestada por Idealista podríamos considerar que es de mera intermediación entre propietario-inquilino, siendo su propósito principal el de actuar como un portal de anuncios publicitarios para alojamientos y no como una plataforma en línea que facilite la contratación directa entre anfitriones y huéspedes. En efecto, a diferencia de plataformas como Airbnb o Booking y salvo

que así lo requiera expresamente el propietario, Idealista no se involucra en el proceso contractual gestionando reservas, pagos o condiciones contractuales ni tampoco interviene en la resolución de las posibles controversias que pudieren surgir entre las partes contratantes.

Igualmente, consideramos que el almacenamiento y difusión de información podría considerarse una herramienta auxiliar dentro del objetivo principal de Idealista, pues la función central de la plataforma no es almacenar y difundir información *per se,* sino proporcionar un canal de publicidad para los propietarios de inmuebles o agentes inmobiliarios. En efecto, la actividad de almacenar y difundir la información sobre los inmuebles publicados por el propietario en cuestión (anuncios con fotos, descripciones y precios) es esencial, pero a efectos del RD 1312/2024 entendemos que es secundaria, toda vez que el propósito de idealista no es ofrecer un servicio de almacenamiento y difusión de información, sino que el objetivo principal perseguido por esta plataforma es que propietarios y/o agentes inmobiliarios alcancen contactar con potenciales inquilinos y/o compradores.

De hecho, véase que en el propio sitio web del Registro de la Propiedad[11], cuando se hace referencia al término «plataforma en línea», se mencionan únicamente plataformas que ofertan alojamientos destinados a alquiler turístico. A modo de ejemplo, en Booking no se permiten reservas de alojamientos —también de habitaciones— de más de 90 noches. No obstante, se desconoce, a la vista de la inseguridad jurídica que genera esta normativa si el hecho de sólo mencionar estas plataformas en el propio Registro de la Propiedad se hace o no de forma intencionada, teniendo en cuenta que Idealista es una de las plataformas más utilizadas para ofertar habitaciones destinadas a alquiler temporal.

En definitiva, a nuestro modo de ver, aquellos propietarios que publiquen sus anuncios en Idealista no deberían estar obligados a obtener, de forma previa, el número de registro en el Registro de la Propiedad. No obstante, será necesario estar atentos a cómo aborda Idealista esta cuestión. De hecho, el artículo 6.e) del RD 1312/2024 establece la obligación de las plataformas en línea de «informar a las personas arrendadoras que se propongan utilizar sus servicios de la aplicación del procedimiento de registro único regulado en esta norma, en los casos previstos por el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024».

IV. SOLICITUD DEL NÚMERO DE REGISTRO

1. ¿Es necesario obtener el número de registro si no comercializamos la habitación a través de una plataforma en línea?

Del articulado del RD 1312/2024 se desprende que la respuesta a esta cuestión es negativa, esto es, que los arrendadores no estarán obligados a solicitar el

número de registro si no comercializa sus viviendas a través de plataformas en línea.

En primer lugar, véase que el RD 1312/2024, en el artículo 2, apartado c), establece que a efectos de dicho Texto Normativo, se considerará «anfitrión» o «persona arrendadora» la «persona física o jurídica que presta, o tiene la intención de prestar, un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración a cambio de una remuneración a través de una plataforma en línea de alquiler de corta duración ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no». A nuestro entender, dicha definición no comprende a aquellos arrendadores que no comercialicen sus viviendas a través de una «plataforma en línea de alquiler de corta duración».

En segundo lugar, debe hacerse especial hincapié al hecho de que el artículo 5 del RD 1312/2024, relativo a las obligaciones de las personas arrendadoras, se especifica muy claramente, en su apartado a), que éstas únicamente estarán obligadas a obtener el número de registro cuando pretendan «ofrecer sus servicios a través de las plataformas en línea».

En tercer lugar, téngase en cuenta que el propio RD 1312/2024, en su artículo 6, establece las obligaciones de las plataformas en línea; obligaciones que difícilmente podría asumir, por ejemplo, un particular.

Atendiendo a todo lo expuesto, bajo nuestro punto de vista no será necesario obtener el número de registro cuando la vivienda se comercialice entre particulares o a través de plataformas web que no se consideren, a efectos del RD 1312/2024, «plataformas en línea». A modo de ejemplo, imaginemos que ofertamos nuestras habitaciones a través de la propia página web de nuestra empresa y que, a mayor abundamiento, el proceso de contratación no se puede realizar a través de la propia página web. En este caso, consideramos que no sería necesario obtener, de forma previa, el número de registro.

2. ¿Qué sucede si utilizo un mismo número de registro en relación con más de una unidad?

La utilización de un mismo número de registro en relación con más de una unidad implicará un uso indebido del número de registro. Dicha conducta se considerará contraria a las exigencias del RD 1312/2024 e implicará, en consecuencia y a criterio de la Dirección General de Planificación y Evaluación —órgano directivo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana—, la eliminación o inhabilitación de todos los anuncios publicados en las plataformas en línea y vinculados a dicho número de registro.

Sería el caso, por ejemplo, de una persona que es propietaria de la Vivienda 1 y de la Vivienda 2; solicita el número de registro respecto de la Vivienda 1 (identificando, debidamente, si dicha vivienda se alquila total o parcialmente) y utiliza el número de registro concedido para comercializar a través de plataformas en línea la Vivienda 1 y la Vivienda 2, a fin de ahorrarse los costes del Registro.

En este caso, el propietario estaría haciendo un uso indebido del número de registro, dado que lo propio hubiere sido que hubiere presentado dos solicitudes distintas y diferenciadas para cada una de las viviendas y haberlas comercializado a través de plataformas en línea, cada cual, con su número de registro.

Situación muy distinta sería la siguiente: solicitamos el número de registro para comercializar la Vivienda 1. Anunciamos y comercializamos la Vivienda 1, con su respectivo número de registro. A través de la plataforma en línea donde hemos publicado el anuncio, nos contacta un sujeto interesado en arrendar la Vivienda 1. Contactamos por WhatsApp con el sujeto interesado en arrendar la Vivienda 1 y le comunicamos que dicha vivienda ya está arrendada pero que, sin embargo, tenemos disponible la Vivienda 2. Respecto de la Vivienda 2 no hemos solicitado número de registro.

No obstante, en este segundo supuesto, consideramos que la posibilidad de arrendar la Vivienda 2 no estará supeditada a la necesidad de solicitar un número de registro, habida cuenta que no se ha comercializado a través de una plataforma en línea. Además, el hecho de haber arrendado la Vivienda 2 a un sujeto que inicialmente nos contactó a través de la plataforma en línea para arrendar la Vivienda 1, no implicará haber usado indebidamente el número de registro.

3. ¿Cómo se solicita el número de registro?

En este punto debemos plantearnos, en primer lugar, qué es el número de registro. Así, el «número de registro» aparece definido en el apartado i) del artículo 2 del RD 1312/2024 y, en resumidas cuentas, es un número que servirá para identificar, de forma exclusiva, una unidad registrada. Concretamente, identificará la categoría y el tipo de arrendamiento, que será el que previamente haya designado el solicitante de entre los establecidos en el apartado 6º del artículo 9.2 del referido marco legal. En este orden de cosas, con la presentación de la solicitud[12], necesariamente deberá identificarse la categoría y el tipo de arrendamiento. De hecho, la concesión del número de registro estará condicionada a dicha identificación. Concretamente, si se pretende obtener el número de registro de una habitación —que no se destine a alquiler turístico—, deberá seleccionarse el apartado cuyo tenor literal es el siguiente: «fincas, habitaciones o unidades parciales de finca destinadas a alquiler de corta duración con una finalidad no turística».

Pues bien, dicho lo anterior, el número de registro se puede solicitar a) de forma telemática, a través de la sede electrónica de los Registradores de España o b) de forma presencial.

En la actualidad y según se informa en el propio sitio web de los Registradores de España, únicamente podrá presentar la solicitud telemáticamente si dispone de certificado electrónico y, además, si está registrado como usuario abonado[13].

A la hora de registrarse como usuario abonado, deberá seleccionar la opción «presentar telemáticamente un documento (cuentas anuales, libros legalizados, cualquier otro documento) en los Registros de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles» y cumplimentar el formulario de alta en el que, básicamente, se solicitan los siguientes datos personales:

a) Los datos de facturación (nombre y apellidos, dirección postal, país, teléfono, correo electrónico y DNI o NIE).
b) Los datos relativos al certificado electrónico (DNI o NIE y correo electrónico del certificado).
c) Los datos bancarios (nombre y apellidos, DNI o NIE del titular de la cuenta bancaria, el número BIC e IBAN, el nombre y la dirección postal de la entidad bancaria).

Igualmente, en el formulario de alta se le requerirá que introduzca el nombre de usuario y la contraseña que deberá utilizar para acceder a la sede como usuario abonado.

Por último, cabe hacer hincapié en el hecho de que para que el alta se haga efectiva, se requiere la aportación de una serie de documentación vía correo electrónico, que será distinta en función de si el solicitante es persona física o jurídica[14]. En efecto, una vez confirmados los datos y enviado el formulario de alta debidamente cumplimentado, le llegará un correo electrónico con las instrucciones necesarias para hacer efectiva el alta y activar su cuenta.

En concreto, se le requerirá, por un lado, que active el correo electrónico de contacto a través de un enlace y, por otro lado, que a) envíe firmado el «formulario de alta en Registro Online», previamente cumplimentado a través del sitio web —que se lo adjuntarán en el propio correo electrónico— y la «orden de domiciliación de adeudo directo SEPA» y b) que remita la documentación necesaria para hacer efectiva el alta al correo electrónico solicitud.alta@corpme.es. A modo de ejemplo, en este caso, cuando el solicitante fuere una persona física, únicamente se requerirá la aportación de una fotocopia del DNI, NIE o Pasaporte en vigor.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en el propio sitio web de los Registradores de España se informa, literalmente, de que «en breve, se podrá igualmente gestionar el trámite sin necesidad de estar abonado mediante el uso

de usuario esporádico» y que «se habilitarán procedimientos complementarios de identificación basados en sistemas Cl@ve y firmas no criptográficas como códigos de un solo uso o firmas OTP»[15], si bien a la fecha de redacción del presente artículo únicamente es posible la solicitud telemática del número de registro como usuario abonado y necesariamente se requiere, en todo caso, la utilización de certificado electrónico.

4. ¿Qué datos y documentación tendré que presentar en el registro de la propiedad?

Los datos, así como la documentación que deberá presentarse para solicitar el número de registro se enumera, específicamente, en el artículo 9 del RD 1312/2024.

En primer lugar, deberá cumplimentarse el formulario de asignación del número de registro que se pone a disposición del usuario/solicitante en la sede electrónica de los Registradores de España.

En dicho formulario, se requieren, básicamente, los siguientes datos:

a) El Registro de destino, es decir, el Registro competente para resolver la solicitud, que lo será aquél donde esté Registrado el inmueble en cuestión.
b) Los datos identificativos y de contacto del solicitante, ya sea persona física o persona jurídica.
c) La identificación del inmueble, a través del código CRU (Código Registral Único), que es una combinación de 14 números que puede encontrarse, por ejemplo, en la nota simple del inmueble que se expide por el Registro de la Propiedad correspondiente.
d) La descripción y las coordenadas geográficas de la dirección donde está ubicado el inmueble.
e) La referencia catastral del inmueble, que puede obtenerse, por ejemplo, a través del sitio web del catastro[16].
f) La identificación de las unidades arrendadas, debiéndose identificar si se solicita el número de registro sobre la finca completa o, por el contrario, sobre una habitación. Además, deberá identificarse la categoría del arrendamiento (es decir, si se trata de un alquiler turístico o no); si la unidad arrendada constituye la residencia principal o secundaria del arrendador o no y el número máximo de personas que se pueden alojar en el inmueble (o, en su caso, en la habitación).
g) El lugar y la fecha de la solicitud y la firma del solicitante.

h) La declaración conforme la unidad dispone de lo indicado en el artículo 4.2.b) del RD 1312/2024, esto es, que se dispone del «equipamiento, mobiliario y enseres adecuados para atender el uso de la unidad de carácter temporal».

Una vez cumplimentado el formulario, se permitirá la descarga del documento en formato pdf, el cual deberá presentarse en el correspondiente Registro, ya sea de forma telemática o presencial, junto con el «documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto» (artículo 9.2.a).6º RD 1312/2024), cuando corresponda. Por ejemplo, es sabido que para destinar el inmueble —ya sea total o parcialmente— a alquiler turístico, se requiere preceptivamente la obtención de la correspondiente licencia turística. En este caso, deberá presentarse junto con la solicitud dicha licencia turística.

5. Coste de solicitud del número de registro.

En el Reglamento (UE) 2024/1028 se establece, literalmente, que «El registro debe ser gratuito, cuando sea posible, o tener un coste razonable y proporcionado que no debe superar el coste del procedimiento administrativo de que se trate»[17].

Por su parte, el RD 1312/2024 no contiene referencia alguna a dicha cuestión, si bien en el propio sitio web de los Registradores de España se informa que el coste para la inscripción y emisión del número de registro será de 27,00.-€ por solicitud efectuada; importe que no incluye impuestos ni retenciones.

En relación al coste para la solicitud y obtención del número de registro, ¿qué implicará, en la práctica, el hecho de que el propietario tenga que asumir el coste asociado a la solicitud del número de registro? Pues bien, en nuestra opinión, contrariamente a las pretensiones del Texto Normativo, este hecho implicará un aumento en el importe de la renta, siendo el arrendatario quien, al fin, acabará asumiendo dicho coste, pues el propietario tratará de compensar así el gasto adicional que le supone ofertar y arrendar la vivienda, no solo por el coste de inscripción sino también por el tiempo invertido en elaborar y presentar el modelo informativo obligatorio cada doce meses.

En este contexto, es cierto que los arrendadores que, dentro de la relación arrendaticia, actúen en calidad de propietarios, tendrán mayor capacidad para asumir dicho coste sin necesidad de repercutirlo al inquilino. En efecto, con menos probabilidad les supondrá una merma de la rentabilidad prevista o esperada. Pero ¿qué sucederá con aquellos particulares o empresas que actúan como gestores autorizados por la propiedad para explotar la vivienda en cuestión, generalmente, operando bajo el modelo rent to rent? Téngase en cuenta que, en este mo-

delo de negocio, el arrendador, en muchas ocasiones, para mantener su margen de beneficio, tendrá dos opciones: a) repercutir el coste al inquilino o b) repercutir el coste al propietario. Ello puede culminar en a) una repercusión negativa en su competitividad en el mercado o b) una mayor dificultad de negociación con el propietario al momento de cerrar este tipo de operaciones.

En concordancia con cuanto antecede, esta reflexión puede parecer una exageración, que deja de serlo en el momento en que observamos cómo multitud de empresas que operan bajo esta modalidad de negocio, en la práctica, necesitan costear el tiempo que les supone la gestión contractual inicial mediante el cobro al inquilino, al inicio de la relación arrendaticia, de una mensualidad de renta; y ello, con el fin último de aumentar su margen de beneficio y dicho en términos sencillos, «para no estar trabajando por y para el verdadero propietario».

Es decir, si en muchas ocasiones ya se repercute el coste de la gestión intrínseca a la relación arrendaticia al inquilino por el tiempo que se invierte en ello, ¿cómo no se le va a repercutir al inquilino el coste y el tiempo —que, dependiendo del volumen de habitaciones, no será poco— que obligatoriamente el arrendador deberá invertir para dar cumplimiento a dicha normativa?

En definitiva, este será un parámetro más a tener en cuenta a la hora de valorar las oportunidades de inversión que se nos planteen o el porcentaje de rentabilidad previsto o esperado en inmuebles destinados a alquiler de corta duración, tanto si operamos en calidad de propietarios como si lo hacemos en calidad de gestores autorizados por la propiedad.

6. Opero bajo el modelo *rent to rent*. ¿Cómo solicito el número de registro?

La legitimación para solicitar el número de registro debe entenderse como la capacidad formal para presentar una solicitud de asignación y que se practique el asiento de presentación.

Con carácter general y en aplicación del principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, la persona legitimada para solicitar el número de registro es el propietario, esto es, quien aparece inscrito como titular de la finca en el Registro de la Propiedad y quien, a su vez, está legitimado para formalizar contratos de arrendamiento sobre la misma.

No obstante, el artículo 9.1 del RD 1312/2024 emplea el término «interesado» al referirse al sujeto legitimado para instar la solicitud, sin limitar expresamente dicha condición al titular dominical. Esta elección terminológica nos permite interpretar que la legitimación para solicitar el número de registro no se restringe exclusivamente al titular registral, sino que puede extenderse a otros

sujetos jurídicamente vinculados al inmueble. Ahora bien, el hecho de que la solicitud pueda ser instada por un sujeto distinto del titular registral no exime al registrador del deber de verificar, en fase de calificación, si la solicitud reúne los requisitos sustantivos exigidos para la asignación del número de registro, entre ellos, la existencia de un vínculo jurídico válido que habilite al solicitante a instar la solicitud del número de registro cuando no obstante la condición de titular registral del inmueble.

En este punto, teniendo en cuenta la realidad práctica del mercado del alquiler —en el que resulta frecuente la intervención de operadores que gestionan inmuebles sin ostentar directamente la titularidad dominical— conviene distinguir dos situaciones claramente diferenciadas: a) el profesional o empresa que actúa formalmente en nombre del titular registral, compareciendo como representante del mismo —a modo de ejemplo, un profesional de la abogacía que comparece en nombre y representación de su cliente quien, a su vez, aparece en el Registro de la Propiedad como titular dominical— y b) los operadores que comparecen en nombre propio, al amparo de un derecho de uso o explotación de la vivienda conferido por parte del titular registral. En este último caso, nos referimos, particularmente, a las personas físicas o jurídicas que desarrollan su actividad bajo el modelo comúnmente denominado *rent to rent,* cuya presencia es cada vez más habitual en el mercado del arrendamiento de habitaciones. Ahora bien, dentro de esta categoría, conviene distinguir entre dos situaciones jurídicas diferenciadas, que presentan implicaciones relevantes a estos efectos.

Por un lado, nos encontramos con aquellos casos en los que el propietario ha suscrito un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda —dado que la vivienda no se destinará a constituir la vivienda habitual y permanente del arrendatario— con una persona física o jurídica y, en el marco del mismo, le ha conferido, de forma expresa, la facultad de subarrendar la vivienda. En concordancia con ello, si bien el artículo 32 de la LAU no exige el consentimiento expreso del arrendador para el subarriendo en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, resulta jurídicamente recomendable pactarlo de forma expresa en el contrato. De este modo, se evita cualquier eventual controversia en el marco de la relación contractual, en particular, la posible invocación por parte del arrendador del derecho contemplado en el apartado 2 del citado precepto, especialmente en aquellos casos en los que la renta se ha fijado teniendo en cuenta que el arrendatario destinará la vivienda al subarriendo por habitaciones y ejercerá una actividad profesional o empresarial sobre el inmueble.

Pues bien, en este contexto, los contratos celebrados por el arrendatario con terceros, tienen la consideración de subarrendamientos y, en consecuencia, la posibilidad de obtener el número de registro quedará condicionada a que el solicitante esté jurídicamente habilitado por el titular registral para subarrendar la

vivienda, ya sea a) validando que consta expresamente en el contrato de arrendamiento la autorización del propietario para subarrendar la vivienda o b) comprobando que el título presentado sea efectivamente un arrendamiento para uso distinto del de vivienda, atendiendo al destino y a la finalidad del arrendamiento. En efecto, como decíamos, en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, no se requiere autorización expresa del arrendador para subarrendar, de modo que, en principio, si concurren los requisitos propios de esa modalidad contractual, no debería existir impedimento para que el registrador proceda a la asignación del número de registro, siempre que el título presentado permita constatar de forma suficiente la validez jurídica del negocio.

Por otro lado, debe diferenciarse esta situación de aquella en la que el titular registral no concierta un arrendamiento al uso, sino un contrato de cesión del derecho de explotación del inmueble, autorizando al cesionario para utilizar la vivienda con fines lucrativos y formalizar directamente contratos de arrendamiento con terceros. En este supuesto, el «interesado» no actúa como arrendatario que subarrienda, sino como arrendador en virtud de una autorización expresa del propietario recogida en un título habilitante específico. La distinción resulta jurídicamente relevante, ya que en este segundo caso, los contratos celebrados con terceros tendrán naturaleza de arrendamientos —y no de subarrendamientos—, y la legitimación para solicitar y obtener la asignación del número de registro se fundamentará en la cesión del derecho de uso y explotación del debidamente documentada.

En cualquiera de los tres supuestos anteriormente analizados —el profesional que actúa en nombre y representación del titular registral, el arrendatario con facultad contractual de subarrendar (modelo rent to rent en sentido estricto), y el cesionario del derecho de explotación de la vivienda—aconsejamos, con carácter general, que la solicitud se presente acompañada de una escritura de poder notarial o, al menos, de una autorización expresa y formalizada por escrito en la que el propietario autorice al solicitante a realizar todos los tramites necesarios y pertinentes ante el Registro de la Propiedad para la obtención del número de registro. Esta cautela resulta especialmente recomendable para dotar de mayor solidez a la solicitud y minimizar el riesgo de que el registrador formule objeciones o requiera subsanaciones durante la fase de calificación, demorando ello el procedimiento para la obtención del número de registro.

Con independencia de lo anterior, consideramos que resultaría conveniente que el Registro de la Propiedad pusiera a disposición de los solicitantes o interesados un modelo normalizado de solicitud en nombre de terceros. No obstante, a la fecha de redacción del presente artículo, se desconoce si se adoptará finalmente esta posibilidad.

Especial interés reviste en esta materia la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP) de 13 de febrero de 2025[18], dictada con ocasión del recurso interpuesto frente a la decisión del Registro de la Propiedad de Madrid n.º 23 de no practicar el asiento de presentación de una solicitud de número de registro formulada por un arrendatario con facultad para subarrendar, al no ostentar éste la titularidad registral del inmueble; circunstancia que, a juicio del registrador, impedía su legitimación para instar el procedimiento.

La DGSJFP estimó parcialmente el recurso, al considerar que la solicitud debía haber sido admitida a trámite mediante la práctica del correspondiente asiento de presentación. Dicho órgano recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria, solo procede denegar dicho asiento en tres supuestos, expresamente tasados en el citado precepto: 1) «cuando el documento no sea título inscribible»; 2) cuando «resulte incompleto su contenido para extender el asiento» o 3) cuando «se refiera a una finca para la que el Registro fuera manifiestamente incompetente». Fuera de esos casos, el registrador está obligado a dar curso a la presentación, reservando para el momento de la calificación cualquier análisis relativo a la legitimación o a la validez sustantiva del título aportado.

Aunque la resolución no entra a pronunciarse sobre la cuestión de fondo, permite extraer una primera conclusión relevante: la condición de «interesado» a la que alude el artículo 9 del RD 1312/2024 no exige, en todo caso, la titularidad dominical inscrita y podría alcanzar —siempre que exista acreditación suficiente— a quienes ostenten una posición jurídica habilitante, como sería el caso de los arrendatarios con autorización expresa para subarrendar total o parcialmente la vivienda en cuestión.

Igualmente, cabe plantearse la cuestión relativa a la suficiencia formal de los documentos aportados para acreditar la legitimación del solicitante, especialmente cuando se trate de títulos suscritos de forma manuscrita. Consideramos que, en estos casos, podría exigirse que las firmas del titular registral y del solicitante consten debidamente legitimadas ante notario, a fin de dotar al documento de la fuerza probatoria necesaria y evitar dudas sobre su autenticidad durante la calificación registral.

Por último, cuando la solicitud se presente de forma presencial, entendemos que bastará con que el formulario de solicitud esté debidamente firmado por el Propietario, si bien a efectos de evitar fraudes y falsificaciones, lo propio sería que, en el momento de la presentación, si la persona solicitante no se corresponde con el propietario, la firma del formulario de solicitud estuviere debidamente legalizada ante Notario.

7. Solicitud en supuestos de alquiler mixto.

En este caso, es decir, cuando una misma vivienda se destina a alquiler temporal y a alquiler turístico dentro de un mismo año, se requerirá la solicitud de dos números de registro, uno por cada tipología de arrendamiento.

Sobre esta cuestión, el artículo 9.5 del RD 1312/2024, dispone que «cada unidad solo podrá tener asociado un número de registro por categoría y tipo de arrendamiento conforme a lo recogido en el apartado 2.A.f). De esta manera, una unidad sólo podrá contar con un número de registro destinado a alquiler de corta duración no turístico, un solo número de registro destinado a alquiler de corta duración turístico, y un solo número de registro de embarcación. Si bien, podría contar, simultáneamente, con un número de registro de finalidad turística y un número de registro de finalidad no turística».

Por tanto, cuando cumplimentemos el formulario de solicitud a través del sitio web del Registro de la Propiedad, en el apartado «unidades arrendadas para la misma finca», tendremos que añadir la misma unidad, en dos ocasiones, seleccionando en el apartado «categoría del arrendamiento», en un caso «no turístico» y en otro caso «turístico».

8. Si no soy profesional, ¿tengo que solicitar el número de registro?

De la dicción literal de los apartados a) y c) del artículo 2 del RD 1312/2024, se desprende que no se distingue entre «profesional» y «no profesional» en la exigibilidad del cumplimiento normativo. En efecto, la sujeción o no a dicha normativa no se basa en la naturaleza del sujeto obligado, sino más bien en la actividad desarrollada: cualquier persona, ya sea física o jurídica, profesional o no, que destine sus viviendas a alquiler temporal y pretenda su comercialización a través de una «plataforma en línea», estará obligada a solicitar el número de registro.

A modo de ejemplo, la normativa no distingue entre una persona jurídica dedicada al alquiler temporal por habitaciones y un particular que ha recibido por herencia una vivienda y quiere destinarla a este mismo tipo de alquiler; ambos estarán obligados a solicitar el número de registro si pretenden comercializar la vivienda a través de «plataformas en línea».

V. ATRIBUCIÓN DEL NÚMERO DE REGISTRO

1. ¿Cuánto tarda el registro de la propiedad en atribuir el número de registro?

En virtud de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 5 del RD 1312/2024, en relación al artículo 9 del mismo Texto Legal, una vez presentada la solici-

tud y la documentación requerida, el número de registro se asignará de forma automática e inmediata, sin perjuicio de la facultad del Registro de requerir al solicitante, una vez examinada la solicitud, para que subsane los defectos que, en su caso, hubiere detectado. El número de registro expedido de forma automática será provisional, a la espera de que, a posteriori, el Registro examine la solicitud y emita el número de registro definitivo.

En la práctica, ello implica que, a pesar de obtener inmediatamente el número de registro y, en consecuencia, de estar facultado para publicar el anuncio de la habitación en las plataformas en línea, la eficacia del mismo quedará supeditada a su confirmación tras la fase de calificación registral. Si en esta fase el registrador advierte la existencia de defectos insubsanables o, siendo subsanables, el solicitante no atiende el requerimiento de subsanación en el plazo de siete días hábiles, el registrador podrá suspender la validez del número de registro. En consecuencia, el Registro comunicará este hecho a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos y la Dirección General de Planificación y Evaluación dictará una resolución que obligará a las plataformas en línea a eliminar o inhabilitar los anuncios vinculados a ese número de registro. En concordancia con ello, las plataformas en línea estarán obligadas a cumplir con el contenido de la resolución, esto es, a eliminar o inhabilitar el acceso a los anuncios publicados por el propietario afectado, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la notificación de la resolución (apartado g) del artículo 6 del RD 1312/2024).

Este esquema normativo confirma que la intervención del registrador no se limita a un mero control formal, entendido como una simple verificación de que los documentos están completos o presentados en el formato adecuado. Muy al contrario, consideramos que debe entenderse en términos de calificación registral plena, conforme a las exigencias comprendidas en los artículos 18 a 19 bis de la Ley Hipotecaria. Ello implica que la solicitud debe ser examinada con sujeción a los principios registrales clásicos —legalidad, legitimación, tracto sucesivo, entre otros— y que podrá ser suspendida o denegada si el registrador aprecia que no se cumple alguno de los requisitos sustantivos exigidos.

En este sentido, el principio de legalidad exige al registrador verificar que el acto jurídico asociado a la solicitud —esto es, la obtención del número de registro— se ajusta a las exigencias normativas aplicables, tanto materiales como formales. En particular, deberá comprobar que concurren los requisitos previstos en los artículos 5 y 9 del RD 1312/2024.

Igualmente, el registrador deberá verificar que el solicitante esté jurídicamente facultado para promover el procedimiento. Tal y como hemos expuesto en apartados previos, en el marco del procedimiento de asignación del número de registro la legitimación del solicitante puede derivarse de diferentes situaciones, jurídicamente diferenciadas: a) ser el titular del inmueble; b) actuar en su nombre

y representación mediante poder bastante o c) encontrarse vinculado al mismo en virtud de un contrato que le otorgue, de forma expresa, facultades para arrendar, subarrendar o explotar la vivienda.

Ahora bien, dicha legitimación no puede presumirse, sino que debe ser objeto de valoración por parte del propio registrador durante la fase de calificación registral. Así las cosas, será necesario que el solicitante aporte la documentación necesaria para justificar su intervención en el procedimiento y que permita constatar la existencia de una relación jurídica válida con el titular registral del inmueble.

En esta línea, conviene recordar que el principio de tracto sucesivo —consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria—, si bien ha sido concebido para regir la práctica de los asientos registrales en sentido estricto, bajo nuestro punto de vista, proyecta también sus efectos sobre procedimientos como el que aquí se analiza. En este contexto, el respeto al tracto sucesivo exige que el sujeto que promueve el procedimiento acredite una relación jurídica válida y trazable con el titular registral, de modo que su intervención no desvirtúe la cadena de titularidades reflejada en el Registro, evitando que se realicen inscripciones o asientos en favor de personas sin un vínculo legítimo con el propietario inscrito. Por ello, la solicitud del número de registro solo podrá ser admitida si se verifica previamente que el solicitante o «interesado» cuenta con un título o derecho que justifique su actuación en relación con la vivienda en cuestión, garantizándose así la integridad y coherencia del sistema registral.

En concordancia con lo anterior, resulta especialmente relevante mencionar que, además de los requisitos que exige el RD 1312/2024, el registrador debe verificar que no exista un acuerdo prohibitivo adoptado por la comunidad de propietarios que impida el desarrollo de la actividad turística o, en su caso, de cualquier actividad vinculada a un arrendamiento para uso distinto del de vivienda habitual, como es el alquiler temporal.

Esta exigencia cobró especial importancia a partir del 3 de abril de 2025, fecha en que entró en vigor la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2025, de Medidas de Eficiencia en materia del Servicio Público de Justicia, que añade un tercer apartado al artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal. En efecto, el citado artículo dispone, *ad litteram,* que: «El propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de esta Ley. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin

que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior». A grandes rasgos, se establece la necesidad de contar con la autorización previa de la comunidad de propietarios para el ejercicio de actividades turísticas en viviendas situadas en el inmueble. Por tanto, dicha autorización debe ser objeto de comprobación rigurosa por parte del registrador durante la fase de calificación de la solicitud del número de registro.

Por último, en cuanto al plazo para la calificación, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el registrador dispone de un máximo de quince días hábiles, a contar desde la presentación de la solicitud, para pronunciarse sobre la calificación. La observancia de este plazo es esencial para asegurar la rapidez y seguridad jurídica en la asignación definitiva del número de registro, permitiendo que el procedimiento no se dilate y que los interesados dispongan de una respuesta firma en un tiempo razonable.

2. ¿Qué puedo hacer si la calificación desfavorable del registro no se ajusta a derecho?

Tal y como se ha mencionado en la cuestión anterior, una vez presentada la solicitud, el registrador calificará favorable o desfavorablemente la solicitud, según las circunstancias y requisitos concurrentes en cada caso.

Así, si la calificación es favorable y según se prevé en el artículo 10.1 del RD 1312/2024, el Registrador «hará constar el número de registro y su categoría y tipo por nota marginal en el folio de la unidad». Es decir, una vez emitida la calificación favorable, el registrador anotará en el folio de la unidad registral correspondiente una nota marginal que incluirá el número de registro y especificará la categoría y tipo de la inscripción o calificación realizada. Dicha nota marginal facilitará el seguimiento y la verificación de las propiedades o unidades registradas.

No obstante, también existe la posibilidad de que el registrador emita calificación desfavorable y que, en función de las circunstancias concurrentes, se pueda considerar que dicha calificación es contraria a Derecho. En este punto interesa señalar que el Registro notificará la calificación desfavorable al interesado, así como, también, los defectos en los que ha incurrido la solicitud y el plazo para subsanarlos. Asimismo, se indicarán al interesado las consecuencias de no subsanar la solicitud y, en definitiva, de que la calificación desfavorable adquiera firmeza. En concordancia con ello, se advertirá al solicitante de la obligación del registrador de comunicar dicha calificación a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos, así como de la necesidad de la Dirección General de Planifi-

cación y Evaluación de acordar la eliminación o inhabilitación de los anuncios publicados en las correspondientes plataformas en línea utilizando el número de registro en cuestión.

Dicho cuanto antecede, caso de considerar que la calificación del registrador es contraria a Derecho, el interesado podrá impugnar la decisión conforme al régimen de recursos previsto en la Ley Hipotecaria y, concretamente, en el artículo 66, en relación con el artículo 324 del referido Texto Legal.

Por otro lado, si consideramos que la decisión que no se ajusta a las exigencias del RD 1312/2024 y demás normativa aplicable en esta materia es la de la Dirección General de Planificación y Evaluación, deberá impugnarse de conformidad con el régimen de recursos previsto, concretamente, en los artículos 112 y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Todo ello se prevé, expresamente, en el artículo 10.7 del propio RD 1312/2024.

3. ¿Deberá renovarse el número de registro?

Sobre esta cuestión, el artículo 10.4 del RD 1312/2024 señala, *ad litteram,* que: «Cada doce meses deberá aportarse el modelo informativo de arrendamientos de corta duración aprobado por orden de la persona titular del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana para cada categoría y tipo de arrendamiento, y que recogerá, al menos, un listado anonimizado de los arrendamientos constituidos, así como la identificación de una de las finalidades descritas en el artículo 4.2.a) y que haya justificado el tipo de arrendamiento (…)». Así pues, no se requiere una «renovación» del número de registro en sentido estricto, sino que más bien se prevé una revisión anual del número de registro para garantizar que se cumplen los requisitos previstos en el RD 1312/2024 para la comercialización en línea de los alojamientos de corta duración y, más concretamente, para la utilización del número de registro concedido.

Según se desprende de la dicción literal del mencionado artículo, esta función de revisión se lleva a cabo estableciendo la necesidad de que el propietario presente un modelo informativo de arrendamientos de corta duración ante el Registro de la Propiedad, que consistirá en la elaboración de un listado anonimizado de los arrendamientos formalizados a lo largo del año. Es decir, en principio no se requerirá la aportación automática de los contratos formalizados con los inquilinos. Sin embargo, es posible que dicha documentación deba aportarse *a posteriori,* cuando existan dudas razonables o fundadas sobre la finalidad del arrendamiento declarada en la solicitud o en el modelo informativo. En efecto, el artículo 10.4 *in fine* del RD

1312/2024 establece, concretamente, que «(…) en caso de que existieran dudas fundadas sobre la realidad de la misma, podrá ser requerido por el Registrador o Registradora documentación acreditativa complementaria».

En concordancia con ello, interesa señalar que, bajo nuestro punto de vista, el hecho de que la norma utilice el término «dudas fundadas» implica que no basta con una sospecha general, sino que es necesario que las dudas se basen en elementos objetivos o irregularidades detectadas en la documentación presentada, las características del inmueble o en el uso previamente declarado. En efecto, la documentación complementaria requerida podría contener datos sensibles de los arrendatarios y la solicitud y envío de dichos datos sin una causa debidamente justificada podría infringir las disposiciones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD) y normativa complementaria.

A modo de ejemplo, consideramos que el Registrador estaría facultado para solicitar documentación complementaria cuando el propietario hubiere señalado tanto en la solicitud del número registro como en el modelo informativo que el arrendamiento se destinaría y se ha destinado a alquiler habitacional de corta duración y, no obstante, existe información pública contradictoria, en el sentido de que en las plataformas de alojamiento en línea el inmueble aparece anunciado como un alojamiento turístico.

Así las cosas, esta situación sí que justificaría el requerimiento de documentación complementaria por parte del Registrador, como podría ser, por ejemplo, el contrato de arrendamiento con el inquilino que, supuestamente y según la finalidad previamente declarada, ha arrendado la habitación.

En relación al plazo para presentar el modelo informativo, si bien la norma refiere que deberá aportarse «cada doce meses», lo cierto es que la redacción literal del artículo plantea ciertas ambigüedades e incertidumbres, ya que no se precisa el momento exacto en que debe cumplirse con esta obligación o, dicho en otros términos, el momento a partir del cual debe empezar a computarse dicho plazo: ¿desde la fecha de la solicitud del número de registro? ¿desde la calificación favorable del Registro? Además, no se aclara si la presentación del modelo informativo debe efectuarse dentro del plazo de doce meses o dentro de un periodo de tiempo concreto transcurridos esos doce meses.

Por último, interesa señalar que el hecho de que el propietario esté obligado a presentar el modelo informativo no es óbice para que las plataformas en línea realicen comprobaciones aleatorias para detectar posibles usos indebidos o la utilización de números de registro no válidos por parte de los anfitriones. De hecho, la realización de dichas comprobaciones aleatorias se configura como una obligación para las plataformas en línea, según las previsiones contenidas en el apartado c) del artículo 6 del RD 1312/2024.

VI. FUNCIONAMIENTO DE LA VENTANILLA ÚNICA DIGITAL

El artículo 2 del RD 1312/2024, define el término «Ventanilla Única Digital de Arrendamientos» y dispone, literalmente, que es la «pasarela digital única nacional para la transmisión electrónica de datos entre las plataformas en línea de alquiler de corta duración y las autoridades competentes, así como para informar sobre los diferentes usos, regulación y destinos de las unidades dedicadas a alquiler de corta duración en todo el territorio nacional, a través de la cual se articula en España el cumplimiento de las obligaciones de comunicación de datos recogidas en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024».

Las funciones de la Ventanilla Única Digital aparecen definidas, concretamente, en el artículo 7.2 del RD 1312/2024. Básicamente y dicho en términos simples, la Ventanilla Única Digital funcionará como una «base de datos» que recopilará información sobre los arrendamientos de corta duración que se suscriban sobre fincas situadas en el territorio nacional y que permitirá a las Administraciones Públicas fiscalizar y controlar la actividad desarrollada sobre las mismas. En la Ventanilla Única Digital constarán, básicamente, los siguientes datos:

a) El número de registro solicitado ante el Registro de la Propiedad.
b) La dirección y las características/descripción del inmueble.
c) Los datos del anunciante.
d) Las URL de los anuncios activos para la finca en cuestión.
e) Un historial de cumplimiento normativo.

Por tanto, la Ventanilla Única Digital permitirá la transmisión de datos entre las plataformas en línea y las autoridades competentes, garantizando siempre y en todo caso la confidencialidad y la seguridad de los mismos y facilitando así las labores de control e inspección de las autoridades, que podrán estar al corriente de las altas, suspensiones y bajas que se den respecto de un número de registro en cuestión.

VII. RÉGIMEN SANCIONADOR Y ENTRADA EN VIGOR

A la fecha en que se redacta el presente artículo, no se ha aprobado un régimen sancionador específico en caso de infracción o incumplimiento de las disposiciones del RD 1312/2024. Concretamente, la Disposición Final 4ª del RD 1312/2024, establece que «(…) hasta la aprobación de un régimen sancionador para las infracciones que se regulan derivadas de la presente norma, resultarán de aplicación los regímenes sancionadores y obligaciones contempladas en la normativa estatal, autonómica y local». Es decir, actualmente no existe un régimen sancionador específico de aplicación para el caso de incurrir en un incum-

plimiento de la normativa y éste variará en función de la Comunidad Autónoma en la que radique la finca e incluso, de la normativa, en su caso, aprobada, a nivel local. No obstante, se espera que, antes de que esta normativa empiece a surtir efectos en fecha 1 de julio de 2025, se establezca el régimen jurídico sancionador aplicable en esta materia.

En relación a la entrada en vigor, El RD 1312/2024 establece, concretamente, en su disposición final cuarta, que dicho Texto Normativo entrará en vigor en fecha 2 de enero de 2025 si bien no empezará a surtir efectos hasta el 1 de julio de 2025. A efectos aclaratorios, la entrada en vigor hace referencia al momento en que una norma es válida y aplicable y forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el término «surtir efectos» se refiere al momento en que esa norma empieza a generar consecuencias jurídicas prácticas.

De este modo, la norma persigue garantizar la seguridad jurídica, contribuyendo a que todos los propietarios afectados tengan pleno conocimiento de su existencia, contenido y alcance.

Asimismo, se facilita su ejecución e implementación, toda vez que se otorga un periodo razonable de tiempo para adoptar las medidas que cada cual considere necesarias para dar cumplimiento a sus disposiciones.

VIII. CONCLUSIONES

I. El RD 1312/2024 introduce un marco regulador específico para los arrendamientos de corta duración, estableciendo la obligación de inscripción en el Registro Único de Arrendamientos y la implementación de la Ventanilla Única Digital. Su ámbito de aplicación abarca a los arrendadores, gestores de inmuebles y plataformas en línea de alquiler de corta duración, quedando excluidos los comodatos y las cesiones gratuitas de la vivienda.

II. El RD 1312/2024 pretende dotar de mayor transparencia y fiscalización a los arrendamientos temporales. Sin embargo, su aplicación plantea ciertos interrogantes, especialmente debido a la ausencia de criterios objetivos para diferenciar los arrendamientos de temporada de los arrendamientos de corta duración.

III. Los propietarios que destinen sus inmuebles a alquiler de corta duración deberán solicitar y obtener, obligatoriamente, un número de registro por cada unidad arrendada. Esta obligación conlleva trámites adicionales que pueden dificultar la gestión de los arrendamientos y aumentar los costes administrativos.

IV. El RD 1312/2024 no se basa en la duración del arrendamiento, sino en la finalidad del mismo. Estarán afectados todos aquellos arrendamientos motivados por causas de carácter temporal (estudios, laborales, turísticas…), con independencia de la duración.

V. El RD 1312/2024 establece la obligación de solicitar el número de registro únicamente para aquellos arrendadores que comercialicen sus viviendas a través de plataformas en línea. No todas las plataformas digitales son consideradas «plataformas en línea» a efectos de este Texto Normativo, sino que se exige la concurrencia de una serie de requisitos.

VI. El RD 1312/2024 exige la solicitud de un número de registro por cada habitación arrendada, cuando el inmueble se destine a alquiler habitacional y las mismas se arrienden de forma separada e individualizada.

VII. Idealista, plataforma que utilizan la mayoría de propietarios que destinan sus inmuebles a alquiler habitacional, no debería considerarse una «plataforma en línea de alquiler de corta duración», habida cuenta que únicamente facilita la publicación de anuncios y el contacto entre las partes, pero no gestiona directamente las reservas ni los pagos.

VIII. El número de registro se puede solicitar presencial o telemáticamente a través del sitio web del registro y se exige la aportación de una serie de datos, no solo personales (del propietario), sino también relativos al inmueble y al tipo de alquiler que se realizará. Se exige una revisión anual del número de registro mediante la aportación de un modelo informativo de arrendamientos de corta duración ante el Registro de la Propiedad.

IX. En la actualidad, no se ha aprobado un régimen sancionador específico en caso de infracción o incumplimiento de las disposiciones del RD 1312/2024, si bien se espera su aprobación antes de que éste empiece a surtir efectos en fecha 1 de julio de 2025.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP Madrid de 28 de marzo de 2019
- SAP León de 5 de febrero de 2024

NOTAS

[1] El artículo 3 del RD 1312/2024 dispone, textualmente, que: «1. De acuerdo con el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, el ámbito objetivo de este real decreto comprende tanto los servicios prestados por las plataformas en línea a anfitriones que prestan servicios de alquiler de alojamientos de corta duración en España, independientemente del lugar de establecimiento de dichas plataformas, como los servicios de alquiler de alojamientos que prestan los anfitriones a través de las plataformas. El ámbito geográfico de aplicación de esta norma será todo el territorio nacional. 2. No resultará de aplicación a los servicios de alquiler de alojamientos que no lleven asociada una remuneración. A estos efectos, por remuneración se entiende cualquier forma de compensación económica, independientemente de su valor o de la forma que adopte».

[2] El artículo 2 de la LAU prevé, expresamente, que: «1. Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. 2. Las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador».

[3] El término «plataforma en línea de alquiler de corta duración» aparece definido en el apartado g) del artículo 2 del RD 1312/2024, cuyo tenor literal es el siguiente: «(…) g) Plataforma en línea de alquiler de corta duración: plataforma en el sentido del artículo 3.i) del 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, que permite a los huéspedes celebrar contratos a distancia con anfitriones para la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración».

[4] Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (2025). *Ventanilla Única Digital.* https://www.mivau.gob.es/vivienda/ventanilla-unica/alquiler-de-alojamientos-de-corta-duracion.

[5] Apartado a) del artículo 4.2 del RD 1312/2024.

[6] SAP Madrid de 28 de marzo de 2019

[7] SAP León de 5 de febrero de 2024

[8] En el considerando 6 del reglamento se establece de manera expresa el límite temporal que define un alquiler de corta duración.

[9] En la exposición de motivos del RD 1312/2024 se establece que la distinción entre arrendamientos de temporada y arrendamientos de vivienda habitual se fundamenta principalmente en la causalidad, haciendo una remisión expresa a la LAU. Esto significa que la diferencia radica en la finalidad o propósito del contrato, más que en su duración concreta. No se establece, por tanto, un límite temporal específico para definir un arrendamiento como de corta duración; la clasificación se basa esencialmente en la causa o motivación que origina el contrato.

[10] El formulario de solicitud del número de registro puede completarse a través del sitio web de los Registradores de España y puede accederse mediante el siguiente enlace: https://sede.registradores.org/sede/sede-corpme-web/registro-de-la-propiedad/publicidad/propiedad-nra

[11] El sitio web de los Registradores de España es https://www.registradores.org/

[12] El solicitante deberá identificar el tipo de arrendamiento en el formulario de solicitud que se pone a disposición en el sitio web del Registro de la Propiedad.

[13] Para presentar la solicitud del número de registro de forma telemática es necesario registrarse como usuario abonado, a través del siguiente enlace: https://sede.registradores.org/site/alta/alta-abonado

[14] En la propia página web de los Registradores de España se enumera la documentación necesaria que deberá aportarse en función de si el solicitante es persona física o jurídica; información que se puede obtener a través del siguiente enlace: https://www.registradores.org/registroonline/misdatos/instruccionesSeguridad.seam

[15] Registradores de España (2025). *Número de Registro de Alquiler.* https://sede.registradores.org/sede/sede-corpme-web/registro-de-la-propiedad/publicidad/propiedad-nra

[16] La referencia catastral de un inmueble se puede obtener a través del sitio web del catastro: https://www.sedecatastro.gob.es/

[17] Así se establece en el Considerando 10 *in fine* del Reglamento (UE) 2024/1028.

[18] Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (2025). Resolución de 13 de febrero de 2025 sobre recurso contra la negativa a practicar el asiento de presentación de una solicitud de asignación de número de Registro de Alquiler de Corta Duración. BOE, 28 de febrero de 2025.

Trabajo recibido el 9 de abril de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

La falacia de la regulación del alquiler en España: cómo la ley de vivienda de 2023 agrava la crisis del mercado inmobiliario

The fallacy of rent regulation in Spain: how the 2023 housing law worsens the real estate market crisis

por

ABIGAIL QUESADA PÁEZ

Profesora Contatada Doctor (Acreditada a Profesora Titular)

Universidad de Granada

RESUMEN: La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha sido presentada como una solución para mejorar el acceso a la vivienda en España. Sin embargo, este artículo sostiene que la regulación del alquiler no solo no resuelve el problema, sino que lo agrava, profundizando la crisis del mercado inmobiliario. Mediante un análisis comparado con casos internacionales como Berlín, San Francisco y Suecia, se evidencia que la intervención estatal en el control de precios provoca una contracción de la oferta, desincentiva la inversión y fomenta la economía sumergida. Además, se examinan los efectos negativos de la Ley de Vivienda de 2023, incluyendo la vulneración del derecho de propiedad, el desincentivo para los pequeños propietarios y el aumento de la inseguridad jurídica. Finalmente, el artículo propone alternativas eficaces para mejorar el acceso a la vivienda sin distorsionar el mercado, tales como incentivos fiscales para propietarios, mayor seguridad jurídica, la promoción de la construcción de nuevas viviendas y una reforma de la fiscalidad inmobiliaria. Estas medidas buscan equilibrar el mercado y garantizar un acceso real a la vivienda sin recurrir a intervenciones estatales que han demostrado ser contraproducentes.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.03

ABSTRACT: The Housing Law 12/2023, enacted on May 24, was introduced as a solution to improve housing accessibility in Spain. However, this article argues that rent regulation does not solve the problem but rather exacerbates the housing crisis. By analyzing international cases such as Berlin, San Francisco, and Sweden, it is demonstrated that state intervention in price control leads to a reduction in supply, discourages investment, and fosters the black market. Additionally, the article examines the negative effects of the 2023 Housing Law, including violations of property rights, reduced incentives for small landlords, and increased legal uncertainty. Finally, the study proposes alternative measures to enhance housing accessibility without distorting the market, such as tax incentives for landlords, stronger legal security, the promotion of new housing developments, and a comprehensive reform of real estate taxation. These approaches aim to balance the housing market and ensure real accessibility without resorting to state interventions that have proven counterproductive.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad, libertad contractual, alquiler, intervención pública y seguridad jurídica.

KEYWORDS: Property rights, freedom of contract, rental market, public intervention and legal certainty

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: UNA SOLUCIÓN MAL ENFOCADA.—II. EL FRACASO HISTÓRICO DE LA REGULACIÓN DEL ALQUILER. II.1. Berlín (Alemania, 2020). II. 2. San Francisco (EE.UU.). II. 3. Suecia.—III. EFECTOS NEGATIVOS DE LA LEY DE VIVIENDA DE 2023. III.1. Reducción de la Oferta de Vivienda en Alquiler: III.2. Desincentivo a la Inversión en Vivienda. III.3. Vulneración del Derecho de Propiedad. III. 4. Expansión del Mercado Negro.—IV. ALTERNATIVAS A LA REGULACIÓN ESTATAL DEL MERCADO INMOBILIARIO. IV.1. Incentivos Fiscales a Propietarios- IV.2. Seguridad Jurídica para los Propietarios. IV.3. Fomento de la Construcción de Vivienda. IV.4. Reforma de la Fiscalidad de la Vivienda.—V. CONCLUSIÓN: MÁS LIBERTAD, MENOS REGULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN: UNA SOLUCIÓN MAL ENFOCADA

El derecho de propiedad y la libertad contractual constituyen pilares fundamentales del Derecho privado, y su preservación es indispensable para el correcto funcionamiento de una economía de mercado. Estos principios, consagrados en los artículos 33 y 38 de la Constitución Española, garantizan el libre ejercicio de la actividad económica y la disposición de bienes por parte de sus titulares,

configurando así el marco jurídico sobre el que se articulan relaciones fundamentales como el arrendamiento de vivienda. En este contexto, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, introduce un régimen jurídico que interviene de forma intensa en el mercado del alquiler, desplazando el equilibrio contractual tradicional hacia una concepción asistencialista del uso de la vivienda que desatiende sus implicaciones patrimoniales y económicas. Esta tendencia ha sido descrita como una transmutación del arrendamiento urbano hacia un modelo aleatorio y fuertemente regulado, en el que el legislador reconfigura unilateralmente los riesgos del contrato (GOÑI, 2024, 167).

La norma, en su afán de garantizar el cumplimiento del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), impone límites a la autonomía de la voluntad, condiciona el ejercicio del derecho de propiedad y desincentiva la participación de operadores privados en el mercado inmobiliario. Tal como ha señalado la doctrina civil, el derecho de propiedad no puede entenderse como un mero soporte funcional del interés público, sino como un derecho subjetivo con contenido económico y patrimonial definido, cuyo vaciamiento exige una justificación intensa y proporcional (DÍEZ-PICAZO, 2011, 312; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 153). Si bien el Estado posee legitimidad para intervenir en sectores estratégicos a fin de corregir fallos de mercado o atender necesidades sociales, como establece el Tribunal Constitucional en su STC 152/1988, de 20 de diciembre, sobre el alcance del derecho a la vivienda, dicha intervención ha de realizarse conforme a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales (STC 37/1987; STC 111/1983). Tal como advierte García de Enterría, "la función social de la propiedad no puede ser utilizada como coartada para su vaciamiento jurídico" (2005, p. 298). En la misma línea, NASARRE (2023, 22) ha advertido que una política de vivienda construida sobre restricciones intensas, inseguridad normativa y desequilibrio contractual tiende a retraer la oferta y alejar al pequeño propietario del mercado legal, afectando negativamente tanto al acceso a la vivienda como a la estabilidad del sistema.

El presente trabajo se propone analizar los efectos de la Ley de Vivienda de 2023 desde la óptica del Derecho privado, evaluando sus implicaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano, la seguridad jurídica de los propietarios e inversores, y la estructura del mercado inmobiliario. Mediante un enfoque crítico y fundamentado, se argumentará que la regulación vigente no solo resulta ineficaz para resolver los problemas de acceso a la vivienda, sino que genera externalidades negativas —como la retracción de la oferta, el auge de la economía sumergida y la pérdida de confianza en la inversión inmobiliaria—, afectando de manera directa a los pequeños propietarios y vulnerando principios básicos del sistema jurídico privado.

El régimen tradicional de arrendamientos urbanos en España, configurado principalmente por la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) de 1994, ha ido adaptándose progresivamente para conciliar la estabilidad del inquilino con los intereses legítimos del arrendador. La reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2019 amplió la duración obligatoria de los contratos y restringió la posibilidad de exigir garantías excesivas, inclinando ya la balanza a favor del arrendatario. No obstante, la Ley 12/2023 va más allá: introduce medidas de intervención directa como la declaración de zonas tensionadas, la limitación de precios de renta inicial, nuevas obligaciones fiscales para grandes tenedores y restricciones al desahucio incluso en casos de ocupación ilegal. Estas medidas suponen una alteración sustancial de la lógica dispositiva propia del Derecho civil, avanzando hacia una concepción del alquiler como prestación cuasi pública.

Desde una perspectiva comparada, existen antecedentes significativos que permiten prever los efectos de este tipo de regulación. La experiencia de Berlín con el *Mietendeckel*, anulado por el Tribunal Constitucional alemán en 2021 por invasión de competencias federales, evidenció cómo el control de rentas puede reducir drásticamente la oferta sin mejorar el acceso (HÄUBLEIN, 2020, 984; MENSE, MICHELSEN y KHOLODILIN, 2021, 90). En San Francisco, la investigación empírica de DIAMOND, MCQUADE y QIAN (2019, 3365–3369) muestra que el control de alquileres favorece a los actuales inquilinos, pero disminuye la inversión en nuevas viviendas y empeora la disponibilidad para nuevos arrendatarios. En Suecia, el rígido sistema de control de alquileres ha producido largas listas de espera y mercados paralelos ilegales, como documenta LIND (2020, 308).

En el ámbito del Derecho civil español, toda regulación del arrendamiento debe ajustarse al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y al respeto al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE). Cuando la intervención del legislador desborda estos límites, como sucede con la Ley 12/2023, el resultado es un marco normativo que genera incertidumbre, retrae la inversión privada, y debilita la confianza en el mercado. El BANCO DE ESPAÑA (2023, 175) ya ha advertido sobre los riesgos de esta legislación, subrayando que las restricciones a las rentas pueden reducir aún más la oferta de vivienda disponible, elevando la presión sobre un mercado ya tensionado.

Este artículo se estructura en cuatro secciones. En primer lugar, se examinará el fracaso histórico de las políticas de control de alquileres, a través del análisis de experiencias comparadas. A continuación, se describirán los efectos negativos de la Ley 12/2023 en el mercado español desde una perspectiva jurídica y económica. En tercer lugar, se propondrán alternativas menos lesivas que respeten los principios del Derecho privado, incluyendo incentivos fiscales, seguridad jurídi-

ca y promoción de la construcción. Finalmente, se expondrán las conclusiones generales, destacando la necesidad de revisar el actual modelo de intervención para avanzar hacia un mercado del alquiler eficiente, sostenible y jurídicamente seguro.

Una política de vivienda eficaz no puede basarse en la erosión de los derechos patrimoniales ni en la desnaturalización del contrato de arrendamiento. La solución a la crisis habitacional debe buscarse a través de herramientas compatibles con el Estado de Derecho, que respeten la iniciativa privada y promuevan una mayor oferta de vivienda mediante mecanismos de mercado, acompañados —cuando sea necesario— de medidas públicas focalizadas en los colectivos más vulnerables (QUESADA PÁEZ, 2024, 68).

II. EL FRACASO HISTÓRICO DE LA REGULACIÓN DEL ALQUILER

La regulación del alquiler mediante la imposición de límites a las rentas ha sido una de las herramientas más frecuentemente empleadas por los poderes públicos para intentar garantizar el acceso a la vivienda, especialmente en contextos urbanos con alta presión demográfica y crecimiento desordenado de precios. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho y la ciencia económica, este tipo de intervención se ha revelado históricamente como una solución ineficaz, e incluso contraproducente, al generar distorsiones estructurales en los mercados inmobiliarios (ARNOTT, 1995, 101; GLAESER y LUTTMER, 2003, 1030; LIND, 2020, 299). Esta afirmación no se basa únicamente en análisis doctrinales, sino en una acumulación de evidencias empíricas a lo largo de distintas experiencias internacionales que, aun con notables diferencias de contexto, exhiben patrones comunes de fracaso.

Desde el punto de vista jurídico, la regulación del precio del alquiler constituye una restricción intensa del contenido patrimonial del derecho de propiedad (art. 33 CE), especialmente en su manifestación más elemental: el *ius fruendi*. Esta restricción, si no está adecuadamente justificada y calibrada, puede derivar en una limitación desproporcionada del derecho subjetivo, que compromete su contenido esencial y convierte al titular del bien en mero gestor de una función pública (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 127; GONZÁLEZ-VARAS, 2010, 214). Como ha subrayado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales debe respetar el principio de proporcionalidad, lo que exige un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (STC 66/1995; STC 55/1996). En el caso del alquiler, esto implica que la intervención debe responder a un interés público real, debe ser la medida menos lesiva entre las posibles, y su impacto debe ser

equilibrado respecto al sacrificio que impone al propietario. El control rígido de precios rara vez supera ese triple juicio (CANO MURCIA, 2022, 52).

En términos históricos, los controles de alquiler comenzaron a implementarse masivamente tras la Primera Guerra Mundial, en un contexto de crisis habitacional y encarecimiento de los precios. A lo largo del siglo XX, se replicaron en numerosos países como instrumento de política social, pero los resultados fueron, en su mayoría, decepcionantes. La literatura especializada, tanto jurídica como económica, ha documentado una serie de consecuencias recurrentes: contracción de la oferta, ya que los propietarios retiran inmuebles del mercado al no poder obtener rendimientos adecuados; desinversión en el mantenimiento de los bienes arrendados, que conduce al deterioro del parque inmobiliario; apertura de mercados paralelos (alquileres informales, cobros encubiertos), con efectos regresivos en los sectores más vulnerables; y, sobre todo, segmentación social, al dificultar el acceso a la vivienda para los nuevos entrantes, como jóvenes, migrantes o familias desplazadas (SIMS, 2007, 132; KROL y SVORNY, 2005, 315).

Desde el enfoque del análisis económico del Derecho, el control de rentas genera lo que se conoce como fallo de regulación, al producir distorsiones mayores que el supuesto fallo de mercado que se pretendía corregir. Como ha explicado EPSTEIN (1988, 742), el carácter estático de las medidas de control impide que el mercado responda con eficiencia a la evolución de la oferta y la demanda, desincentivando la producción de nueva vivienda y, a largo plazo, afectando a la totalidad del sistema inmobiliario. Este argumento ha sido también confirmado por GYOURKO y LINNEMAN (1989, 59), quienes demostraron que los controles disuaden la inversión en sectores residenciales y reducen la calidad del parque habitacional. El resultado es una forma de intervención que congela el mercado, perpetúa ineficiencias, y termina beneficiando a unos pocos a costa de muchos (JENKINS, 2009, 78).

Uno de los problemas más graves de este tipo de regulación es que no distingue entre propietarios en función de su capacidad económica. En lugar de dirigir la protección hacia colectivos vulnerables, aplica criterios generales que perjudican especialmente a pequeños arrendadores —frecuentemente familias que complementan su renta con un alquiler—, y que carecen de capacidad para absorber las cargas adicionales que impone la normativa (BANCO DE ESPAÑA, 2023, 173). El legislador asume erróneamente que la totalidad de los propietarios forman parte de un grupo económico privilegiado, cuando en realidad la estructura del mercado español muestra un predominio de particulares con una o dos viviendas en alquiler, frente a grandes tenedores institucionales (MUÑOZ MACHADO, 2020, 412). Este diseño normativo empobrece a quienes no están en condiciones de asumir una función social impuesta por el Estado, sin contraprestación ni compensación (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2005, 298).

A nivel internacional, múltiples jurisdicciones han replicado este patrón, a menudo con resultados negativos. Como ha señalado la OCDE (2016, 112), los países que han adoptado sistemas de control rígido de rentas tienden a presentar mayor rigidez del mercado, menor movilidad residencial y un uso menos eficiente del parque habitacional. Además, los precios tienden a incrementarse en los segmentos no regulados, generando un efecto de expulsión de los colectivos no cubiertos por la norma hacia mercados más caros y menos seguros. Esta lógica perversa debilita los objetivos de equidad que la intervención dice perseguir (ARNOTT, 1995, 100).

En el plano doctrinal, la tensión entre el derecho a la vivienda (art. 47 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE) ha sido objeto de profundos debates. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado que los principios rectores de la política social —entre ellos, el derecho a la vivienda— no son directamente exigibles, sino que requieren desarrollo legislativo dentro del respeto a los derechos fundamentales (STC 19/1987; STC 95/2000). Esto implica que su implementación no puede desconocer la estructura básica del Derecho privado ni vaciar de contenido las garantías patrimoniales constitucionalmente protegidas.

La regulación del alquiler mediante controles de precios ha demostrado históricamente su incapacidad para resolver los problemas estructurales del acceso a la vivienda. Se trata de una respuesta cortoplacista que puede tener efectos electorales inmediatos, pero que socava la funcionalidad y la estabilidad del mercado a medio y largo plazo. Como han señalado ELLICKSON y BEEN (2005, 221), el acceso a la vivienda se mejora no con controles, sino con incentivos a la oferta, seguridad jurídica, y programas públicos focalizados en necesidades reales, no mediante la alteración forzada de contratos privados.

La experiencia histórica, tanto desde el Derecho como desde la economía, enseña que el alquiler no debe concebirse como una relación subordinada a fines públicos indefinidos, sino como un contrato conmutativo y recíproco entre partes libres e iguales. Intervenirlo desde una lógica rígida e ideológica solo conduce a la degradación de los derechos, la disfunción del mercado y la frustración de las políticas sociales.

II.1. Berlín (Alemania, 2020)

El caso de Berlín representa uno de los ejemplos más recientes y paradigmáticos de la aplicación de políticas de control estricto del alquiler en un entorno urbano europeo. En respuesta a la creciente presión sobre el mercado de la vivienda y al aumento continuado de los precios de arrendamiento, el Parlamento

del Estado Federado de Berlín aprobó la *Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin* (Ley de Tope de Alquileres en el Sector de la Vivienda de Berlín), comúnmente conocida como Mietendeckel, en febrero de 2020. Esta ley introducía una congelación de los precios de alquiler durante cinco años, fijaba techos máximos de renta en función del año de construcción de la vivienda y permitía incluso reducciones forzosas de las rentas en vigor que se consideraran "excesivas".

Desde una perspectiva constitucional, la normativa fue impugnada ante el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que dictó sentencia el 15 de abril de 2021 (2 BvF 1/20) declarando su inconstitucionalidad. La razón principal fue la invasión de competencias federales: el derecho civil, y en particular la regulación de los contratos de arrendamiento, está atribuido al Estado federal alemán conforme al artículo 74.1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). El tribunal concluyó que, dado que ya existía una regulación federal sobre el alquiler en el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), el Estado federado de Berlín carecía de competencia legislativa sobre esta materia (BVERFG, 2021).

No obstante, más allá del plano competencial, el *Mietendeckel* generó una intensa discusión doctrinal sobre sus efectos materiales. Desde el punto de vista jurídico, diversos autores advirtieron que la imposición retroactiva de reducciones de renta podría suponer una infracción del principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) y de la libertad contractual, pilares básicos del ordenamiento jurídico alemán (HÄUBLEIN, 2020, 984). Además, se denunció la falta de proporcionalidad de la intervención, en tanto que afectaba de manera uniforme a todos los propietarios sin atender a sus características ni situaciones específicas.

Los efectos económicos del *Mietendeckel* también fueron analizados empíricamente. Estudios del *ifo Institut* y del *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung* (DIW Berlin) confirmaron que, tras su entrada en vigor, el mercado berlinés de alquiler se contrajo significativamente. Entre febrero de 2020 y enero de 2021, el número de viviendas ofertadas en portales inmobiliarios cayó más de un 50 % en las zonas afectadas, mientras aumentó en ciudades limítrofes no sometidas al control de precios (MENSE, MICHELSEN y KHOLODILIN, 2021, 90). Además, se detectó un desplazamiento hacia contratos temporales o formas atípicas de arrendamiento con el fin de sortear la aplicación de la norma, lo que generó un entorno de creciente inseguridad para arrendadores e inquilinos.

En términos generales, el *Mietendeckel* tuvo un efecto profundamente desincentivador de la inversión en vivienda. Según GLAESER (2020, 195), los inversores perciben este tipo de políticas como señales de inseguridad jurídica, lo que contribuye a la huida del capital del sector residencial hacia otros mercados más

estables. Esta desconfianza se acentúa cuando la regulación se presenta como una medida extraordinaria sin mecanismos de compensación o exención para los afectados.

La experiencia de Berlín es especialmente ilustrativa por su corta duración, sus efectos inmediatos y su revocación judicial, lo que ha permitido realizar un análisis casi experimental de sus consecuencias. Como ha señalado LIND (2020, 305), el caso berlinés demuestra que las políticas de control de rentas, cuando se implementan de manera rígida, sin atender al equilibrio contractual ni a la diversidad del mercado, tienden a generar escasez, desinversión y segmentación social, afectando especialmente a los grupos que se pretende proteger.

En suma, la normativa del *Mietendeckel* fracasó tanto desde el punto de vista constitucional como desde el punto de vista funcional. Constituye un claro ejemplo de cómo una intervención estatal desproporcionada, basada en una concepción ideológica del derecho a la vivienda, puede vulnerar la seguridad jurídica, restringir la libertad de contratación y producir efectos regresivos. Para el análisis de políticas públicas en España, esta experiencia constituye un precedente relevante que invita a la cautela frente a iniciativas de control de precios similares.

II.2. San Francisco (EE.UU.)

La ciudad de San Francisco constituye uno de los casos más ampliamente estudiados en el análisis económico del Derecho por los efectos que ha tenido la prolongada implementación de políticas de control de alquileres. Desde 1979, San Francisco ha aplicado un sistema de control de rentas *Rent Ordinance*, inicialmente limitado a las viviendas construidas antes de ese año, con aumentos permitidos solo en función de la inflación (mediante el índice CPI), y con severas restricciones para el desahucio (*just cause eviction*). A lo largo de los años, la legislación se ha endurecido progresivamente, en un intento de proteger a los inquilinos de los efectos del auge tecnológico y el crecimiento del mercado inmobiliario.

El control de rentas en esta ciudad ha generado una fuerte segmentación del mercado entre viviendas reguladas y viviendas exentas. Este fenómeno ha sido estudiado de forma empírica por DIAMOND, MCQUADE y QIAN (2019, 3369), en una de las investigaciones más citadas sobre los efectos reales de este tipo de regulación. Los autores analizaron los efectos de la expansión del control de rentas aprobada en 1994, que amplió las protecciones a edificios de pequeñas dimensiones construidos antes de 1980. Según sus resultados, los propietarios de los inmuebles afectados por la nueva regulación redujeron su oferta de vivienda

de alquiler en un 15 %, recurriendo a alternativas como la venta de las propiedades o su conversión en condominios.

Lejos de mejorar el acceso a la vivienda en términos globales, el control de precios benefició únicamente a los arrendatarios existentes —que conservaron precios artificialmente bajos—, pero dificultó el acceso a nuevos inquilinos y encareció el mercado no regulado. De hecho, el precio de la vivienda subió significativamente en el segmento libre, agravando la desigualdad de acceso y reduciendo la movilidad residencial. Esta lógica ha sido definida por GLAESER (2003, 14) como una "redistribución ineficiente", donde se protege a quienes ya están dentro del sistema a costa de excluir a quienes más lo necesitan, en clara contradicción con los principios de justicia social.

Desde el punto de vista jurídico, la intervención ha generado abundante litigiosidad en torno a los límites del control estatal sobre la propiedad privada. Uno de los hitos más relevantes fue el caso Yee v. City of Escondido, 503 U.S. 519 (1992), en el que el Tribunal Supremo de Estados Unidos abordó la cuestión de si un control de alquileres podía constituir una "taking" (expropiación encubierta) en virtud de la Quinta Enmienda de la Constitución federal. Aunque el Tribunal no consideró que la mera fijación de precios implicara automáticamente una expropiación, sí reconoció que ciertas regulaciones excesivamente restrictivas pueden constituir una ocupación regulatoria y, por tanto, exigir una compensación al propietario. Esta doctrina fue ampliada en el caso Lingle v. Chevron U.S.A. Inc., 544 U.S. 528 (2005), donde se refuerza la necesidad de evaluar si una regulación económica priva de manera sustancial al propietario del valor económico del bien.

Desde el análisis económico del Derecho, autores como EPSTEIN (1985, 120) han advertido que este tipo de regulaciones —al modificar de forma unilateral las condiciones de los contratos— no solo desincentivan la inversión en vivienda, sino que minan la seguridad jurídica, al establecer un régimen normativo inestable y unilateralmente favorable a una de las partes. Este desequilibrio acaba por erosionar el atractivo del sector inmobiliario como destino de capital, restringiendo la construcción de nuevas viviendas y agravando la escasez estructural.

A nivel de impacto urbano, el control de rentas en San Francisco ha contribuido a fenómenos indeseados como la "subutilización de vivienda", en que inquilinos con contratos antiguos y rentas bajas permanecen en unidades sobredimensionadas para sus necesidades reales, impidiendo una asignación eficiente del parque habitacional (SIMS, 2007, p. 140). Además, se ha documentado un auge de los mercados paralelos y de contratos informales, con precios encubiertos y cláusulas abusivas para escapar del marco regulatorio, afectando precisamente a los colectivos más vulnerables (GYOURKO y LINNEMAN, 1989, 60).

La experiencia de San Francisco demuestra que el control de precios no es una solución adecuada a los problemas estructurales de acceso a la vivienda. Se trata, en el fondo, de una medida regresiva que beneficia a quienes ya tienen acceso a una vivienda protegida, pero obstaculiza la entrada de nuevos usuarios, incrementa los precios en el resto del mercado y distorsiona profundamente los incentivos a la oferta. Como han concluido BEEN, ELLEN y O'REGAN (2019, 42), el objetivo de una política habitacional efectiva no debe ser la fijación de precios artificiales, sino el aumento sostenido y diversificado de la oferta, en condiciones de seguridad jurídica y libertad contractual.

II.3. Suecia

El caso de Suecia constituye un ejemplo ilustrativo de cómo un sistema altamente regulado de alquileres, aunque bienintencionado, puede derivar en rigideces estructurales que afectan negativamente al acceso a la vivienda y al funcionamiento general del mercado inmobiliario. El sistema sueco se basa en un modelo centralizado y corporativo de fijación de precios: las rentas no son determinadas libremente por las partes, sino que se establecen mediante negociaciones colectivas entre las asociaciones de propietarios y las asociaciones de inquilinos, especialmente la *Hyresgästföreningen* (Federación de Inquilinos), que goza de una posición hegemónica en las negociaciones.

Este régimen tiene su fundamento en el *Hyreslagen*[1] (), que regula de forma exhaustiva las condiciones del alquiler, impidiendo a los arrendadores establecer precios superiores a los definidos por la media pactada colectivamente para viviendas comparables. Si bien el modelo persigue la estabilidad del inquilino y la equidad social, los efectos reales del sistema han sido ampliamente cuestionados por la doctrina y por organismos internacionales.

Uno de los problemas más notorios del sistema sueco es la enorme rigidez de acceso a la vivienda regulada, especialmente en las grandes ciudades como Estocolmo. Diversos estudios han documentado que los plazos de espera para obtener un contrato de alquiler en el mercado primario superan en muchos casos los 10 años, y pueden alcanzar hasta 20 años en los distritos más demandados (LIND, 2017, 95). Esta situación ha dado lugar a un sistema de mercado paralelo, el denominado *svartkontrakt* o "contrato negro", en el cual se pagan sobornos o traspasos ilegales para acceder a viviendas protegidas, afectando directamente a los principios de igualdad y transparencia del ordenamiento sueco (TURNER y WHITEHEAD, 2002, 229).

Además, la imposibilidad de ajustar los alquileres al mercado ha generado una asignación ineficiente de las viviendas existentes. Inquilinos con contratos

antiguos y rentas bajas ocupan viviendas de gran tamaño que ya no se ajustan a sus necesidades familiares, mientras jóvenes y recién llegados al mercado, incluidos inmigrantes y personas con menor capital relacional, enfrentan una severa exclusión. Este fenómeno ha sido descrito como un caso de "rigidez institucionalizada" (KEMENY, 2006, 5), donde el principio de igualdad de trato se transforma, de facto, en una protección excesiva para quienes ya están dentro del sistema.

Desde un punto de vista jurídico, el modelo sueco ha sido objeto de controversia por su impacto sobre el derecho de propiedad. Si bien Suecia reconoce el derecho de propiedad privada, no cuenta con una cláusula constitucional que lo consagre expresamente como derecho fundamental. Esto ha permitido al legislador adoptar políticas de intervención intensa sin los contrapesos judiciales que existen en otros países europeos. Algunos juristas suecos han comenzado a cuestionar la compatibilidad del régimen actual con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al respeto del uso pacífico de los bienes, aunque no existen hasta la fecha condenas del TEDH en esta materia.

A nivel económico, la rigidez del sistema ha disuadido la inversión privada en vivienda de alquiler. El Banco Central de Suecia (Riksbank) y la Agencia Nacional de la Vivienda (Boverket) han advertido que el sistema actual constituye una barrera para la construcción de nuevas viviendas en régimen de alquiler, lo cual ha forzado un modelo dominado por la propiedad en lugar del arrendamiento. Así, más del 65 % de los suecos residen en vivienda en propiedad, mientras el parque público o regulado se mantiene estático, sin responder adecuadamente a la evolución demográfica (BOVERKET, 2018, 17).

La falta de incentivos fiscales, la burocracia asociada a la promoción inmobiliaria en alquiler y las limitaciones normativas sobre el uso del suelo urbano han sido también señaladas como factores que restringen el dinamismo del mercado. En muchos casos, las regulaciones impiden adaptar la oferta a las necesidades actuales de los hogares suecos, que han evolucionado hacia modelos familiares más reducidos y una creciente demanda de vivienda unipersonal. No obstante, los mecanismos actuales siguen anclados en una concepción tradicional del acceso a la vivienda que no responde a las transformaciones socioeconómicas recientes.

Tampoco ha existido una política sostenida de renovación del parque público, que presenta en algunas zonas un grado elevado de obsolescencia y problemas de eficiencia energética, lo que incrementa el coste de mantenimiento y reduce su atractivo frente a la vivienda en propiedad. La combinación de precios regulados bajos y escasos incentivos para mejorar las viviendas provoca un deterioro

paulatino del stock disponible, que requiere intervenciones públicas costosas y de escasa rentabilidad electoral, lo que a menudo retrasa su ejecución efectiva.

La experiencia sueca revela que la regulación intensiva de los precios del alquiler, incluso en un sistema institucionalmente fuerte y dotado de tradición de cooperación social, puede producir efectos regresivos, exclusión de nuevos demandantes, subutilización del parque habitacional y corrupción informal. Como ha señalado LIND (2020, 301), el problema no reside en la regulación per se, sino en su incapacidad de adaptarse a los cambios del entorno social y económico: cuando la rigidez sustituye a la flexibilidad contractual, el mercado deja de cumplir su función distributiva básica.

III. EFECTOS NEGATIVOS DE LA LEY DE VIVIENDA DE 2023

La entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda ha inaugurado una nueva etapa en la intervención del Estado sobre el mercado inmobiliario español, caracterizada por una intensificación de los controles sobre el alquiler, la función social del derecho de propiedad y la participación de los propietarios privados en la oferta habitacional. La norma, presentada como un instrumento para garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna (art. 47 CE), ha generado sin embargo profundas distorsiones jurídicas, económicas y estructurales que amenazan con agravar, en lugar de resolver, los problemas de acceso al alquiler.

Desde el punto de vista constitucional y civil, la Ley de Vivienda introduce un modelo regulativo desequilibrado, donde el legislador estatal interfiere en relaciones contractuales tradicionalmente reguladas por normas dispositivas y sometidas a la autonomía privada. Este viraje legislativo afecta no solo a la libertad de pactos (art. 1255 CC), sino también al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE), que se ve erosionado por una acumulación de cargas, obligaciones y restricciones sin compensación ni justificación económica razonable. Como señala la doctrina, "la función social de la propiedad no habilita al legislador para sustituir al titular en su facultad de disposición" (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2005, 298), ni puede operar como cláusula general de habilitación para políticas regresivas.

El marco jurídico establecido por la Ley 12/2023 afecta de manera muy desigual a los operadores del mercado. Uno de los aspectos más criticados es la definición del gran tenedor como persona física o jurídica titular de cinco o más inmuebles urbanos, con independencia de su uso o localización. Esta calificación, considerada arbitraria por la doctrina (CANO MURCIA, 2023, 60), habilita a las comunidades autónomas para imponer condiciones contractuales agravadas,

como la obligación de ofrecer alquileres sociales, la limitación directa del precio inicial del arrendamiento o la exigencia de cargas urbanísticas específicas. Ello rompe con los principios de igualdad jurídica (art. 14 CE) y proporcionalidad regulatoria, y convierte a una parte del mercado en sujeto pasivo de una política pública sin base redistributiva real ni mecanismos de compensación.

Otro efecto de gran relevancia es la contracción de la oferta de vivienda en alquiler, observable a nivel empírico desde la aprobación del texto legal. Informes de portales inmobiliarios como IDEALISTA (2024, 6) y FOTOCASA (2024, 2) muestran caídas de más del 30 % en la oferta de alquiler en determinadas capitales, especialmente aquellas en las que las comunidades autónomas han solicitado la declaración de zona tensionada. Esta caída se explica por el retraimiento de propietarios particulares que, ante la inseguridad jurídica y la limitación de precios, optan por retirar sus inmuebles del mercado o convertirlos en vivienda turística, en usufructo familiar o en venta directa. El BANCO DE ESPAÑA (2023, 128) ha advertido que esta dinámica es especialmente grave en el caso de los pequeños propietarios, que constituyen más del 85 % del total de arrendadores en España, y que carecen de capacidad para absorber la pérdida de rentabilidad o afrontar litigios derivados del incumplimiento de contrato.

La seguridad jurídica, eje estructural del Derecho civil y principio constitucional (art. 9.3 CE), también se ve menoscabada por la Ley. La multiplicación de conceptos jurídicos indeterminados —como "zona tensionada", "situación de vulnerabilidad", "incremento abusivo de la renta"— y la delegación de competencias técnicas en las comunidades autónomas sin criterios uniformes, genera un marco de gran incertidumbre para arrendadores, inversores, jueces y administraciones locales. Como ha destacado GONZÁLEZ-VARAS (2023, p. 234), la Ley sustituye la certeza jurídica por un modelo intervencionista que depende de la discrecionalidad político-administrativa, fragmentando el mercado nacional e incentivando litigiosidad.

El impacto negativo sobre la inversión privada es otra consecuencia evidente. Las sociedades cotizadas del sector inmobiliario (SOCIMIs), los fondos de inversión y las entidades financieras han reaccionado con cautela ante la ley, paralizando proyectos de vivienda en alquiler o derivando su actividad hacia otros usos inmobiliarios más rentables (FEDEA, 2023, 7; ASPRIMA, 2023, 3). Este fenómeno es especialmente preocupante en un contexto en el que España necesita una expansión significativa de la oferta de vivienda asequible. La Ley, en lugar de incentivar la construcción y facilitar el retorno seguro de la inversión, penaliza la entrada de capital privado en el sector residencial, limitando sus márgenes de actuación, imponiendo cargas fiscales crecientes y alimentando un clima de hostilidad jurídica hacia el propietario.

La fragmentación competencial derivada del modelo autonómico agrava aún más el problema. La Ley delega en las comunidades autónomas y entidades locales la identificación de zonas tensionadas, la autorización de índices de referencia y la implementación de límites de precios. Esta arquitectura normativa genera asimetrías regionales, rompe la unidad de mercado y multiplica los costes de transacción, especialmente para actores con actividad interterritorial. La inseguridad jurídica se convierte así en un problema estructural que afecta tanto a la equidad como a la eficiencia del sistema normativo.

La protección desproporcionada del arrendatario y la erosión del principio de conmutatividad del contrato también son consecuencias destacadas. La ley incorpora una serie de medidas que impiden el desahucio en supuestos de impago, ocupación o resolución contractual, alargando los plazos procesales, subordinando el lanzamiento a informes de los servicios sociales y, en algunos casos, suspendiendo cautelarmente la efectividad de resoluciones judiciales. Este marco desnaturaliza el contrato de arrendamiento como negocio jurídico bilateral y crea incentivos perversos que afectan a la confianza en el cumplimiento. Según ELLICKSON (2005, 176), un marco de arrendamiento que convierte al propietario en asistente social obligatorio disuade el uso residencial del inmueble y promueve salidas informales del sistema legal.

En términos socioeconómicos, la Ley está provocando un desplazamiento hacia la economía informal. La imposibilidad de repercutir costes reales en el precio del alquiler lleva a muchos arrendadores a exigir pagos en efectivo, excluir del contrato parte de la renta, o formalizar contratos de arrendamiento por temporada como subterfugio para eludir los topes legales. Estas prácticas, además de ilegales, perjudican a los arrendatarios más vulnerables, que carecen de mecanismos para exigir el cumplimiento de sus derechos. Como ha ocurrido en Suecia, este tipo de políticas genera mercados paralelos, sobornos encubiertos y discriminación indirecta de colectivos con menor poder de negociación (LIND, 2020, 300).

Por último, debe mencionarse el riesgo de inconstitucionalidad parcial de varias disposiciones de la Ley 12/2023, especialmente en lo relativo al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE). La doctrina ha advertido que el legislador estatal no puede imponer a los titulares de inmuebles residenciales cargas económicas y contractuales sin previsión de indemnización, ni puede hacerlo con base en una habilitación genérica como el art. 47 CE. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara en este sentido: los principios rectores de la política social no son directamente exigibles y no pueden operar como causa de restricción de los derechos fundamentales sin ley formal, motivación suficiente y respeto a su contenido esencial (STC 19/1987; STC 111/1983; STC 37/1987).

En resumen, la Ley de Vivienda de 2023 supone una ruptura con la lógica tradicional del Derecho privado, al imponer un modelo de intervención rígida, de corte estatista y con alta ineficiencia regulatoria. Su efecto neto es negativo tanto para el propietario como para el inquilino, pues reduce la oferta, distorsiona los precios, fomenta la informalidad y debilita la seguridad jurídica. Lejos de resolver la crisis de acceso a la vivienda, la agrava, desviando el foco de atención de las causas estructurales —insuficiente producción, escasez de suelo, fiscalidad ineficiente— hacia una narrativa centrada en la restricción de libertades contractuales.

III.1. Reducción de la oferta de vivienda en alquiler

Uno de los efectos más significativos y documentados de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, es la reducción drástica de la oferta de vivienda en alquiler en el mercado libre. Este fenómeno, advertido incluso antes de la entrada en vigor de la norma por distintos organismos independientes, se ha confirmado empíricamente en los primeros meses de aplicación de la ley, en especial en aquellos territorios donde se ha solicitado la declaración de "zonas tensionadas" y se han empezado a aplicar mecanismos de limitación de rentas.

Desde una perspectiva estructural, el mercado del alquiler en España ha estado tradicionalmente dominado por pequeños propietarios particulares, que representan más del 85 % de los arrendadores, y cuyas decisiones de inversión o desinversión son altamente sensibles a factores de rentabilidad, riesgo y estabilidad jurídica (BANCO DE ESPAÑA, 2023, 126). A diferencia de otros países europeos con mayor peso de la inversión institucional o del parque público, el sistema español se sostiene sobre incentivos privados, fiscalidad favorable y seguridad jurídica. En este contexto, la Ley 12/2023 ha generado un cambio de incentivos negativo, afectando de manera directa la disposición de los propietarios a mantener sus inmuebles en el mercado de alquiler.

El mecanismo central que explica esta retracción de la oferta es la limitación de rentas en zonas calificadas como "tensionadas". Según el art. 18 de la ley, en dichos territorios, definidos por criterios poco operativos y altamente politizados (GONZÁLEZ-VARAS, 2023, 234), se podrá imponer un precio máximo tanto en los contratos de nueva celebración como en las renovaciones, tomando como referencia el contrato anterior o un índice autonómico. Esta técnica, calificada por la doctrina como un "control de precios de segunda generación", desincentiva la entrada de nuevos inmuebles en el mercado, ya que impide ajustar los precios a las condiciones del mercado, al coste de oportunidad y a las características individuales de la vivienda (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2023, 27).

A ello se suma la incertidumbre jurídica derivada del nuevo régimen, especialmente en lo relativo a la aplicación de la figura del "gran tenedor". El hecho de que personas físicas propietarias de cinco inmuebles puedan ser obligadas a alquilar en condiciones impuestas, con reducción forzosa de rentas y obligaciones administrativas añadidas, ha generado un clima de desconfianza que está llevando a muchos pequeños inversores a retirar sus viviendas del alquiler tradicional, o bien a reconvertirlas en alquiler turístico, cesión a familiares, venta directa o arrendamientos de temporada, que escapan de la Ley de Arrendamientos Urbanos (IDEALISTA, 2024, 6; ASPRIMA, 2023, 3).

Este fenómeno ha sido ampliamente documentado. El BANCO DE ESPAÑA (2023, 128) alertó en su Informe Anual 2022 de que cualquier política de control de precios del alquiler podría tener, como efecto adverso, una reducción de la oferta disponible y un incremento de la informalidad. En términos similares, el CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS (2023, 10) advirtió que los efectos previsibles serían una menor inversión en nueva vivienda de alquiler, una caída del mantenimiento del parque actual y un aumento de los precios en el segmento no regulado. Estas advertencias han sido confirmadas por los datos de portales inmobiliarios, que muestran caídas interanuales de la oferta del 25 % al 35 % en Barcelona, Madrid, Valencia y Palma, las cuatro ciudades con mayor tensión de demanda (FOTOCASA, 2024, 2).

Desde el análisis económico del Derecho, esta situación se explica por el principio de elasticidad de la oferta a largo plazo. Si el propietario percibe que su derecho de uso, disfrute y explotación está siendo limitado, sin margen de negociación ni garantía de rentabilidad, optará racionalmente por retirar el bien del mercado. Esta decisión no requiere una gran escala de capital: basta con que los miles de pequeños arrendadores individuales se inhiban para que el volumen de viviendas disponibles caiga de forma significativa, afectando a los colectivos precisamente más vulnerables que la ley dice querer proteger (ARNOTT, 1995, p. 108; GLAESER y LUTTMER, 2003, 1032).

En términos constitucionales, la reducción de la oferta no es solo un problema económico, sino también un efecto colateral de la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE). Si el titular se ve impedido de rentabilizar su inmueble de forma razonable, se altera la función económica del derecho de propiedad y se convierte al arrendador en gestor de una política pública sin contraprestación. Como advirtió la STC 37/1987, el legislador puede modular el ejercicio del derecho de propiedad, pero no puede vaciar su contenido esencial ni utilizarlo como instrumento de planificación sin indemnización. Esta doctrina resulta especialmente pertinente cuando las medidas legislativas producen efectos económicos equivalentes a una expropiación indirecta, sin las garantías del procedimiento expropiatorio.

En suma, la reducción de la oferta de vivienda en alquiler no es un fenómeno accidental ni una disfunción aislada, sino una consecuencia directa y previsible del marco normativo introducido por la Ley 12/2023. Al modificar el equilibrio contractual, penalizar a ciertos operadores y establecer límites rígidos sin contrapartidas, el legislador ha provocado una reacción racional del mercado, consistente en el abandono del alquiler residencial como uso habitual de los inmuebles. Esta reacción, además, agrava los problemas de acceso, encarece la vivienda en el segmento libre, fomenta mercados paralelos y cronifica el déficit estructural de oferta.

Como han demostrado experiencias internacionales similares, Berlín, San Francisco o Estocolmo, el control de precios en ausencia de políticas efectivas de aumento de la oferta no solo fracasa, sino que termina por perjudicar a los colectivos más vulnerables, al expulsarlos del mercado legal y obligarlos a recurrir a soluciones más caras, inestables o informales (DIAMOND, MCQUADE y QIAN, 2019, p. 3368; LIND, 2020, 300).

III.2. Desincentivo a la inversión en vivienda

La seguridad jurídica y la estabilidad normativa son elementos clave para atraer y mantener la inversión en sectores de largo recorrido como el inmobiliario. En este contexto, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, introduce un marco de intervención que ha sido percibido por inversores privados e institucionales como hostil, imprevisible y crecientemente inseguro, generando un claro efecto de desincentivo para la inversión en vivienda, tanto de nueva construcción como en el mercado de segunda mano destinada al alquiler.

Este efecto no es exclusivo del caso español. La literatura académica y la experiencia comparada han demostrado que el control de rentas y las restricciones normativas rígidas reducen el atractivo del mercado del alquiler como destino de capital, lo que produce una ralentización de la producción, una caída de la calidad de la vivienda disponible y una creciente informalidad (ARNOTT, 1995, 99; GLAESER y LUTTMER, 2003, 1030; SIMS, 2007, 132). Como señala EPSTEIN (1988, 758), "las regulaciones que erosionan la expectativa legítima de rendimiento de un activo, sin indemnización ni alternativa viable, desincentivan la inversión y desplazan recursos hacia sectores menos necesarios, pero jurídicamente más seguros".

La Ley de Vivienda de 2023, al imponer un marco de control de precios combinado con obligaciones adicionales para los propietarios, modifica unilateralmente las condiciones económicas de los contratos y altera el principio de conmutatividad del arrendamiento. Estas medidas generan una pérdida de con-

fianza en la protección del derecho de propiedad (art. 33 CE) y en la capacidad del marco normativo español para garantizar el respeto a las expectativas legítimas de rentabilidad. El impacto es especialmente agudo en los operadores institucionales, como SOCIMIs, fondos de inversión inmobiliaria y promotores residenciales, que requieren horizontes estables y entornos fiscal-jurídicos claros para planificar operaciones a medio y largo plazo.

Las asociaciones del sector, como ASPRIMA y APCEspaña, han señalado públicamente que, tras la aprobación de la ley, numerosos proyectos de vivienda en alquiler han sido paralizados o cancelados, especialmente en las zonas donde se prevé la aplicación de los límites de precios. Estos agentes consideran que el retorno esperado es ahora más incierto y más bajo, debido no solo a las limitaciones contractuales, sino también al aumento de la fiscalidad sobre los rendimientos del capital inmobiliario, la imposición de nuevas obligaciones administrativas (registro, declaraciones, procedimientos de justificación) y el endurecimiento de los procedimientos de desahucio (APCESPAÑA, 2023, 14).

En este sentido, la doctrina española ha comenzado a alertar del creciente riesgo de "inseguridad regulatoria" en el mercado del alquiler, entendida como la combinación de una legislación inestable, imprevisible y punitiva que reduce la certidumbre para los operadores. Como ha argumentado CANO MURCIA (2023, 60), el concepto de gran tenedor introducido por la Ley 12/2023 carece de fundamento económico o jurídico objetivo, y su aplicación a personas físicas con cinco viviendas puede tener un efecto disuasorio generalizado sobre la inversión patrimonial de carácter familiar, que es la base del mercado español del alquiler.

Desde una perspectiva macroeconómica, la retirada de inversión en el sector residencial tiene consecuencias muy negativas para la economía nacional: reduce el empleo en la construcción y los servicios inmobiliarios, ralentiza la movilidad laboral, eleva los precios en el mercado libre y retrasa los objetivos de sostenibilidad urbana y transición ecológica. Como ha advertido la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA, 2023, 7), la estrategia de intervención de la Ley de Vivienda "no solo no mejora la accesibilidad, sino que impide que se creen las condiciones necesarias para aumentarla por vías estructurales como la inversión privada, la colaboración público-privada o la racionalización del planeamiento urbanístico".

En el plano constitucional, el efecto desincentivador de la inversión que provoca la Ley puede ser interpretado como una vulneración indirecta del contenido esencial del derecho de propiedad, al imposibilitar o dificultar su utilización como medio de obtención de rentabilidad. La STC 37/1987 estableció que la función social de la propiedad no puede desvirtuar su naturaleza como derecho subjetivo patrimonial y que toda limitación debe respetar su esencia económica. Cuando el marco legal impide obtener un rendimiento razonable de

una inversión realizada conforme a derecho, nos encontramos ante una forma de expropiación regulatoria de facto, que, si no va acompañada de compensación o indemnización, resulta incompatible con el artículo 33 CE y con el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 153; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2005, 298).

El problema se agrava en la medida en que el legislador no ha acompañado las restricciones con medidas positivas para fomentar la inversión: no existen incentivos fiscales para la rehabilitación de inmuebles destinados al alquiler, no se ha articulado un programa claro de colaboración público-privada, ni se ha clarificado el marco competencial en materia de suelos y licencias. En su lugar, se ha optado por una técnica regulatoria coercitiva, que desplaza la responsabilidad del acceso a la vivienda sobre los propietarios privados, transformando a los arrendadores en agentes ejecutores de una política pública sin participación ni retorno.

El desincentivo a la inversión en vivienda es uno de los efectos estructurales más preocupantes de la Ley 12/2023. Esta dinámica erosiona la base del mercado del alquiler, impide la modernización del parque residencial, frena el desarrollo de nuevas promociones y desalienta a los agentes económicos que podrían contribuir a solucionar el problema del acceso. Como señalan ELLICKSON y BEEN (2005, 245), "la regulación eficaz no consiste en castigar al propietario, sino en alinear los intereses privados con los objetivos públicos mediante incentivos, certidumbre y respeto a la lógica del mercado".

III.3. Vulneración del derecho de propiedad

Entre los efectos jurídicos más graves que cabe atribuir a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se encuentra su potencial vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad, en particular en su manifestación como derecho subjetivo, patrimonial y con función económica. Lejos de tratarse de una consecuencia secundaria o accidental, esta afectación se presenta como estructural, fruto de un diseño legislativo que concibe la propiedad inmobiliaria no como un derecho protegido constitucionalmente, sino como un soporte instrumental de una función pública impuesta sin consentimiento ni compensación. La orientación ideológica de la ley y su carácter profundamente intervencionista han sido señalados por autores como TORRES (2023, 17), quien advierte que la norma consolida un modelo de arrendamiento legalmente subordinado, en el que la autonomía del propietario queda subordinada a una finalidad social impuesta. En términos similares, MAGAÑA (2023, 3) destaca que muchas de las medidas introducidas por la Ley 12/2023 rompen el principio de equivalencia

prestacional y transforman al arrendador en garante forzoso de la política pública de vivienda.

El derecho de propiedad está reconocido en el artículo 33 de la Constitución Española de 1978 como uno de los derechos fundamentales de base patrimonial. Aunque su configuración está sujeta a la "función social" (art. 33.2 CE), esta cláusula no supone una habilitación genérica para vaciarlo de contenido. Como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional, el legislador puede modular y limitar este derecho, pero debe respetar su contenido esencial, entendido como el núcleo irreductible de facultades inherentes a la titularidad del bien, sin el cual deja de ser jurídicamente reconocible como propiedad (STC 37/1987; STC 111/1983; STC 61/1997). La función social, por tanto, no es un límite absoluto ni una herramienta de transformación del derecho en una obligación pública, sino un criterio de interpretación que ha de ser ejercido dentro de los márgenes constitucionales (Lucas Murillo de la Cueva, 2003).

Desde esta óptica, la Ley de Vivienda de 2023 representa un punto de inflexión regresivo, al imponer al propietario inmobiliario privado un conjunto de obligaciones que, en su conjunto, suponen una limitación estructural del derecho, sin compensación económica ni procedimiento garantista. Entre ellas pueden mencionarse: (1) la limitación del precio inicial del contrato en zonas tensionadas; (2) la congelación de las rentas en caso de renovación; (3) la imposibilidad de aplicar cláusulas de actualización por encima del índice legalmente fijado; (4) la obligación de alquilar en determinadas condiciones en caso de ser considerado "gran tenedor"; (5) la sujeción a inspecciones administrativas, registros y declaraciones; y (6) la imposición de cargas adicionales (como la obligación de informar sobre el uso del inmueble o presentar una oferta de alquiler social antes del desahucio).

Estas medidas, al alterar el libre uso, disfrute y disposición del bien, afectan al contenido esencial del derecho de propiedad en tres de sus elementos fundamentales:

(a) el *ius usus*, al limitar el uso libre del bien para fines distintos del arrendamiento;
(b) el *ius fruendi*, al impedir una rentabilidad razonable conforme a los precios de mercado; y
(c) el *ius abutendi*, al condicionar la posibilidad de recuperar el bien o de dejar de alquilarlo libremente.

Desde la perspectiva del Derecho civil, esta afectación rompe con los principios estructurales del sistema patrimonial privado. La propiedad es, conforme al Código Civil (arts. 348 y ss.), un derecho real pleno, que otorga a su titular facultades exclusivas y excluyentes. El contrato de arrendamiento, en ese marco, debe configurarse como una relación consensual, libremente pactada y con-

mutativa (art. 1543 CC). La imposición de condiciones ex lege a esa relación, sin facultades de modificación ni ruptura por parte del propietario, degrada el contrato en una relación de prestación obligatoria unilateral, incompatible con la lógica del Derecho privado (ALBALADEJO, 2002; DÍEZ-PICAZO, 2011). Como recuerda la doctrina clásica, el contrato de arrendamiento debe respetar la estructura del negocio jurídico conmutativo y la libertad de las partes para pactar las condiciones esenciales del vínculo obligacional (ALBALADEJO, 2002, 457; DE CASTRO, 1965, 123).

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto. En la STC 37/1987, ya citada, se afirmó que "el contenido esencial del derecho de propiedad consiste en la facultad de usar, disfrutar y disponer del bien", y que, si estas facultades se ven anuladas, el derecho deja de ser reconocible. En la STC 111/1983, sobre expropiaciones urbanísticas sin indemnización adecuada, el Tribunal indicó que la mera finalidad social no justifica la privación sustancial de la propiedad sin compensación. Y en la STC 61/1997, se advirtió que incluso las intervenciones urbanísticas deben respetar la proporcionalidad y el equilibrio entre interés público y sacrificio individual. La Ley 12/2023 incumple claramente este estándar, al imponer restricciones masivas sin análisis individualizado ni mecanismo de compensación.

Esta posición es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente en relación con el atículo 1 del Protocolo 1 del CEDH, que protege el uso pacífico de los bienes. En casos como *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (1982)[2] o *James v. United Kingdom* (1986)[3], el TEDH ha establecido que el Estado puede intervenir en la propiedad, pero dicha intervención debe ser proporcionada, legítima y acompañada de garantías efectivas. La jurisprudencia de Estrasburgo insiste en que toda limitación que prive al propietario de la utilidad económica del bien debe considerarse como una expropiación indirecta (*de facto expropriation*), y exige una compensación adecuada. La Ley española no prevé ninguna compensación ni establece un cauce para impugnar la declaración de zona tensionada con efectos suspensivos, lo cual puede generar un conflicto constitucional y supranacional.

A nivel doctrinal, múltiples autores han advertido que la nueva normativa traslada al propietario privado funciones propias de los poderes públicos, como garantizar el acceso a la vivienda, sin dotarle de los instrumentos necesarios ni reconocerle compensaciones o exenciones. Como apunta MUÑOZ MACHADO (2020), se trata de una política de "redistribución por vía reglamentaria", que desplaza la carga de la política social sobre un grupo concreto de ciudadanos (los propietarios arrendadores), generando una desigualdad estructural y una infracción del principio de capacidad económica (art. 31 CE). Esta crítica ha sido com-

partida por LÓPEZ-RODRÍGUEZ (2023), quien considera que la ley impone al propietario una carga pública sin base constitucional ni equidad redistributiva.

La vulneración del derecho de propiedad en el marco de la Ley 12/2023 no se limita a una cuestión teórica, sino que tiene efectos prácticos y sistémicos:

1. Disuade la inversión inmobiliaria al erosionar la expectativa legítima de retorno.
2. Incentiva la informalidad y la salida del mercado legal de alquiler.
3. Debilita la confianza en el ordenamiento jurídico.
4. Agrava la escasez de oferta y refuerza las dinámicas de exclusión.
5. Genera una litigiosidad creciente ante la falta de claridad normativa y el conflicto entre competencias estatales y autonómicas.

El diseño y aplicación de la Ley de Vivienda de 2023 suponen, en su conjunto, una afectación grave del derecho de propiedad, tanto en términos formales como materiales. La conversión del arrendamiento en un instrumento de política pública —sin mecanismos correctores ni garantías para el titular— representa una transformación del modelo jurídico español, que merece ser cuestionada desde una perspectiva constitucional y europea. Como ha señalado la doctrina del TEDH, "el respeto por la propiedad es uno de los pilares de una sociedad democrática" (*Marckx v. Belgium*, 1979). La intervención pública en el mercado del alquiler debe guiarse por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, sin olvidar que los propietarios privados no son sujetos pasivos de la política social, sino titulares de derechos fundamentales cuya protección exige límites a la acción del legislador.

III.4. Expansión del mercado negro

Uno de los efectos más perniciosos —aunque menos visibilizados públicamente— de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, es la expansión del mercado negro de arrendamientos, esto es, el crecimiento de formas informales, no registradas o directamente ilegales de acceso a la vivienda. Este fenómeno, lejos de ser una consecuencia inesperada, es una reacción previsible y recurrente en sistemas jurídicos que introducen mecanismos de control rígido sobre precios, condiciones contractuales y facultades del propietario, como se ha evidenciado en múltiples experiencias comparadas (ARNOTT, 1995, 104; SIMS, 2007, 130; LIND, 2020, 300).

Desde una perspectiva técnico-jurídica, el mercado negro se define como un ámbito de contratación opaca, fuera del marco legal, en el que las partes —generalmente por necesidad o conveniencia— eluden las normas imperativas vigentes. En materia de vivienda, ello puede adoptar diversas formas: contratos

verbales sin registro ni documentación, fijación de rentas superiores al máximo legal mediante pagos en "B" o en metálico, simulación de contratos de temporada, cesiones de uso encubiertas, exigencia de garantías desproporcionadas no declaradas.

La Ley de Vivienda de 2023, al establecer un régimen restrictivo de precios en zonas tensionadas (arts. 18 a 20), con un sistema de índices de referencia, límites máximos y actualización restringida, genera una divergencia estructural entre el precio legal y el precio real de mercado. En las zonas donde la demanda supera ampliamente la oferta —como Madrid, Barcelona, Valencia, Palma o Málaga— los precios máximos permitidos no se corresponden con el valor económico de los inmuebles. Este desfase crea un incentivo directo para que propietarios e inquilinos acuerden condiciones fuera del marco legal, especialmente cuando ambas partes consideran que el contrato oficial no refleja adecuadamente la realidad económica (FEDEA, 2023, 6; IDEALISTA, 2024, 3).

Este fenómeno no solo distorsiona la función jurídica del contrato de arrendamiento como mecanismo transparente y equitativo de intercambio patrimonial, sino que afecta gravemente a la seguridad jurídica de ambas partes, especialmente del inquilino, que se ve expuesto a condiciones irregulares sin capacidad de defensa. Como ha señalado ELLICKSON (2005, p180), cuando el sistema legal impone condiciones irrealistas, el resultado no es el cumplimiento, sino el desplazamiento hacia la informalidad, donde las garantías y derechos se diluyen.

La expansión del mercado negro del alquiler ha sido ampliamente documentada en países con sistemas similares. En Suecia, donde el alquiler está sometido a control centralizado de precios, se ha constatado el pago de sobornos por contratos de vivienda pública o regulada, conocidos como *svartkontrakt*, que constituyen un fenómeno ilegal pero generalizado (LIND, 2017, 96). En Berlín, tras la entrada en vigor del *Mietendeckel,* muchos propietarios optaron por alquilar a conocidos sin contrato o mediante fórmulas atípicas para escapar de la normativa (MENSE, MICHELSEN y KHOLODILIN, 2021, 91). En Nueva York o San Francisco, los controles de precios han incentivado la rotación forzada de inquilinos, el subarriendo no autorizado y la formalización de contratos híbridos con cláusulas abusivas (DIAMOND, MCQUADE y QIAN, 2019, 3369; GYOURKO y LINNEMAN, 1989, 70).

En el caso español, los primeros indicios del crecimiento de la informalidad han sido advertidos por portales inmobiliarios y asociaciones profesionales. Según IDEALISTA (2024, 4), ha aumentado significativamente el número de anuncios que se presentan como "contratos temporales" sin indicar duración ni uso concreto, o como "alquileres con condiciones a convenir fuera de contrato". Asimismo, notarios y registradores han advertido de un descenso de

inscripciones de contratos en el registro de fianzas, especialmente en Cataluña y Comunidad Valenciana, regiones donde ya se han implementado zonas tensionadas (CGN, 2024, 5). Estos indicios apuntan a una retirada de contratos del marco normativo, lo cual priva al sistema de información, control y protección judicial.

Desde una óptica constitucional, este proceso supone una involución del principio de legalidad en las relaciones contractuales. La Ley, al perseguir objetivos de justicia social mediante imposiciones rígidas y desproporcionadas, produce el efecto contrario: el debilitamiento del Estado de Derecho, el deterioro de los mecanismos de control y la pérdida de legitimidad de la norma. El ordenamiento no puede aspirar a la eficacia si sus normas son sistemáticamente eludidas en favor de fórmulas paralelas. Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA (2005, 298), "la norma que ignora la realidad está condenada a la ineficacia o, peor aún, a la subversión de sus propios fines".

Desde el punto de vista del Derecho civil, el crecimiento del mercado informal de alquiler desnaturaliza la función conmutativa del arrendamiento urbano y reintroduce formas premodernas de acceso a la vivienda basadas en la desigualdad negocial, la opacidad y la dependencia personal. El arrendatario queda desprotegido frente al desalojo, la falta de conservación del inmueble, las subidas irregulares o la no devolución de la fianza. Además, pierde acceso a ayudas públicas, empadronamiento, beneficios fiscales o deducciones, lo que refuerza su vulnerabilidad. Lejos de ser una forma de justicia social, la informalidad institucionaliza la precariedad.

Por último, cabe señalar que el auge del mercado negro tiene efectos sistémicos muy negativos: reduce la recaudación fiscal por rendimientos del capital inmobiliario, distorsiona las estadísticas sobre precios, demanda y ocupación, debilita las políticas públicas basadas en datos (subvenciones, ayudas al alquiler, urbanismo), genera una segmentación del mercado entre "usuarios legales" y "usuarios informales", e incentiva la discriminación indirecta contra determinados perfiles (inmigrantes, jóvenes, desempleados) que no pueden pagar sobornos ni acceder a intermediarios.

Así, la expansión del mercado negro no es un daño colateral, sino una consecuencia lógica de un modelo regulativo desconectado del principio de realidad económica. Cuando el legislador ignora los equilibrios del mercado, restringe la libertad contractual y convierte el arrendamiento en una obligación pública sin incentivos, lo que surge no es la equidad, sino la simulación. Para evitar esta deriva, es necesario replantear el enfoque normativo, fortaleciendo la oferta, mejorando los incentivos a la formalización y restaurando la confianza en el Derecho como marco de protección para ambas partes.

IV. ALTERNATIVAS A LA REGULACIÓN ESTATAL DEL MERCADO INMOBILIARIO

Frente al enfoque intervencionista adoptado por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, es posible y necesario plantear un conjunto de alternativas que, sin vulnerar el marco constitucional ni los principios del Derecho privado, permitan mejorar el acceso a la vivienda mediante incentivos, certidumbre jurídica y desarrollo de oferta. Estas estrategias deben partir del reconocimiento de que el mercado del alquiler es un espacio de transacciones privadas sometido a las reglas del Código Civil y de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), en el que la función del legislador debe ser la de equilibrar intereses sin sustituir la voluntad de las partes.

El debate sobre el acceso a la vivienda no puede desligarse de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, la estabilidad institucional y el respeto a los derechos patrimoniales de los ciudadanos. Las medidas adoptadas en el marco de la Ley 12/2023 han revelado graves carencias de enfoque, al centrar la acción legislativa en la contención de precios mediante instrumentos de rigidez normativa, sin abordar los factores estructurales que explican el encarecimiento y la escasez de vivienda. La experiencia comparada ha demostrado que los sistemas que recurren a controles de precios, topes generalizados o rigideces contractuales acaban provocando distorsiones en la oferta, informalidad creciente y exclusión de los colectivos que pretenden proteger (GARCÍA MÍNGUEZ, 2015, 112; LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2023, 29). Desde la perspectiva del Derecho civil, diversos autores han subrayado que el marco regulativo no puede sustituir la lógica conmutativa propia del arrendamiento, ni prescindir del principio de autonomía de la voluntad como eje vertebrador del contrato (VALLET DE GOYTISOLO, 1985, 211; DE CASTRO, 1965, 123; DÍEZ-PICAZO, 2011, 337). En esta línea, también se ha advertido que las intervenciones legislativas que distorsionan el contenido esencial de la propiedad privada y alteran su equilibrio económico sin compensación resultan contrarias a la estructura del Derecho patrimonial (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 153; GORDILLO CAÑAS, 2006, 52).).

Por el contrario, una regulación moderna y eficaz del mercado inmobiliario debe partir de un principio de subsidiariedad del legislador, centrado en habilitar mecanismos que fomenten la participación de los operadores privados, la inversión en vivienda de alquiler y la oferta suficiente en condiciones sostenibles. Esto implica sustituir el modelo actual de imposiciones normativas por una estrategia de colaboración público-privada que combine estímulos fiscales, garantías jurídicas, seguridad procesal, eficiencia urbanística y racionalidad fiscal (MARTÍNEZ-LÓPEZ, 2021, 57).

Desde una perspectiva técnico-jurídica, el ordenamiento ya cuenta con instrumentos suficientes para orientar la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) y garantizar el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), sin necesidad de imponer limitaciones estructurales a la autonomía de la voluntad. Como ha defendido la doctrina, el Derecho público debe intervenir mediante políticas activas de suelo, urbanismo, rehabilitación y vivienda protegida, mientras que el Derecho privado debe preservar la libertad contractual, la seguridad jurídica y la iniciativa económica privada (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2023, 29). Esta visión coincide con la perspectiva crítica de QUESADA PÁEZ (2024, 85), quien señala que una regulación centrada exclusivamente en la función social termina por vaciar de contenido la propiedad privada si no se acompaña de políticas de activación de oferta.

En consecuencia, las alternativas a la regulación estatal restrictiva deben girar en torno a cuatro ejes fundamentales que, de manera articulada, refuercen el sistema desde su base: incentivos fiscales a los propietarios, fortalecimiento de la seguridad jurídica, fomento de la construcción de nueva vivienda, y reforma integral de la fiscalidad de la vivienda. Cada uno de estos pilares requiere de un tratamiento técnico específico, pero todos responden a una lógica común: restaurar la funcionalidad del mercado desde el Derecho, sin sustituirlo por modelos de dirigismo estatal que han demostrado su ineficacia.

Asimismo, resulta pertinente recordar que la vivienda cumple no solo una función económica y jurídica, sino también una dimensión integradora clave. Como ha expuesto QUESADA PÁEZ (2024, 85), la vivienda constituye un instrumento esencial de integración social, especialmente para colectivos en situación de vulnerabilidad estructural, por lo que su tratamiento normativo no puede reducirse a una lógica de intervención correctiva, sino que debe ser parte de una estrategia integral de cohesión. hacia una política de vivienda socialmente justa, económicamente eficiente y jurídicamente coherente no pasa por reforzar los mecanismos de intervención pública directa, sino por activar los resortes de la inversión, la cooperación institucional y el respeto al marco constitucional. La vivienda no es solo un bien de consumo o un derecho social: también es una manifestación concreta del derecho de propiedad, y como tal, exige de los poderes públicos un tratamiento equilibrado, respetuoso y conforme al Estado de Derecho.

IV.1. Incentivos fiscales a propietarios

Una de las vías más eficaces para aumentar la oferta formal de vivienda en alquiler y equilibrar el mercado sin recurrir a controles de precios es la activación

de incentivos fiscales dirigidos a los propietarios. El sistema tributario permite articular mecanismos de estímulo que recompensen comportamientos alineados con el interés general, como la estabilidad de los contratos, el alquiler a colectivos vulnerables, o la adecuación de los inmuebles a estándares de eficiencia energética y habitabilidad.

En el caso español, ya existe una experiencia previa en esta línea. Durante varios ejercicios fiscales, la Ley del IRPF contempló reducciones de hasta el 60% sobre el rendimiento neto del capital inmobiliario para los arrendamientos destinados a vivienda habitual, con deducciones adicionales si el arrendatario era menor de 35 años. Esta medida tuvo efectos positivos en la incorporación de viviendas al mercado formal, contribuyendo a mejorar la oferta disponible y reducir la opacidad de muchas operaciones (GARCÍA MÍNGUEZ, 2015, 114). No obstante, su eliminación progresiva y la falta de una política fiscal continuada han mermado su eficacia como instrumento estructural. Esta omisión pone de relieve un enfoque erróneo por parte del Gobierno, que ha preferido centrar su acción en fórmulas de presión normativa y fiscal, antes que en la creación de estímulos positivos a la participación en el mercado. En lugar de incentivar la puesta en alquiler de viviendas mediante una fiscalidad favorable, algunas de las recientes reformas han incrementado la carga tributaria sobre los propietarios, especialmente a través de recortes en las reducciones aplicables en el IRPF o del endurecimiento del tratamiento fiscal para los denominados "grandes tenedores", sin tener en cuenta la heterogeneidad del parque inmobiliario ni la estructura del pequeño arrendador, que es predominante en España. y la falta de una política fiscal continuada han mermado su eficacia como instrumento estructural.

A partir de esta base, pueden diseñarse programas fiscales más sofisticados que combinen: (a) bonificaciones progresivas en función de la duración del contrato; (b) deducciones condicionadas a la inscripción en registros públicos y al cumplimiento de ciertos criterios sociales (rentas máximas, accesibilidad, eficiencia energética); y (c) exenciones parciales en el IBI para inmuebles arrendados de forma continuada. Además, se podrían introducir mecanismos de bonificación fiscal por la rehabilitación de viviendas destinadas a arrendamiento, alineando la política de vivienda con los objetivos de sostenibilidad ambiental y eficiencia energética exigidos por los fondos europeos (NextGenerationEU).

Asimismo, desde una óptica autonómica y local, los ayuntamientos y comunidades autónomas pueden utilizar instrumentos fiscales propios para fomentar el alquiler asequible, por ejemplo, mediante bonificaciones en las tasas de licencias urbanísticas, reducciones en el impuesto de transmisiones patrimoniales para la compra de inmuebles destinados a alquiler protegido, o incentivos a la conversión de locales en viviendas. Este enfoque de fiscalidad descentralizada permite adaptar las medidas a las condiciones específicas de cada territorio, res-

petando el principio de autonomía financiera y reforzando la corresponsabilidad institucional.

Desde el punto de vista del Derecho tributario, estos incentivos se justifican por la función extrafiscal del sistema impositivo, orientada a la promoción de conductas económicamente deseables (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 274). Esta función instrumental del tributo se encuentra reconocida en la doctrina constitucional y ha sido utilizada en otros ámbitos como la eficiencia energética, el empleo o la innovación tecnológica. Aplicada a la política de vivienda, permite alinear el comportamiento de los agentes privados con objetivos públicos sin recurrir a la imposición coercitiva o a la alteración sustancial del derecho de propiedad.

Frente al modelo punitivo de la Ley 12/2023, que introduce cargas fiscales adicionales para los denominados "grandes tenedores" sin distinguir entre tipologías de patrimonio ni evaluar el impacto económico real de dichas medidas, el modelo proactivo basado en incentivos fiscales ofrece una respuesta más respetuosa con el marco constitucional. En lugar de penalizar al propietario, se trata de atraer al mayor número de operadores al mercado formal mediante una política fiscal clara, estable y predecible, que permita planificar inversiones a medio y largo plazo y refuerce la seguridad jurídica.

Los incentivos fiscales bien diseñados permiten conciliar los intereses privados con los objetivos públicos sin alterar el equilibrio contractual ni vulnerar el derecho de propiedad. Esta vía, basada en la cooperación y la motivación racional, resulta más eficaz y respetuosa que las fórmulas coercitivas impuestas por la regulación actual. Su éxito dependerá de su integración en una estrategia general de fomento de la oferta y de su coordinación entre niveles de gobierno, garantizando una política fiscal coherente, transparente y orientada al interés general.

IV.2. Seguridad jurídica para los propietarios

Uno de los factores que más inciden en la escasa disposición de particulares a poner sus viviendas en alquiler es la falta de seguridad jurídica. La percepción de indefensión ante supuestos de impago, ocupación ilegal o dilación judicial en los procesos de recuperación del inmueble genera un clima de desconfianza que retrae la oferta y expulsa del mercado a pequeños arrendadores. En un contexto en el que más del 85 % de los arrendadores en España son personas físicas con una o dos viviendas (FEDEA, 2023, p. 14), cualquier política que ignore esta realidad está condenada al fracaso. Esta deriva ha sido calificada como una transmutación del arrendamiento urbano hacia una figura aleatoria y fuertemente intervenida, en la que se diluye el carácter negocial tradicional (GOÑI, 2024, 167).

En los últimos años, se ha intensificado un discurso político que sitúa al arrendador en una posición de poder que no siempre se corresponde con la realidad social y económica. Este enfoque ha derivado en una legislación cada vez más desequilibrada, que debilita las garantías del propietario y refuerza sin límites la posición del inquilino, incluso en supuestos de incumplimiento. Medidas como la suspensión de los desahucios, la prolongación de contratos sin acuerdo del propietario o la intervención administrativa en las condiciones del arrendamiento afectan directamente a la expectativa legítima de retorno de la inversión y a la función económica del derecho de propiedad (STC 32/2019, FJ 7). Según ha destacado parte de la doctrina, la Ley 12/2023 institucionaliza un modelo de arrendamiento subordinado al interés público, erosionando los fundamentos conmutativos del contrato y generando un régimen asimétrico que penaliza la posición del arrendador (TORRES, 2023, 17; MAGAÑA, 2023, 3).

Para revertir esta situación, es imprescindible un cambio normativo orientado a restaurar el equilibrio contractual y a proteger la seguridad jurídica del arrendador. Uno de los supuestos más graves que compromete la seguridad jurídica es la *okupación* ilegal de inmuebles, fenómeno que ha experimentado un alarmante crecimiento en los últimos años. En este escenario, el propietario se encuentra con enormes obstáculos para recuperar su bien, enfrentándose a procedimientos lentos, falta de medidas cautelares efectivas y, en muchos casos, a una narrativa institucional que lo coloca en posición de desventaja frente a los ocupantes. Esta situación no solo vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad (ius possidendi), sino que transmite un mensaje disuasorio para quienes valoran la legalidad y la formalización contractual como vía de acceso a la vivienda. Como ha advertido GÁLVEZ (2024, 94), los mecanismos procesales introducidos por la Ley 12/2023 en materia de lanzamientos pueden suponer una grave merma del derecho de defensa del arrendador, al imponerle cargas adicionales sin previsión de resarcimiento. Además, en muchos casos el propietario debe hacer frente a los gastos de suministros, comunidad y mantenimiento del inmueble durante el tiempo que dura la ocupación, sin posibilidad efectiva de reclamar su reintegro inmediato. Algunas resoluciones judiciales han comenzado a cuestionar esta práctica, recordando que no puede imponerse al propietario la obligación de asumir gastos sin respaldo normativo expreso. Asimismo, el Tribunal Supremo ha reiterado que los gastos vinculados a la titularidad del inmueble, como el IBI o las cuotas de comunidad, solo son exigibles al titular cuando así lo determine expresamente la norma o la resolución judicial que regula el uso (STS 564/2020, de 27 de octubre).

En primer lugar, deben reformarse los procedimientos de desahucio para hacerlos más ágiles, especialmente en los casos de ocupación ilegal o de impago reiterado. Ello implica tanto una simplificación procesal como la dotación de

medios a los órganos judiciales. La previsibilidad de plazos y el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales son elementos esenciales para la confianza en el sistema.

Asimismo, debería establecerse un marco legal más claro y estable que impida los cambios retroactivos o repentinos que afecten a contratos en curso. La incertidumbre normativa actúa como un potente desincentivo para la entrada de inmuebles en el mercado de alquiler. Es igualmente relevante dotar a los arrendadores de mecanismos de cobertura del riesgo, tales como seguros públicos de impago o fondos de garantía, que existen en países como Francia o Alemania, gestionados con colaboración público-privada.

El contrato de arrendamiento debe seguir siendo un acuerdo conmutativo y bilateral, basado en la buena fe y el cumplimiento recíproco de obligaciones. La configuración actual tiende a desdibujar esta lógica, transformando al arrendador en un garante de políticas públicas sin compensación ni margen de actuación. Esto genera un escenario jurídicamente inestable y económicamente inviable, contrario a los principios básicos del Derecho patrimonial. Este desplazamiento del equilibrio contractual afecta al principio de seguridad jurídica que, en el ámbito civil, se vincula a la previsibilidad, reciprocidad y estabilidad del contenido patrimonial del contrato (GORDILLO CAÑAS, 2006, 52; DÍEZ-PICAZO, 2011, 337).

Garantizar la seguridad jurídica de los propietarios no solo es una exigencia constitucional derivada del derecho de propiedad (art. 33 CE), sino una condición indispensable para el buen funcionamiento del mercado de alquiler. Sin ella, cualquier política de fomento del acceso a la vivienda está condenada al fracaso, pues parte de una premisa irreal: que es posible imponer obligaciones a un colectivo privado sin ofrecer garantías equivalentes. Solo un entorno estable, predecible y justo puede generar la confianza necesaria para ampliar la oferta de vivienda en alquiler en España.

IV.3. Fomento de la construcción de vivienda

Una política de vivienda verdaderamente eficaz debe situar el incremento de la oferta residencial en el centro de su estrategia. La causa estructural del encarecimiento del alquiler no es otra que el desajuste entre una demanda creciente y una oferta insuficiente, especialmente en zonas urbanas dinámicas donde la población joven y trabajadora no encuentra vivienda disponible a precios asumibles. La intervención en precios, sin medidas simultáneas de aumento de la oferta, solo produce efectos a corto plazo y genera distorsiones económicas y sociales a medio y largo plazo (Banco de España, 2022, 87). Desde el punto

de vista económico, aumentar la oferta total de vivienda tiene un efecto directo sobre la contención de precios y la mejora de la accesibilidad, sin necesidad de intervenir en la libertad contractual. Como ha sostenido NASARRE (2014, 63), una política pública de vivienda solo es sostenible si está apoyada en una oferta suficiente, jurídicamente segura y financieramente viable, basada en la colaboración institucional y el respeto a las condiciones de inversión.

El fomento de la construcción de nueva vivienda requiere una revisión profunda de la normativa urbanística, que en muchas ocasiones opera como un obstáculo a la agilidad del desarrollo inmobiliario. En España, los plazos para la aprobación de planes generales, modificaciones puntuales, licencias de obra y otros procedimientos administrativos superan con frecuencia los cinco años, lo que desincentiva la inversión y eleva artificialmente los costes de producción. Una reforma en profundidad del sistema de planeamiento, basada en criterios de eficiencia, agilidad y simplificación, es imprescindible para desbloquear suelo urbanizable y movilizar inversión privada (GONZÁLEZ-VARAS, 2023, 230; MUÑOZ MACHADO, 2020, 514).

Junto a la agilización normativa, es clave desarrollar fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de vivienda asequible. Ello implica desde la cesión temporal de suelo público para iniciativas de alquiler a precios moderados, hasta la participación de promotores privados en programas públicos de vivienda con incentivos fiscales, subvenciones a la construcción o garantía de rentabilidad mínima. Modelos como el de Viena, Helsinki o Ámsterdam han demostrado que este tipo de estrategias permiten ampliar el parque público y semipúblico sin recurrir a la construcción exclusivamente estatal (LIND, 2020, 304; WHITEHEAD, 2016, 118).

Otro instrumento complementario es la activación de los patrimonios públicos de suelo a través de consorcios mixtos, permutas urbanísticas o fórmulas de derecho de superficie. El aprovechamiento eficiente del suelo disponible en manos de las administraciones puede convertirse en una palanca clave para generar vivienda asequible sin recurrir a endeudamiento público directo (TRILLA, 2021, 41).

La rehabilitación y regeneración del parque ya construido es también un componente esencial. Muchas viviendas permanecen vacías o subutilizadas por estar en mal estado, sin condiciones de habitabilidad, o por no cumplir los estándares de eficiencia energética. Programas de ayuda directa a la rehabilitación, bonificaciones fiscales por mejora del rendimiento energético o líneas de financiación preferente pueden contribuir a poner en el mercado una parte significativa de ese stock infrautilizado (GARCÍA MÍNGUEZ, 2015, 116; MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, 2022).

Desde el punto de vista económico, aumentar la oferta total de vivienda tiene un efecto directo sobre la contención de precios y la mejora de la accesibilidad, sin necesidad de intervenir en la libertad contractual. Esta estrategia evita los efectos regresivos de las medidas coercitivas, preserva la seguridad jurídica y promueve un mercado más dinámico, competitivo y equitativo. El derecho a la vivienda, para ser real y efectivo, exige no tanto limitar el mercado como ampliarlo, mediante políticas estructurales que activen la inversión, movilicen recursos y mejoren las condiciones de acceso desde la oferta (QUESADA PÁEZ, 2024, 89).

La promoción de nueva vivienda debe dejar de entenderse como una función exclusiva del Estado y pasar a concebirse como una tarea compartida entre administraciones, sociedad civil y agentes privados. Solo a través de un marco jurídico y urbanístico propicio, junto con incentivos adecuados y estabilidad regulatoria, podrá alcanzarse un parque de vivienda amplio, diverso y asequible que responda a las necesidades reales de la población.

IV.4. Reforma de la fiscalidad de la vivienda

El régimen fiscal aplicable a la vivienda constituye una dimensión esencial de la política habitacional, tanto por su capacidad de modular comportamientos como por su incidencia directa en la rentabilidad y viabilidad del alquiler. En el caso español, el sistema tributario presenta una configuración fragmentada, poco incentivadora y escasamente coordinada entre niveles de gobierno. Lejos de fomentar la incorporación de inmuebles al mercado de alquiler, la carga fiscal actual desincentiva en muchos casos la inversión, la rehabilitación y la formalización de contratos, dificultando con ello el acceso efectivo a la vivienda en condiciones sostenibles.

En el ámbito estatal, la tributación de los rendimientos del capital inmobiliario en el IRPF ha sufrido una evolución normativa errática, marcada por la eliminación de incentivos y la restricción de beneficios fiscales a un número cada vez más reducido de supuestos. La supresión de la deducción por alquiler para arrendatarios, así como la reducción de la bonificación general del 60 % para arrendadores (limitada ahora a determinados contratos de vivienda habitual inscritos), ha eliminado uno de los pocos estímulos efectivos a la incorporación de viviendas al mercado formal (GARCÍA MÍNGUEZ, 2015, 120). Esta pérdida de atractivos fiscales incide de forma especialmente negativa en los pequeños propietarios, que constituyen la base del sistema de arrendamientos en España y que, a menudo, carecen de respaldo profesional o patrimonial suficiente para asumir el incremento de costes fiscales sin consecuencias en la oferta.

También resultan problemáticos otros tributos como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), cuya aplicación es homogénea en muchos municipios, sin tener en cuenta el uso real del inmueble ni su destino social. A pesar de que la Ley de Haciendas Locales permite la aplicación de recargos o bonificaciones en función de la ocupación o del carácter asequible del arrendamiento (art. 72.4 TRLRHL), la implementación de estas herramientas es dispar y carece de una orientación estratégica coherente. Ello genera un tratamiento fiscal regresivo, que no distingue entre viviendas vacías, en alquiler o destinadas a uso turístico, y que penaliza, por tanto, de forma indiferenciada el esfuerzo inversor de los arrendadores. En términos similares, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) y el de Actos Jurídicos Documentados (AJD) imponen una carga significativa a la adquisición de inmuebles para su posterior arrendamiento, incluso en aquellos casos en que se destinan a alquiler asequible o a largo plazo (MARTÍNEZ-LÓPEZ, 2021, 59).

La falta de incentivos fiscales adecuados se extiende también al ámbito de la rehabilitación y mejora del parque residencial. A pesar de los compromisos asumidos en el marco de los fondos europeos *NextGenerationEU*, no se ha consolidado un sistema estable de bonificaciones o deducciones que premie la mejora de la eficiencia energética, la accesibilidad o la adaptación de los inmuebles a estándares de habitabilidad exigibles. Esta omisión debilita el papel del sistema fiscal como herramienta de política pública, al no alinear los objetivos sociales y medioambientales con los estímulos que podrían inducir su cumplimiento por parte de los operadores privados (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 274).

Una política fiscal eficaz en materia de vivienda requiere no solo una reducción de cargas, sino una reconfiguración completa del sistema impositivo con criterios de racionalidad económica, neutralidad técnica y orientación al interés general. En el plano estatal, ello implica revisar el tratamiento de los rendimientos del capital inmobiliario en el IRPF, restaurando deducciones generalizadas vinculadas a la duración del contrato, al destino habitual del inmueble y a su inscripción en registros oficiales. Asimismo, debería contemplarse la introducción de exenciones o tipos reducidos en el ITP y AJD para adquisiciones destinadas a alquiler permanente, especialmente si el adquirente asume compromisos de mantenimiento o de limitación de rentas durante un período mínimo.

Desde el punto de vista local, los ayuntamientos disponen de herramientas útiles para reforzar el componente extrafiscal de los tributos sobre la vivienda. Entre ellas cabe destacar la posibilidad de bonificar el IBI a inmuebles en alquiler asequible, de aplicar recargos disuasorios a viviendas desocupadas, o de reducir las tasas urbanísticas para proyectos de rehabilitación destinados a arrendamiento. Estas medidas, articuladas de forma coordinada con las comunidades

autónomas, pueden tener un efecto significativo sobre la movilización del parque infrautilizado, la formalización de contratos y la profesionalización de la gestión del alquiler.

La doctrina ha subrayado que el sistema fiscal no debe concebirse únicamente como una fuente de ingresos, sino también como un instrumento de ordenación y promoción de comportamientos deseables desde el punto de vista económico y social (GARCÍA MÍNGUEZ, 2015, 101; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 274). En este sentido, la fiscalidad constituye un espacio privilegiado para articular incentivos que respeten la autonomía privada, eviten distorsiones contractuales y refuercen la cooperación público-privada. Lejos de los modelos punitivos basados en la imposición de cargas adicionales o en la estigmatización del arrendador, una estrategia fiscal moderna y eficiente debe premiar el cumplimiento voluntario, la permanencia en el mercado formal y la mejora de la calidad del parque disponible.

V. CONCLUSIONES

I. La intervención directa del legislador en el mercado del alquiler mediante la Ley 12/2023 ha supuesto un punto de inflexión en la política de vivienda en España. Esta norma, nacida con la voluntad de corregir los desequilibrios del mercado y garantizar un acceso más justo a la vivienda, ha optado por una vía regulatoria que se aparta de los principios estructurales del Derecho privado y de las experiencias exitosas en el entorno europeo comparado. En lugar de fomentar un entorno de inversión y seguridad jurídica, se ha priorizado el control de precios, la limitación de la autonomía contractual y la imposición de cargas adicionales a los propietarios. Estas medidas, si bien inspiradas en un loable fin social, han resultado ser ineficaces en términos económicos y jurídicamente discutibles desde la óptica constitucional.

II. Como ha demostrado tanto la literatura doctrinal como la evidencia empírica, las políticas de control de rentas han fracasado históricamente en su intento de garantizar el acceso a la vivienda. Países como Alemania, Estados Unidos o Suecia ofrecen ejemplos elocuentes de cómo este tipo de intervenciones tienden a retraer la oferta de alquiler, desincentivar la inversión en mantenimiento, deteriorar la calidad del parque inmobiliario y fomentar la emergencia de mercados paralelos e informales. Lejos de proteger a los sectores vulnerables, estas medidas terminan por excluir precisamente a quienes no tienen acceso a los circuitos privilegiados o regulados. La segmentación del mercado, la incertidumbre jurídica y la inseguridad económica para los arrendadores constituyen los efectos

más perniciosos de un modelo que ha ignorado las advertencias de la experiencia histórica y de la doctrina más solvente.

III. En el plano constitucional, la Ley de Vivienda de 2023 plantea tensiones relevantes con derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna. El derecho de propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE) no pueden ser vaciados de contenido mediante una normativa que convierte la propiedad en un instrumento funcional sin justa compensación ni proporcionalidad. Las limitaciones impuestas a la renta, la imposibilidad de pactar libremente condiciones contractuales, y la imposición de obligaciones fiscales no diferenciadas, afectan al contenido esencial del derecho de propiedad. Como ha recordado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia consolidada, toda intervención limitativa debe superar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, algo que difícilmente puede sostenerse en el actual marco legal.

IV. Por otra parte, el desequilibrio en la protección jurídica de arrendadores e inquilinos ha generado un entorno de creciente desconfianza. El incremento de ocupaciones ilegales, unido a una respuesta normativa y judicial insuficiente, ha contribuido a retraer aún más la oferta de vivienda. El propietario no solo ve limitada su facultad de disposición, sino que además se encuentra indefenso frente al impago o la ocupación, debiendo hacer frente a costes y procedimientos prolongados sin garantía efectiva de restitución. Esta situación es contraria a los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, y afecta negativamente al funcionamiento del mercado.

V. Frente a este panorama, resulta imprescindible un cambio de paradigma en la política legislativa sobre vivienda. La solución no pasa por intervenir precios ni desdibujar los derechos patrimoniales, sino por crear un marco normativo que fomente activamente la oferta. Los cuatro ejes desarrollados en este trabajo (incentivos fiscales, seguridad jurídica, construcción de vivienda y reforma fiscal) constituyen pilares esenciales para reconstruir un mercado del alquiler funcional, dinámico y justo. La experiencia comparada demuestra que cuando los poderes públicos apuestan por la colaboración institucional, la previsibilidad normativa y el estímulo racional de la inversión privada, los resultados son más eficaces y sostenibles.

VI. Además, es indispensable armonizar las políticas públicas con los principios constitucionales que rigen tanto la política económica como la protección social. El derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) no puede entenderse como un mandato de intervención ilimitada, sino como un principio que exige desarrollo legislativo conforme al Estado de Derecho. La función social de la propiedad no habilita por sí sola para restringir el contenido esencial del derecho sin garantías ni compensaciones. Solo desde un enfoque jurídico equilibrado, respetuoso con el Derecho privado y coherente con las exigencias de se-

guridad y libertad, puede avanzarse hacia una solución estructural del problema de la vivienda en España.

VI. En consecuencia, la crítica jurídica a la Ley 12/2023 no es una negación del problema de acceso a la vivienda, sino una llamada de atención sobre la necesidad de soluciones realistas, eficaces y constitucionalmente adecuadas. La verdadera transformación social no se logra mediante imposiciones normativas inflexibles, sino a través de políticas basadas en la cooperación, el respeto al derecho y el estímulo a la corresponsabilidad. Solo así podrá alcanzarse el equilibrio entre la protección de los más vulnerables y el respeto a los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico. Frente a este modelo, resulta más eficaz un enfoque estructural y de cooperación institucional, basado en incentivos fiscales, fortalecimiento de la seguridad jurídica, fomento de la construcción y reforma de la fiscalidad de la vivienda. Estas medidas permiten aumentar la oferta sin vulnerar los principios del Derecho privado ni las garantías constitucionales, y contribuyen a configurar un marco jurídico estable y eficiente para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2002). Derecho civil II: Derechos reales (17.ª ed.). Barcelona: Bosch.

APCEspaña. (2023). Impacto de la Ley de Vivienda en la promoción residencial. Madrid: Asociación de Promotores Constructores de España.

ARNOTT, R. (1995). Time for revisionism on rent control? Journal of Economic Perspectives, 9(1), 99–120. https://doi.org/10.1257/jep.9.1.99

ASPRIMA. (2023). Efectos económicos de la Ley de Vivienda sobre el mercado del alquiler. Madrid: Asociación de Promotores Inmobiliarios de Madrid.

BANCO DE ESPAÑA. (2022). Informe Anual 2021. Madrid: Banco de España.

BANCO DE ESPAÑA. (2023). Informe anual 2022. Madrid: Banco de España.

BEEN, V., ELLEN, I. G., & O'REGAN, K. (2019). Supply skepticism: Housing supply and affordability. Housing Policy Debate, 29(1), 25–40. https://doi.org/10.1080/10511482.2018.1476899

BOVERKET. (2018). The Swedish Housing Market and Housing Policy. Karlskrona: Swedish National Board of Housing, Building and Planning.

CANO MURCIA, R. (2023). El concepto de gran tenedor en la Ley de Vivienda: problemas constitucionales y de técnica legislativa. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 379, 45–67.

CGN – Consejo General del Notariado. (2024). Informe sobre el registro de fianzas de arrendamientos urbanos. Madrid.

DE CASTRO, F. (1965). El negocio jurídico. Madrid: Aguilar.

DIAMOND, R., MCQUADE, T., & QIAN, F. (2019). The effects of rent control expansion on tenants, landlords, and inequality: Evidence from San Francisco. American Economic Review, 109(9), 3365–3394. https://doi.org/10.1257/aer.20181289

DÍEZ-PICAZO, L. M. (2011). Fundamentos del Derecho civil patrimonial (6.ª ed.). Madrid: Civitas.

ELLICKSON, R. C. (2005). The Irony of Inclusionary Zoning. Southern California Law Review, 73(1), 173–199.

EPSTEIN, R. A. (1985). Takings: Private property and the power of eminent domain. Harvard University Press.

EPSTEIN, R. A. (1988). Rent control and the theory of efficient regulation. Brooklyn Law Review, 54(4), 741–772.

FEDEA. (2023). Efectos esperados de la Ley de Vivienda sobre la oferta de alquiler en zonas tensionadas (Documento de trabajo n.º 2023-14). Madrid: Fundación de Estudios de Economía Aplicada.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (2009). Los contratos de arrendamiento y su equilibrio con el principio de intervención pública. InDret, (3), 1–25.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2005). Curso de Derecho Administrativo (Vol. I, 16.ª ed.). Madrid: Civitas.

GARCÍA MÍNGUEZ, R. (2015). Incentivos fiscales al alquiler: eficacia y propuestas de reforma. Revista Española de Derecho Financiero, 167, 101–125.

GLAESER, E. L. (2003). Does rent control reduce segregation? Harvard Institute of Economic Research Discussion Paper No. 1985.

GLAESER, E. L., & LUTTMER, E. F. P. (2003). The misallocation of housing under rent control. American Economic Review, 93(4), 1027–1046.

GLAESER, E. L. (2020). The political economy of rent control. Journal of Economic Perspectives, 34(1), 186–210.

GONZÁLEZ-VARAS, S. (2010). Derecho urbanístico. Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ-VARAS, S. (2023). Las zonas tensionadas y el mercado del alquiler en la Ley de Vivienda: análisis crítico. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 805, 221–244.

GOÑI, M. (2024). La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana. Hacia un contrato aleatorio y regulado. *Revista de Derecho Civil*, 11(2), 165–203.

GORDILLO CAÑAS, J. M. (2006). La autonomía de la voluntad y su evolución constitucional. *Revista de Derecho Privado*, 90(3), 31–64.

GYOURKO, J., & LINNEMAN, P. (1989). Equity and efficiency aspects of rent control: An empirical study of New York City. Journal of Urban Economics, 26(1), 54–74.

IDEALISTA. (2024). Informe de evolución del mercado de alquiler. 1.º trimestre de 2024. Madrid.

JENKINS, B. (2009). Rent control: Do economists agree? Econ Journal Watch, 6(1), 73–112.

KEMENY, J. (2006). Corporatism and housing regimes. Housing, Theory and Society, 23(1), 1–18. https://doi.org/10.1080/14036090500375420

LIND, H. (2017). Institutional failure and housing affordability: The case of Sweden. In H. Pawson et al. (Eds.), Housing Policy in the Nordic Countries (pp. 91–108). Copenhagen: Nordic Council of Ministers.

LIND, H. (2020). Rent regulation: A conceptual and comparative analysis. Housing, Theory and Society, 37(3), 297–314. https://doi.org/10.1080/14036096.2019.1658611

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, J. (2023). La Ley por el derecho a la vivienda: análisis jurídico-crítico. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, 124, 15–48.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, J. (2003). La función social del derecho de propiedad: una lectura desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.

MAGAÑA, J. M. (2023). Aspectos positivos y negativos de la Ley de Vivienda. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (999), 1–5.

MARTÍNEZ-LÓPEZ, D. (2021). Fiscalidad de la vivienda: diagnóstico y alternativas. Revista Aragonesa de Administración Pública, 59, 45–72.

MENSE, A., MICHELSEN, C., & KHOLODILIN, K. A. (2021). Die Auswirkungen des Berliner Mietendeckels: Angebotsverknappung und Ausweichbewegungen. DIW Wochenbericht, 88(6), 87–95.

MINISTERIO DE HACIENDA. (2022). Informe de evaluación del impacto de la Ley 11/2021 sobre el catastro inmobiliario. Madrid: Secretaría General de Hacienda.

MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA. (2022). Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España. Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2020). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (Vol. 3). Cizur Menor: Aranzadi.

NASARRE, S. (2023). La ineficacia de las políticas de vivienda sin seguridad jurídica ni inversión privada. *Diario La Ley*, (10253), 22.

NASARRE, S. (2014). *El acceso a la vivienda en Europa: Sistemas comparados de tenencia, políticas públicas y sostenibilidad financiera*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

OCDE. (2016). Brick by brick: Building better housing policies. Paris: OECD Publishing.

QUESADA PÁEZ, A. (2024). La vivienda como mecanismo de integración social. En A. QUESADA PÁEZ (Dir.), VICEIRA ORTEGA, P. y GALERA RUIZ, M. (Coords.), Vivienda sostenible y mujeres en riesgo de exclusión social (pp. 63–102). Cizur Menor: Aranzadi.

SIMS, D. (2007). Out of control: What can we learn from the end of Massachusetts rent control? Journal of Urban Economics, 61(1), 129–151.

TORRES, A. (2023). Los arrendamientos de vivienda tras la Ley por el Derecho a la Vivienda. *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, (358), 15–21.

TRIBUNAL DE CUENTAS. (2021). Informe sobre la gestión de la recaudación del IBI en los municipios españoles. Madrid.

TRILLA, C. (2021). Políticas de suelo y parque público de alquiler: propuestas para una reforma institucional. Papeles de Economía Española, 169, 34–45.

TURNER, B., & WHITEHEAD, C. (2002). Reducing housing market segmentation: A Swedish perspective. Housing Studies, 17(2), 215–236.

U.S. Supreme Court. (1992). Yee v. City of Escondido, 503 U.S. 519.
U.S. Supreme Court. (2005). Lingle v. Chevron U.S.A. Inc., 544 U.S. 528.
VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1985). *Curso de Derecho civil español, común y foral*, Vol. IV. Madrid: Edersa.
WHITEHEAD, C. M. E. (2016). Why the housing market matters for inequality. OECD Economic Policy Papers, 19.

NOTAS

[1] Capítulo 12 del Código de Tierra*, Jordabalken*.

[2] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminó que las restricciones prolongadas sobre las propiedades de los demandantes, sin una compensación adecuada, violaban el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[3] El TEDH consideró que la legislación británica que permitía a los arrendatarios adquirir la propiedad de sus viviendas no violaba el Convenio, ya que perseguía un objetivo legítimo de política social y se proporcionaba una compensación adecuada.

Trabajo recibido el 13 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

DICTÁMENES Y NOTAS

La capacidad de la sociedad de capital en liquidación y tras su extinción[1]

The capacity of the capital company in liquidation and after its winding-up

por

JAVIER VERCHER MOLL

Prof. Permanente Laboral

Universidad de Valencia

RESUMEN: Cuando abordamos el estudio de la liquidación y de la extinción, la Ley de Sociedades de Capital no ofrece soluciones sobre numerosos supuestos. La actual jurisprudencia y doctrina de la DGSJyFP ha puesto de manifiesto la existencia de una especie de personalidad jurídica latente. Sin embargo, no aborda cuál es el límite a esta personalidad, ni consecuentemente, su capacidad. Por ello, en este trabajo transcurrimos desde la capacidad de la sociedad en fase de liquidación hasta la situación posterior de la extinción.

ABSTRACT: When it comes to the study of liquidation and extinction, the Capital Companies Act does not offer solutions in many cases. The current case law and doctrine of the DGSJyFP has highlighted the existence of a kind of latent legal personality. However, it does not address the limits to this personality, nor, consequently, its capacity. For this reason, in this paper we move from the capacity of the company in the liquidation phase to the subsequent situation of extinction.

PALABRAS CLAVE: disolución, liquidación, extinción, capacidad, gestión, representación.

KEYWORDS: dissolution, winding-up, liquidation, extinction, capacity, management, representation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN y EXTINCIÓN. 1. Caracterización.—III. LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD DURANTE LA LIQUIDACIÓN. 1. Introducción. 2. La figura del liquidador. A). funciones. a). Gestión. b). Representación.—IV. LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA. 1. Introducción. 2. Jurisprudencia del TS y doctrina de la DGSJyFP. 3. Operaciones de la sociedad extinguida.—V. LA SITUACIÓN DEL LIQUIDADOR EN LA SOCIEDAD EXTINGUIDA. 1. La relación fiduciaria del liquidador.—VI. DE "LEGE FERENDA".—VII. BIBLIOGRAFÍA. —VIII. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN.

La constitución de una sociedad mercantil supone un proceso el cual culmina en el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro Mercantil. La misma premisa puede aplicarse a la liquidación societaria que prevé cada una de las normas rectoras de cada tipo de sociedad. La extinción recorre el camino de la constitución pero al revés[2], de manera que los liquidadores otorgarán escritura pública, la cual será inscrita en el Registro Mercantil con el fin de la cancelación de los asientos registrales de la entidad.

Si durante la fase activa de la sociedad, la misma debe de estar dotada de órganos de gobierno que, mediante sus correspondientes competencias, tutelan el devenir de la sociedad; en la fase de liquidación resulta de igual modo transcendente la existencia de órganos de gobierno que gestionen y tutelen la extinción de la sociedad. En este sentido, resulta clave el ejercicio del liquidador en sus atribuciones, pues en virtud de la Ley de Sociedades de Capital, ostenta el poder de gestión y representación como lo ostenta el órgano de administración en la fase activa de la sociedad, pero afectadas por las funciones específicas de liquidación.

Las tres fases que regula la Ley de Sociedades de Capital, es decir, disolución, liquidación y extinción, presentan particulares problemas cada una de ellas, las cuales la doctrina ha tratado de solventar. La extinción es considerada como la fase por la cual desaparece la personalidad jurídica, de modo que el contrato que unió a los socios queda consumado con el reparto del haber social. Así, de una primera lectura del art. 396 LSC la extinción de la sociedad conlleva la pérdida de la personalidad jurídica, lo que conlleva, a su vez, la pérdida de la capacidad para operar. Sin embargo, siendo ello un principio general, la misma LSC a través del art. 400 permite la formalización de actos jurídicos tras la cancelación de la sociedad. Esta circunstancia permite solventar cuestiones de activo y pasivo sobrevenido, de modo que sea posible un nuevo reparto entre los socios o una imputación de responsabilidad frente a los acreedores, respectivamente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la que fue la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, han puesto de manifiesto en los últimos tiempos la posibilidad de que tras la extinción, la sociedad no pierda la personalidad jurídica, de modo que ostente capacidad pese a que la escritura de extinción haya sido correctamente inscrita en el Registro Mercantil. En la actualidad, esta tesis es común en la doctrina de los países de nuestro entorno, pues los estudios comparados realizados por nuestra doctrina[3] ponen de manifiesto que existe un cierto grado de personificación una vez superado con éxito la cancelación de la sociedad.

La cuestión estriba en considerar que la capacidad de la sociedad de capital transcurre de forma paralela a las distintas fases en la que se puede encontrar. Así, se considera que estando la sociedad en activo, su capacidad es plena, solamente limitada por el objeto social que desarrolla; léase en este sentido las sociedades que operan en el sistema financiero. Circunstancia diferente es la sociedad de capital en fase de liquidación, cuya capacidad es limitada parcialmente en aras a la consecución de la liquidación como objetivo ulterior del liquidador. Finalmente, cabe analizar en qué situación se encuentra la sociedad extinguida, pues parece ser que cierta capacidad de actuación mantiene, lo que redunda en intentar establecer cuáles son los límites habida cuenta de que la sociedad mercantil no existe como tal, solamente de forma latente a los efectos de depurar obligaciones pendientes. Además, cabe hacer mención de la situación en la que se encuentra el liquidador habida cuenta de ese grado de personificación que se le atribuye a la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones.

Por ello, proponemos un análisis de la capacidad de la sociedad de capital extinguida estableciendo un paralelismo con la situación de la sociedad en fase de liquidación, como fase previa y que conduce precisamente a la extinción de la personalidad jurídica. No sin ello, tratar de ordenar las distintas fases de por la que transcurre la sociedad de capital ante la situación de disolución, liquidación y extinción. También, trataremos de analizar la situación en la que se encuentra el liquidador tras la extinción de la sociedad.

II. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN.

1. Caracterización.

La doctrina[4] ha realizado un trabajo de ordenación de las distintas situaciones por las cuales puede llegarse a la extinción de la sociedad. Para ello, se ha profundizado en el concepto de disolución como paso previo a la fase de liquidación y el significado de la liquidación en sí misma, pues dicha fase puede ser

soslayada para llegar a la extinción de la sociedad. Así, la disolución es un mecanismo societario, consistente en un acuerdo social, sobrevenido sobre la sociedad regularmente constituida y que provoca la apertura de la fase de liquidación. Tal liquidación precisa, a su vez, de un nítido ejercicio de distinción, pues no debe de confundirse la liquidación societaria de la liquidación empresarial.

La liquidación societaria es la consecuencia de la disolución, la cual no necesariamente provoca una liquidación empresarial. Ésta última puede ser transmitida en el seno de una modificación estructural, de manera que la sociedad originaria se extinguirá sin que se haya producido una liquidación de activo y de pasivo como establece la Ley de Sociedades de Capital. La liquidación societaria forma parte de un largo proceso, el cual supone el paso intermedio entre la disolución y la extinción de la sociedad[5]. Pero como hemos indicado dicho proceso no es inalterable, pues pueden existir excepciones[6]. Es posible la extinción de la sociedad sin una previa liquidación como ocurre en los casos de fusión[7] y escisión[8] en los que interesa el mantenimiento de la organización empresarial[9]; en el caso de cesión global del activo y el pasivo[10]; o el caso de la nulidad de la sociedad donde se produce la liquidación y extinción sin una previa disolución, pues ésta es sustituida por una declaración judicial de nulidad[11].

Ahora bien, en cualquier caso, la liquidación societaria será posible en el supuesto de que haya patrimonio suficiente[12], pues en caso contrario la norma societaria quedaría superada en virtud de la aplicación de un proceso concursal que nos conduciría al reparto del activo entre los acreedores en virtud de la tipología de créditos de cada uno. El deslinde entre liquidación societaria y liquidación concursal, diferenciación que no goza terminológicamente del favor de la doctrina[13], es fundamental para comprender que la liquidación de la sociedad no necesariamente ha de realizarse a través de la norma societaria de cada tipo social. La concurrencia de los presupuestos objetivos del concurso de acreedores permite también la extinción de la sociedad mercantil. Sin embargo, aunque se produzca el mismo efecto, el concurso tiene por finalidad fundamental, si no se da el convenio, la satisfacción de los acreedores y en la liquidación societaria, sin perjuicio de la tutela de éstos, el legislador pretende proporcionar un mecanismo de extinción de la sociedad mercantil creada[14].

Puede sostenerse que la liquidación societaria forma parte de un procedimiento estandarizado que se inicia con la disolución y culmina con la extinción de la sociedad. No ha sido discutido que la liquidación puede estudiarse desde dos prismas: de un parte, como un estado en el que se encuentra la sociedad que camina hacia su extinción definitiva y, de otra parte, como un proceso tendente al reparto del patrimonio social entre los socios previa satisfacción de los acreedores sociales[15].

III. LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD DURANTE LA LIQUIDACIÓN.

1. Introducción.

Por el calado de esta cuestión se llega a la esencia de considerar si la sociedad en liquidación ostenta capacidad general o, por su estado, solamente se le atribuye una capacidad especial que conduzca a su extinción. Además, a colación cabe analizar la distinción entre el objeto social y el fin social de la propia entidad. Todo ello es transcendente para determinar el margen de actuación de las personas a las cuales se les ha encomendado el quehacer de liquidar la entidad. La seguridad jurídica en este punto es clave para conocer cuáles son las facultades que objetivamente ostenta el liquidador. Desde la perspectiva de la capacidad de la entidad y de su objeto social se faculta el alcance del encargo de liquidar.

Dicho lo cual, debemos cuestionarnos si la liquidación modifica la capacidad de la entidad para contratar, es decir, pese a que la sociedad se encuentre en estado de liquidación y sometida, a su vez, a un proceso de liquidación, con los correspondientes actos tendentes a su extinción, debemos detenernos en si existe impedimento legal para que el liquidador realice contratos cuyo fin no sea *strictu sensu* el de liquidar el patrimonio social.

Si nos centramos en las sociedades de capital, el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, no establece ningún efecto sobre la capacidad de la sociedad en la fase de liquidación. El art. 371.2 señala que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, pero habida cuenta de que no se especifica nada en particular sobre la capacidad, debe de sostenerse que la sociedad en liquidación ostenta la misma capacidad que la que le otorga la inscripción en el Registro Mercantil en la fase de constitución. Así, las relaciones jurídicas con terceros no sufren alteración alguna[16], conserva su autonomía patrimonial y la condición de comerciante[17], de manera que *extra muros* la entidad opera como viene haciéndolo ordinariamente[18], es decir, en la fase de liquidación la capacidad de la sociedad no se restringe a una capacidad especial[19]. Esta es la idea que reside en el art. 371.2 LSC, la cual permite a la sociedad en liquidación su reactivación.

El objeto social no sufre alteración durante el desarrollo de la liquidación de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital no impone una reducción de la actividad de la entidad, ni instrumentos que permitan la resolución anticipada de las relaciones contractuales de la sociedad con terceros. Ello tal vez se deba a que la corriente inspiradora del Derecho de contratos del ordenamiento jurídico español, propia de los sistemas liberales, conduce a que el principio "*pacta sunt servanda*" condicione el desarrollo del objeto social, el cual debe de continuar

con la finalidad de cumplir las obligaciones asumidas por la sociedad mercantil. Todo ello, sin perjuicio de que pueda existir normativa específica que ofrezca luz sobre la metodología a utilizar en la resolución de los contratos de forma anticipada, o cláusulas especificas previstas en los contratos celebrados por la sociedad, como pudiera ser el preaviso, una indemnización pactada, etc. En este sentido, la normativa laboral, en particular los arts. 49.1.g) y 51 del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, ofrece un mecanismo de extinción de los contratos de trabajo, cuya razón existe por la protección de los trabajadores de la sociedad.

Dada cuenta que, a tenor de una concepción moderna, el objeto social continúa desarrollándose en la fase de liquidación[20], la doctrina ha venido distinguiendo el objeto social del fin social[21]. Si el objeto social no sufre alteración desde el punto de vista formal, no puede considerarse la misma premisa desde el punto de vista material. Así, el fin social no será la persecución del lucro[22], sino que en la liquidación se altera abandonando la idea inicial de ganancia o beneficio. En este sentido, el fin social viene a integrarse por el mandato legal dirigido a los liquidadores, el cual consiste en la extinción de la sociedad[23]. Esta es la razón por la cual se ha considerado que la norma recoge realmente la liquidación formal, materialmente la empresa como unidad de negocio continúa desarrollando su objeto social[24], si bien es cierto que éste, en sintonía con el fin de social, debe de tender a finalizar con el fin de superar el proceso de liquidación y alcanzar el momento de la extinción.

Así, si el objeto social no sufre alteración, podríamos considerar que los actos de liquidación se amparan en actos instrumentales del objeto social con el fin de cumplir el mandato legal que reciben los liquidadores[25]. En este sentido, se produce por lo tanto un delicado equilibrio entre seguir desarrollándose el objeto social en tanto en cuanto se realizan actos ajenos al mismo que conducen a la liquidación de la sociedad. Tales actos ajenos al objeto social deberán de respetar éste, hasta que los liquidadores decidan el cese definitivo de la actividad de la sociedad.

El desarrollo del objeto social no afecta solamente al proceso de liquidación sino también al liquidador. La existencia de potenciales o reales conflictos de interés comporta la determinación y el alcance de las obligaciones del liquidador. La cuestión primaria se centra en dilucidar si el desarrollo del objeto social en la fase de liquidación genera las mismas obligaciones fiduciarias para el liquidador que para el administrador societario. Ello afecta de lleno a la responsabilidad del liquidador no solamente por las tareas de liquidación sino por la capacidad de gestión y representación que también ostenta.

2. La figura del liquidador.

No existe discusión en considerar que el liquidador es un órgano necesario de la sociedad mercantil en su fase de liquidación. Al igual que el administrador societario durante la fase activa de la sociedad, no puede existir liquidación sin liquidador. Si bien es cierto que en la fase de liquidación no puede coexistir la administración societaria y el liquidador, también es cierto que no es posible la acefalia en la liquidación, todo ello en virtud del principio de continuidad de la empresa[26]. Esta es la razón por la cual los arts. 375 y 376 LSC recogen implícitamente la necesidad de la existencia del liquidador. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2019[27] señala que:

"*El cese de los administradores supone la extinción de sus funciones de gestión y representación de la sociedad que son asumidas por los liquidadores en los términos establecidos en la Ley y de acuerdo a las especiales exigencias que para dicho período determina. Tan es así que si al tiempo de la disolución de la sociedad no existe un especial nombramiento de liquidadores, la propia ley los convierte en liquidadores a fin de evitar la acefalia de la sociedad. Dice así el artículo 376 de la Ley: «Salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores». Nótese que el legislador ante una inacción de la junta general de socios no determina la prórroga en su ministerio del órgano de administración sino su conversión en liquidadores, haciendo especialmente patente que el régimen jurídico de su función no es el mismo, como por otra parte resulta de la simple lectura de la Ley que dedica la sección segunda del Capítulo II del de su Título X a su especial regulación*".

De este modo, tras la disolución, la figura del liquidador es necesaria para evitar la paralización del proceso de liquidación. Esta es la razón por la cual se justifica la intervención de los tribunales, con el fin de nombrar un liquidador ante las circunstancias excepcionales que se pueden dar en sede societaria, que impida el nombramiento de un liquidador[28]. Teniendo en cuenta que por circunstancias excepcionales debe de entenderse cualquiera que, de forma amplia y genérica, impida el nombramiento del liquidador[29]. Esas circunstancias excepcionales no solamente son de naturaleza jurídica, como pudiera ser la falta de reunión de la junta general o la inexistencia de personas que ocupen el órgano de administración, sino también por circunstancias de índole personal, como la mala relación de los socios que desaconseje el nombramiento de uno de ellos por ejemplo[30].

A) Funciones

Otro de los rasgos comunes que comparten los liquidadores con los administradores societarios es la capacidad de gestión y representación de la sociedad mercantil.

Existe un *iter* jurisprudencial constante que parte de una premisa básica: "*los liquidadores son gestores y representantes de la sociedad en liquidación, ocupando pues una posición jurídica que podemos identificar con la desempeñada por los administradores durante el tráfico ordinario de la vida social, pudiéndose citar en tal sentido las SSTS de 12 de junio de 1989 y 3 de octubre de 2008 entre otras. No es de extrañar entonces que el art. 376.1 establezca que "quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores", salvo disposición estatutaria en contra o acuerdo de la toda poderosa junta general*"[31].

Así, las facultades de gestión y representación del liquidador deben de entenderse de forma amplia. Amplitud que debe de tener un límite en aras al cumplimiento del encargo del liquidador, es decir, el de liquidar la sociedad. Esta cuestión es esencial, pues la limitación de las facultades podría convertir *de facto* al liquidador como si lo fuera de una sociedad con capacidad especial, principio que no se recoge en nuestro ordenamiento jurídico.

a) Gestión.

No existe un precepto que relacione de forma detallada cuales son las funciones gestoras del liquidador. No obstante, ello no es obstáculo para acotar sus funciones. Funciones que pueden clasificarse atendiendo a la sistemática de la Ley de Sociedades de Capital. Así, cabe distinguir actos específicos como formular inventario y el balance de la sociedad, concluir las operaciones pendientes y realizar nuevas que sean necesarias, cobro de créditos y pago de deudas, llevanza de la contabilidad y conservación de esta así como de todos los documentos de la sociedad, enajenación de bienes sociales, información a los socios, balance final, satisfacción a los acreedores y pago de la cuota de liquidación, otorgamiento de escritura de extinción, depósito de libros y documentación en el Registro Mercantil y, si procede, adjudicación a los socios del activo sobrevenido o exigencia a los socios en caso de pasivo sobrevenido. Además, de dichas funciones, cabe sumar las funciones propias que se derivan de la asunción de la posición de administrador de la sociedad mercantil. En este punto cabe distinguir los actos propios de la liquidación, los actos conservativos y las operaciones de especulación.

En lo que se refiere a los actos de liquidación y conservativos, el art. 384 señala que los liquidadores deben concluir las operaciones pendientes y realizar las

nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. Podemos entender que las operaciones de liquidación son las pormenorizadas en el párrafo anterior con el fin de superar la fase de liquidación de manera que se llegue a la extinción. Por lo que se refiere a las operaciones conservativas son las que nacen en virtud del principio de continuidad de la empresa, en palabras del precepto referido, las operaciones nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. En cualquier caso, la jurisprudencia ha puesto énfasis en que la gestión y representación que pesa sobre el liquidador, la cual debe de realizarse de forma activa[32], es decir, que, pese a que no existe un plazo legal determinado para llevar a cabo la liquidación, debe de realizarse en un plazo razonable, atendiendo al activo, pasivo, número de socios, acreedores, deudores, etc.

Esta obligación proactiva se sincroniza con el art. 387, cuyo tenor literal impone una obligación de hacer desde el punto de vista material, así como un comportamiento. Los liquidadores deberán de enajenar los bienes sociales. Ahora bien, en la actualidad[33] la metodología de enajenación de los bienes corresponde su elección a los liquidadores[34], pues en esencia se trata de adquirir el líquido necesario para eliminar el pasivo social[35]. Esta es la razón por la cual se ha considerado que resulta más ventajoso enajenar la unidad productiva en bloque que desmembrarla[36] y proceder a su venta paulatinamente.

Las operaciones que venimos analizando deben de ponderarse con el principio "*pacta sunt servanda*", pues el efecto vinculante de las obligaciones asumidas con los acreedores provocará la necesidad de que el liquidador realice actos de liquidación en consonancia con actos conservativos que permitan el cumplimiento de los contratos asumidos. En este sentido, si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula "*rebus sic stantibus*"[37], la cual mantiene los criterios clásicos[38] para su aplicación, no puede considerarse la apertura de la fase de liquidación como causa válida para la resolución de los contratos de la sociedad en liquidación. Para ello habrá de analizarse un estadio previo y es la causa que produjo la disolución de la sociedad mercantil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que para la rotura unilateral del contrato deben de concurrir determinadas circunstancias acumulativas: a) que exista una alteración extraordinaria, la cual requiere una modificación de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad; b) debe resultar una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas; c) el desequilibrio que se haya producido por circunstancias sobrevenidas, debió ser realmente imprevisible; d) inexistencia de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial; e) compatibilidad entre su aplicación y las consecuencias de la buena fe.

Si profundizamos en las causas de disolución, no existe justificación legal suficiente para la resolución anticipada de los contratos que estén en vigor[39],

pues la sociedad disuelta mantiene su condición de comerciante[40]. En esta sede, podríamos considerar que la disolución por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, tanto si entendemos que el fin social incluye también el objeto social como si se limita al ánimo de lucro[41], es causa suficiente para la resolución anticipada de los contratos que estén en vigor, circunstancia que no parece que goce del favor de la jurisprudencia, ni por alteración de las circunstancias económicas del mercado[42], ni tan siquiera si esta imposibilidad manifiesta es causada por un acto administrativo o por un cambio legislativo[43]. Si bien es cierto que en los últimos tiempos, a raíz de la pandemia del Covid-19, la cláusula "*rebus sic stantibus*" ha sido reformulada en aras a canalizar situaciones de excepcionalidad[44], aunque no parece *a priori* que resulten de aplicación en el proceso de liquidación de la sociedad de capital.

Más espinosa resulta la cuestión de determinar el alcance de las operaciones especulativas, o más bien, si es posible su existencia. No parece que ello sea posible habida cuenta del mandato que reside en la figura del liquidador el cual es liquidar. Esta aseveración permite determinar que no es posible realizar operaciones especulativas en la fase de liquidación. Así, las funciones llevadas a cabo por el liquidador no podrán destinarse a beneficiar una segunda sociedad mercantil creada con el mismo objeto social y los mismos socios[45], pues para ello deben de seguirse los trámites específicamente regulados de la cesión global del activo y del pasivo. Fuera de estos supuestos, el liquidador no puede aventurarse en operaciones que no tengan, en definitiva, la finalidad de satisfacer a los acreedores y repartir el remanente entre los socios.

La problemática reside en la dificultad de determinar qué tipo de operaciones cabe englobar dentro de ellas. La casuística es tan amplia que establecer criterios, aunque sean genéricos, permitirían delinear los límites de actuación de los liquidadores. En este sentido, la jurisprudencia señala que el liquidador, en nombre y representación de la sociedad, no puede contraer nuevas obligaciones, salvo que sean necesarias para liquidar, es decir, para ejecutar y dar cumplimiento a los contratos nacidos antes del acuerdo de disolución[46]. En caso contrario, la doctrina[47] ha puesto de relieve que los contratos serán nulos de pleno Derecho a tenor del art. 6 CC. Nulidad que operará si el tercero tiene conocimiento de que el liquidador está excediendo sus funciones, pues de lo contrario debe de estarse por la buena fe del tercero, el cual quedará protegido por dicha presunción.

A título ejemplificativo y con la finalidad de tratar de ofrecer luz a la problemática, podríamos hacer uso de la regulación de la compraventa mercantil. El art. 325 CCom. señala como elementos connaturales a la compraventa mercantil la reventa con ánimo de lucro. No entraremos en la discusión sobre el alcance del tenor literal del precepto referido, pero si podemos concluir que la compraventa mercantil es una institución jurídica generadora de negocio en sentido amplio[48].

Bajo esta premisa, puede predicarse como límite a las operaciones que pueda realizar el liquidador, pues es un obstáculo insuperable a sus facultades la generación de negocio que tenga como finalidad la continuación del objeto social[49]. La excepción, que resultará permisible, serán aquellas operaciones con ánimo de lucro cuyo objetivo sea el de dar cumplimiento a los contratos que estuvieran en vigor en el momento del inicio de la fase de liquidación. Esta argumentación también puede extrapolarse a otro tipo de operaciones, como por ejemplo la realización de un contrato de arrendamiento con la finalidad de continuar la actividad social[50].

Llegados a este punto, cabe cuestionarse dónde quedan las tareas de gestión más propias del liquidador y la gestión que puede realizar a imagen de las del administrador. El deslinde de tales tareas pasa por realizar un ejercicio de distinción entre gestión estricta, más propia de la liquidación, y gestión amplia, cercana a las funciones del administrador. La doctrina[51] ha tratado de solventar esta cuestión, pero a nuestro juicio la delimitación es compleja, pues la gestión específica puede consecuentemente generar tareas de gestión amplias y estar justificadas, a su vez, por las tareas propias de la liquidación. Establecer una línea divisoria bajo la idea de tareas de gestión específicas y amplias no parece de fácil solución atendiendo a la regla sumatoria que realiza el art. 375.2 LSC.

b) Representación

La función de representación de los liquidadores es una atribución consustancial a su cometido[52]. Representación que debe de entenderse de forma amplia[53], pues esta idea es la que reside en la jurisprudencia, la cual establece un paralelismo entre el liquidador y los administradores societarios. Ahora bien, lo que verdaderamente puede generar problemas es el modo en que los liquidadores pueden ejercer dicho poder de representación[54].

A diferencia de las funciones de gestión, la Ley de Sociedades de Capital destina un precepto específico para la representación. El art. 379 otorga de forma indubitada la función de representación a los liquidadores bajo ciertas reglas. En primer lugar, señala que, salvo disposición contraria de los estatutos, el poder de representación corresponderá a cada liquidador individualmente. Ello significa que los estatutos pueden utilizar las modalidades de organización propia del órgano de administración, es decir, que los liquidadores pueden actuar de forma mancomunada o incluso mediante una comisión liquidadora o "consejo de liquidadores" a imagen del consejo de administración. Además, la representación se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad, incluso la representación en juicio y concertar transacciones y

arbitrajes cuando así convenga al interés social. De este modo, se uniformiza la regulación tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada[55].

La organización por lo tanto del órgano de liquidación podrá ser a través de un liquidador único, varios liquidadores que actúen de forma conjunta o solidaria, o mediante una comisión liquidadora. En el supuesto de que los estatutos señalen que los liquidadores no actuarán de forma individual, sino de forma mancomunada, no serán válidos los pactos internos que existan entre ellos destinando la capacidad de representación solamente a uno de ellos. En esta cuestión, la jurisprudencia sostiene que lo que subyace es en realidad una dejación de funciones, lo cual, estableciendo un paralelismo con el administrador societario, no es admisible[56].

Habida cuenta de que no puede existir liquidación sin liquidadores, el art. 377 recoge la circunstancia de cubrir vacantes en caso de fallecimiento o de cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes. Ante esta situación, el propio precepto permite que cualquier socio o persona con interés legítimo pueda solicitar del Letrado de la Administración de Justicia o Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los liquidadores. Además, cualquiera de los liquidadores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto. No obstante, si convocada la junta de socios, no se nombra liquidador alguno, cualquier interesado puede solicitar su designación al Letrado de la Administración de Justicia o Registrador mercantil del domicilio social. Sin embargo, si concordamos los arts. 376 y 377, la jurisprudencia ha extendido los casos por los cuales procede la designación de suplentes, pese a no darse los casos específicamente planteados en el art. 377. Procede el nombramiento judicial de liquidadores cuando la causa de disolución ha sido la paralización de los órganos sociales[57]. En cualquier caso, la aplicación del art. 377 ha de ser de forma subsidiaria, procediendo el nombramiento por dicha vía cuando no haya voluntad o posibilidad de hacer la designación de liquidadores mediante el procedimiento ordinario de designación, pues de otro modo se afectaría al principio de autodeterminación de las sociedades mercantiles[58].

Para evitar situaciones de bloqueo, la doctrina ha abogado que los estatutos de la sociedad deberían de recoger esta circunstancia, de manera que facilitaran un sistema de suplencia con el fin de que el órgano de liquidación quede incompleto[59]. Ahora bien, el problema que nace en esta sede es determinar los criterios para facilitar el nombramiento de suplentes, es decir, tanto sus condiciones subjetivas como objetivas[60].

IV. LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA.

1. Introducción.

Superada la fase de liquidación e inscrita la escritura pública de extinción de la sociedad en el Registro Mercantil, la cuestión estriba en determinar si esta inscripción determina la extinción de la personalidad jurídica, de modo que la sociedad ya no sea capaz de ser titular de derechos y de soportar obligaciones; o, más bien, existe una cierta personalidad jurídica en tanto en cuanto puedan sobrevenir derechos y obligaciones en aras a dar trámite a las vicisitudes que surjan después de la escritura de extinción. Estas dos posiciones son de vital transcendencia dada cuenta de las consecuencias que conllevan tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

La doctrina ha mantenido interpretaciones distintas. Así, existe una posición formalista la cual contempla que la personalidad se extingue con la inscripción de la escritura de extinción en el Registro Mercantil en coincidencia con lo que ocurre en la conclusión del concurso de acreedores[61]. Por otro lado, se sostiene que la personalidad jurídica no se extingue con la inscripción de la escritura de extinción[62], sino que mantiene una especie de personalidad latente en aras a hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones[63].

Con todo, mantener esta segunda posición conlleva determinar cuáles son los límites de actuación de esta personalidad latente. La Ley de Sociedades de Capital parece ser clara en este sentido, pues las operaciones se enmarcarán en circunstancias de deudas y activo sobrevenido, o los actos jurídicos que fueren necesarios. Así, la cuestión consiste en determinar cuáles son los límites de estas operaciones, lo que conlleva determinar a su vez los límites de actuación de las personas llamadas a gestionar y a representar a la sociedad a imagen y semejanza de lo acontecido en la fase de liquidación.

2. Jurisprudencia del TS y doctrina de la DGSJyFP

La problemática sobre la capacidad de la sociedad extinguida ha generado cierta litigiosidad. Tanto el Tribunal Supremo como la que fue la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado de ofrecer luz a toda la casuística que sucede una vez inscrita la escritura de extinción en el Registro Mercantil. Además, se han reiterado ciertas expresiones para referirse a la sociedad de capital extinguida, como "prórroga de la personalidad jurídica", "personalidad jurídica latente", "personalidad jurídica controlada" y "centro residual de imputación", lo cual queda de manifiesto que la solución de mantener una especie de personalidad jurídica viene a ofrecer más soluciones que inconvenientes, de

entre otras, la capacidad de ostentar la legitimación en sede judicial. Por ello, a continuación reseñaremos la jurisprudencia y resoluciones más reciente y relevante sobre esta cuestión.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de marzo de 2013[64] recogió la doctrina de la DGRN y realizó una especie de resumen de la situación jurídica poniendo de manifiesto que "*en algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 May. 1992).*

Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que ésta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (Cfr. arts. 121 y 123 LSRL, 228 CC y 274.1, 277.2 y 280 a y disp.trans. 6ª 2 LSA). Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 Dic. 1999.

En este mismo sentido, esta Sala viene refiriéndose a esta situación como de "personalidad controlada" en sentencias de 4-6-2000 y 10-3-2001.

Por otra parte el art. 228 del Código de Comercio refuerza la postura de la sentencia recurrida cuando declara que: Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la Compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes.

Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

En resumen, no se viola en la sentencia recurrida el art. 109 de la LSRL ni los concordantes citados, pues el mismo debe ser interpretado en relación con el art. 123 del mismo texto legal, en la redacción vigente en la fecha de autos, y 228 del C. de Comercio, lo que da como resultado la pervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad liquidada, solo para atender a las relaciones pendientes (STS 27-12-2011, REC. 1736 de 2008)"

La posición de esta sentencia vino reforzada por la ya citada aquí STS de 24 de mayo de 2017, la cual sostiene que, aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de las reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. Concluye que, a los meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes. Esta sentencia está en línea con lo considerado por la DGRN, cuya Resolución de 14 de diciembre de 2016[65] pone de manifiesto que "*después de la cancelación 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*".

Pero lo transcendente de esta sentencia es que se abandona definitivamente la tesis mantenida en la Sentencia de 25 de julio de 2012[66] en la cual el Tribunal Supremo entendía que lo que procedía era una demanda de nulidad de la cancelación y reapertura de la liquidación. En palabras del Alto Tribunal "*la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad sólo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad. Lo que no resulta conforme a lo ya razonado es que se demande, sin más, a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre*"[67].

Así, en tiempos recientes, la STS 1536/2023, de 8 de noviembre, confirma la doctrina fijada en la STS de 24 de mayo de 2017, pues destaca que ya sea bajo el régimen ordinario de la LSC o bajo el régimen especial del concurso de acreedores, el reconocimiento de legitimación pasiva y activa conlleva un reconocimiento de que persiste su personalidad jurídica para todo aquello que guarde relación con la terminación de la liquidación.

En tiempos más recientes la Dirección General ha puesto de manifiesto que solamente cabe inscribir una escritura de acuerdos adoptados en junta universal por el que se nombre a liquidadores para que lleven a cabo operaciones liquidatorias[68], conculcando tal vez el art. 398 de la LSC, donde el órgano competente para

el nombramiento de liquidadores sustitutos es el juez. Esta posición se mantiene cuando se dé la circunstancia por la cual vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial o aquellos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja, así como los relativos al depósito de las cuentas anuales, de modo que no es posible la inscripción del cese de la administradora[69].

La posición mantenida por la Dirección General, en la cual se otorga competencia a la junta general de socios, supone importar a la situación de la sociedad extinguida el modelo de la situación de la sociedad en fase de liquidación. Si analizamos la LSC, la Junta general de socios no sufre alteración como órgano en la fase de liquidación. Su funcionamiento se mantiene como órgano de reunión, deliberación y aprobación de la voluntad de los socios, por lo que deberán de respetarse las disposiciones establecidas acerca de su convocatoria, asistencia, representación, voto, constitución y adopción de acuerdos. Más bien es el socio quien, en su posición como tal, observa una alteración, pues cesan sus obligaciones derivadas del vínculo societario frente a la sociedad y frente a los demás socios[70].

Ahora bien, esta misma situación ¿se da cuando la sociedad se ha extinguido formalmente mediante la correspondiente escritura de extinción en el Registro Mercantil?. Según esta tesis, las alteraciones que experimenta la Junta general afectarían más bien a sus competencias, pues los preceptos específicos destinados a la liquidación y a la extinción condicionan el listado previsto en el art. 160 LSC y siguientes. En la Junta general de la sociedad en liquidación se observa una limitación en sus potestades en pro de las operaciones de liquidación, de modo que la misma premisa cabe mantener según la doctrina de la Dirección General. En este sentido, no tiene el mismo alcance el control que la Junta realiza sobre el administrador societario que sobre el liquidador y es que éste, a diferencia de aquél, está sometido a ciertos deberes que condicionan el fin social, pues por imperativo legal tiene como objetivo la liquidación de la sociedad. Así, una vez la sociedad extinguida y desaparecido el fin social, parece ser que la Junta general mantiene todavía cierto control sobre los liquidadores.

3. Operaciones de la sociedad extinguida.

Llegados a este punto, podemos considerar que existe suficiente acuerdo en sostener que la inscripción de la escritura de extinción en el Registro Mercantil permite la existencia de una personalidad latente de modo que pueda seguir realizando determinadas operaciones y actos jurídicos. Ahora bien, dando esta circunstancia por debatida y con suficiente acuerdo jurisprudencial y doctrinal; la

cuestión estriba en considerar cuál es el alcance de los actos que se pueden llevar a cabo. Así, la primera conclusión que se extrae se basa en el principio sobre el cual deben de ser actos de liquidación u actos jurídicos relacionados con tal fin. Pero la cuestión que nace consecuentemente es si a estos actos de liquidación son extrapolables los principios aplicables en la fase de liquidación, pues como hemos visto cabe distinguir los actos propiamente de liquidación, los actos conservativos y los actos de especulación.

Sobre los actos especulativos no parece que haya inconveniente en considerar que si ellos no son posibles en la fase de liquidación, en menor medida caben cuando la sociedad está extinguida, pues no tendría ningún sentido generar negocio cuando el desarrollo del objeto social no es posible. Sin embargo, mayores problemas plantean los actos conservativos, pues debe de tenerse en cuenta que ellos son posibles en fase de liquidación debido a que la sociedad no se convierte en una sociedad con capacidad especial, de modo que el objeto social queda inalterado a imagen y semejanza de la sociedad activa. Si bien es cierto que, estos actos conservativos tienen íntima relación con los actos de liquidación, pero la cobertura viene dada precisamente porque el objeto social no se restringe en la fase de liquidación.

Lo suyo en este punto es considerar que, si se simula la existencia de una personalidad latente, lo que no se puede es mediante esta circunstancia disimular operaciones que no tengan por finalidad la liquidación del activo o pasivo existente. De modo que, a nuestro juicio, no es extrapolable los principios que inspiran la fase de liquidación a la sociedad extinguida, pues no hay posibilidad de desarrollar el objeto social, como se ha dicho. Ahora bien, alguna solución debe darse cuando la jurisprudencia y la DGSJyFP reconocen la existencia de cierta personalidad, la existencia de liquidadores y la existencia de una junta de socios que pueden nombrar liquidadores. Este hecho pone de manifiesto la necesidad de ordenar de alguna manera esta situación extraordinaria que, como demuestra la jurisprudencia, no es extraña su existencia.

La doctrina[71] ha puesto de manifiesto que, en realidad, cabe aquí distinguir los actos formales tras la cancelación de los actos sustantivos. Distinción que tiene su razón de ser en virtud del art. 400 de la LSC, de modo que los actos sustantivos están relacionados con los supuestos de activo y pasivo sobrevenidos, es decir, operaciones de liquidación como la venta de un bien, y los actos formales están relacionados con el pago de impuestos, gastos notariales, de registro, etc.

Así, la jurisprudencia más reciente de la Audiencias Provinciales[72], sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la DGSJyFP, consideran de forma amplia los actos que pueden realizar los liquidadores en nombre y representación de la sociedad extinguida, pues uno de los elementos que cabe vigilar, como recientemente ha puesto de manifiesto la DGSJyFP[73], la extinción de la so-

ciedad no perjudica al acreedor, es decir, que se mantiene el criterio de conservar la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma. Así, dentro de esta amplia casuística, se permite la posibilidad de que, tras la escritura de extinción, el liquidador haya dejado consignada cierta cantidad de líquido en una cuenta corriente a nombre de la sociedad extinguida a resultas de un pleito pendiente, lo que puede redundar a la postre en un activo o pasivo sobrevenido[74]. Se consolida así un principio rector centrado en que el liquidador, ya sea durante la liquidación o tras la extinción de la sociedad, debe de actuar preeminentemente bajo el principio de satisfacción de los acreedores frente a los socios[75].

En esta misma línea se pronuncia la STS 823/2025, de 27 de mayo, sobre un derecho de tanteo. Así, el Alto Tribunal destaca que "*el derecho de tanteo no deja de ser un activo comprendido en el patrimonio social que no fue incluido en el inventario y subsiguiente balance de liquidación. Y desde esta perspectiva, puede considerarse un activo sobrevenido. No resulta de aplicación la previsión del art. 398 LSC, relativa a su liquidación para el posterior reparto de la cuota correspondiente a los antiguos socios, pues, de acuerdo con lo pactado, el ejercicio del derecho de tanteo no conlleva en este caso un beneficio económico directo para la sociedad que haya que repercutir a los socios. Pero sí estamos ante un derecho cuya posibilidad de ejercicio aflora después de la extinción, y que es susceptible de hacerse valer en la forma indicada de designar a otra sociedad vinculada para que materialice la adquisición*". En consecuencia, el consentimiento prestado por el liquidador al ejercitar el derecho de tanteo no era nulo, por falta de consentimiento.

V. LA SITUACIÓN DEL LIQUIDADOR EN LA SOCIEDAD EXTINGUIDA.

Llegados a este punto, partiendo de la existencia de una especie de personalidad jurídica latente en la que es necesario, consecuentemente, un órgano que la gestione y la represente, la regulación prevista en la Ley de Sociedades de Capital impone sobre el liquidador ciertas obligaciones en el supuesto de activo y pasivo sobrevenido (art. 398), así como, en la formalización de actos jurídicos tras la cancelación de la sociedad (art. 400), pero no existe normas pormenorizadas sobre la figura del liquidador en esta fase de la sociedad.

En las secciones anteriores a los preceptos mencionados, si bien no podemos afirmar que existen unas normas pormenorizadas que regulen el liquidador, sí que imponen una serie de obligaciones en aras a llevar a cabo el proceso de liquidación. Además, el art. 375.2 establece que "*serán de aplicación a los liqui-*

dadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo", lo que conduce a importar a la fase de liquidación el estatuto del administrador de la sociedad y, a su vez, a la sociedad extinguida. Lo que ocurre es que la regulación del administrador no está pensada para el liquidador, si bien es cierto que en la fase de liquidación el objeto social puede seguir desarrollándose, menos todavía para el liquidador actúa bajo una situación completamente distinta a la de la fase de liquidación.

Como nos hemos referido, el art. 375.2 LSC señala que serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto a las normas previstas en el capítulo destinado a la liquidación. La jurisprudencia no ha dudado en considerar que efectivamente además de las tareas de liquidación, cabe sumar las obligaciones propias del administrador societario[76]. Es por lo que se han conjugado los deberes propios del liquidador con los del administrador societario, de manera que los arts. 225 y siguientes de la LSC tienen plena capacidad para determinar la actuación del liquidador[77].

Parece ser que la *mens legis* que reside en el art. 375.2 LSC conduce a razonar que existe una relación del liquidador con la sociedad semejante a la de los administradores con la propia sociedad. Ahora bien, la dificultad que se vislumbra en esta cuestión es la dificultad del aislamiento[78] de cada uno de los elementos de esa relación. A nuestro juicio, cabe destacar que no es una técnica muy acertada construir una relación jurídica mediante la remisión normativa a figuras análogas pero que, en definitiva, no albergan idéntico cometido.

La doctrina ha abogado por entender que la liquidación supone un verdadero cometido empresarial, del mismo modo que la dirección de la sociedad mercantil durante la fase activa[79]. Se han realizado extraordinarios esfuerzos en analizar el alcance de la gestión y representación de los liquidadores[80], e incluso, como hemos analizado en los epígrafes anteriores, se ha estudiado el paralelismo de la figura del liquidador con el administrador societario. Así, con el fin de entender la extrapolación de los derechos y los deberes de los administradores societarios, de manera que puedan ser aplicados al liquidador, procede el análisis de las características más comunes sobre estos para hallar la teleología del repetido art. 375.2 LSC y, por lo tanto, determinar si existen deberes fiduciarios que pueden resultar de aplicación a los liquidadores.

Un elemento que nos puede ofrecer luz es la extensión de la responsabilidad civil de los administradores societarios sobre los liquidadores. El art. 397 LSC parte de una premisa básica, y es que "*los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo*". Como consecuencia de la normativa derogada por la Ley de Sociedades de Capital, parece ser que queda superada la controversia sobre si solamente cabe interponer la acción individual contra los

liquidadores y no la social[81]. La doctrina[82] y la jurisprudencia[83] han establecido un paralelismo entre la acción individual y la acción social que puede interponerse contra el liquidador, si bien es cierto que, en este sentido, las obligaciones del liquidador son mayores que las del administrador, dada cuenta de que aquél asume las funciones que éste, más las de liquidar.

La traslación de las normas establecidas para los administradores a los liquidadores, desvela una mayor exigencia para éstos. La posición del liquidador en el seno de la sociedad demuestra una posición especial, que goza de menos restricciones que los administradores societarios en tanto en cuanto cumplan con la tarea de liquidar. Esta situación comporta la determinación de los límites de la relación que el liquidador mantiene con la sociedad. Su delimitación dará sentido a la extensión de los deberes de los liquidadores desde el punto de vista de los deberes de los administradores. La cuestión es si la relación fiduciaria que mantienen los administradores con la sociedad puede mantenerse de la misma manera para los liquidadores.

1. La relación fiduciaria del liquidador.

Sobre las relaciones fiduciarias existe una amplia controversia acerca de su caracterización, su origen, su regulación positiva y su interpretación en la jurisprudencia[84]. Al margen de ello, lo cierto es que en la relación fiduciaria hay una puesta a disposición del fiduciario de un bien cuya propiedad es del fiduciante, con el objeto de realizar un encargo específico a favor de unos beneficiarios[85]. Este esquema básico sirve para dar soporte a fenómenos jurídicos diversos[86]. En el seno de dicha conexión, atendiendo a la relación de confianza existente entre el fiduciante y fiduciario, surgen una serie de derechos y obligaciones recíprocas como el pago de honorarios, disposición de los bienes para que el fiduciario cumpla con su encargo, información recíproca sobre la marcha del encargo, cumplir con las gestiones necesarias para llevar a cabo la fiducia, deber de cuidado y pericia, deber de guarda y conservación, obligación de representación, transferencia de los bienes al fiduciante en la extinción de la relación fiduciaria, indelegabilidad, deber de buena fe, deber de lealtad e imparcialidad, deber de secreto, deber de llevar y rendir cuentas[87].

Cuando se analiza la relación fiduciaria de los administradores con la sociedad, existe una confusión entre el concepto de lealtad y el de fidelidad[88], lo cual no resulta del todo correcto[89] dada cuenta de que fiducia tiene un significado muy preciso[90], aunque también se ha considerado que resulta francamente complejo separarlos[91]. En cualquier caso, la doctrina mercantilista hace referencia a la lealtad y a la fidelidad indistintamente, pues reflejan la misma transcendencia

práctica. En esencia, de lo que se trata es de anteponer el interés de los socios o de la sociedad, al del propio administrador, ya que a este se le confiere la gestión de la sociedad de una forma amplia, pues bajo un principio de eficiencia, debe tratar de maximizar el valor de la empresa[92].

Así, los administradores deben actuar anteponiendo el interés de la sociedad al suyo propio, actuación basada en el principio de buena fe[93]. En este punto, quizás la cuestión más compleja se centre en determinar qué es el interés social[94], sobre todo cuando existen posiciones contrarias para determinarlo[95]. Sin embargo, puede considerarse que existe un interés intermedio tanto de los socios como de la sociedad, interés rector que supone la piedra angular de la actuación del administrador. Dicha persecución del interés social cimienta la relación fiduciaria del administrador con la sociedad, pues la confianza que depositan los socios en la persona del administrador se basa en una elección *intuitu personae,* característica que fundamenta la revocación del cargo en cualquier momento y sin que sea necesaria justa causa[96].

Si trasladamos dichas premisas a la figura del liquidador, deben de atenderse determinados elementos que cuestionan si la aplicación de ese deber de fidelidad es igualmente exigible al liquidador. De entrada, los supuestos en los que tiene que operar la relación fiduciaria no son los mismos. Para el caso de los administradores de la sociedad, ésta se encuentra en la fase activa, momento en el que se despliegan sin ninguna duda los derechos y deberes de los administradores y de los socios. Pero, el liquidador, a diferencia de la fase activa, no debe de velar por el interés exclusivo de los socios, sino también por el interés de los acreedores.

Se desvela así un problema jurídico de importante calado debido a que la esencia de la relación fiduciaria del administrador de la sociedad y la del liquidador con la sociedad no es la misma, fundamentalmente porque el encargo no es el mismo, aunque existan elementos concurrentes. Ello genera, a su vez, una nueva problemática, pues con la finalidad de que el estatuto jurídico del liquidador no quede huérfano, el art. 375.2 LSC transporta a éste el estatuto del administrador societario. Lo cual puede conducir a una valoración errónea de las obligaciones del liquidador. Esta cuestión puede ser solventada mediante la aplicación genérica del deber de lealtad, lo cual puede resultar no ser acorde con la realidad del cometido del liquidador. Aunque bien es cierto que una violación del referido deber socavaría los cimientos de la confianza que depositan los socios en el liquidador. Se trata de sopesar determinados intereses coincidentes genéricos como el de la sociedad, el de los acreedores, el de los socios, la responsabilidad de los liquidadores; y más particulares como la ordenada liquidación, la maximización del valor de los bienes objeto de enajenación, la posibilidad de la reactivación de la sociedad, el pago de la cuota de liquidación, el correcto otorgamiento de la extinción de la sociedad y su entrada en el Registro Mercantil, etc.

Tal vez la pretensión del precepto referido se limite solamente a ofrecer luz acerca del funcionamiento del órgano de liquidación cuando éste actúe de forma colegiada, de manera que, de forma similar al consejo de administración, se haga una remisión a los mecanismos de funcionamiento de aquél. Sin embargo, esta posición no puede sostenerse, pues supondría una restricción a las soluciones que el capítulo sobre liquidación y, por ende, extinción, no es capaz de resolver por sí solo. Además, ni la doctrina ni la jurisprudencia han realizado dicha interpretación, sino que han considerado que resulta de aplicación los derechos y deberes de los administradores a los liquidadores.

La cuestión a considerar por lo tanto es si, en sede de extinción, la problemática expuesta es trasladable cuando el liquidador es llamado a liquidar, por fin, el activo o pasivo de la sociedad extinguida. En este punto cabe distinguir dos posiciones: entender que las obligaciones en fase de liquidación son trasladables cuando la sociedad está formalmente extinguida, lo que redundaría en realizar una valoración sobre la relación fiduciaria del liquidador o, por otro lado, considerar que es una situación completamente distinta a la fase de liquidación, de modo que los actos de liquidación ulteriores que se realicen tras la cancelación de la sociedad no se someten a las disposiciones antedichas. A nuestro juicio, dado el estado de la ciencia, no podemos ofrecer una solución, solamente aventurar que mantener los principios de la fase a liquidación al liquidador tras la extinción formal facilitaría la creación de una serie de derechos y obligaciones en aras a garantizar cierta seguridad jurídica. En este sentido parece ser que se ha pronunciado la doctrina, la cual sostiene que la responsabilidad del liquidador en una situación de post-extinción es semejante a la del liquidador que actúa en fase de liquidación[97].

VI. DE "LEGE FERENDA"

Considerando por lo tanto que la figura del liquidador es un órgano necesario, la Ley de Sociedades de Capital no determina un estatuto o normas subjetivas que configuren esa posición del liquidador como órgano gestor y de representación de la sociedad, además de su cometido específico. Desde el punto de vista histórico, una figura de tanta importancia en el Derecho de sociedades como el liquidador no ha tenido una regulación detenida que configure sus derechos y obligaciones de forma específica. Esta situación ha generado una enorme litigiosidad. Basta con analizar la jurisprudencia para dar cuenta de los conflictos que tal laguna jurídica provoca diariamente. El legislador ha tratado de crear un cuerpo normativo de la institución del liquidador mediante un sistema de remisión al administrador societario, pero como ha advertido la doctrina, la homologación

de ambas figuras es prácticamente imposible. El legislador es consciente de ello, pues el propio art. 375.2 LSC, exceptúa en la aplicación de la normativa del administrador societario aquello que no se oponga al Capítulo destinado a la liquidación. Desde el punto de vista de la *praxis*, ello provoca inseguridad jurídica dada cuenta de la difícil interpretación que cabe esperar de la norma por parte del liquidador que está acometiendo las tareas de liquidación.

La experiencia demuestra que la construcción de un estatuto propio del liquidador societario pasa por recorrer caminos distintos que no parecen encontrarse. De una parte, considerar el liquidador como un administrador concursal, de manera que se le invista de los mismos derechos y obligaciones que éste, sistema que podría ser válido en aras a superar los problemas evidenciados en este trabajo o, por otro lado, instituir al liquidador en un estatuto propio que, semejante al del administrador societario, no se remita a éste sino que exista un elenco de derechos, obligaciones, sistema de remuneración, etc., que aporte luz, pues no debe de olvidarse que el sistema de responsabilidad del liquidador debe de clarificarse en sincronía con un catálogo de derechos y obligaciones. Decantarse por esta segunda opción, francamente no puede ser criticable, pero ello implica acometer una importante reforma en la Ley de Sociedades de Capital.

Esta necesaria reforma facilitaría la tramitación de las cuestiones que surjan una vez inscrita la escritura de extinción de la sociedad. Así, la sincronía entre la capacidad de la sociedad extinguida y la capacidad del liquidador en este estadio societario, permitiría evitar la litigiosidad que existe en numerosas ocasiones, como hemos visto, como consecuencia de esta laguna legal.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 61, Cizur Menor, 2021.

ARRUBLA PAUCAR, J. A., *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2013.

BATALLER GRAU, J., *La reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada*, Edersa, Madrid, 2000.

— "La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital", AA.VV., *Simplificar el Derecho de Sociedades*, HIERRO ANIBARRO, S., (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

— "La disolución", AA.VV., *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A. B., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

— "La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores", AA.VV., *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A. B., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BROSETA PONT, M., *Lecciones de derecho mercantil*, Valencia, 1969.

CAMPUZANO, A. B., "La liquidación societaria de las sociedades de capital", AA.VV., *Tratado de conflictos societarios*, ORTEGA BURGOS, E., (Dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CARBAJO CASCÓN, F., "La sociedad en extinción", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 62, Madrid, 2021.

DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Disolución y Liquidación, Obligaciones*, Edersa, Madrid, 1993.

DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. II, Edersa, Madrid, 1977.

DE LOS MOZOS, J. L., *El negocio jurídico. Estudios de derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1987.

ESTEBAN VELASCO, G., "Ámbito del poder de representación", AA.VV, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO, A., BELTRÁN, E., (Dir.) Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

FERNÁNDEZ TORRES, I., *La junta general en las sociedades de capital en liquidación*, Iustel, Madrid, 2006.

FLAQUER RIUTORT, J., "Extinción de la sociedad anónima y desaparición de su personalidad jurídica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 40, Madrid, 2013.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La sociedad nula (consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 218, Madrid, 1995.

— "Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social", *Revista General de Derecho*, núm. 640-641, Valencia, 1998.

— "La reactivación de la sociedad", AA.VV., *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A. B., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., IGLESIAS PRADA, J. L., "La disolución y liquidación de las sociedades de capital", AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, Vol. I., APARICIO GONZÁLEZ, Mª. L., (Coord.), Thomson-Civitas, Madrid, 2015.

GARCÍA SANZ, A., "Relaciones entre fusión y reactivación en la sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 221, Madrid, 1996.

GARRIGUES, J., *Tratado de derecho mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, Vol. I.3, Madrid, 1949.

— *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976.

GIRÓN TENA, J., "El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, Madrid, 1954.

— Derecho de Sociedades, Tomo I, Madrid, 1976.

GUASCH SOL, A., "Los efectos de la cancelación registral en la extinción de las sociedades de capital. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 324/2017, de 24 de mayo", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 45, Madrid, 2018.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de derecho civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969.

IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., "Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, Madrid, 2005.

JORDANO BAREA, J. B., *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.

LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Bosch, Barcelona, 1994.

LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima,* Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ FLOREZ, A., "Artículo 400", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MARTÍNEZ FLOREZ, A., RECALDE CASTELLS, A., "Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, Madrid, 2013.

MARIMÓN DURÀ, R., "La incidencia de la cláusula rebus sic stantibus en la gestión de la contratación empresarial durante la pandemia", *El derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras. Libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Colex, Madrid, 2023.

MERCADAL VIDAL, F., "Liquidación de la sociedad anónima", AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., (Coord.), Tecnos, Madrid, 2009.

MOLINA SANDOVAL, C, A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2009.

MOYA BALLESTER, J., "La extinción de la sociedad en el ámbito societario y en el ámbito concursal", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, Madrid, 2013.

MUÑOZ MARTÍN, N., *La disolución y el derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

MUÑOZ PÉREZ, A. F., "Responsabilidad del liquidador en la Sociedad Anónima", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 17, Madrid, 2001.

— *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador,* Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

— "La extinción de las sociedades de capital. Régimen post-cancelación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, Madrid, 2017.

OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio,* Civitas, Madrid, 1996.

PULGAR EZQUERRA, J., "La extinción de las sociedades de capital. Disolución, liquidación y cancelación registral", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, Madrid, 2011.

RUBIO, J., "El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho Español", *Revista de Derecho Privado*, Vol. XXII, Madrid, 1935

SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

— "La conclusión del concurso", *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A. B., (Dirs.), Thomson Reuters Civitias, Cizur Menor, 2018.

SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Instituciones de derecho mercantil*, Valladolid, 1967.

— "La sociedad nula", AA.VV., La Fundación, Vol. I., ALONSO UREBA, A., (Coord.) Civitas, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, Madrid, 2002.

SEQUEIRA MARTÍN, A., "Arts. 223 a 251", AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Transformación, fusión y escisión*, Edersa, Madrid, 1993.

SHAW MORCILLO, L., "El liquidador", AA.VV., Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

URÍA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1958.

— "Disolución y liquidación de la sociedad anónima. (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XI, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M., (Dir.), Civitas, Madrid, 2002.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A., BELTRÁN, E., Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima. (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XI, Civitas, Madrid, 1992.

VERCHER MOLL, J., *La posición jurídica del liquidador de la sociedad de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia, 1981.

— *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VIII. JURISPRUDENCIA.

- STS de 17 de mayo de 1957.
- STS 6 de junio de 1959.
- STS 9 de mayo de 1983.
- STS 27 de junio de 1984.
- STS 19 de abril de 1985.

- STS de 24 de julio de 2002. Resolución núm. 810/2002.
- SAP A Coruña de 25 de abril de 2003. Resolución núm. 112/2003.
- SAP de Cáceres de 18 de marzo de 2005. Resolución núm. 101/2005.
- SAP de Madrid de 4 de febrero de 2011. Resolución núm. 26/2011.
- STS de 11 de noviembre de 2011.
- STS de 24 de febrero de 2012.
- STS de 8 de octubre de 2012. Resolución núm. 597/2012.
- STS 8 de noviembre de 2012.
- SAP de Córdoba de 2 de octubre de 2013. Resolución núm. 158/2013.
- SAP de Zamora de 22 de octubre de 2013. Resolución núm. 168/2013.
- SAP de La Coruña de 22 de julio de 2014. Resolución núm. 254/2014.
- STS de 29 de enero de 2013.
- SAP de Pontevedra de 14 de febrero de 2013. Resolución núm. 79/2013.
- SAP de Córdoba de 2 de octubre de 2013. Resolución núm. 158/2013.
- STS 13 de enero de 2014.
- STS 3 de abril de 2014.
- SAP de Córdoba de 13 de mayo de 2014. Resolución núm. 224/2014.
- STS 11 diciembre 2014.
- STS 19 diciembre 2014.
- STS 13 marzo 2015.
- SAP Las Palmas de 25 de abril de 2017. Resolución núm. 262/2017.
- STS de 24 de mayo de 2017. Resolución 324/2017.
- SAP de La Coruña de 12 de marzo de 2018. Resolución núm. 89/2018.
- SAP Madrid de 29 de junio de 2018. Resolución núm. 364/2018.
- SAP de La Coruña de 11 de febrero de 2019. Resolución núm. 40/2019.
- SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2019. Resolución núm. 423/2019.
- SAP de Valencia de 20 de mayo de 2019. Resolución núm. 649/2019.
- SAP Álava de 22 de diciembre de 2021. Resolución núm.1037/2021
- SAP Tenerife de 25 de mayo de 2022. Resolución núm. 93/2022.
- SAP Valencia de 20 julio de 2022. Resolución núm. 205/2022.
- STS de 8 de noviembre de 2023. Resolución núm. 1536/2023.
- SAP Santander de 24 de enero de 2024. Resolución núm. 83/2024.
- STS de 27 de mayo de 2025. Resolución núm. 823/2025.

Resoluciones de la DGSJyFP

- Resolución de 10 de febrero de 2022 (BOE de 24 de febrero de 2022).
- Resolución de 12 de diciembre de 2022 (BOE de 26 de diciembre de 2022).
- Resolución de 21 de junio de 2023. (BOE de 17 de julio de 2023).
- Resolución de 9 de octubre de 2023. (BOE de 2 de noviembre de 2023).
- Resolución de 19 de febrero de 2024. (BOE de 19 de marzo de 2024).

NOTAS

[1] Queremos agradecer los consejos y sugerencias del Prof. Dr. D. Antonio Sotillo Martí, Profesor Honorario de la Universidad de Valencia.

Este trabajo ha sido elaborado en el marco de ejecución del Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 9710, de 24.10.2023), entre estas, las subvenciones a grupos de investigación emergentes – GE 2024 (Anexo ix). Núm. expediente: CIGE/2023/150/RSCOM. Cuyo título es Impacto de la RSE en las Sociedades Mercantiles.

[2] VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 950; SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 28.

[3] MARTÍNEZ FLOREZ, A., RECALDE CASTELLS, A., "Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, Madrid, 2013, pp. 171-212., CARBAJO CASCÓN, F., "La sociedad en extinción", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 62, Madrid, 2021, *versión on-line*.

[4] BATALLER GRAU, J., "La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital", AA.VV., *Simplificar el Derecho de Sociedades*, HIERRO ANIBARRO, S., (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 520-536.

[5] GIRÓN TENA, J., Derecho de Sociedades, Tomo I, Madrid, 1976, p. 332.

[6] BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 28.

[7] GIRÓN TENA, J., Derecho…, cit., p. 359.

[8] OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, p. 62.

[9] RUBIO, J., "El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho Español", *Revista de Derecho Privado*, Vol. XXII, Madrid, 1935, pp. 288-306.; SEQUEIRA MARTÍN, A., "Arts. 223 a 251", AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Transformación, fusión y escisión*, Edersa, Madrid, 1993, p. 93 y ss.

[10] DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. II, Edersa, Madrid, 1977, pp. 668-669.

[11] SÁNCHEZ CALERO, F. J., "La sociedad nula", AA.VV., La Fundación, Vol. I., ALONSO UREBA, A., (Coord.) Civitas, Madrid, 1991, pp. 1009-1032.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La sociedad nula (consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 218, Madrid, 1995, pp. 1339-1390.; LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 75 y ss.

[12] BATALLER GRAU, J., "La simplificación…, cit., p. 525.

[13] BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores", AA.VV., *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A. B., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 457.

[14] PULGAR EZQUERRA, J., "La extinción de las sociedades de capital. Disolución, liquidación y cancelación registral", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, Madrid, 2011, *versión on line*. MOYA BALLESTER, J., "La extinción de la sociedad en el ámbito societario y en el ámbito concursal", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, Madrid, 2013, pp. 529-541., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La liquidación…, cit., p. 458.

[15] GARRIGUES, J., *Tratado de derecho mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, Vol. I.3, Madrid, 1949, p. 503.; GIRÓN TENA, J., Derecho…, cit., p. 339.; DE EIZAGUIRRE, J.

Mª., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Disolución y Liquidación, Obligaciones*, Edersa, Madrid, 1993, p. 106.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución*…, cit. p. 26.; MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador,* Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 32; SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución*…, cit. p. 31.; BATALLER GRAU, J., "La disolución", AA.VV., *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A. B., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 23.; CAMPUZANO, A. B., "La liquidación societaria de las sociedades de capital", AA.VV., *Tratado de conflictos societarios*, ORTEGA BURGOS, E., (Dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 588.

[16] GIRÓN TENA, J., Derecho…, cit., p. 342.

[17] GARRIGUES, J., *Tratado de derecho*…, cit. p. 503.

[18] SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, p. 352.; DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. p. 107.

[19] GARCÍA SANZ, A., "Relaciones entre fusión y reactivación en la sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 221, Madrid, 1996, pp. 949-950.; DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. p. 98.; BATALLER GRAU, J., *La reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 21-24.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La reactivación de la sociedad", AA.VV., *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A. B., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 50.

[20] DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. p. 112.

[21] SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social*…, cit. pp. 350-353.

[22] Por todos, BATALLER GRAU, J., "La disolución" …, cit. p. 30.

[23] MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El proceso de liquidación*…, cit. p. 125.

[24] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social", *Revista General de Derecho*, núm. 640-641, Valencia, 1998, pp. 549-614.

[25] ESTEBAN VELASCO, G., "Ámbito del poder de representación", AA.VV, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO, A., BELTRÁN, E., (Dir.) Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1686-1687.

[26] SSTS de 11 de noviembre de 2011 y de 24 de febrero de 2012.

[27] Resolución núm. 4991/2019.

[28] SAP de Zamora de 22 de octubre de 2013. Resolución núm. 168/2013.

[29] Léase la SAP de Córdoba de 2 de octubre de 2013. Resolución núm. 158/2013.

Fundamento de Derecho Segundo.— "*La doctrina mercantilista siempre ha mantenido que, en defecto de nombramiento de liquidador por la junta general de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, y no obstante la falta de previsión, puede acudirse al juez para que nombre los liquidadores, dada la falta de voluntad social; por lo que cualquier persona que tenga legitimación para instar la disolución judicial de la sociedad, también la tiene para solicitar el nombramiento de liquidadores, máxime si, cual ocurre en este caso, la causa de la disolución es la paralización de los órganos sociales y el cese de la actividad negocial. Posibilidad también admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en Resolución de 22 de septiembre de 2000, partiendo de la base de que la caracterización de las normas legales disolutorias y liquidatorias como normas de orden público y la necesidad de concretar el derecho a la cuota de liquidación, así como la satisfacción de los intereses tutelados de los acreedores sociales, justifican sobradamente la intervención judicial. En este caso, no ha sido posible acordar la disolución de la sociedad, pese a existir causa legal para ello, dada la imposibilidad de adopción de acuerdos en la junta general. Por lo que, ante*

la pasividad del administrador social respecto de la disolución de la sociedad, tampoco parece lógico encomendarle la liquidación, lo que conduce a una aplicación analógica de lo previsto en el artículo 377.2 de la Ley de Sociedades de Capital (solución admitida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, e implícitamente, por las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 14 de noviembre de 2008 y 15 de junio de 2010). En todo caso, la cuestión planteada en esta alzada ha quedado resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011, en el sentido de entender admisible la designación judicial de los liquidadores en el supuesto especial de disolución por paralización de los órganos judiciales, pues como señala dicha resolución, no hay razón estructural ni formal para sostener, o que permita entender, que la norma no sea aplicable a las causas de disolución del artículo 363-1-c) LSC (la Sentencia argumenta en relación al art 110-1 LSRL, equivalente al 376-1 LSC, y el art. 104-1-c LSRL, equivalente al 363-1-c) LSC), añadiendo que, de los supuestos del art 104-1-c) LSRL, en el caso concreto de dos socios con igual participación social del cincuenta por ciento cada uno, y claramente enfrentados, se plantea una cierta singularidad respecto de otras causas de disolución, que permite la inaplicación del tenor literal de la norma del 110-1 LSRL".

[30] SAP de Valencia de 20 de mayo de 2019. Resolución núm. 649/2019.

[31] SAP de La Coruña de 22 de julio de 2014. Resolución núm. 254/2014.

[32] SAP de La Coruña de 12 de marzo de 2018. Resolución núm. 89/2018.

[33] URÍA, R., "Disolución y liquidación de la sociedad anónima. (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XI, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M., (Dir.), Civitas, Madrid, 2002, p. 250.; MERCADAL VIDAL, F., "Liquidación de la sociedad anónima", AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., (Coord.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2549-2718.

[34] SAP de La Coruña de 11 de febrero de 2019. Resolución núm. 40/2019.

[35] MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El proceso de liquidación*…, cit. p. 235.

[36] SAP de La Coruña de 11 de febrero de 2019. Resolución núm. 40/2019. Fundamento de Derecho TERCERO párrafo 3º: "*fue totalmente ajustada a Derecho la decisión que, con respecto a la optimización de la realización del patrimonio social, adoptó el liquidador; toda vez que constituye máxima de experiencia constatable la de que se obtiene un mayor valor en el mercado a través de la enajenación en bloque de los activos sociales, como una unidad productiva, que la disgregación o separación de los elementos patrimoniales que la componen, así como el ahorro que además supone evitar los gastos correspondientes a la liquidación de los contratos laborales*".

[37] SSTS 8 de noviembre de 2012, 11 diciembre 2014, 19 diciembre 2014, 13 marzo 2015.

[38] SSTS de 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959, 9 de mayo de 1983 y 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985.

[39] BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución*…, cit. p. 87.

[40] DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. p. 15.

[41] BATALLER GRAU, J., "La disolución", cit. p. 35.

[42] STS de 8 de octubre de 2012. Resolución núm. 597/2012.

[43] STSS de 29 de enero de 2013, 13 de enero de 2014, 3 de abril de 2014.

[44] MARIMÓN DURÀ, R., "La incidencia de la cláusula rebus sic stantibus en la gestión de la contratación empresarial durante la pandemia", *El derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras. Libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Colex, Madrid, 2023, pp. 425-441.

[45] SAP de Cáceres de 18 de marzo de 2005. Resolución núm. 101/2005.

[46] SAP de Madrid de 4 de febrero de 2011. Resolución núm. 26/2011.

[47] SHAW MORCILLO, L., "El liquidador", AA.VV., Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1750.

[48] BROSETA PONT, M., *Lecciones de derecho mercantil*, Valencia, 1969, p. 279.; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia, 1981, p. 322.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, Valladolid, 1967, p. 250.; URÍA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, p. 520.

[49] SAP Las Palmas de 25 de abril de 2017. Resolución núm. 262/2017.

[50] STS de 24 de julio de 2002. Resolución núm. 810/2002.

[51] MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El proceso de liquidación*…, cit. p. 235.

[52] DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. p. 186.

[53] BATALLER GRAU, J., "La disolución y…, cit., p. 885.

[54] MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El proceso de liquidación*…, cit. p. 198.

[55] MACHADO PLAZAS, J., "Los liquidadores…, cit., p. 180.

[56] SAP Madrid de 29 de junio de 2018. Resolución núm. 364/2018.

[57] SAP de Córdoba de 2 de octubre de 2013. Resolución núm. 158/2013.

[58] SAP de Córdoba de 13 de mayo de 2014. Resolución núm. 224/2014.

[59] MACHADO PLAZAS, J., "Los liquidadores…, cit. p. 200.

[60] URÍA, R., MENÉNDEZ, A., BELTRÁN, E., Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima. (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XI, Civitas, Madrid, 1992, p. 185.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., IGLESIAS PRADA, J. L., "La disolución y liquidación de las sociedades de capital", AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, Vol. I., APARICIO GONZÁLEZ, Mª. L., (Coord.), Thomson-Civitas, Madrid, 2015, pp. 567-584.

[61] SACRISTÁN BERGIA, F., "La conclusión del concurso", *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A. B., (Dirs.), Thomson Reuters Civitias, Cizur Menor, 2018, p. 335.

[62] GUASCH SOL, A., "Los efectos de la cancelación registral en la extinción de las sociedades de capital. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 324/2017, de 24 de mayo", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 45, Madrid, 2018, pp. 45.

[63] STS de 24 de mayo de 2017. Resolución 324/2017.

[64] Resolución 220/2013.

[65] BOE de 7 de enero de 2017.

[66] Resolución 503/2012.

[67] FLAQUER RIUTORT, J., "Extinción de la sociedad anónima y desaparición de su personalidad jurídica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 40, Madrid, 2013, pp. 361-386.

[68] Resolución de 10 de febrero de 2022 (BOE de 24 de febrero de 2022). Esta Resolución recoge la doctrina de la propia Dirección General de 29 de julio, 2 de septiembre y 22 de diciembre, todas ellas de 2021. Además, reitera la doctrina mantenida en la Resolución de 30 de agosto de 2017.

[69] Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de diciembre de 2022 (BOE de 26 de diciembre de 2022).

[70] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 61, Cizur Menor, 2021, p. 50.

[71] MARTÍNEZ FLOREZ, A., "Artículo 400", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 5619-5632.

[72] SAP Valencia de 20/07/2022 RES:205/2022 REC:779/2021
SAP Tenerife de 25/05/2022 RES:93/2022 REC:208/2022
SAP Álava de 22/12/2021 RES:1037/2021 REC:1471/2021
SAP Santander de 24/01/2024 RES:83/2024 REC:1027/2022

[73] Resolución de 19 de febrero de 2024. BOE de 19 de marzo de 2024.

[74] Resolución de la DGSJyFP de 9 de octubre de 2023. BOE de 2 de noviembre de 2023.

[75] Resolución de la DGSJyFP de 21 de junio de 2023. BOE de 17 de julio de 2023.

[76] SAP de Pontevedra de 14 de febrero de 2013. Resolución núm. 79/2013.

[77] SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2019. Resolución núm. 423/2019.

[78] GIRÓN TENA, J., "El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, Madrid, 1954, p. 695.

[79] DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. p. 163.

[80] MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El proceso de liquidación*…, cit. pp. 125-235.

[81] DE EIZAGUIRRE, J. Mª., *Comentarios*…, cit. pp. 230-238.; MUÑOZ PÉREZ, A. F., "Responsabilidad del liquidador en la Sociedad Anónima", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 17, Madrid, 2001, pp. 109-178.; MUÑOZ MARTÍN, N., *La disolución y el derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 275.; FERNÁNDEZ TORRES, I., *La junta general en las sociedades de capital en liquidación*, Iustel, Madrid, 2006, p. 241.

[82] Léase la exposición sobre la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia de MACHADO PLAZAS, J., "Los liquidadores…, cit., pp. 185-200.

[83] SAP A Coruña de 25 de abril de 2003. Resolución núm. 112/2003.

[84] DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 406; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de derecho civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 233; DE LOS MOZOS, J. L., *El negocio jurídico. Estudios de derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 518.

[85] MOLINA SANDOVAL, C, A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2009, p. 51.

[86] GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 441; JORDANO BAREA, J. B., *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 77.

[87] ARRUBLA PAUCAR, J. A., *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2013, pp. 243-253.

[88] SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores…, cit.,* p. 176.; PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber …,* cit., p. 22.

[89] DÍAZ ECHEGARAY, J L., *Deberes …*, cit., p. 157.

[90] GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976, p. 57.

[91] IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., "Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, Madrid, 2005, pp. 75-89.

[92] PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio,* Civitas, Madrid, 1996*,* p. 23.

[93] LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima,* Civitas, Madrid, 1996*,* p. 92.

[94] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, Madrid, 2002, pp. 1653-1726.

[95] DÍAZ ECHEGARAY, J L., *Deberes y Responsabilidad*…, cit., pp. 159-164.

[96] GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 84.

[97] MUÑOZ PÉREZ, A. F., "La extinción de las sociedades de capital. Régimen post-cancelación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, Madrid, 2017, pp. 2309-2345.

Trabajo recibido el 6 de febrero de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

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 26-3-2025
BOE 16-5-2025
Registro de la Propiedad de Estepa.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUPUESTO DE EXIGENCIA DE LICENCIA DE PARCELACIÓN.

En el presente expediente tratándose de una división horizontal no amparada en licencia y concurrir además un supuesto de parcelación, debe confirmarse el defecto en cuanto a la exigencia de intervención administrativa del Ayuntamiento.

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, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral —cfr. Resolución de 15 de julio de 2021—. De los preceptos citados 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 señalado 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 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

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.05

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, pues no hay división o fraccionamiento físico del terreno toda vez que no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. 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. Ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común.

En el caso del presente expediente debe atenderse a las condiciones concretas en las que se configura la división horizontal para analizar si puede o no equipararse a una parcelación. En primer lugar, debe advertirse que a cada uno de los elementos privativos se le atribuye el uso exclusivo y excluyente de una determinada parcela de terreno en la que se ubica la edificación. La suma de las superficies de dichas parcelas agota la totalidad de la superficie total de la finca. Por tanto, no resta ninguna superficie de suelo que tenga la naturaleza de común según resulta de la propia descripción de los elementos privativos contenida en el título en relación a sus linderos y a la propia certificación catastral descriptiva y gráfica protocolizada. En segundo lugar, en las normas que rigen la propiedad horizontal se describen como elementos comunes exclusivamente «los señalados» en los preceptos legales reguladores de la propiedad horizontal, sin describir ningún espacio como elemento común. En tercer lugar, ambos elementos no sólo tienen atribuido un derecho de uso exclusivo sobre su respectiva porción de suelo, delimitada, sino que también disfrutan cada uno de su respectivo acceso independiente a través de puerta abierta a la calle de situación. Los argumentos anteriores son reveladores de la configuración independiente tanto física como jurídicamente de los dos elementos privativos de la propiedad horizontal y de la parcela de terreno a cada uno asociada, por lo que en el presente expediente tratándose de una división horizontal no amparada en licencia y concurrir además un supuesto de parcelación, debe confirmarse el defecto en cuanto a la exigencia de intervención administrativa del Ayuntamiento.

Resolución de 25-3-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 6.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDECICOMISARIA DE RESIDUO. USFRUCTO: DURACIÓN.

El poder dispositivo del fiduciario de residuo se refiere a los actos a título oneroso e «inter vivos», salvo que se extienda expresamente actos a título gratui-

to o mortis causa. Precisamente porque el usufructo es naturalmente vitalicio, debe reputarse innecesaria la determinación expresa del plazo de duración de tal derecho, de suerte que sólo cuando el constituyente del usufructo haya dispuesto una duración superior o inferior a la vida del usufructuario será imprescindible su determinación.

Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitidos, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida. 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 la 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»).

La atribución de la facultad de disponer al fiduciario deberá interpretarse conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo, de modo que tal poder dispositivo se refiere a los actos a título oneroso e «inter vivos», salvo que se extienda expresamente actos a título gratuito o mortis causa, se exige expresa autorización para el ejercicio de esas facultades en tales términos.

En relación con el segundo de los defectos, relativo a la determinación del plazo de duración del usufructo reservado por la donataria, no cabe sino recordar que, aun cuando el derecho real de usufructo es un derecho de carácter temporal, tiene también carácter vitalicio, como resulta del artículo 513.1.º del Código Civil, según el cual el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario. Desde el punto de vista estructural, no se ve obstáculo que impida al constituyente del usufructo disponer que en caso de fallecimiento del usufructuario no se extinga el usufructo sino que consiente la transmisión de este derecho todavía desgajado del dominio. Por ello, precisamente porque el usufructo es naturalmente vitalicio, debe reputarse innecesaria la determinación expresa del plazo de duración de tal derecho, de suerte que sólo cuando el constituyente del usufructo haya dispuesto una duración superior o inferior a la vida del usufructuario será imprescindible su determinación.

Resolución de 26-3-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 4.

PACTO COMISORIO: OPCIÓN DE COMPRA EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Se reitera la doctrina acerca de la configuración de una opción de compra 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. 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.

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio, 22, 30 y 31 de julio y 9 de septiembre de 2024, y posteriores citadas en los «Vistos»), según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Igualmente 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 primer término, parece evidente que la mera voluntad de una de las partes no puede dejar sin efecto lo pactado, contraviniendo de este modo principios tan básicos como el de los artículos 1115, 1255 y 1256 del Código Civil. Y es que la voluntad del concedente para dejar sin efecto la opción, no es otra que haber vendido la finca en el plazo en que el ejercicio de la opción queda en suspenso, lo que conlleva que tiene que devolver duplicada la cantidad que se ha conceptuado como arras a cuenta del precio (aparte otras cantidades). Y si antes aludíamos a la necesidad de atender a la intención de las partes y desentrañar así la verdadera causa del contrato, vemos que lo antes expresado pone aún más de relieve la función de garantía de la opción pactada. Pero hay un dato en la escritura que adquiere especial relevancia a la hora de analizar lo pactado y la intención de las partes (cfr. artículo 1281, párrafo segundo, del Código Civil), pues en ella se indica que, para la finca objeto de la opción, se daba al precio pactado como prima el carácter,

o más exactamente el efecto, de arras o señal del contrato de compraventa previsto; y además el de anticipo de precio, para el caso de que fuera dejado sin efecto (tal contrato) por alguna de las dos partes desde este otorgamiento hasta el día 10 de octubre de 2025. Y se añadía que, si los concedentes optaran por dejar sin efecto la opción de compra y por tanto la futura compraventa, deberían devolverlo duplicado, «como si se tratara de una señal en concepto de arras».Ello conduce a una conclusión racional: si del importe que se dice se anticipaba a los concedentes (que como se indicó se ha visto reducido sensiblemente tras determinados pagos a terceros por los conceptos antes señalados), luego han de devolver doblado lo recibido como arras o anticipo, hay elementos suficientes para considerar la opción pactada como una garantía de una operación de financiación, en la que siempre saldrá beneficiado el optante.

Resolución de 26-3-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

HIPOTECA: CONSTITUIDA EN FAVOR DE UNA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA.

Se analiza la peculiaridad de la hipoteca constituida en favor de un avalista.

Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente (cfr. la Resolución de 30 de septiembre de 2009, y las demás citadas en los "Vistos" de la presente), la hipoteca puede constituirse para garantizar toda clase de obligaciones (cfr. artículos 1861 del Código Civil y 105, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria). Así, la obligación asegurada puede ser, por ejemplo, la obligación principal derivada de un préstamo; pero también puede garantizarse la obligación del deudor respecto del fiador (cfr. artículos 1843, párrafo último del Código Civil, y 6 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). Es indudable que la fianza constituye una obligación independiente, como lo evidencia su función económico social que, centrada en el aseguramiento del interés del acreedor para el caso de que la obligación principal no sea cumplida en los términos pactados, determina una causa peculiar de garantía, en todo caso diferente de la propia de la obligación principal asegurada. Consecuencia necesaria de lo anterior es la alteridad del régimen de la obligación del fiador respecto de la obligación del deudor principal, que se traduce no sólo en la posibilidad de que su contenido sea distinto, sino también en que su existencia, y su posibilidad de modificación y extinción sean independientes, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesoria. De tal caracterización de la obligación del fiador debe concluirse afirmando la posibilidad de que su derecho pueda ser garantizado mediante hipoteca.

La hipoteca garantiza al fiador que paga la realización de su crédito contra el deudor principal directamente sobre la finca hipotecada y con preferencia a cualquier otro acreedor posterior, lo que tiene evidente interés para él, como en cualquier otra relación de crédito. En este sentido, no debe olvidarse que el contenido del derecho del fiador, especialmente después de haber pagado, es diferente y, desde el punto de vista objetivo, más amplio que el del acreedor principal, como

consecuencia de tratarse de un vínculo obligatorio distinto. Reconocida la naturaleza autónoma de la relación de fianza, también es cierto que su carácter accesorio y subordinado determina una interconexión con la obligación principal que no se da en otro tipo de contratos. Una de las manifestaciones de esta peculiaridad se concreta en la posibilidad de que el fiador que paga se subrogue en la posición jurídica del acreedor (artículo 1839 del Código Civil). Pero ese efecto subrogatorio no significa que la fianza se confunda con la obligación principal.

En el caso que motiva este recurso, se está ante una operación muy frecuente en el tráfico jurídico, que nace de una garantía prestada por una sociedad de garantía recíproca (reguladas por Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca), a determinada entidad crediticia, en razón de la financiación que ésta ha concedido a un socio o partícipe de aquella. dichas sociedades de garantía reciprocas —supervisadas por el Banco de España— son entidades financieras sin ánimo de lucro que tienen por objeto facilitar acceso a la financiación a las pequeñas y medianas empresas y a los autónomos; avalándolas ante las entidades bancarias y resultando así garantes de la deuda. En el caso que motiva este recurso, se está ante una operación muy frecuente en el tráfico jurídico, que nace de una garantía prestada por una sociedad de garantía recíproca (reguladas por Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca), a determinada entidad crediticia, en razón de la financiación que ésta ha concedido a un socio o partícipe de aquella. dichas sociedades de garantía reciprocas —supervisadas por el Banco de España— son entidades financieras sin ánimo de lucro que tienen por objeto facilitar acceso a la financiación a las pequeñas y medianas empresas y a los autónomos; avalándolas ante las entidades bancarias y resultando así garantes de la deuda.

El texto de la escritura viene a concretar de forma expresa y concisa los conceptos de los que se derivarían las cantidades que en el futuro deba soportar la hipotecante como consecuencia del incumplimiento de la póliza de aval garantizada con la hipoteca; de tal forma que excluye aquellas otras obligaciones contractuales que, o bien ya han sido cumplidas por los avalados, o bien carecen de contenido económico y, por ende, no precisan de ser garantizadas por medio de la hipoteca que pretende inscribirse. Siendo evidente que las cantidades devengadas por los dos conceptos señalados de forma concreta serán las únicas puedan ser objeto del acta de manifestaciones prevista en los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento. Por tanto, no cabe alegar incumplimiento del principio de especialidad.

Como también es evidente, tal y como indica el recurrente y en referencia a la transcrita «condición general segunda», que se deduce claramente que el cumplimiento íntegro de las obligaciones afianzadas por «Avalcanarias» (el reintegro realizado por el avalado a la beneficiaria del aval de la totalidad del préstamo avalado) tiene como consecuencia la finalización de su vigencia por la completa extinción de la fianza y que el incumplimiento de dichas obligaciones por parte del avalado y el consecuente pago realizado por «Avalcanarias», tendrá como resultado necesario que la póliza de aval diferente de la de préstamo reiteremos siga en vigor hasta tanto no hayan sido reembolsadas a «Avalcanarias» las cantidades que ésta haya abonado a la entidad beneficiaria del aval; circunstancia que deviene imprescindible para que la sociedad de garantía recíproca avalista pueda exigir el reintegro de las cantidades abonadas por cuenta del avalado.

Resolución de 26-3-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación 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 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, existen dudas fundadas sobre el mantenimiento de la identidad de la finca del promotor, dado que dicha finca es resultado como finca resto de una segregación realizada en el año 1999 (sin que en el Registro conste archivada su representación gráfica), y conforme al artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria la realidad de la modificación pretendida puede ponerse en duda en base al «el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie». Además, consta durante la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria la oposición expresa de la titular de la finca segregada y colindante con la del promotor, y que registralmente tiene la misma superficie que la finca resto, y que alega resultar ahora invadida parcialmente por la pretensión del promotor.

Resolución de 1-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Cullera.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

El plazo de prescripción y su cómputo han de regirse por la legislación vigente al tiempo de la finalización de la obra, aunque luego sucedan modificaciones legales.

Esta Dirección General es consciente de las dificultades que la ejecución de la disciplina urbanística puede tener para la Administración Urbanística Municipal, infringida en el presente caso. Sin embargo, es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que toda actuación jurídica, ya sea privada, judicial, o administrativa, se encuentra sometida en su ejercicio al influjo del tiempo, el cual incide en el desarrollo y consecuencias de toda actuación jurídica, a través del instituto de la prescripción, en sus dos vertientes de adquisición de un derecho

real, o extintiva de derechos y acciones. Esta última supone la pérdida de un derecho por el no ejercicio por su titular durante el plazo fijado por el ordenamiento, afectando a los derechos y acciones de cualquier clase que sean, como dispone el artículo 1930.2 del Código Civil.

Para defender el cumplimiento de esa legalidad urbanística infringida, la registradora hace una interpretación del instituto de la prescripción que ha de ser analizado para determinar si el mismo es respetuoso con el principio de seguridad jurídica, lo que determinará si la calificación registral es ajustada a no a Derecho, que es lo que se determina en un recurso gubernativo, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 22 de marzo de 2024. Por otro lado, la Administración competente para exigir el cumplimiento de la legalidad urbanística, debió extremar la diligencia en la tramitación del expediente, puesto que podría haber solicitado la práctica de la anotación preventiva de la incoación del expediente de disciplina urbanística del artículo 56 del Real Decreto 1093/1.997, de 4 de julio, que tiene una duración de 4 años, prorrogables por otro año más, conforme al artículo 60 del citado Real Decreto. Habiéndose dictado resolución ordenando la demolición, podría haberse hecho constar la misma por nota marginal, conforme al artículo 63.3 del citado Real Decreto, la cual tendrá una duración indefinida, por aplicación del artículo 73.1 de la citada norma, aunque ciertamente ello no impide la aplicación del instituto de la prescripción extintiva, conforme al número 2 del citado artículo.

Es indudable que, una vez dictada la orden de demolición, el transcurso del tiempo influye en el resultado del procedimiento para restablecer la legalidad urbanística. Estamos ante un plazo de prescripción que, ante la ausencia de regulación específica en materia urbanística, la jurisprudencia ha considerado aplicable, tradicionalmente, el plazo general de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción. En la medida en que el acto administrativo ordenó al titular el derribo de un edificio, aquél contiene una obligación de hacer, la exigencia de cuya efectividad no puede quedar indefinidamente pendiente en el tiempo sino que por tratarse, en definitiva, de una obligación personal está sujeta al plazo de prescripción de 15 años del artículo 1964 del Código Civil, que es el plazo de que la Administración disponía para acudir al mecanismo de ejecución subsidiaria y que fue largamente sobrepasado en el presente caso.

Posteriormente, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que, en su disposición final primera, modifica el artículo 1964 del Código Civil para reducir a cinco años el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones personales que no tuvieran previsto un plazo especial, frente al plazo de quince años anterior a esta modificación. Asimismo, se aclara que el cómputo de este plazo de prescripción comienza desde el momento en que se pudiera exigir el cumplimiento de la obligación incumplida. En nuestro caso, se puede ejecutar subsidiariamente la ejecución de la demolición desde el día 18 de noviembre de 2011. Esta reducción del plazo plantea problemas de derecho transitorio, puesto que, con la legislación aplicable, cuando se dictó la orden de demolición por el Ayuntamiento de Cullera, el plazo para ejecutar subsidiariamente la misma estaría vigente y la orden no habría prescrito, por no haber transcurrido 15 años, desde el día 18 de noviembre de 2011, día en que vence el plazo fijado para que el administrado la cumpla voluntariamente. Pero, de aplicarse el nuevo régimen fija-

do por la Ley 42/2015, la orden de ejecución estaría prescrita. 9.En interpretación del régimen transitorio, la Sentencia del Tribunal Supremo número 29/2020, de 20 de enero, vino a unificar la doctrina del Alto Tribunal al respecto: la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtirá efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años. En aplicación de esta doctrina, la conclusión ha de ser, como entiende el recurrente en su escrito de interposición del recurso, que la orden de ejecución está prescrita.

La registradora aplica retroactivamente el criterio restrictivo de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje a una infracción urbanística producida bajo la vigencia de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, que fue analizada por la administración urbanística, tras el ejercicio en plazo de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística y que culminó con orden de demolición de fecha 5 de septiembre de 2011, antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje. Sin embargo, el criterio para determinar la legislación aplicable para el cómputo del plazo de prescripción no puede ser otro que el de la fecha de terminación de la obra. Por tanto, la legislación aplicable al caso será la vigente en el año 2008, momento en el que, según el arquitecto informante, se puede decir, con seguridad, que la obra había sido finalizada. Sin embargo, la registradora considera que, al interrumpirse la prescripción de la infracción por la no ejecución de la obra de demolición, al publicarse la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, el plazo de prescripción ya no es el de 4 años, sino el de 15.

La registradora, al haber entrado ya en vigor la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje aplica el plazo de prescripción de los 15 años del artículo 236.1 de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida. Sin embargo, no es este el criterio que resulta del propio artículo 236 de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, en su número 6, cuando dispone: «El plazo de caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística de la Administración que se aplicará será el que establece la ley urbanística en vigor, a fecha de finalización de la actuación urbanística».

Resolución de 1-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Belmonte.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: ANOTACIÓN DE DEMANDA SOBRE FINCA TITULARIDAD DEL DEMANDANTE.

Se admite que en ciertos casos sea posible anotar la demanda relativa a una finca inscrita a nombre del demandante.

Como ha reiterado este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral 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).

En efecto, las exigencias generales del principio de tracto sucesivo llevan a la conclusión de que no procede la práctica de la anotación preventiva de demanda, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral en el momento de presentación de dicho mandamiento. Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Centro Directivo en otras ocasiones (vid., entre otras, Resoluciones de 25 de marzo de 2004 —respecto de una anotación de querella—, 14 de febrero de 2006 y 24 de enero de 2011), es distinto el problema que se plantea cuando el titular de la finca es el propio demandante. En ese caso pudiera pensarse que no es lógico que se anote una demanda en la que el titular registral es el propio demandante, y en este sentido, en diferentes ocasiones se ha estimado por este Centro Directivo que en dicho supuesto no cabe la anotación (véase Resolución de 7 de septiembre de 2005). Sin embargo, este criterio fue matizado con posterioridad por esta Dirección General (vid. Resoluciones de 14 de febrero de 2006 y 24 de enero de 2011) fundándose en el principio de tutela judicial efectiva, y admitiendo tal anotación cuando, de no hacerse, se produciría un supuesto de indefensión para el demandante, caso que ocurre cuando existe un título de transmisión o gravamen referente a la finca objeto de la demanda que aún no haya sido inscrito, pero cuya inscripción futura pudiera tener como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca referida.

Resolución de 1-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SOBRANTE A DISPOSICIÓN DE ACREEDORES POSTERIORES.

El importe de adjudicación expresado en el decreto por principal e intereses excede de la responsabilidad hipotecaria fijada para esos conceptos, lo que, existiendo un acreedor posterior, supone una vulneración de las normas del procedimiento de ejecución que hace que la resolución judicial sea incongruente con el procedimiento en el que se ha dictado.

Como resulta de los fundamentos de Derecho citados, de la regulación contenida en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución hipotecaria, resulta que la cantidad entregada al acreedor ejecutante en pago de su deuda está siempre limitada a la cantidad garantizada por la responsabilidad hipotecaria, que opera como límite tanto inter partes como frente a terceros. Este límite es un principio esencial de nuestro sistema de ejecución hipotecaria, pues permite a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca conocer cuál es la cantidad máxima de la que responderá la finca en caso de ejecución, teniendo derecho a que la diferencia entre el valor de realización de la finca

y la responsabilidad hipotecaria sea consignada a su favor, como compensación por la purga o cancelación de su derecho.

En este caso, el importe de adjudicación expresado en el decreto por principal e intereses excede de la responsabilidad hipotecaria fijada para esos conceptos, lo que, existiendo un acreedor posterior, supone una vulneración de las normas del procedimiento de ejecución que hace que la resolución judicial sea incongruente con el procedimiento en el que se ha dictado. Este extremo está comprendido en el ámbito de la calificación registral de los documentos judiciale conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Esta conclusión es aplicable aun no habiendo propiamente remate, sino adjudicación, por haber quedado desierta la subasta y ejercitado el acreedor la facultad prevista en el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En conclusión, el registrador, en estos supuestos de no aplicación del régimen legal de reparto del sobrante de una adjudicación hipotecaria, no puede revisar el fondo de la resolución judicial, pero debe calificar la congruencia del título judicial con el procedimiento en que se ha dictado, lo cual, al existir acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada, implica comprobar que la cantidad sobrante por cada concepto ha sido puesta a disposición de los titulares de asientos posteriores.

Resolución de 2-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3.

DERECHO DE HABITACIÓN: DURACIÓN.

Dado el carácter vitalicio del derecho de habitación, debe reputarse innecesaria la determinación expresa del plazo de duración de tal derecho.

Siendo los derechos de uso y habitación derechos reales en cosa ajena, son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho de dominio en otra persona, al cual limitan. Esto significa que, para cualquier constitución de este derecho real sobre cosa ajena, es necesario el consentimiento del titular o titulares de la misma, porque supone un acto de disposición (artículo 397 del Código Civil). En el supuesto concreto, concurren todos los titulares y llamados a las sucesiones en la adjudicación de este derecho de uso y habitación.

Conforme el artículo 529 del Código Civil, el derecho de uso y habitación se extingue por las mismas causas que el derecho de usufructo, además de, como alega el notario recurrente, el abuso grave de la cosa o de la habitación. Así, el citado artículo 529 del Código Civil remite al 513 del mismo texto legal, según el cual, el usufructo se extingue en los siguientes casos: por muerte del usufructuario; por expirar el plazo o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona; por la renuncia del usufructuario; por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo; por la resolución del derecho del constituyente, y por la prescripción. Así pues, aunque nada se disponga en el título constitutivo del derecho de habitación, su extinción siempre tendrá lugar por cualquiera de las causas legales del citado artículo 513 del Código Civil. En cuanto a la primera de ellas, y aunque no haya

precepto alguno entre los artículos del capítulo referido al derecho de uso y habitación que presuma su carácter vitalicio (a diferencia de algunas legislaciones de derecho civil foral o especial —vid. artículo 562.2 del Código Civil de Cataluña y la ley 423.2 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra), lo cierto es que la intransmisibilidad del derecho de habitación (artículo 525 del Código Civil) hace que la muerte del usuario o habitacionista sea la causa de extinción «ope legis» del derecho, a menos que se haya señalado un plazo específico en el título constitutivo.

Resolución de 2-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

HERENCIA: ACTA DE NOTORIEDAD PARA IDENTIFICAR HEREDERO INDETERMINADO.

La calificación registral del acta de notoriedad se tiene que limitar a comprobar si se han cumplido por el notario autorizante todas las formalidades exigidas por el Reglamento Notarial.

Ha puesto de manifiesto este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 16 de abril de 2013 y 13 de julio y 27 de octubre de 2016) que este tipo de actas de notoriedad tienen como contenido el juicio que emite el notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad, sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos, pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El notario no percibe el hecho notorio de «visu et auditu», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios.

Ciertamente, el art. 82 RH está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en los supuestos de llamamientos condicionales también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento también puede acreditarse mediante acta de notoriedad.

La calificación registral del acta de notoriedad se tiene que limitar a comprobar si se han cumplido por el notario autorizante todas las formalidades exigidas por el Reglamento Notarial. En el caso del presente recurso la notaria considera, a la vista de las pruebas practicadas, que no existían otras personas interesadas, que no fuera el requirente, a los que hubiera que notificar la iniciación del acta de notoriedad, decisión notarial que es ajustada a derecho al cumplir las formalidades legales. Si tienen en cuenta las alegaciones del requirente del acta de notoriedad, la prueba documental y la testifical practicada en dicho instrumento público, la notaria no podía presumir que existieran otras personas que se puedan ver perju-

dicadas, pues de aquellas afirmaciones y de las diligencias practicadas no puede desprenderse la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que, en consecuencia, pudiera ser considerada heredera.

Resolución de 2-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Iznalloz.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Lo procedente hubiere sido tramitar el expediente del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, notificando al Ayuntamiento, único colindante, para que la registradora pudiera confirmar o disipar sus dudas sobre la identidad de la finca.

La registradora de la Propiedad deniega el inicio de la tramitación del expediente del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria porque a su juicio se está alternado la realidad física de la finca, amparada por el folio registral, toda vez que la finca se inmatriculó en el año 2021, con la georreferenciación catastral, a la que ahora se le agrega una porción de terreno, por lo que no existe tal exceso, sino que trata de incorporarse a la finca inscrita una superficie que no estaba inscrita.

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. Para resolver el presente recurso, hemos de partir de que el hecho de que la finca se inmatriculara en el año 2021 inscribiendo la georreferenciación catastral, no implica que la misma sea inalterable. Esta Dirección General, consciente de la posibilidad de la posible existencia de una georreferenciación catastral que no concuerde con la realidad física, ha admitido con ocasión de la inmatriculación de una finca, la posibilidad de utilizar una georreferenciación alternativa que subsane la posible inexactitud de la cartografía catastral. Esta doctrina, aplicable en el caso de solicitar la inmatriculación, es también aplicable a un supuesto como el presente, donde el inmatriculante no advierte la discrepancia con la realidad física al inmatricular, sino en un momento posterior, o no quiere subsanarla en ese momento, sino posteriormente.

Puede rectificarse, si bien la inscripción de la nueva base gráfica debe someterse a las normas y procedimientos generales para su inscripción, debiendo ser objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Ese juicio registral de identidad no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que debe expresarse y ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, desde el punto de vista material, fundando su juicio sobre las dudas en la identidad de la finca. Sin embargo, la calificación aplica erróneamente esta doctrina al caso en cuestión, puesto que no se alteran los linderos de la finca que siguen siendo un vial público y hay una licencia de obras que declara que la parcela sobre la que se declara la obra es conforme con el planeamiento urbanístico.

En el presente caso, la mera notificación al Ayuntamiento, como titular del vial público con el que colinda la finca por todos sus vientos, permitirá a la registradora disipar o confirmar sus dudas en la identidad de la finca. Por tanto, lo

procedente hubiere sido tramitar el expediente del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, notificando al Ayuntamiento, único colindante, para que la registradora pudiera confirmar o disipar sus dudas sobre la identidad de la finca.

Resolución de 3-4-2025
BOE 17-5-2025
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 6.

FINCA REGISTRAL: FINCAS EN LAS QUE NO CONSTA SU SUPERFICIE.

Dada la trascendencia que el dato de la superficie tiene en la delimitación de la finca registral, podemos decir que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora.

Es doctrina de este Centro Directivo que se debe exigir que se exprese la superficie de la finca en el título presentado, aunque en el historial registral la misma aparezca sin expresión de su medida. La completa descripción de la finca en el título es indispensable para que el registrador pueda llegar a la convicción de que el mismo tiene por objeto una determinada finca registral. Y, sin duda, uno de los elementos esenciales a este respecto es el de la superficie, que habrá de expresarse en todo caso, aunque no aparezca previamente en el historial registral. Una finca que se halla inscrita sin expresión de su superficie no puede decirse que sea plenamente equiparable a una finca no inmatriculada. Es cierto que no consta la superficie, y que este es un dato esencial para su identificación. Pero también es verdad que aparecen unos linderos, la referencia a la calle de su situación y el número de gobierno, y la alusión a unos elementos construidos en la misma. Por otro lado, del historial registral pueden resultar una serie de titularidades jurídico-reales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo sobre la finca. Todo ello nos conduce a concluir que la finca como tal objeto de derechos sí que ha accedido al Registro. Lo que ocurre es que no consta correctamente especificada su superficie. Y, dada la trascendencia que el dato de la superficie tiene en la delimitación de la finca registral, podemos decir que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora. Nuestra legislación hipotecaria ha previsto una serie de procedimientos para rectificar la superficie de una finca inmatriculada cuando se detecta que se produjo un error al medirla en el momento de su primera inscripción.

Ahora bien, dado que la normativa reguladora de la propiedad horizontal es de aplicación a las situaciones fácticas de propiedad de casas por pisos o departamentos, la constancia registral de la superficie correspondiente a uno de los elementos integrantes de aquélla debe realizarse de la misma manera que en un edificio en régimen de propiedad horizontal formalmente constituida, es decir, con el consentimiento de todos los titulares de las distintas partes de casa, pues así se exige en el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal.

En conclusión, en el presente expediente el recurso debe ser estimado ya que en ningún caso cabría condicionar el acceso al Registro de la Propiedad del título

adquisitivo, concretamente la aceptación y partición hereditaria, con lo efectos jurídicos derivados del mismo, al consentimiento de los terceros titulares del resto de elementos independientes de la propiedad horizontal, sin perjuicio, de que la constancia registral de la superficie pueda solicitarse, entre otros medios, por los procedimientos previstos en los artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria, con citación a los titulares de los demás elementos de la propiedad horizontal.

Resolución de 24-3-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación gráfica.

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto, debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022 por la cual, 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.

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 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 concreto caso de este expediente, la registradora funda sus dudas en el contenido de la alegación presentada, que indica que la representación gráfica georreferenciada que pretende inscribirse invade una serventía, la cual, aparece en el historial registral de la finca objeto del expediente como lindero Oeste. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985 y 14 de mayo de 1993, configuran la serventía como una institución consuetudinaria canaria consistente en un camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los caminos públicos, cediendo cada uno de los propietarios de fincas colindantes un trozo de su terreno para la constitución del citado camino privado.

En el presente caso, la representación gráfica que pretende inscribirse plantea la duda razonable de que se pretende agregar a la descripción de la finca 18.049 la superficie referente a la serventía, lo que encubre el intento de aplicar al folio registral una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y la superficie colindante adicional referente a la serventía. Por tanto, de los datos y

documentos que obran en el expediente se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos, no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Una vez finalizado el procedimiento, cabe pedir certificación de las alegaciones, con respeto a la legislación de protección de datos de carácter personal, a efectos de luego recurrir ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, instar deslinde notarial o ir a juicio declarativo, o simplemente ser objeto de traslado al promotor de la georreferenciación de finca inmatriculada, para que éste pueda contraargumentar con detalle gráfico o solicitar la inscripción parcial «recortada» en la medida necesaria para no invadir la georreferenciación que, aun no constando inscrita, se invoque para la finca ya inmatriculada.

Resolución de 24-3-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad de Ripoll.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Solo si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación gráfica.

Antes de entrar en el análisis de las alegaciones que hace el registrador, procede realizar una precisión en cuanto al contenido de la nota de calificación registral. Desde un punto de vista formal, la misma no reúne los requisitos de claridad que se espera de una decisión registral tan trascendental como es la nota de calificación negativa, que podrían abocar al presentante a iniciar un pleito judicial para poder lograr la inscripción de la georreferenciación, en defecto de acuerdo.

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto, debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022 por la cual, 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.

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 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, el registrador se limita a constatar la existencia de la alegación, de la que deduce, como consecuencia necesaria, el cierre del expedien-

te. Se incumple con esta actuación lo dispuesto en el segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria cuando señala que, no invadiendo la georreferenciación solicitada dominio público o base gráfica inscrita, «en los demás casos, y la vista de las alegaciones efectuadas, 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 calificación negativa podrá ser recurrida conforme a las normas generales».

Pero, el hecho ciertamente relevante que resulta del contenido del Registro es que la georreferenciación de la finca colindante, cuyo titular formula alegaciones, está inscrita en el folio registral de la misma. Por tanto, se presume que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, conforme al artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria y que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica incorporada al folio real, conforme al artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria. Esta doctrina es aplicable al presente caso, donde el colindante no inicia un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sino que presenta un plano topográfico que altera unilateralmente la realidad física de la finca inscrita, sin acreditar un título material para ello, negando la identidad de la georreferenciación inscrita de su finca registral 139, declarando ahora que tiene un tercio más de la superficie inscrita, sin que presente un título que legitime dicha alteración.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación, por carecer la oposición del colindante alegante notificado de la virtualidad suficiente como para convertir en contencioso el expediente, lo que conlleva que el registrador no ha motivado objetivamente el juicio sobre la identidad de la finca.

Resolución de 24-3-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad de Barbastro.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

La desestimación de las alegaciones de oposición formuladas por terceros durante el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no constituyen una nota de calificación registral negativa de la pretensión del opositor susceptible de recurso.

El presente recurso ha de ser inadmitido, y sin que tampoco proceda en derecho admitir ni estimar la petición subsidiaria de las recurrentes. En efecto, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Por tanto, la inscripción practicada no es susceptible de recurso alguno ante este Centro Directivo, el cual recurso sólo procede cuando la inscripción no se ha practicado porque el título en virtud del cual

se pretenda haya sido calificado registralmente en modo desfavorable, pero nunca cuando tal inscripción sí se haya practicado.

La desestimación de las alegaciones de oposición formuladas por terceros durante el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no constituyen una nota de calificación registral negativa de la pretensión del opositor, sino una mera incidencia procedimental y presupuesto conceptual que desemboca en la calificación registral positiva del título o pretensión del promotor del expediente, y con ello, en la práctica de la inscripción registral de la georreferenciación solicitada por éste, la cual inscripción, como se ha visto, no es susceptible de recurso alguno ante este Centro Directivo.

Resolución de 25-3-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad de Iznalloz.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Solo si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación gráfica.

Antes de entrar en el análisis de las alegaciones que hace el registrador, procede realizar una precisión en cuanto al contenido de la nota de calificación registral. Desde un punto de vista formal, la misma no reúne los requisitos de claridad que se espera de una decisión registral tan trascendental como es la nota de calificación negativa, que podrían abocar al presentante a iniciar un pleito judicial para poder lograr la inscripción de la georreferenciación, en defecto de acuerdo.

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto, debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022 por la cual, 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.

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 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 concreto caso de este expediente, la registradora funda sus dudas en la alegación del colindante y en la representación gráfica georreferenciada alternativa que éste invoca para su finca de la que resulta una invasión, circunstancia que contradice la afirmación contenida en el escrito de recurso de que la finca titularidad del colindante opositor no es colindante con aquélla que es objeto del procedi-

miento, pues tal colindancia resulta de la representación gráfica georreferenciada aportada de contrario por el colindante, quien entiende que la registral 5.414 no tiene la configuración física que Catastro atribuye a la parcela 22 del polígono 12. Ello determina un indicio de posible existencia de una controversia latente respecto de la fracción de terreno entre dos colindantes, que por pequeña que sea, provoca la oposición del colindante, sin que puede calificarse de temeraria la calificación registral negativa que se apoya en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria: notificación a colindantes y valoración de la oposición planteada por uno de estos, como declaró la Resolución de 3 de julio de 2023.

Ahora bien, procede señalar que conforme al criterio establecido por esta Dirección General en Resoluciones de 8 y 9 de enero y 6 de febrero de 2025, cuando en el curso del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria se formulan alegaciones por parte de un colindante, el registrador podrá requerirle para que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión.

Resolución de 26-3-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad del Puerto de la Cruz.

HIPOTECA: CONSTITUIDA EN FAVOR DE UNA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA.

Se analiza la peculiaridad de la hipoteca constituida en favor de un avalista.

Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente (cfr. la Resolución de 30 de septiembre de 2009, y las demás citadas en los "Vistos" de la presente), la hipoteca puede constituirse para garantizar toda clase de obligaciones (cfr. artículos 1861 del Código Civil y 105, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria). Así, la obligación asegurada puede ser, por ejemplo, la obligación principal derivada de un préstamo; pero también puede garantizarse la obligación del deudor respecto del fiador (cfr. artículos 1843, párrafo último del Código Civil, y 6 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). Es indudable que la fianza constituye una obligación independiente, como lo evidencia su función económico social que, centrada en el aseguramiento del interés del acreedor para el caso de que la obligación principal no sea cumplida en los términos pactados, determina una causa peculiar de garantía, en todo caso diferente de la propia de la obligación principal asegurada. Consecuencia necesaria de lo anterior es la alteridad del régimen de la obligación del fiador respecto de la obligación del deudor principal, que se traduce no sólo en la posibilidad de que su contenido sea distinto, sino también en que su existencia, y su posibilidad de modificación y extinción sean independientes, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesoria. De tal caracterización de la obligación del fiador debe concluirse afirmando la posibilidad de que su derecho pueda ser garantizado mediante hipoteca.

La hipoteca garantiza al fiador que paga la realización de su crédito contra el deudor principal directamente sobre la finca hipotecada y con preferencia a cualquier otro acreedor posterior, lo que tiene evidente interés para él, como en cualquier otra relación de crédito. En este sentido, no debe olvidarse que el contenido del derecho del fiador, especialmente después de haber pagado, es diferente y, desde el punto de vista objetivo, más amplio que el del acreedor principal, como consecuencia de tratarse de un vínculo obligatorio distinto. Reconocida la naturaleza autónoma de la relación de fianza, también es cierto que su carácter accesorio y subordinado determina una interconexión con la obligación principal que no se da en otro tipo de contratos. Una de las manifestaciones de esta peculiaridad se concreta en la posibilidad de que el fiador que paga se subrogue en la posición jurídica del acreedor (artículo 1839 del Código Civil). Pero ese efecto subrogatorio no significa que la fianza se confunda con la obligación principal.

En el caso que motiva este recurso, se está ante una operación muy frecuente en el tráfico jurídico, que nace de una garantía prestada por una sociedad de garantía recíproca (reguladas por Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca), a determinada entidad crediticia, en razón de la financiación que ésta ha concedido a un socio o partícipe de aquella. dichas sociedades de garantía reciprocas —supervisadas por el Banco de España— son entidades financieras sin ánimo de lucro que tienen por objeto facilitar acceso a la financiación a las pequeñas y medianas empresas y a los autónomos; avalándolas ante las entidades bancarias y resultando así garantes de la deuda. En el caso que motiva este recurso, se está ante una operación muy frecuente en el tráfico jurídico, que nace de una garantía prestada por una sociedad de garantía recíproca (reguladas por Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca), a determinada entidad crediticia, en razón de la financiación que ésta ha concedido a un socio o partícipe de aquella. dichas sociedades de garantía reciprocas —supervisadas por el Banco de España— son entidades financieras sin ánimo de lucro que tienen por objeto facilitar acceso a la financiación a las pequeñas y medianas empresas y a los autónomos; avalándolas ante las entidades bancarias y resultando así garantes de la deuda.

El texto de la escritura viene a concretar de forma expresa y concisa los conceptos de los que se derivarían las cantidades que en el futuro deba soportar la hipotecante como consecuencia del incumplimiento de la póliza de aval garantizada con la hipoteca; de tal forma que excluye aquellas otras obligaciones contractuales que, o bien ya han sido cumplidas por los avalados, o bien carecen de contenido económico y, por ende, no precisan de ser garantizadas por medio de la hipoteca que pretende inscribirse. Siendo evidente que las cantidades devengadas por los dos conceptos señalados de forma concreta serán las únicas puedan ser objeto del acta de manifestaciones prevista en los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento. Por tanto, no cabe alegar incumplimiento del principio de especialidad.

Como también es evidente, tal y como indica el recurrente y en referencia a la transcrita «condición general segunda», que se deduce claramente que el cumplimiento íntegro de las obligaciones afianzadas por «Avalcanarias» (el reintegro realizado por el avalado a la beneficiaria del aval de la totalidad del préstamo avalado) tiene como consecuencia la finalización de su vigencia por la completa extinción de la fianza y que el incumplimiento de dichas obligaciones por parte del

avalado y el consecuente pago realizado por «Avalcanarias», tendrá como resultado necesario que la póliza de aval diferente de la de préstamo reiteremos siga en vigor hasta tanto no hayan sido reembolsadas a «Avalcanarias» las cantidades que ésta haya abonado a la entidad beneficiaria del aval; circunstancia que deviene imprescindible para que la sociedad de garantía recíproca avalista pueda exigir el reintegro de las cantidades abonadas por cuenta del avalado.

Resolución de 3-4-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad de Guía de Isora.

HERENCIA: CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.

El certificado sucesorio es título sucesorio para la inscripción, aunque es posible que venga acompañado de la escritura de partición.

El certificado sucesorio europeo no es un título obligatorio y no sustituirá a los documentos internos de los Estados miembros (como, por ejemplo, la declaración de herederos «ab intestato»); sin embargo, una vez expedido producirá igualmente efectos en el propio Estado de su expedición, siendo, además, un «título evolutivo» que permite ser expedido en relación a un elemento de la sucesión, varios o toda. En lo que al Registro de la Propiedad se refiere, el artículo 14.1.º LH dispone: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012». Del propio artículo se desprende que el certificado sucesorio europeo puede ser considerado, según el caso, como título formal a efectos de inscripción. Y la condición de documento válido para poder inscribir los bienes adquiridos en una herencia se deriva del artículo 69.5 del Reglamento: «El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)».

Cabe plantear si, en un mismo título, el certificado puede, en supuestos como el planteado, cumplir una función complementaria, no siendo el documento inscribible principal. Esta Dirección General no puede aceptar la consideración de la escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia como un título innecesario, y debe recordar la especial naturaleza del certificado sucesorio europeo, que puede participar del procedimiento registral como documento principal; o, en este caso particular, como documento privilegiado de prueba de diferentes extremos del iter sucesorio en un formato uniforme y reconocible, con presunción legal de veracidad sobre su contenido, pues el documento principal en el caso que nos ocupa es —y no otro— la escritura calificada.

Respecto de la necesidad de traducción, ante la ausencia de norma europea concreta pueden ser impuestos los requisitos nacionales. En suma, pues, y habida cuenta de la finalidad de la norma europea —facilitar la circulación de los ciudadanos ante una sucesión internacional, considerando 80—, el registrador (sin olvi-

dar lo que más arriba se ha indicado) puede solicitar una traducción, si considera que no posee conocimientos lingüísticos suficientes para su comprensión. Pero tal petición es innecesaria en el presente caso, ya que el notario manifiesta conocer en lo suficiente la lengua alemana, en la sencilla traducción que se realiza de los campos cumplimentados en el concreto certificado empleado y que suponen el integro título sucesorio, por lo que una mayor exigencia carecería de fundamento; evitándose así entorpecer innecesariamente el tráfico jurídico con una exigencia suficientemente cumplida en la diligencia aclaratoria.

Resolución de 3-4-2025
BOE 19-5-2025
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ORDINARIA DE LA HIPOTECA: ASIENTOS A CANCELAR.

Es el mandamiento de cancelación el que debe especificar qué asientos han de ser objeto de cancelación.

El ejercicio de esta acción real puede llevarse a cabo mediante el procedimiento ejecutivo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que para los bienes hipotecados prevén los artículos 681 y siguientes. El acreedor puede igualmente realizar el valor del bien hipotecado mediante venta ante notario, si así se hubiera pactado (artículo 129 de Ley Hipotecaria). Las especialidades establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria para el ejercicio de la denominada acción directa implican que el procedimiento se lleva a cabo en base a los pronunciamientos del Registro de la Propiedad y con casi total ausencia de fase cognitiva contribuyendo a la mayor celeridad y agilidad de la ejecución. Nada obsta, sin embargo, para que el acreedor, ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier título ejecutivo.

Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes (…)». Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en Resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999 recogidas en las más recientes de 14 de diciembre de 2015 y 1 de febrero de 2017. En cualquier caso, para evitar estos efectos tan distorsionadores del principio de tutela judicial efectiva, como señala la Resolución de 29 de noviembre de 2019, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. El efecto de dicha vinculación es la anteposición de la anotación de embargo practicada como

consecuencia de la ejecución de la hipoteca, de modo que ostente el mismo rango que esta última, pues es dicha carga la que efectivamente se está ejecutando. Ahora bien, como recuerda la Resolución de 29 de noviembre de 2019, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria, lo cual no sucede en el presente caso.

La registradora, no obstante, se opone a dicha cancelación con base en el principio de rogación y el tenor literal del mandamiento, que ciertamente se refiere expresamente a la anotación de embargo que ha motivado la ejecución, sin referencia alguna a la anterior inscripción de hipoteca. Respecto a la necesidad de especificar en el documento presentado a inscripción los asientos registrales que en ejecución de la sentencia o auto dictado deben ser cancelados, es doctrina de este Centro Directivo que, tratándose de inscripción de documentos judiciales y más concretamente de sentencias declarativas o constitutivas que afectan a derechos inscritos, debe especificarse qué asientos deben ser objeto de cancelación. Como ha indicado reiteradamente esta Dirección General, no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia o autos presentados, sino que dicha facultad incumbe con carácter exclusivo al juzgador por tener constitucionalmente atribuida la competencia de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado tal y como expresamente afirma el artículo 117 de la Constitución Española. Tiene razón por tanto la registradora cuando exige expresar correctamente los asientos que deben cancelarse, pues no puede el registrador ir en contra de la literalidad del mandamiento de cancelación, y entender motu proprio que cuando este se refiere a la anotación de embargo está aludiendo a la inscripción de hipoteca.

Resolución de 7-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 4.

DERECHO FORAL NAVARRO: USUFRUCTO DE VIUDEDAD.

La cesión del ejercicio del derecho de usufructo de viudedad por parte del cónyuge titular de este en absoluto es la cesión de la titularidad del mismo, que continúa siendo de la titularidad del usufructuario tanto en derechos como en la responsabilidad, y, en consecuencia, no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

El usufructo de viudedad —denominado así tras la reforma operada en el Fuero Nuevo de Navarra por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo—, antes y tradicionalmente denominado usufructo de fidelidad, es un derecho real de uso y disfrute que corresponde al cónyuge supérstite del aforado navarro, y actualmente también al sobreviviente de una pareja estable formalizada de acuerdo con la Ley sobre la totalidad de los bienes del premuerto. Ahora bien, además, es un derecho de naturaleza familiar y sucesoria y de carácter personalísimo, lo que conlleva su inalienabilidad e inembargabilidad.

Por tanto, el usufructo viudal navarro —tradicionalmente usufructo de fidelidad— es inalienable e intrasmisible, tal como se señaló en la primera calificación de la escritura de compraventa. Ahora, en la de subsanación, se pacta que el objeto de la compraventa es el ejercicio de dicho derecho y se solicita la inscripción de la cesión por entender que el citado ejercicio se trata de un derecho real en virtud del sistema de «numerus apertus» con base en la autonomía de la voluntad. La cuestión que se plantea es si, con base en el criterio de «numerus apertus», esta cesión del ejercicio del derecho de usufructo constituye un derecho real, y, en consecuencia, puede acceder al Registro.

Del análisis del elevado número de resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 25 de abril de 2005, 4 de mayo de 2009, 12 de mayo de 2010, 28 de abril de 2016 y 8 de noviembre de 2018), puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales. Por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal.

Aun admitiendo la posibilidad de que el titular del usufructo de viudedad pueda ceder el ejercicio del mismo, lo que se transmite no es el derecho de usufructo, algo que no es permitido por la Ley, sino las facultades que lo integran. En este punto, no debe sin embargo confundirse la inalienabilidad del derecho con la de la cosa objeto de éste ya que como resulta de la propia ley 253.3 del Fuero Nuevo de Navarra, la actuación conjunta de usufructuario y nudo propietario habilita para enajenar o gravar los bienes objeto del usufructo. En otro orden, la transmisión del ejercicio no supone más que la cesión del aprovechamiento mediato de la cosa usufructuada, entendido como actuación posesoria continuada que implica la utilización de la misma, lo que no es objeto de inscripción ya que el Registro no da publicidad a las situaciones posesorias como resulta del artículo 5 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, se puede concluir que, no obstante el sistema de «numerus apertus» en cuanto a la constitución de nuevos derechos reales seguido por nuestra legislación hipotecaria, la cesión del ejercicio del derecho de usufructo de viudedad por parte del cónyuge titular de este en absoluto es la cesión de la titularidad del mismo, que continúa siendo de la titularidad del usufructuario tanto en derechos como en la responsabilidad, y, en consecuencia, no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 7-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Tías.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SOCIEDAD EXTRANJERA DISUELTA Y LIQUIDADA.

Es preciso que se aporte certificación del Registro Mercantil de Delaware, con efectos equivalentes al del Registro Mercantil español, o que se acredite la cadena

de transmisión de la propiedad de la sociedad «Union Properties Limited Liabilty Company» a favor de don D. C., como socio único de la sociedad.

En el presente caso, el poder que acredita el otorgante se ha otorgado ante notario español, con arreglo a las solemnidades previstas en la legislación española, por lo que no plantea problemas de equivalencia que pueden conllevar los poderes extranjeros. Traducido este planteamiento sobre las leyes aplicables a los distintos elementos que concurren en el supuesto planteado, ha de concluirse que: a) el otorgamiento del poder queda sometido, en su dimensión interna, desde un punto de vista sustantivo, a la Ley de la nacionalidad de la sociedad otorgante, en este caso a la Ley de Delaware, por aplicación del artículo 9.11 del Código Civil, y desde un punto de vista formal, en aplicación del principio «auctor regit actum» contenido en el artículo 11.1, a la legislación española; b) la vinculación del otorgante del poder con el tercero, a través de la mediación del apoderado, dimensión externa, queda sometida a la ley española, por la regla del artículo 10.11 del Código Civil, y c) el negocio instrumentado en ejercicio del poder conferido, esto es, la adjudicación del inmueble mediante liquidación de la sociedad, por aplicación de la regla dispuesta en el artículo 4.1.c) del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de junio de 2008 (Roma I), se rige también por la Ley española, que es la que también regula el acceso de dicho negocio a los libros del Registro de la Propiedad.

En el caso del presente expediente se da la circunstancia de que el titular registral es una sociedad extranjera (estadounidense, de Delaware). La objeción que para la inscripción opone el registrador es que los documentos incorporados a la escritura calificada no acreditan que la sociedad haya quedado disuelta, ni el nombramiento del liquidador. El defecto debe ser confirmado. Para acreditar dichas circunstancias será preciso que se aporte certificación del Registro Mercantil de Delaware, con efectos equivalentes al del Registro Mercantil español, o que se acredite la cadena de transmisión de la propiedad de la sociedad «Union Properties Limited Liabilty Company» a favor de don D. C., como socio único de la sociedad.

Resolución de 7-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Villaviciosa.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL PROCEDIMIENTO HA DE ESTAR SEGUIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Es imprescindible la previa inscripción de la cuota de titularidad dominical a favor de don J. M. L. F. frente a quien se ejercita el retracto por la ahora recurrente, con la consiguiente sucesión de éstos en lugar del referido comprador.

El respeto a la función jurisdiccional corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, que impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por tanto los registradores de la Propiedad la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, si bien teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme

a los artículos 100 Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley Enjuiciamiento Civil, que hacen referencia, entre otros, a la congruencia de la resolución con el procedimiento en que se haya dictado y obstáculos surjan del Registro. La proscripción de la indefensión establecida por el artículo 24 de la Constitución tiene su corolario registral en los principios de tracto sucesivo y salvaguardia judicial de los asientos.

Debe, por tanto, confirmarse la calificación recurrida, al entender imprescindible la previa inscripción de la cuota de titularidad dominical a favor de don J. M. L. F. frente a quien se ejercita el retracto por la ahora recurrente, con la consiguiente sucesión de éstos en lugar del referido comprador.

Resolución de 8-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Mondoñedo.

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.

De la descripción registral de la finca no resulta que la edificación que se pretende inscribir sobre la finca quedase excluida de esta como finca resultante de la concentración parcelaria, sino más bien al contrario.

Es frecuente 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. Lo que sí es posible, en sentido contrario, es acreditar y hacer constar que una determinada finca concreta queda excluida del procedimiento de concentración parcelaria.

En el supuesto de este expediente, tal como defiende el notario recurrente en su escrito de recurso, de la descripción registral de la finca no resulta que la edificación que se pretende inscribir sobre la finca quedase excluida de esta como finca resultante de la concentración parcelaria, sino más bien al contrario. A pesar de que el sombreado de la edificación en el plano lleve al registrador a concluir que esta fue excluida de la concentración, dicho sombreado admite otras interpretaciones, como simplemente la de que allí existe una edificación, que de hecho fue lo que se reflejó en la finca de resultado.

El registrador titular en su informe señala que se encuentra disponible un visor «on line» de concentraciones parcelarias de la Xunta de Galicia, en el que las zonas concentradas aparecen en rojo, y él mismo afirma que en ese visor se puede apreciar fácilmente que la finca en cuestión fue objeto de concentración parcelaria. Pues bien, de consulta a ese visor se ve que efectivamente toda la finca, incluida la edificación, fue objeto de concentración parcelaria, pues toda ella aparece en rojo, sin que se aprecie que haya quedado excluida la porción ocupada por la edificación, pues como ya se ha dicho, también esta aparece en rojo, sin que haya dentro de esa finca ninguna zona excluida, en otro color.

Resolución de 8-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Teguise.

OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

Cuando existan elementos que así lo determinen será precisa la previa o simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca para inscribir la relación de coordenadas de la superficie ocupada por la edificación.

Como señaló la Resolución de 10 de abril de 2018, si bien las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación no suponen un supuesto de representación gráfica de la finca, es evidente que los efectos anudados a su constancia tabular y a su posterior comunicación al Catastro en cumplimiento de la Resolución conjunta de la Dirección General de Registros y del Notariado y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de octubre de 2015 llevan consigo la necesidad de que el ámbito de calificación registral en los supuestos de declaración de obra nueva se extienda también a la efectiva ubicación de la edificación declarada sobre la concreta finca registral objeto de las operaciones registrales correspondientes.

El cumplimiento de la exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca. Pero 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.

Por todo lo expuesto se concluye que aunque por no constar registralmente con claridad cuál fue la representación catastral con la que se inmatriculó la finca, sí que hay diversos indicios conjuntos y concurrentes para suspenderla por dudas fundadas sobre el mantenimiento de la identidad de la finca, basadas, como ha expuesto el registrador, en la alteración de linderos fijos, en la alteración de la cartografía catastral histórica, en la extralimitación visual con respecto a la apariencia posesoria derivada de la ortofoto, y en la oposición expresa formulada por un tercero en base precisamente a esa misma (supuesta) extralimitación.

Resolución de 9-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. NIF: LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES.

Se reitera la doctrina acerca de la acreditación de los requisitos fiscales y del NIF.

Previamente, respecto de la documentación aportada junto con el escrito de recurso, concretamente el modelo 600, relativo a la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y auto número 202/2021, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuengirola, dictado en el procedimiento 1063/2020, dotado de código seguro de verificación, no fue presentada en tiempo y forma para la calificación, por lo que hay que recordar los términos del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, que rechazan la pretensión basada en documentos no aportados en su momento.

Son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (vid. Resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia, ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (vid. Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. artículo 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

En el concreto supuesto, se presenta una sentencia de divorcio que aprueba el correspondiente convenio regulador en el que se lleva a cabo la liquidación del régimen económico matrimonial. El artículo 104.3 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, dispone lo siguiente: «No se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes. Tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial». Pero en la escritura de liquidación del apartamento ganancial, además de la cesión pactada en el convenio, se asume una deuda por doña L. M. G., de manera que esta modificación del acuerdo originario, produce en el registrador dudas sobre el alcance que ha de darse a la no sujeción establecida en el artículo 104.3, apartado 2, en cuanto se refiere a transmisiones en cumplimiento de sentencias de nulidad,

separación o divorcio y su aplicación al caso de los convenios reguladores pactados por los cónyuges aun cuando sean objeto de aprobación judicial; y para salvar su responsabilidad exige la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, sin perjuicio de que sean los órganos tributarios competentes los que puedan manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley. En consecuencia, este defecto ha de ser confirmado.

El segundo de los defectos exige la aportación del número de identificación fiscal del interviniente. En la Resolución de 10 de mayo de 2023 se pone de manifiesto que no cabe entender cumplida la obligación de acreditación con aportación de un documento expedido por la propia Administración Tributaria, tal como la aportación al tiempo de la presentación del modelo 030 (declaración censal de alta en el Censo de obligados tributarios, cambio de domicilio y/o de variación de datos personales), de fecha posterior al otorgamiento de la escritura —23 de diciembre de 2022—, para la «solicitud de NIF por persona física que no disponga de DNI/NIE». Siendo que las circunstancias requeridas, entre ellas la expresión del número de identificación fiscal exigida por el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria, deben constar en el documento público en el que se documente la transmisión o gravamen del derecho inscrito o bien por diligencia al mismo (artículos 23 de la Ley del Notariado y 156.4.º y.5.º de su Reglamento). Por tanto, este defecto debe ser confirmado.

Resolución de 9-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Chinchón.

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN: CASOS EN LOS QUE DEBE ENTENDERSE SOLICITADA.

Si la resolución judicial implica la nulidad del título que provocó una inscripción ha de entenderse solicitada la inscripción registral que de dicho título derivó.

Ahora bien, es doctrina consolidada de esta Dirección General (vid. Resoluciones de 11 de febrero de 1998, 20 de julio de 2006, 20 de enero de 2012 y 1 de julio de 2015, entre otras), que la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean éstos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. En el presente caso, se presenta una sentencia que ha declarado la nulidad de una escritura pública de donación que en su momento generó una inscripción a favor del donatario. Consecuentemente, si la sentencia objeto de calificación ha declarado la nulidad del título que provocó la inscripción 1.ª de dominio, conforme a la letra del citado artículo 79.3.º, procederá la cancelación de la referida inscripción.

La doctrina del TS ha señalado respecto de lo establecido en el art. 38 LH que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio,

lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical. Por todo ello, como ha puesto de relieve la Resolución de 21 de noviembre de 2012, no debe caerse en un rigor formalista injustificado si por estar debidamente identificada en la sentencia la finca a que se refiere el pronunciamiento, el documento que recoge el negocio objeto de declaración de nulidad, así como las partes intervinientes, de modo coincidente con el contenido del Registro, no cabe albergar duda sobre su alcance cancelatorio.

Resolución de 9-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de La Carolina.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación 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 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.

Uno de los objetivos esenciales de la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es la protección de los derechos de los posibles colindantes afectados por la inscripción de la georreferenciación. Pero, la mera oposición no determina, sin más, la denegación de la inscripción de la georreferenciación. La esencia del juicio registral de la identidad de la finca será determinar si el colindante acredita la existencia de un indicio de posible situación litigiosa, que será suficiente para impedir la inscripción de la georreferenciación. Dicho indicio de controversia ha de resultar indubitado, bien porque resulte del escenario de calificación registral de la aplicación homologada, superponiendo las diversas georreferenciaciones implicadas o del contenido del Registro.

La esencia del juicio registral de la identidad de la finca será determinar si el colindante acredita la existencia de un indicio de posible situación litigiosa, que será suficiente para impedir la inscripción de la georreferenciación. Dicho indicio de controversia ha de resultar indubitado, bien porque resulte del escenario de calificación registral de la aplicación homologada, superponiendo las diversas georreferenciaciones implicadas o del contenido del Registro. Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, por no poder determinarse con seguridad la realidad física indubitada de la finca.

Resolución de 9-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Marbella, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA DIRIGIDA CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Para que la sentencia despliegue toda su eficacia y afecte a titulares de asientos posteriores es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento.

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 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 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 por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario 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). Para que la sentencia despliegue toda su eficacia y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a los mismos— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado. Debe recordarse que no compete al registrador enjuiciar si el titular registral es de mala fe o si la transmisión de la finca no queda amparada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 10-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Galapagar.

USUFRUCTO: CONSTITUCIÓN POR VÍA DE RESERVA.

Al amparo del principio de autonomía de la voluntad es posible que dos cónyuges se reserven el usufructo de forma conjunta y sucesiva al donar la nuda propiedad de una finca que les pertenece por mitad y proindiviso.

Como es sabido, el derecho de usufructo puede constituirse a través de dos modos: bien por doble enajenación, en cuyo caso se desmiembra del dominio separándose de la nuda propiedad o bien por retención, en cuyo caso el propietario conserva el derecho de usufructo y transmite solamente la nuda propiedad. Esta última posibilidad la admite expresamente el Código Civil en el artículo 492 («donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes […] o donados [...]») aunque no la regula de forma sistemática. En el supuesto objeto de la presente

existirán dos titularidades: la de los donantes, que ahora quedarían convertidos en usufructuarios, y por el otro la de los hijos, que serán los nudos propietarios. Por otro lado, la posibilidad de constituir el derecho a favor de varias personas está expresamente admitida en el artículo 469 del Código Civil.

En la escritura que motiva el recurso objeto de la presente, el problema parece estar en que los donantes son propietarios por mitades indivisas de las fincas objeto de donación, y que por tanto, cuando disponen de la nuda propiedad de las mismas, no pueden reservarse un derecho de usufructo conjunto y sucesivo; puesto que —sostiene la registradora— su derecho no tiene tales caracteres y no se desprende de la propia escritura, que se esté llevando a cabo ningún otro negocio jurídico, ni tampoco resulta esto último de la liquidación fiscal que consta en aquella.

En la escritura objeto del presente recurso queda patente que la voluntad de los donantes es la de retener el derecho de usufructo hasta que se produzca el fallecimiento del último de ellos, atribuyéndole, pues, el carácter de conjunto y sucesivo; posibilidad que admite el Código Civil de acuerdo con lo expuesto, y que debe entenderse válida de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad y el criterio de «numerus apertus» que rige en el ámbito de los derechos reales. En ese sentido, es indudable que la contemplación del fallecimiento de cada uno de los disponentes deviene elemento estructural de la donación «inter vivos» —remarcamos este dato y matiz— aquí formalizada.

Resolución de 10-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación gráfica.

Procede señalar que conforme al criterio establecido por esta Dirección General en Resoluciones de 8 y 9 de enero y 6 de febrero de 2025, cuando en el curso del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria se formulan alegaciones por parte de un colindante, el registrador podrá requerirle para que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión. Esta justificación gráfica aportada, deberá ser objeto de traslado al promotor de la georreferenciación de finca inmatriculada, pues de lo contrario le dejaría en indefensión, al impedirle contraargumentar con detalle gráfico o solicitar la inscripción parcial «recortada» en la medida necesaria para no invadir la georreferenciación que, aun no constando inscrita, se invoque para la finca ya inmatriculada.

La aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta, lo que no excluye la aplicabilidad del régimen administrativo

cuando haya una remisión específica de la legislación hipotecaria a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral. En este sentido, la posibilidad de que el registrador requiera al colindante para que aporte justificación gráfica georreferenciada de su oposición podrá implicar, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, una dilación en el plazo de calificación previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pero sin que ello implique que no se cumple el plazo de 20 días conferido por el artículo 199 de la Ley Hipotecaria para que se formulen alegaciones, pues las mismas fueron presentadas, como se ha expuesto, en el plazo legalmente previsto al efecto. En consecuencia, debe entenderse correcta la actuación del registrador en la tramitación del procedimiento, sin que pueda colegirse de ello un incumplimiento del plazo de calificación señalado por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Dado que es posible que no se pueda emitir resolución, favorable o desfavorable en base al procedimiento tramitado, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, el registrador debe practicar, de oficio, anotación preventiva por imposibilidad del registrador del artículo 42.9.º de la Ley Hipotecaria, cuya duración es indefinida, evitando la caducidad del asiento de presentación hasta la conclusión del expediente, sin necesidad de que el interesado solicitara nueva calificación, mediante nuevo asiento. Pero, caducado el asiento de presentación con el que se inició el expediente ya no sería posible aportar a éste documentación complementaria para revertir la calificación negativa, la cual tendría que ser objeto de un nuevo asiento de presentación, con tramitación de un nuevo expediente.

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 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.

De los datos y documentos que obran en el expediente se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos, no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Resolución de 10-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 24.

OPCIÓN DE COMPRA EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Se reitera la doctrina acerca de la configuración de una opción de compra 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. 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.

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio, 22, 30 y 31 de julio y 9 de septiembre de 2024, y posteriores citadas en los «Vistos»), según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía cualquiera que haya sido la vía seguida se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Igualmente 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 el supuesto que motiva este recurso, se observa como el precio, o prima de la opción, se paga de presente en el momento del otorgamiento de la escritura, de modo que el optante está abonando, ab initio, prácticamente la totalidad del precio convenido. Pero en la cláusula segunda se indica, sin embargo, que este precio de la opción, que ha quedado pagado, tiene el carácter, o más precisamente los efectos, de arras o señal. Nada más alejado de la función económico social (causa) de un contrato de opción en sentido propio, pues lo acordado es más acorde a un contrato de financiación, respecto del cual la opción —su ejercicio— es la garantía a ejecutar llegado el caso de no la devolución de las cantidades (importantes en este caso) anticipadas. y todo ello al margen y sin las garantías que revisten todo procedimiento de ejecución.

Resulta por ello evidente que la mera voluntad de una de las partes no puede dejar sin efecto lo pactado, contraviniendo de este modo principios tan básicos

como los de los artículos 1115, 1255 y 1256 del Código Civil. Y es que la voluntad del concedente para dejar sin efecto la opción no es otra que haber vendido la finca en el plazo en que el ejercicio de la opción queda en suspenso, lo que conlleva que tiene que devolver duplicada la cantidad que se ha conceptuado como arras a cuenta del precio (aparte otras cantidades). y si antes se aludía a la necesidad de atender a la intención de las partes y desentrañar así la verdadera causa del contrato, se ve que lo antes expresado pone aún más de relieve la función de garantía de la opción pactada.

Resolución de 11-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Parla, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No cabe practicar un asiento de presentación ante una copia no autorizada ni auténtica de un documento público, en la que no consta CSV.

El recurso debe ser desestimado. El artículo 246 de la Ley Hipotecaria dispone que «solo podrá denegarse el asiento de presentación del documento mediante causa motivada cuando el documento no sea título inscribible (...)». El artículo 3 de la Ley Hipotecaria dispone: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (…)».

De este modo, el documento presentado es, a efectos de presentación, una mera copia que no reúne los requisitos de autenticidad atribuibles a su original, por lo que no puede acceder al Registro de la Propiedad, ya que conforme a los artículos relacionados no es un título inscribible. Cuestión distinta hubiese sido que el documento remitido hubiese tenido el correspondiente código seguro de verificación, lo que habría permitido a la registradora comprobar la autenticidad de la firma electrónica de la funcionaria autorizante y el propio contenido del documento en la sede electrónica correspondiente.

Resolución de 11-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Parla, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No cabe practicar un asiento de presentación ante una copia no autorizada ni auténtica de un documento público, en la que no consta CSV.

El recurso debe ser desestimado. El artículo 246 de la Ley Hipotecaria dispone que «solo podrá denegarse el asiento de presentación del documento mediante causa motivada cuando el documento no sea título inscribible (...)». El artículo 3 de la Ley Hipotecaria dispone: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecu-

toria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (…)».

De este modo, el documento presentado es, a efectos de presentación, una mera copia que no reúne los requisitos de autenticidad atribuibles a su original, por lo que no puede acceder al Registro de la Propiedad, ya que conforme a los artículos relacionados no es un título inscribible. Cuestión distinta hubiese sido que el documento remitido hubiese tenido el correspondiente código seguro de verificación, lo que habría permitido a la registradora comprobar la autenticidad de la firma electrónica de la funcionaria autorizante y el propio contenido del documento en la sede electrónica correspondiente.

Resolución de 11-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Parla, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No cabe practicar un asiento de presentación ante una copia no autorizada ni auténtica de un documento público, en la que no consta CSV.

El recurso debe ser desestimado. El artículo 246 de la Ley Hipotecaria dispone que «solo podrá denegarse el asiento de presentación del documento mediante causa motivada cuando el documento no sea título inscribible (...)». El artículo 3 de la Ley Hipotecaria dispone: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (…)».

De este modo, el documento presentado es, a efectos de presentación, una mera copia que no reúne los requisitos de autenticidad atribuibles a su original, por lo que no puede acceder al Registro de la Propiedad, ya que conforme a los artículos relacionados no es un título inscribible. Cuestión distinta hubiese sido que el documento remitido hubiese tenido el correspondiente código seguro de verificación, lo que habría permitido a la registradora comprobar la autenticidad de la firma electrónica de la funcionaria autorizante y el propio contenido del documento en la sede electrónica correspondiente.

Resolución de 14-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 4.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No cabe practicar un asiento de presentación si el documento viene referido a una finca sita en otro distrito hipotecario.

El artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria dispone lo siguiente: «Solo podrá denegarse el asiento de presentación del documento mediante causa motivada cuando el documento no sea título inscribible, resulte incompleto su contenido para

extender el asiento o se refiriera a una finca para la que el Registro fuera manifiestamente incompetente». Lo cierto es que al Registro de la Propiedad de Sevilla número 4 acceden los datos relativos al código registral único 41033000477197 que es del Registro de la Propiedad de Sevilla número 10, por lo que, en consecuencia, el recurso debe ser desestimado, dado que fue presentado en el Registro de la Propiedad de Sevilla número 4.

Resolución de 14-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Adeje.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No puede practicarse asiento de presentación si no se acompaña la instancia exigida en el artículo 9 del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre.

En el presente expediente la documentación telemática presentada en la Sede Electrónico del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, según el identificador (…), consiste únicamente en el justificante de inscripción de vivienda vacacional, y la declaración responsable de inicio de vivienda vacacional, por lo que faltaría la correspondiente solicitud a instancia del interesado, donde constan todos los datos que se precisan para la asignación del número de registro de alquileres.

Resolución de 15-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 24.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes, casos de autocontrato, necesidad de exquatur de sentencias extranjeras y calificación registral teniendo en cuenta documentos aportados con posterioridad al asiento de presentación.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que

aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social (artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Pri-

mera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Igualmente, y en lo que atañe al cumplimiento de los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia previstos por el ordenamiento jurídico español, ha de tenerse en cuenta que, como ha manifestado este Centro Directivo, el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que la junta general no puede otorgar poderes —y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos—, ya que el competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Teniendo en cuenta el ámbito de la calificación registral que resulta de los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, aquella se extiende a los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses. Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal (en este caso la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), o el administrador único, como representante orgánico de la sociedad cuando lo esté por la junta general (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004, 18 de julio de 2016 y 28 de abril de 2015 y 11 de abril de 2016), o, en cualquiera de los casos, cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del auto-

contrato» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966, así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Es cierto que del acta de la junta general y universal celebrada por la sociedad transmitente parece autorizarse el acto traslativo de que se trata. Sin embargo, no sólo dicho acuerdo no es válido, por las razones que se han expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, sino que además, en ningún caso excluye la necesidad de que la sociedad adquirente consienta el negocio jurídico en cuestión puesto que como recuerda esta Dirección General (cfr. Resolución de 6 de mayo de 2021), «no es suficiente que ese riesgo haya sido conjurado por una sola de las sociedades representadas (la compradora), sino que es necesaria la adicional autorización por parte de la sociedad vendedora (en nuestro caso la adquirente)».

Finalmente, pone de manifiesto el registrador la circunstancia de haber tenido entrada en el Registro, con posterioridad a la escritura de dación para pago de deuda objeto de la calificación impugnada, un burofax y un acta de manifestaciones otorgada por el administrador de la sociedad transmitente con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, para hacer constar la falta de validez de la «pretendida» junta general universal celebrada el 27 de febrero de 2024 en Miami y de la cesión en pago de deudas. En este sentido, siguiendo el criterio ya apuntado por este Centro Directivo en Resoluciones de 24 de mayo de 2019, 16 de septiembre de 2020, o 3 de febrero, 15 de abril y 20 de septiembre de 2021, se advierte del limitado alcance que ha de darse a los documentos cuya presentación en los registros se pretenda no para obtener o lograr la práctica de un asiento sino con el fin de advertir, ilustrar o incluso condicionar la calificación de otro documento presentado o por presentar y que no deben interferir en ésta.

Resolución de 16-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Getafe, número 2.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes, casos de autocontrato, necesidad de exquatur de sentencias extranjeras y calificación registral teniendo en cuenta documentos aportados con posterioridad al asiento de presentación.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social (artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos

10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Igualmente, y en lo que atañe al cumplimiento de los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia previstos por el ordenamiento jurídico español, ha de tenerse en cuenta que, como ha manifestado este Centro Directivo, el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que la junta general no puede otorgar poderes —y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos—, ya que el competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Teniendo en cuenta el ámbito de la calificación registral que resulta de los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, aquella se extiende a los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses. Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal (en este caso la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), o el administrador único, como representante orgánico de la sociedad cuando lo esté por la junta general (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004, 18 de julio de 2016 y 28 de abril de

2015 y 11 de abril de 2016), o, en cualquiera de los casos, cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966, así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Es cierto que del acta de la junta general y universal celebrada por la sociedad transmitente parece autorizarse el acto traslativo de que se trata. Sin embargo, no sólo dicho acuerdo no es válido, por las razones que se han expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, sino que además, en ningún caso excluye la necesidad de que la sociedad adquirente consienta el negocio jurídico en cuestión puesto que como recuerda esta Dirección General (cfr. Resolución de 6 de mayo de 2021), «no es suficiente que ese riesgo haya sido conjurado por una sola de las sociedades representadas (la compradora), sino que es necesaria la adicional autorización por parte de la sociedad vendedora (en nuestro caso la adquirente)».

Finalmente, pone de manifiesto el registrador la circunstancia de haber tenido entrada en el Registro, con posterioridad a la escritura de dación para pago de deuda objeto de la calificación impugnada, un burofax y un acta de manifestaciones otorgada por el administrador de la sociedad transmitente con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, para hacer constar la falta de validez de la «pretendida» junta general universal celebrada el 27 de febrero de 2024 en Miami y de la cesión en pago de deudas. En este sentido, siguiendo el criterio ya apuntado por este Centro Directivo en Resoluciones de 24 de mayo de 2019, 16 de septiembre de 2020, o 3 de febrero, 15 de abril y 20 de septiembre de 2021, se advierte del limitado alcance que ha de darse a los documentos cuya presentación en los registros se pretenda no para obtener o lograr la práctica de un asiento sino con el fin de advertir, ilustrar o incluso condicionar la calificación de otro documento presentado o por presentar y que no deben interferir en ésta.

Resolución de 16-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes, casos de autocontrato y necesidad de exquatur de sentencias extranjeras.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social (artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determina-

ción de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Igualmente, y en lo que atañe al cumplimiento de los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia previstos por el ordenamiento jurídico español, ha de tenerse en cuenta que, como ha manifestado este Centro Directivo, el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que la junta general no puede otorgar poderes —y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos—, ya que el competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Teniendo en cuenta el ámbito de la calificación registral que resulta de los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, aquella se extiende a los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses. Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal (en este caso la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), o el administrador único,

como representante orgánico de la sociedad cuando lo esté por la junta general (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004, 18 de julio de 2016 y 28 de abril de 2015 y 11 de abril de 2016), o, en cualquiera de los casos, cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966, así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Es cierto que del acta de la junta general y universal celebrada por la sociedad transmitente parece autorizarse el acto traslativo de que se trata. Sin embargo, no sólo dicho acuerdo no es válido, por las razones que se han expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, sino que además, en ningún caso excluye la necesidad de que la sociedad adquirente consienta el negocio jurídico en cuestión puesto que como recuerda esta Dirección General (cfr. Resolución de 6 de mayo de 2021), «no es suficiente que ese riesgo haya sido conjurado por una sola de las sociedades representadas (la compradora), sino que es necesaria la adicional autorización por parte de la sociedad vendedora (en nuestro caso la adquirente)».

Resolución de 16-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes, casos de autocontrato y necesidad de exquatur de sentencias extranjeras.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social

(artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional

(cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Igualmente, y en lo que atañe al cumplimiento de los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia previstos por el ordenamiento jurídico español, ha de tenerse en cuenta que, como ha manifestado este Centro Directivo, el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que la junta general no puede otorgar poderes —y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos—, ya que el competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Teniendo en cuenta el ámbito de la calificación registral que resulta de los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, aquella se extiende a los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses. Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal (en este caso la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), o el administrador único, como representante orgánico de la sociedad cuando lo esté por la junta general (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004, 18 de julio de 2016 y 28 de abril de 2015 y 11 de abril de 2016), o, en cualquiera de los casos, cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966, así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Es cierto que del acta de la junta general y universal celebrada por la sociedad transmitente parece autorizarse el acto traslativo de que se trata. Sin embargo, no sólo dicho acuerdo no es válido, por las razones que se han expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, sino que además, en ningún caso excluye la necesidad de que la sociedad adquirente consienta el negocio jurídico

en cuestión puesto que como recuerda esta Dirección General (cfr. Resolución de 6 de mayo de 2021), «no es suficiente que ese riesgo haya sido conjurado por una sola de las sociedades representadas (la compradora), sino que es necesaria la adicional autorización por parte de la sociedad vendedora (en nuestro caso la adquirente)».

Resolución de 16-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 2.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes y necesidad de exquatur de sentencias extranjeras.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social (artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de

aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Igualmente, y en lo que atañe al cumplimiento de los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia previstos por el ordenamiento jurídico español, ha de tenerse en cuenta que, como ha manifestado este Centro Directivo, el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que la junta general no puede otorgar poderes —y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos—, ya que el competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Resolución de 15-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes, casos de autocontrato, necesidad de exquatur de sentencias extranjeras y calificación registral teniendo en cuenta documentos aportados con posterioridad al asiento de presentación.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social

(artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional

(cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Igualmente, y en lo que atañe al cumplimiento de los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia previstos por el ordenamiento jurídico español, ha de tenerse en cuenta que, como ha manifestado este Centro Directivo, el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que la junta general no puede otorgar poderes —y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos—, ya que el competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Teniendo en cuenta el ámbito de la calificación registral que resulta de los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, aquella se extiende a los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses. Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal (en este caso la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), o el administrador único, como representante orgánico de la sociedad cuando lo esté por la junta general (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004, 18 de julio de 2016 y 28 de abril de 2015 y 11 de abril de 2016), o, en cualquiera de los casos, cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966, así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Es cierto que del acta de la junta general y universal celebrada por la sociedad transmitente parece autorizarse el acto traslativo de que se trata. Sin embargo, no sólo dicho acuerdo no es válido, por las razones que se han expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, sino que además, en ningún caso excluye la necesidad de que la sociedad adquirente consienta el negocio jurídico

en cuestión puesto que como recuerda esta Dirección General (cfr. Resolución de 6 de mayo de 2021), «no es suficiente que ese riesgo haya sido conjurado por una sola de las sociedades representadas (la compradora), sino que es necesaria la adicional autorización por parte de la sociedad vendedora (en nuestro caso la adquirente)».

Finalmente, pone de manifiesto el registrador la circunstancia de haber tenido entrada en el Registro, con posterioridad a la escritura de dación para pago de deuda objeto de la calificación impugnada, un burofax y un acta de manifestaciones otorgada por el administrador de la sociedad transmitente con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, para hacer constar la falta de validez de la «pretendida» junta general universal celebrada el 27 de febrero de 2024 en Miami y de la cesión en pago de deudas. En este sentido, siguiendo el criterio ya apuntado por este Centro Directivo en Resoluciones de 24 de mayo de 2019, 16 de septiembre de 2020, o 3 de febrero, 15 de abril y 20 de septiembre de 2021, se advierte del limitado alcance que ha de darse a los documentos cuya presentación en los registros se pretenda no para obtener o lograr la práctica de un asiento sino con el fin de advertir, ilustrar o incluso condicionar la calificación de otro documento presentado o por presentar y que no deben interferir en ésta.

Resolución de 15-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.

Se abordan diferentes aspectos en relación con una dación en pago realizada en cumplimiento de una resolución judicial dictada por un Tribunal de Florida: órgano competente para otorgar poderes y necesidad de exquatur de sentencias extranjeras.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el 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.

Debe recordarse que al tener la sociedad cedente domicilio social en España, y, por ende, nacionalidad española, queda sujeta al régimen jurídico de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 8). Tratándose de una sociedad de capital, la determinación de la voluntad social está sujeta a severos requisitos que aseguran tanto que la posición jurídica de los socios es respetada como que los eventuales derechos de terceros no se ven conculcados. Dejando ahora de lado estos últimos, el ordenamiento regula la forma en que se considera conformada la voluntad social, así como la forma en que debe constar expresada. Con esta finalidad, el ordenamiento regula por un lado los requisitos sustantivos para que se

considere adoptado un determinado acuerdo social expresivo de la voluntad social (artículos 159, 191, 199 y 285 de la Ley de Sociedades de Capital) y por otro los requisitos formales relativos a cómo deben quedar debidamente plasmados en un acta de junta general (artículo 202 de la misma ley), las personas legitimadas para elaborarlas (artículo 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), las personas que pueden certificar de su contenido (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y las personas que pueden comparecer ante notario y elevarlo a público para reflejar la voluntad social (artículo 108 del mismo Reglamento).

En el presente caso, resulta del acta incorporada a la escritura que la firma y el sello del secretario y el presidente han sido suplidas por quienes ejercen análogas funciones a las de un letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal de Miami-Dade por orden de la juez de dicho tribunal, invocando al efecto las Reglas del Procedimiento Civil del Estado de Florida. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el derecho español, y en especial, la Ley de Sociedades de Capital y que ni esta, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan ningún otro supuesto de firma del acta por personas distintas de las referidas en dichos preceptos, como los jueces, o los letrados de la Administración de Justicia, ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que tales funcionarios carecen de competencia para aprobar el acta de la junta.

Como principio general —y ello con independencia del origen nacional o extranjero de las resoluciones judiciales— ha de tenerse en cuenta que cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en el traspaso de la titularidad de una serie de bienes y derechos, no es aquélla título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, como es en este caso la escritura pública otorgada (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2010). Ello no obstante, y dado que tanto el registrador como el recurrente fundan sus posiciones en las referidas resoluciones judiciales extranjeras, no puede obviarse su análisis.

Es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1 del Código Civil). A este respecto este Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar que el Código Civil (cfr. artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código Civil, todo requisito referente a la «lex rei sitae», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 y Resoluciones de 8 de octubre de 2020 y 2 de marzo de 2023).

Dado que no existe suscrito entre España y Estados Unidos ningún convenio internacional relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En consecuencia, quedan sujetas a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en mate-

ria civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (cfr. artículos 1.2 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y, específicamente, al procedimiento de exequatur como presupuesto para su reconocimiento y ejecución en España (artículos 42.1, 50 y 51 de la misma ley). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución (o transacción) judicial extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad. Debe por ello confirmarse el defecto, en el sentido de que las resoluciones judiciales que acompañan al título inscribible carecen de eficacia en España, al no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de exequatur. Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia.

Resolución de 21-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Luarca.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: FORMA DE PRESENTAR LAS ALEGACIONES.

La comparecencia ante el registrador para formular alegaciones puede hacerse tanto en documento público, como privado, con firma legitimada ante notario o puesta ante el registrador, mediante firma electrónica o incluso puede ser una comparecencia personal verbal transcrita o formalizada en el propio Registro, o por cualquier medio que no cuestione su autoría. Pero dichas alegaciones no provocan un asiento de presentación.

La presente Resolución tiene por objeto la negativa del registrador de la propiedad a presentar un escrito de oposición dentro de un procedimiento de rectificación de descripción y georreferenciación del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. El registrador señala, resumidamente, como defecto, que «(…) no se practica dicha presentación en relación a dicho escrito de Alegaciones, en tanto que, lo que se ha presentado, a través de la Sede Electrónica del Colegio de Registradores, no es el "PDF" original de dicho escrito (no contiene firma electrónica alguna y la firma que contiene es una firma manuscrita sin ningún tipo de legitimación y además el presentante de dicho escrito es persona distinta del alegante), sino su traslado a papel, escaneado, con lo que no resulta posible comprobar la autenticidad de las firmas en él extendidas.—(Arts. 3 y 248 Ley Hipotecaria, 33 y 416 y ss. Reglamento Hipotecario».

Claramente se constata que los convocados pueden comparecer ante el registrador para alegar lo que a su derecho convenga. Y en ningún caso se precisa que dichas alegaciones se formulen en documento público, como señala el registrador en su nota de calificación al referirse a este precepto, puesto que el artículo 3 de la ley Hipotecaria, determina en su primer inciso que «para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior (…)». Sin embargo, estas alegaciones que pueden ser formuladas en un procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no son susceptibles de provocar un asiento registral, ni se refieren a

títulos en sentido material a que se refiere el artículo 2 de la ley Hipotecaria. En consecuencia, dicha comparecencia ante el registrador puede hacerse tanto en documento público, como privado, con firma legitimada ante notario o puesta ante el registrador, mediante firma electrónica o incluso puede ser una comparecencia personal verbal transcrita o formalizada en el propio Registro, o por cualquier medio que no cuestione su autoría.

Resolución de 21-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN.

Como regla general los bienes de las entidades locales han de ser enajenados mediante subasta. La decisión acerca de si procede la reversión de un bien cedido gratuitamente compete en exclusiva al ayuntamiento, sin que el registrador pueda entrar en el fondo de dicha decisión.

La calificación del acuerdo elevado a público por las partes como «novación» no puede impedir que el registrador ejerza su competencia. Como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 4 de noviembre de 2000, 19 de octubre de 2011, 5 de mayo de 2015, 6 de febrero y 13 de julio de 2017, 31 de mayo de 2018 y 24 de marzo de 2021), los documentos deben calificarse en atención a la realidad de su contenido y forma y no al nombre. En el presente caso, aunque la operación jurídica formalizada es calificada por las partes como una «novación» del acuerdo originario suscrito entre el Ayuntamiento de Murcia y la Fundación Española de Osteopatía, es indudable, como reconoce el propio recurrente, que, en la medida en que se cambia el negocio jurídico llevado a cabo por las partes —de una cesión gratuita a una enajenación onerosa de una finca—, se trata de un nuevo contrato.

Esta Dirección General ha reiterado en un gran número de ocasiones (vid. Resoluciones citadas en «Vistos»), que la calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende 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 (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario). Esta doctrina debe ponerse en relación con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que sólo admite la nulidad de aquel acto producido en el seno de un procedimiento administrativo en el que la Administración Pública haya prescindido «total y absolutamente» del procedimiento legalmente establecido. Al registrador también le compete calificar si, en el marco del procedimiento seguido por la Administración Pública, la resolución es congruente con ese procedimiento y si se han respetado los trámites esenciales del mismo.

Presupuesto lo anterior, y dado que el procedimiento de enajenación seguido por el Ayuntamiento es materia sujeta a la calificación del registrador, debe determinarse si es o no ajustado al ordenamiento jurídico. En primer lugar, es cierto, como ha recordado esta Dirección General de forma reiterada (vid. Resoluciones citadas en «Vistos»), que los bienes constitutivos del denominado Patrimonio Municipal del suelo, en cuanto se encuentra integrado por un conjunto de bienes y derechos con unas características especiales y afectos a unos fines específicos que se apartan del régimen general del resto de los bienes municipales, están sujetos a un régimen jurídico especial, con la aplicación prioritaria de la legislación urbanística vigente en cada momento, y, por lo tanto, aquel patrimonio no está sujeto al régimen jurídico patrimonial ordinario. Sin embargo, tal naturaleza jurídica no puede atribuírsele a la finca en cuestión. En efecto, no sólo no resulta dicho carácter acreditado de ninguna forma, sino que de acuerdo con el informe-propuesta suscrito por la jefa de Servicio de Patrimonio, el letrado asesor de la Concejalía de Fomento y Patrimonio y la vicealcaldesa y concejala Delegada de Fomento y Patrimonio del Ayuntamiento de Murcia, de fecha 18 de junio de 2024 y que consta incorporado a la escritura calificada, la finca enajenada, «después de haber sido desafectada del servicio público, fue calificada como bien de carácter patrimonial por acuerdo de la Junta de Gobierno de 2 de marzo de 2005».

De lo establecido por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local resulta 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. Que la enajenación por subasta pública sea la regla general de la enajenación de los bienes patrimoniales de la Entidades Locales, ha sido afirmado en reiteradas ocasiones por este Centro Directivo (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos»).Es más, en congruencia con el carácter excepcional y singular de la permuta, como única vía elusiva de la subasta, su admisibilidad ha sido sometida a una interpretación restrictiva por parte del Tribunal Supremo.

No cabe aplicar aquí el régimen de enajenación directa previsto en la Ley 33/2003, de 3 de diciembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. El legislador ha excluido esta posibilidad al no relacionar los artículos 136 a 145 de la citada ley, que regulan dicha cuestión, en la disposición final segunda como legislación aplicable a esa Administración local (vid. artículo 2.2 de la misma ley y Resoluciones de 12 de junio de 2013 y 11 de abril de 2018).

Apela el recurrente al derecho de adquisición preferente del artículo 103.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, según el cual «cuando se acuerde la enajenación onerosa de bienes patrimoniales, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes tenían la condición de demaniales tendrán derecho preferente a su adquisición. La adquisición se concretará en el bien o derecho, o la parte del mismo, objeto de la concesión, siempre que sea susceptible de enajenación». Ahora bien, no sólo no se da el supuesto de hecho en ella previsto, al no tener los bienes enajenados la condición de bienes demaniales en origen ni ostentar la Fundación una concesión administrativa sobre la finca, sino que el mismo precepto en su apartado 3 excluye específicamente el supuesto objeto del presente al declarar que «el derecho de

adquisición preferente no surgirá en caso de cesión gratuita del bien o de transferencia de titularidad, por cualquier negocio jurídico, a favor de Administraciones públicas, organismos de ellas dependientes, fundaciones o instituciones públicas u organismos internacionales (…)». Tampoco puede acogerse el argumento de que nos encontramos ante una accesión invertida, dado que no se cumplen los requisitos fijados por la jurisprudencia para la misma.

En caso del presente recurso que la reversión de la parcela ante un eventual incumplimiento por parte del cesionario supone el ejercicio de una potestad administrativa consistente, tal y como lo ha calificado el Tribunal Supremo (cfr. Sentencia 9 de marzo de 2015), en un procedimiento autónomo, cuya virtualidad es la de acreditar el incumplimiento de una de las condiciones pactadas a partir de la base de que la cesión gratuita se había realizado bajo el modo del destino que debía darse al terreno cedido. Pero dicho procedimiento únicamente puede iniciarse a instancia de la Administración cedente —de igual modo que la revocación de la donación tiene lugar a instancia del donante conforme al artículo 647 del Código Civil—, y su tramitación requiere dar audiencia al interesado, en la medida en que cabe la concurrencia de muy diversas circunstancias que pueden impedir tanto la apreciación indubitada del cumplimiento o incumplimiento de la obligación —por ejemplo, en casos de cumplimiento parcial o en forma distinta a la pactada, o de retraso en las prestaciones sucesivas—, circunstancias que sólo podrán ser apreciadas si hay acuerdo entre las partes o media resolución judicial, debiendo finalizar con una resolución por la que se determine la revocación o resolución de la cesión y la reversión de lo cedido al patrimonio de la entidad cedente, resolución que no sólo ha de expresa (sin que quepa, por la propia naturaleza del procedimiento la figura del silencio administrativo—cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015—), sino también firme en vía administrativa, y, en su caso, jurisdiccional, debiendo en todo caso observarse además las exigencias resultantes de la legislación hipotecaria (cfr. artículos 1, 3 y 38 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 12 de diciembre de 2016, 11 de abril de 2022 y 21 de febrero de 2023). En consecuencia, la determinación de la procedencia o improcedencia del inicio del proceso de reversión es una potestad exclusiva de la Administración sin que el registrador en el ejercicio de su competencia de calificación pueda entrar a revisar una decisión de fondo cuya adopción compete en este caso al Ayuntamiento cedente.

Resolución de 21-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

CONCURSO DE ACREEDORES: REGLAS ESPECIALES DE LIQUIDACIÓN.

El hecho de que la finca no figure expresamente valorada en el plan de liquidación en ningún caso puede suponer que quepa su transmisión sin sujeción a las normas aprobadas en el mismo, tanto en relación al medio de enajenación, como respecto del valor mínimo judicialmente autorizados.

Como ha señalado en otras ocasiones esta Dirección General —vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»—, el registrador debe comprobar que la transmisión

efectuada por el administrador concursal se ajusta al plan de liquidación, documento éste que opera a estos efectos como una especie de autorización judicial traslativa, siendo preceptiva la debida concreción de las condiciones de la trasmisión en dicha autorización traslativa conforme a la referida doctrina gubernativa.

En segundo lugar debe confirmarse que el hecho de que la finca no figure expresamente valorada en el plan de liquidación en ningún caso puede suponer que quepa su transmisión sin sujeción a las normas aprobadas en el mismo, tanto en relación al medio de enajenación, como respecto del valor mínimo judicialmente autorizados. En el inventario de bienes de la masa activa resulta esencial la valoración de los mismos, cuestión que se deja, en general, en manos de la administración concursal con posterior intervención judicial. En conclusión, la existencia del concurso no puede conducir a transmisiones por valores irrisorios que ni favorecen a los acreedores ni al deudor al margen del plan liquidatorio. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2024 recuerda la semejanza entre la transmisión concursal y la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria.

Igual suerte debe correr el segundo de los defectos alegados por el registrador en su calificación al no haberse acreditado el cumplimiento de las fases traslativas establecidas en el plan. El registrador, para corroborar la existencia de la autorización judicial de venta directa (la específica o la general de aprobación del plan de liquidación), deba exigir su aportación junto con la escritura. Y, por ello, la calificación negativa del registrador, que suspende la inscripción mientras no se aporte el plan de liquidación o una resolución específica que autorizara la venta directa en ese caso, se acomoda a lo previsto en el artículo. 18 de la Ley Hipotecaria. Este Centro Directivo debe confirmar que la función calificadora del registrador no puede extenderse a la valoración de los bienes integrantes de la masa activa salvo que, como acaece en el presente expediente, dicho valor de enajenación sea una de las condiciones fijadas en el plan de liquidación aprobado judicialmente.

Resolución de 21-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REGISTRO COMPETENTE.

En materia de número de registro de alquileres del RD 1312/2024 rige el principio de competencia territorial.

Como cuestión previa debe señalarse que la documentación nueva presentada por la recurrente no puede ser tenida en cuenta por esta Dirección General para su resolución, por cuanto el recurso únicamente puede recaer sobre la documentación que fue calificada inicialmente. Así resulta del artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

La calificación debe ser confirmada y el recurso desestimado, sin perjuicio de que la documentación pueda ser presentada de nuevo en el Registro de la Propiedad al objeto de obtener una nueva calificación que, en su caso, puede ser positiva. Como reconoce la propia recurrente, en la solicitud de número de registro se introdujo un código registral único erróneo, lo que motivó que la finca de referencia no se encontrara registrada en el Registro de la Propiedad de Sevilla número 2.

Resolución de 22-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Getafe, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NULIDAD POR CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Hallándose la finca inscrita a favor de tercero ajeno al procedimiento de ejecución, no cabe anular esa inscripción por declaración de nulidad por existencia de cláusulas abusivas si en el procedimiento no ha intervenido dicho tercero.

Son datos relevantes del presente expediente que en este caso la ejecución se inicia en el año 2011, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y que el decreto de adjudicación se dictó el día 30 de septiembre de 2014, por lo que cabe sobreseer la ejecución por estimación de la abusividad de una causa de resolución anticipada, por el denominado recurso extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas previstas en el apartado cuarto del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y disposición transitoria tercera de Ley 5/2019), incluso con efectos si la finca estuviere inscrita a favor de terceros, siempre que estos hubieran sido parte en el incidente procesal, y siempre que concurriesen también las demás circunstancias necesarias para ello: falta de entrega de la posesión de la finca al adquirente, nulidad por abusiva que la cláusula de vencimiento anticipado, y no ejercicio anterior del incidente extraordinario de oposición.

Por tanto, en el presente supuesto y desde el punto de vista registral, decretado el sobreseimiento de una ejecución hipotecaria por razón de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, estando ya inscrita no sólo la adjudicación de la finca hipotecada en favor del rematante o cesionario de remate en subasta, sino además inscrita una segunda transmisión en favor de un tercero, sin que este tercero haya tenido intervención en el procedimiento, y no habiendo pronunciamiento judicial previo de levantamiento del velo, en el caso de que procediera, ni tratándose tampoco de un supuesto de transmisión universal, ni encuadrable en ninguna de las excepciones legalmente admitidas al principio del tracto sucesivo, no cabe sino confirmar la calificación registral desfavorable por aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2022 y del tracto sucesivo registral recogido en el citado artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 22-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Pinto, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN SUPERFICIE ELEMENTO PRIVATIVO.

Toda modificación de elementos de un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal, en tanto suponen la modificación del título constitutivo, requiere que se dé cumplimiento a los requisitos que para su constitución se determinan en la Ley sobre propiedad horizontal, tanto en el supuesto de configuración

«ex novo» de tal régimen como en el caso de mutación de un régimen fáctico a uno formalmente constituido.

Como resulta de la Resolución de esta Dirección General de 17 de noviembre de 2015, a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % con certificación catastral descriptiva y gráfica; o del 5 % sin mayores requisitos, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». — el supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Adviértase que el caso de rectificaciones superficiales no superiores al 10 % y basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica puede acogerse tanto a la regulación y efectos del artículo 201.3, letra a), como a la del artículo 9, letra b). — y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10 % de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

La cuestión ahora planteada es la de una rectificación de la superficie construida y útil de un local de un edificio en propiedad horizontal puesta de manifiesto al realizar una segregación y dividirlo en dos. Debe recordarse la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre rectificación de asientos, cuando se afecta a la titularidad registral: «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). 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» (vid. Resolución 28 de marzo de 2016). Las exigencias de la Ley

sobre propiedad horizontal para las modificaciones de los títulos constitutivos se imponen, no solo respecto de la posible modificación de las cuotas, sino también en la protección de la extensión de los elementos comunes, de manera que todo lo que no esté especificado en el título constitutivo como privativo lo será común por defecto, de modo que cualquier alteración de la superficie en favor de un elemento privativo podría serlo con merma de la extensión superficial de los elementos comunes. Debe confirmarse que toda modificación de elementos de un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal, en tanto suponen la modificación del título constitutivo, requiere que se dé cumplimiento a los requisitos que para su constitución se determinan en la Ley sobre propiedad horizontal, tanto en el supuesto de configuración «ex novo» de tal régimen como en el caso de mutación de un régimen fáctico a uno formalmente constituido.

En primer lugar, debe recordarse que la acreditación de los acuerdos adoptados por las comunidades de propietarios debe hacerse normalmente mediante el oportuno testimonio del libro de actas debidamente diligenciado (artículos 19 de la Ley sobre propiedad horizontal y 415 del Reglamento Hipotecario). También ha sido admitido por este Centro Directivo la formalización en documento público notarial del acuerdo y de las vicisitudes relativos al mismo (convocatoria, celebración, notificaciones), pues este procedimiento reúne sobradamente las expresadas garantías de exactitud y veracidad, según resulta de la legislación notarial e hipotecaria.

Resolución de 22-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la representación gráfica.

Si bien es cierto que la representación de la comunidad compete al presidente y no al administrador, en el presente caso no se trata de solicitar una inscripción registral ni interponer una demanda, sino tan sólo de efectuar alegaciones en un procedimiento registral para la defensa de la propia comunidad, extremo para el que ha de considerarse suficiente la condición de administrador. No en vano, el artículo 20 de la vigente Ley sobre propiedad horizontal le atribuye, entre otras, la función de «velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios». Por todo ello, la alegación del recurrente sobre su supuesta falta de legitimación ha de ser desestimada.

Cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración. Por todo ello, constando oposición expresa por parte de quien no sólo es titular catastral de inmueble catastral invadido, sino titular registral de una finca colindante, que además concreta

gráficamente cuál es la zona cuya invasión alega (toda aquella en la que la georreferenciación alternativa de promotora excede de la catastral, con invasión de la catastral colindante al este y al sur, y habiendo acreditado el opositor su condición y nombramiento de administrador de la comunidad de propietarios opositora, debe confirmarse la calificación registral expresiva de la existencia de dudas fundadas sobre la posible invasión de finca registral colindante.

Resolución de 25-4-2025
BOE 23-5-2025
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2.

ESCXRITURA NOTARIAS: COPIA ELECTRÓNICA.

El archivo informático al descargarse por medio del Portal General del Notariado no incluye la firma del notario, con lo que dicho archivo informático, no puede tener la consideración de copia autorizada. Sin embargo, a través del acceso restringido a los registros de la Propiedad puede accederse mediante el código seguro de verificación al documento con la firma cualificada del notario

No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso exprés, pero es indudable que la aplicación del artículo 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador debe 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.

La copia autorizada electrónica debe contar con la firma electrónica avanzada (cualificada), al objeto de que tenga la consideración de escritura pública (apartado 3 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado); además de la firma electrónica avanzada (cualificada) el notario debe insertar en la copia autorizada electrónica un código seguro de verificación (artículo 31.2 de la Ley del Notariado). Sólo concurriendo ambos requisitos, firma electrónica avanzada (cualificada) y código seguro de verificación, puede decirse que la copia reúne los requisitos exigidos por la legislación notarial para la expedición de copias autorizadas electrónicas.

A través del código seguro de verificación tanto el otorgante como cualquier tercero a quien aquel entregue dicho código debe poder acceder, a través de la sede notarial, a la verificación de la autenticidad e integridad de la copia electrónica del documento notarial, lo que debe incluir, evidentemente, la verificación de la autenticidad e integridad de la firma electrónica notarial cualificada. Y esto debe predicarse no sólo cuando la copia autorizada electrónica tenga como destino el Registro de la Propiedad, sino que, con carácter general, cuando la copia autorizada electrónica tenga cualquier destino, como si de una copia autorizada en papel con firma autógrafa se tratara.

En el supuesto que se plantea en el presente expediente, tiene entrada en el Registro de la Propiedad de Sabadell número 2, a través de la Sede Electrónica del Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles, un

archivo informático con un código seguro de verificación. Este archivo informático al descargarse por medio del Portal General del Notariado no incluye la firma del notario, extendiéndose un documento en el que se hace constar, entre otros extremos lo siguiente: «Justificante de expedición de copia El presente justificante acredita que el Notario, en ejercicio de su función pública, ha expedido copia autorizada electrónica notarial del documento cuyos datos son los siguientes: [a continuación, consta el nombre del notario, fecha de la escritura y número de protocolo]». Evidentemente al no constar la firma electrónica del notario, dicho archivo informático, no puede tener la consideración de copia autorizada.

Sin embargo, si el documento es descargado mediante el código seguro de verificación extraído del archivo informático por medio del portal restringido solo para registros de la Propiedad, con firma electrónica, en este supuesto el documento sí contiene la firma electrónica avanzada del notario, por lo que la copia sí tiene la consideración de autorizada. En definitiva, a través del acceso restringido a los registros de la Propiedad puede accederse mediante el código seguro de verificación al documento con la firma cualificada del notario, por lo que el recurso debe ser estimado y la nota revocada.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución 25-3-2025.
BOE 17-5-2025
Registro Mercantil de Madrid, número XXII

REVOCACION NIF.

SE CONFIRMA

La DG confirma que no cabe practicar la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de una sociedad mercantil con CIF revocado (publicado BOE de 24 de julio de 2020). La publicación en el BOE de dicha revocación implica la doble prohibición de autorizar cualquier instrumento público y de acceso a cualquier registro público (DA 6ª LGT), en el Registro Mercantil se llevará a cabo una nota marginal en dicha sociedad indicando dicha revocación. El párrafo cuarto del apartado 4 de dicha Disposición Adicional 6ª permite como excepción a lo anteriormente expuesto la realización de los trámites imprescindibles para la cancelación de la nota marginal antes referenciada.

En el caso que nos ocupa, estamos ante una sociedad mercantil con NIF revocado y publicada su revocación en el NIF por lo que no cabe inscribir una escritura de disolución y liquidación de dicha sociedad porque esa operación (cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad en la que se produce la extinción) no la podemos considerar como imprescindible para la cancelación de la nota marginal relativa a la revocación de dicho NIF.

Resolución de 1-4-2025.
BOE 17-5-2025
Registro Mercantil de Arrecife

PRINCIPIOS DE CLARIDAD, ESPECIALIDAD Y DETERMINACIÓN.

SE CONFIRMA

La DG confirma que no cabe practicar la inscripción de una escritura constitución de una sociedad limitada al coexistir en los estatutos sociales transcritos en el título dos artículos 13 y dos artículos 14, que aún teniendo distinto contenido están encabezados con el mismo número pudiendo generar confusión, es decir, es contrario a la necesaria claridad exigible a los documentos presentados a inscripción. (arts. 9, 18 y 21 LH)

Resolución de 2-4-2025.
BOE 17-5-2025
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES EN SUPUESTOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: FUSION.

SE REVOCA

El RD-ley 5/2023, de 28 de junio, en materia de modificaciones estructurales, es una trasposición de la Directiva (UE 2019/2121), que modifica la Directiva (UE 2017/1132), y en la que indica en relación con el requisito del cumplimiento de las obligaciones fiscales, se refiere a las exigidas por la legislación estatal. Es decir, los certificados de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias se refieren a impuestos estatales y no autonómicos o municipales.

Resolución de 7-4-2025
BOE 21-5-2025
Registro Mercantil de Murcia, número IV.

AUTO JUDICIAL DE HOMOLOGACIÓN DE PLAN DE REESTRUCTURACIÓN NO FIRME: ANOTACIÓN PREVENTIVA.

SE CONFIRMA

Estamos ante un supuesto donde se recurre una anotación preventiva llevada a cabo por el Registrador por un plan de reestructuración de una sociedad en el que la homologación judicial de dicho plan no es firme. Es doctrina reiterada de la DG que el asiento de inscripción requiere la firmeza de la resolución judicial que sirve de título para su práctica, mientras que las resoluciones no firmes de un acto cuya finalidad es la inscripción en el registro la opción correcta es la anotación preventiva.

https://www.boe.es/boe/dias/2025/05/21/pdfs/BOE-A-2025-10040.pdf

Resolución de 7-4-2025.
BOE 21-5-2025

Registro Mercantil de Arrecife.

DECLARACIÓN DE CESE DE UNIPERSONALIDAD DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

SE REVOCA

Es doctrina de la DG que si la declaración de pérdida de unipersonalidad se hace en la misma escritura donde se recoge la transmisión de participaciones sociales no es necesaria la exigencia reglamentaria de presentar el libro de socios, en el sentido de que debe admitirse a tal fin la declaración del administrador único, encargado de la llevanza de dicho libro y de certificar de su contenido.

Estamos ante un caso donde la declaración de pérdida de carácter unipersonal de la sociedad emitida por el administrador consta en una escritura de transmisión de participaciones sociales del socio único ante el mismo notario, el mismo día y con el número de protocolo anterior y en la que consta el compromiso del administrador de hacer constar la transmisión en el Libro registro de socios, entendiendo la DG que la exigencia reglamentaria está igualmente cumplida.

Resolución de 22-4-2025.
BOE 23-5-2025
Registro Mercantil de Valencia.

NO PROCEDE LA ANOTACION DE DEMANDA CUANDO LA DEMANDA PLANTEADA NO ES SUSCEPTIBLE DE GENERAR UN CAMBIO REGISTRAL.

SE CONFIRMA

La DG confirma que el fundamento de una anotación de demanda es dar a conocer a los terceros de buena fe que confían en el Registro de la existencia de una demanda cuya estimación puede originar un cambio en el contenido registral.

En el caso que nos ocupa no cabe practicar una anotación de demanda por existir una actuación judicial sobre un contrato de compraventa de acciones de una sociedad, porque una demanda relativa a la titularidad de las acciones no conlleva ningún tipo de inscripción en el Registro Mercantil, excepto en la constitución de la sociedad, caso de unipersonalidad sobrevenida o de cambio de socio único, no concurriendo ninguna de estas excepciones en este supuesto, por lo que carece de sentido la anotación de demanda porque la demanda no conlleva un cambio registral que sea objeto de información a un tercero de buena fe.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Crisis económica, atribución del uso de la vivienda familiar y pensión compensatoria

Economic crisis, attribution of the use of the family home and compensatory pension

por

Mª ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM.

(acreditada a Catedra desde 2023)

RESUMEN. En momentos de crisis económica como la actual los problemas se agudizan en caso de divorcio sobre todo en cuestiones referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos no contemplados en la ley de custodia compartida, y, en el caso de la pensión compensatoria cuyo origen tiene lugar por el desequilibrio económico producido en uno de los cónyuges tras el matrimonio.

ABSTRACT. In times of economic crisis like the current one, the problems become more acute in the event of divorce, especially in matters relating to the attribution of the use of the family home in cases not contemplated in the shared custody law, and, in the case of compensatory pensions whose origin occurs due to the economic imbalance produced in one of the spouses after marriage.

PALABRAS CLAVE: Crisis económica. Uso de la vivienda familiar. Pensión compensatoria.

KEY WORDS. Economic crisis. Use of the family home. Compensatory pension.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.—III. DISTRIBU-

* Número de investigador. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2814-6701

CIÓN DE GASTOS CONTROVERTIDOS TRAS EL DIVORCIO.—IV. PENSION COMPENSATORIA TRAS EL DIVORCIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFIA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a hacernos eco en el presente estudio jurisprudencial de varias sentencias sobre diferentes puntos objeto de controversia que se producen tras la ruptura matrimonial y la llegada del divorcio, que están de sobra aclarados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como el propio Tribual insiste en sus resoluciones, pero que aún quedan algunos flecos necesarios de *reafirmación*, y de ahí la necesidad de volver sobre ellos.

Nos referimos a *algunos temas con trasfondo económico* que en momentos de crisis económica de la sociedad resurgen, y se convierten en temas objeto de controversia y análisis por los Tribunales. Se trata de la *atribución del uso de la vivienda familiar en los casos concretos de custodia compartida de los hijos*, y en relación con dicho uso el controvertido tema de la distribución de gastos, y, el no menos importante tema, que es el relativo al *abono de la pensión compensatoria al cónyuge al que el matrimonio ha producido un desequilibrio económico.*

Crisis económica que se entiende por la dificultad en el acceso al trabajo, o, como indica SAMPERE NAVARRO[1] en los difíciles supuestos del acceso al mercado laboral, tras el divorcio, cuando se ha cumplido la edad que permite percibir el "subsidio de prejubilación". Supuesto muy específico, en el que el TS ha sentado doctrina de que en tales casos no procede fijar un límite temporal a la pensión compensatoria.[2] Y, como dice el citado autor, la doctrina reseñada parece acertada, aunque muestra un punto débil en la construcción sobre no discriminación por razón de edad cuando se trata de acceder al empleo. Pese a las múltiples exhortaciones normativas en tal sentido la realidad muestra que a partir de los 52/55 años existe una dificultad objetiva, para que quien ha perdido su empleo pueda reincorporarse al mercado de trabajo. Y lo mismo cabe decir respecto de la situación en materia de recualificación profesional.

Otra de las sentencias que vamos a comentar de 28 de noviembre de 2024, reajusta la concepción de la posibilidad de obtener pensión compensatoria en caso de divorcio, ya que se configura como una obligación, aunque el cónyuge pueda trabajar o recibir ayudas públicas, ya que dicha pensión tiene por objeto corregir el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio. Como vamos a ver "la compensación económica, tiene un fundamento jurídico específico, que es corregir el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio, pero *no suplirlo con recursos estatales que están establecidos y destinados para atender situaciones de vulnerabilidad de diferente naturaleza*. Por consiguiente, la posibilidad de que la recurrente acceda a ayudas públicas no elimina el desequilibrio económico ni exime al recurrido de su obligación de contribuir a corregirlo mediante una pensión compensatoria.

No menos problemático es el supuesto de la atribución de la vivienda familiar, sobre todo, teniendo en cuenta que en general la cuestión de la vivienda en España, es la principal cuestión

Pues bien, como dice CHAPARRO en el caso de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando se tiene la custodia compartida y referente a la considerada casa nido es "en una economía media, el arrendamiento, o, en su caso, la compraventa de dos viviendas, para su disfrute durante únicamente una parte (y no la totalidad) del mes, parece una situación excesivamente gravosa para los progenitores. Tales desembolsos (la renta o la hipoteca) sin duda contribuirán a satisfacer en peor medida otro tipo de gastos, como por ejemplo los alimentos que deban prestarse a los hijos cuando se tengan en su compañía"

II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Uno de estos temas es el de la *atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida*. Como indicábamos anteriormente, la doctrina del Tribunal Supremo es clara, y, así se recoge en la STS de 11 de noviembre de 2024[3], que a su vez pone de manifiesto como en la STS de 29 de mayo de 2024, que como se dice en ella, estamos ante un supuesto específico, no contemplado en el art. 96 CC.[4]

El Alto Tribunal, en estos casos, afirma que *no es de aplicación el párrafo primero del art. 96 del CC, que se refiere a la custodia exclusiva. Tampoco el párrafo segundo del art. 96 (matrimonio sin hijos)*. Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del art. 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso "la autoridad judicial resolverá lo procedente", quien para tomar la decisión oportuna atenderá a estos factores: el interés más necesitado de protección (riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida), y, la titularidad de la vivienda (privativa o común), pero siempre con fijación de plazo.

Y, precisamente en el *plazo de uso temporal* de la atribución de la vivienda familiar, la jurisprudencia ha oscilado fijándolo o, en *un año* (sentencias de 11 de febrero de 2016;[5] o, de 13 de abril de 2016;[6] o, de 16 de septiembre de 2016;[7] de 20 de abril de 2022;[8] o de 11 de julio de 2022[9] y de 31 de enero de 2023[10]); o, en *dos años* (sentencias de 22 de septiembre de 2017;[11] de 16 de enero de 2020[12] o, de 26 de octubre de 2020[13] y de 20 de diciembre de 2021[14] y de 25 de noviembre de 2022[15]); o, en *tres años* (sentencias de 9 de septiembre de 2015[16] y de 12 de mayo de 2017[17]), o, se establece el *uso por anualidades alternos* (sentencia, de 20 de febrero de 2018[18]), o, en fin, *hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales* (sentencia de 14 de marzo de 2017[19]).

En toda la diversidad de supuestos, el uso temporal se otorga tras la realización por parte del tribunal de *un imprescindible juicio circunstancial motivado* y teniendo en cuenta lo postulado por las partes.

El texto de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, cuyo art. 12.4 ("Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda

no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas"), permite tal posibilidad; aunque, como se ha puesto de manifiesto desde la doctrina, no se ofrecen criterios para determinar cuándo se va a atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos a ambos progenitores.

El uso por periodos alternos de la vivienda familiar puede ser acordado por los propios cónyuges. Esta posibilidad se contempla de forma expresa en el art. 233-20.1 CCCat., precepto en cuyo último inciso se dice que los cónyuges "También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados".

En el supuesto de la STS de 11 de noviembre de 2024 ambos progenitores cuentan con ingresos propios, aunque los de la demandada son inferiores a los del demandante, por lo que constituye el *interés más necesitado de protección*. La vivienda es ganancial. La atribución de la vivienda al hijo hasta su mayoría de edad no ésta prevista para los casos de custodia compartida, sino cuando se atribuya al cónyuge custodio conforme al art. 96.1 CC, que no es el caso que nos ocupa.

Se concreta por el TS que la asignación de la vivienda de forma alternativa y por anualidades no es razonable, en tanto en cuanto implica que los cónyuges cada año deberán de proveer a sus necesidades de habitación con las indiscutibles dificultades que ello implica. Y, por otro lado, atribuir el uso de la vivienda familiar hasta que el hijo alcance los 18 años implica una asignación desproporcionada, que solo tendría cierto sentido cuando la sentencia de primera instancia determinó que el menor pernoctara todos los días con su madre, pronunciamiento que fue dejado sin efecto por la sentencia de la audiencia.

Esta medida ha sido aplicada en el Derecho común en los supuestos de custodia compartida sobre la base de una aplicación analógica del antiguo art. 96.II CC (actual art. 96.1.IV CC), según el cual "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente". Así, en el supuesto de custodia compartida los hijos quedan en la compañía de uno y otro progenitor (de ahí la analogía), lo que *obliga al juez a realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes para poder resolver "lo procedente"*: en particular, deberá determinar cuál es el interés más necesitado de protección, y atender, también, a si la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges o si, por el contrario, ambos gozan de algún derecho dominical sobre la misma.

Aunque la última jurisprudencia que estamos comentando otorga la atribución al interés más necesitado de protección de los dos cónyuges, pero *bajo el límite temporal máximo.*

En parte esta solución, ha tenido cierto desarrollo legal, al ser contemplada por las legislaciones autonómicas, como en el art. 233-20.3.a) CCCat. Que establece que "la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado" cuando la guarda de los hijos quede "compartida o distribuida entre los progenitores". También se recoge la misma solución en el Código de Derecho Foral de Aragón, que en su art. 81.1 mantiene que "En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto,

se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares". Por último, la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, dispone en su art. 12.4, que "Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas".

En resumen, el Tribunal Supremo concreta que debe fijarse el uso de la vivienda familiar a favor de la madre, pero *bajo el límite temporal máximo de un año a contar desde la fecha de esta sentencia*; plazo que reputamos prudencial para que la recurrida lleve a efecto las gestiones oportunas para cubrir sus necesidades de habitación, y teniendo en cuenta además que la madre, desde el año 2019, viene disfrutando de su uso exclusivo.

III. DISTRIBUCIÓN DE GASTOS CONTROVERTIDOS TRAS EL DIVORCIO

Tras ver la última jurisprudencia en relación con la *atribución del uso de la vivienda familiar en los casos concretos de custodia compartida de los hijos*, es obligatorio analizar otro tema que ha llamado la atención de los tribunales, se trata de una cuestión relacionada con relacionado con dicho uso y es el controvertido tema de la *distribución de gastos*.

Según la sentencia dictada el 7 de enero de 2025,[20] si la vivienda es propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, pero su uso se atribuye al otro excónyuge y a los hijos, el pago de estos gastos será responsabilidad del propietario. Como vemos, esta doctrina jurisprudencial aclara y sienta las bases para la distribución de determinados gastos que pueden ser muy controvertidos cuando las parejas entran en conflicto. Se refiere en concreto a los *gastos de comunidad y al pago del IBI*.

La importancia de esta resolución de nuestro Alto Tribunal se centra en que se aparta de la jurisprudencia previa del propio alto tribunal, que en sentencias del 29 de marzo de 2022 y 13 de septiembre de 2021 estableció que, cuando ambos cónyuges son propietarios del inmueble en régimen de copropiedad, y la sentencia de divorcio no especifica quién debe asumir estos gastos, cada uno debe abonar la mitad del IBI y las cuotas de la comunidad.

El FJ 4º determina que "…la recurrente tiene razón, pues al ser la vivienda privativa del exesposo, y no haberse fijado en la sentencia de divorcio que la exesposa, por tener atribuido el uso junto con las hijas menores, debiera asumir los gastos de la comunidad de propietarios ni el IBI, ambos son de exclusiva cuenta del exmarido en cuanto propietario exclusivo de la vivienda."

Con esta doctrina las partes sabrán de antemano que los *gastos de la vivienda* no son equiparables a los *gastos de suministros* que se originan por el uso, y que estos gastos deberán asumirlos el *propietario de la vivienda* precisamente por el mero hecho de ostentar la propiedad, salvo que la resolución judicial disponga una distribución diferente.

La STS de 29 de marzo de 2022[21], con cita de la anterior sentencia de 13 de septiembre de 2021,[22] en un caso en el que los dos excónyuges son propietarios

con carácter de bien privativo, por mitades iguales e indivisas, del que fue domicilio conyugal, cuyo uso y disfrute se adjudicó al exesposo hasta que la hija menor alcanzara la mayoría, casa la sentencia que desestimó la pretensión del exesposo de recuperar de la exesposa la mitad de las cuotas de la comunidad de propietarios (se estimó y quedó firme el reembolso de la mitad delo pagado por el IBI). Se afirma en la sentencia: «La sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina anterior: (i) ya que es el propietario (condición que también ostenta la Sra. Palmira) el obligado al pago de las cuotas de comunidad; (ii) y no existe pronunciamiento del juzgado de familia atribuyendo dicho pago al Sr. Cayetano que deje sin justificación la acción de reembolso ejercitada frente a la Sra. Palmira».

En cuanto a los gastos extraordinarios de las derramas y el seguro de la vivienda la cuestión ha sido más clara, aunque también hay jurisprudencia reciente al respecto. Así pues, la STS de 25 de abril de 2024,[23] que reproduce la doctrina de la sentencia de 27 de junio de 2018[24], afirma que «La condición de gasto extraordinario de la derrama determina que se le deba dar el mismo tratamiento que las cuotas comunitarias. Argumento que podría extenderse, también, al seguro de la vivienda, en tanto en cuanto cubre los daños o desperfectos sufridos en su continente y contenido en favor de la propiedad, condición que ostentan ambos litigantes.

IV. PENSION COMPENSATORIA TRAS EL DIVORCIO

El tema de la pensión compensatoria no deja de estar continúo estudio por nuestro alto Tribunal y prueba de ello está en tres resoluciones, de igual fecha, que la analizan desde distintas perspectivas.

La primera de ellas es la STS de 28 de noviembre de 2024[25] que nos recordó la jurisprudencia existente en torno a la pensión compensatoria cuya finalidad se centra en *compensar el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o el divorcio.* Lo cual no significa que constituya un sistema de equilibrio de patrimonios de los cónyuges, ni de los ingresos que cada uno obtenga de sus respectivos sueldos o pensiones, porque no significa paridad ni debe entenderse como un derecho de nivelación o indiscriminada igualación.[26]

Los criterios para fijar la pensión compensatoria (y su duración) vienen previstos, con carácter general, pero sin ser exhaustivos, en el art. 97 CC pero a su vez, funcionan como módulos de cuantificación de su montante económico: la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; además, de cualquier otra circunstancia relevante. [27]

Criterios que permiten *valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria* para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de

certidumbre. Este examen de qué posibilidades futuras hay de que el cónyuge a quien se le concede la pensión pueda modificar su situación económica, es el que justificaría o no la temporalidad.[28]

Resulta innovadora la STS de 28 de noviembre de 2024, donde el desequilibrio económico sufrido por la recurrente es patente, ya que no dispone de ingresos propios, es la que se ha encargado durante los años del matrimonio del cuidado de la familia, tanto de los hijos como de su marido, aquejado de problemas de visión, alcohol y drogas, ocupándose, igualmente, de la atención y de las necesidades del hogar, lo que ha mermado sus posibilidades de formación y desarrollo profesional, y, en el momento actual, tanto su edad como su falta de cualificación académica y profesional imitan de manera evidente su inserción en el mercado laboral y su capacidad para generar de forma personal e independiente recursos económicos suficientes. El recurrido, en cambio, percibe una pensión por gran invalidez de 2300 euros mensuales, y, aunque es verdad que en este momento satisface en concepto de alimentos a uno de sus hijos mayores una pensión mensual de 300 euros, sigue disponiendo, dado el importe de su pensión, de una base económica sólida para hacer frente a sus propias necesidades y para pagar a la recurrente, por el desequilibrio sufrido, la debida pensión compensatoria.

Señala el Alto Tribunal que no es óbice a lo anterior el hecho de que la recurrente no esté físicamente impedida para trabajar. Que pueda trabajar no significa, por las razones de edad y falta de formación mencionadas, que vaya a encontrar trabajo, ni que pueda incorporarse fácilmente al mercado laboral, ni que pueda hacerlo en sectores que ofrecen ingresos suficientes para su subsistencia. Tampoco la pensión compensatoria regulada por el art. 97 CC depende de la posibilidad de que el cónyuge perjudicado acceda a ayudas públicas cuya obtención siempre depende de requisitos y trámites administrativos que, para el ciudadano común, no siempre son sencillos, y que, además, no es inmediata ni está asegurada.

No se debe olvidar que la compensación económica tiene un *fundamento jurídico* específico: corregir *el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio*.[29]

Insiste la STS que no cabe suplir este desequilibrio *con recursos estatales que están establecidos y destinados para atender situaciones de vulnerabilidad de diferente naturaleza*. Y, es aquí donde la aparece la innovación jurisprudencia en la afirmación de que: *la posibilidad de que la recurrente acceda a ayudas públicas no elimina el desequilibrio económico ni exime al recurrido de su obligación de contribuir a corregirlo mediante una pensión compensatoria*.

También trató esta cuestión de la pensión compensatoria el TS en la sentencia de 28 de noviembre de 2024[30] En este caso se casa la sentencia de la Audiencia Provincial que estableció una pensión compensatoria de 450 euros al mes. Pero su insuficiencia para compensar el desequilibrio económico sufrido por la recurrente a consecuencia del divorcio es patente; y su desajuste con las circunstancias que califican el caso y deben considerarse para determinar su importe, notorio. Y ello porque la recurrente ha dedicado 37 años de su vida exclusivamente a atender la casa y ocuparse de la familia, sacrificando cualquier desarrollo profesional o independencia económica.

Carece de experiencia laboral y, dada su edad, sus posibilidades de acceder al mercado laboral están muy limitadas, lo que reduce notablemente sus posibilida-

des de generar ingresos y agrava su vulnerabilidad económica. Además, cuida a su madre, persona de muy avanzada edad y dependiente, lo que supone una carga adicional. Por otro lado, no consta que disponga de ingresos propios, dependiendo completamente de terceros para su sustento, lo que la coloca en una posición de claro desamparo económico frente al recurrido, que ha podido desarrollar sin limitaciones su vida profesional, tiene trabajo fijo y dispone de unos ingresos netos mensuales que en el año 2021 ascendían a la cantidad de 3761,62 euros.

Por ello se establece la cuantía de 1100 euros mensuales como pensión compensatoria actualizable con arreglo al IPC. Esta cuantía, sin igualar, es más adecuada para compensar el desequilibrio económico de la recurrente y, además, resulta razonable, proporcionada y equitativa en relación con los ingresos del recurrido, que, descontado lo que paga por la pensión de alimentos, los gastos de la hipoteca e incluso las asignaciones a las que se refirió en concepto bien de alquiler y/o bien de gastos varios (luz, agua, gas, Internet, etc.), continuará disponiendo de recursos suficientes y mayores que la recurrente para atender sus propias necesidades.

V. CONCLUSIONES

I. En momentos de crisis económica los problemas se agudizan en caso de divorcio sobre todo en cuestiones referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos no contemplados en la ley, como es el de *atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida*. Estamos ante un supuesto específico, no contemplado en el art. 96 CC, pues *no es de aplicación el párrafo primero del art. 96 del CC, que se refiere a la custodia exclusiva* ni *el párrafo segundo del art. 96 (matrimonio sin hijos)*. Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del art. 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso *la autoridad judicial resolverá lo procedente", quien deberá tener en cuenta el interés más necesitado de protección* (riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida), *y, la titularidad de la vivienda* (privativa o común), pero *siempre con fijación de plazo*.

II. En relación con el uso de la vivienda familiar, también es objeto de dudas y análisis de nuestro más Alto Tribunal el discutido tema de la distribución de gastos, sobre todo en estos tiempos de crisis. La nueva doctrina jurisprudencial concreta que el pago de los gastos de comunidad y del IBI serán responsabilidad del propietario, aunque su uso este conferido a otro excónyuge y a los hijos. Se diferencia así entre *gastos de suministros* que se originan por el uso abonados por el usuario, y que estos gastos deberán asumirlos el *propietario de la vivienda* precisamente por el mero hecho de ostentar la propiedad, salvo que la resolución judicial disponga una distribución diferente. Ocurre lo mismo en relación con los gastos extraordinarios de las derramas y el seguro de la vivienda en cuanto que reportan beneficios en favor de la propiedad.

III. También suele ser objeto de disputa y de estudio por el Tribunal Supremo el tema de la pensión compensatoria cuyo *fundamento jurídico* específico se centra en corregir *el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio en uno de los excónyuges*. Desequilibrio que no debe suplirse *con recursos estatales*

que están establecidos y destinados para atender situaciones de vulnerabilidad de diferente naturaleza.

VI. BIBLIOGRAFIA

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: *La vivienda en las crisis familiares*. Tirant Lo Blach. Valencia 2022.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: "La difícil empleabilidad alarga la pensión compensatoria." *Revista De Jurisprudencia Laboral*, Número 7/2022. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001960

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 7 de enero de 2025. Nº de Recurso: 8863/2022. Nº de Resolución: 11/2025. Ponente: María De Los Ángeles Parra Lucán. Cendoj: 28079110012025100042
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 28 de noviembre de 2024. Nº de Recurso: 2429/2024. Nº de Resolución: 1593/2024. Ponente: Antonio García Martínez. Roj: STS 6107/2024 – ECLI:ES:TS:2024:6107. Id Cendoj: 28079110012024101635.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 28 de noviembre de 2024. Nº de Recurso: 1925/2024. Nº de Resolución: 1592/2024. Ponente: Antonio Garcia Martinez. Roj: STS 6101/2024 – ECLI:ES:TS:2024:6101. Id Cendoj: 28079110012024101631.
- STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, de 11 de noviembre de 2024. Nº de Recurso: 9917/2023 Nº de Resolución: 1489/2024. Ponente: Jose Luis Seoane Spiegelberg. Roj: STS 5519/2024. ECLI:ES:TS:2024:5519. Id Cendoj: 28079110012024101469.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 25 de abril de 2024. Número Sentencia: 564/2024 Número Recurso: 2598/2022. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 2056:2024. Ecli: ES:TS:2024:2056
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 31 de enero de 2023. Número Sentencia: 138/2023 Número Recurso: 3289/2022. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Numroj: STS 1009:2023. Ecli: ES:TS:2023:1009.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 25 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 835/2022 Número Recurso: 1656/2022. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 4424/2022. Ecli: ES:TS:2022:4424.
- STS de 26 de septiembre 2022. Número Sentencia: 622/2022 Número Recurso: 6000/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 3482:2022. Ecli: ES:TS:2022:3482
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 11 de julio de 2022. Número Sentencia: 556/2022 Número Recurso: 135/2021. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3003:2022. Ecli: ES:TS:2022:3003.

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de abril de 2022. Número Sentencia: 314/2022 Número Recurso: 3460/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 1562:2022. Ecli: ES:TS:2022:1562.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 29 de marzo de 2022. Ponente: Antonio García Martínez. Número Sentencia: 244/2022 Número Recurso: 4985/2019. Numroj: STS 1213:2022. Ecli: ES: TS: 2022: 1213.
- STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, de 3 marzo de 2022. Sentencia núm. 185/2022. Recurso de casación núm. 4434/2019. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez. ECLI:ES:TS:2022:1045.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 870/2021 Número Recurso: 5053/2020. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4950:2021. Ecli: ES:TS:2021:4950.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 13 de septiembre de 2021.Número Sentencia: 593/2021 Número Recurso: 3200/2018. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3300:2021. Ecli: ES:TS:2021:3300
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 26 de octubre de 2020. Número Sentencia: 558/2020 Número Recurso: 4173/2019. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 3562:2020. Ecli: ES:TS:2020:3562
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 16 de enero de 2020. Número Sentencia: 15/2020 Número Recurso: 826/2019. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 61:2020. Ecli: ES:TS:2020:61.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 27 de junio de 2018. Número Sentencia: 399/2018 Número Recurso: 298/2016. Ponente: Antonio Salas Carceller. Numroj: STS 2474:2018. Ecli: ES:TS:2018:2474.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de febrero de 2018. Número Sentencia: 95/2018 Número Recurso: 2866/2017. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Numroj: STS 503:2018. Ecli: ES:TS:2018:503.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 22 de septiembre de 2017. Número Sentencia: 513/2017. Número Recurso: 1886/2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3323:2017. Ecli: ES:TS:2017:3323.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 12 de mayo de 2017. Número Sentencia: 294/2017 Número Recurso: 204/2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 1896:2017. Ecli: ES:TS:2017:1896.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 14 de marzo de 2017. Número Sentencia: 183/2017 Número Recurso: 1021/2016. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Numroj: STS 973:2017. Ecli: ES:TS:2017:973.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 16 de septiembre de 2016. Número Sentencia: 545/2016 Número Recurso: 1628/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 4089:2016. Ecli: ES:TS:2016:4089
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 3 de abril de 2016. Número Sentencia: 251/2016 Número Recurso: 1473/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 1638:2016. Ecli: ES:TS:2016:1638.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 11 de febrero de 2016. Número Sentencia: 51/2016 Número Recurso: 326/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas Numroj: STS 437:2016. Ecli: ES:TS:2016:437.

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 9 de septiembre de 2015. Número Sentencia: 465/2015 Número Recurso: 545/2014. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3707:2015. Ecli: ES:TS:2015:3707.

VIII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Código civil
- CCCat.
- Código de Derecho Foral de Aragón.
- Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

NOTAS

[1] SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: "La difícil empleabilidad alarga la pensión compensatoria." *Revista De Jurisprudencia Laboral* – Número 7/2022.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001960

[2] STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, de 3 marzo de 2022. Sentencia núm. 185/2022. Recurso de casación núm. 4434/2019. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez. ECLI:ES:TS:2022:1045.

[3] STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, de 11 de noviembre de 2024. Nº de Recurso: 9917/2023 Nº de Resolución: 1489/2024. Ponente: Jose Luis Seoane Spiegelberg. Roj: STS 5519/2024. ECLI:ES:TS:2024:5519. Id Cendoj: 28079110012024101469.

[4] Tema tratado también en los últimos años en las STS de 26 de octubre de 2020; de 22 de junio de 2021; de 20 de diciembre de 2021; de 20 de abril de 2022; de 25 de noviembre de 2022 y de 31 de enero de 2023.

[5] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 11 de febrero de 2016. Número Sentencia: 51/2016 Número Recurso: 326/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas Numroj: STS 437:2016. Ecli: ES:TS:2016:437.

Sentencia que determina que "Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales."

[6] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 3 de abril de 2016. Número Sentencia: 251/2016 Número Recurso: 1473/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 1638:2016. Ecli: ES:TS:2016:1638. Determina la sentencia que "Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al régimen legal."

[7] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 16 de septiembre de 2016. Número Sentencia: 545/2016 Número Recurso: 1628/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 4089:2016. Ecli: ES:TS:2016:4089. En ella se concreta la misma doctrina y argumento que la de 3 abril de 2016. En conclusión, esta Sala debe declarar que la madre deberá abandonar la vivienda conyugal, en el plazo de un año, en base a lo declarado y al no constar que el padre precise de una protección especial, dado que se declaró probado que sus ingresos reales eran superiores a los declarados."

[8] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de abril de 2022. Número Sentencia: 314/2022 Número Recurso: 3460/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 1562:2022. Ecli: ES:TS:2022:1562.

Establece la limitación temporal procedente a la atribución del uso de la vivienda familiar a la menor y a la madre, lo que se debe llevar a cabo atendiendo a las circunstancias concurrentes y que son: (i) la vivienda familiar es privativa del recurrente; (ii) la capacidad económica de este proviene de los ingresos que percibe por su trabajo, únicos de los que dispone, y que ascienden a la cantidad de 2200 euros mensuales; (iii) la recurrida, que a la fecha de la sentencia dictada por la Audiencia, contaba con 33 años de edad, es una persona plenamente capaz para el trabajo, que está licenciada en Derecho por la Universidad de Ucrania, que ha trabajado durante el matrimonio en distintas empresas (IBM, Patentes Talgo, Novotec Consultores, S.A. y Anearmeeting, S.L.) y que en el año 2016 percibió unos ingresos similares a los del recurrente; además, la sentencia recurrida presume que ha accedido al mercado laboral y que cuenta con ingresos.

A la vista de las circunstancias anteriores, y en sintonía con lo que solicita el fiscal que dice que cabe presumir la existencia de ingresos similares y que ese es el plazo que se ha venido fijando por esta sala como periodo de transición en los supuestos de paridad de ingresos de los progenitores, se fija como plazo temporal de uso de la vivienda familiar el de 1 año desde la fecha de esta sentencia.

[9] STS Sala: Primera. Sección: Primera de 11 de julio de 2022. Número Sentencia: 556/2022 Número Recurso: 135/2021. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3003:2022. Ecli: ES:TS:2022:3003. Simplemente se acuerda que "La madre e hijo continuarán en la vivienda familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia, tras el cual abandonarán la vivienda y los bienes inmuebles se someterán al proceso de liquidación."

[10] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 31 de enero de 2023. Número Sentencia: 138/2023 Número Recurso: 3289/2022. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Numroj: STS 1009:2023. Ecli: ES:TS:2023:1009. "en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe prestar especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres; en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía. Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establecía en el art. 96.III CC para los matrimonios sin hijos, actual número segundo de dicho precepto. Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año; de dos años; tres años, uso por anualidades alternas o, en fin, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales. En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado."

[11] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 22 de septiembre de 2017. Número Sentencia: 513/2017. Número Recurso: 1886/2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3323:2017. Ecli: ES:TS:2017:3323. Ponderando el interés más necesitado de protección se fija, por esta sala, el período de dos años, computables desde esta sentencia, con el fin de facilitar a ella y a las menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará para el uso exclusivo de su titular, que es D. Luis Miguel.

[12] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 16 de enero de 2020. Número Sentencia: 15/2020 Número Recurso: 826/2019. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 61:2020. Ecli: ES:TS:2020:61

Procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales

(art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia.

[13] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 26 de octubre de 2020. Número Sentencia: 558/2020 Número Recurso: 4173/2019. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 3562:2020. Ecli: ES:TS:2020:3562. Cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda.

[14] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 870/2021 Número Recurso: 5053/2020. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4950:2021. Ecli: ES:TS:2021:4950. En el caso presente, nos encontramos ante la idoneidad cuestionada del modelo de casa nido fijado por la Audiencia, que constituye una fórmula viable que, sin embargo, contiene importantes dificultades para su adopción, en tanto en cuanto requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia.

En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un buen "coparenting" —relaciones de los padres entre sí—. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión. El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades.

[15] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 25 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 835/2022 Número Recurso: 1656/2022. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 4424/2022. Ecli: ES:TS:2022:4424.

"… sobre el modo de resolver en los casos de custodia compartida a quién corresponde el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, que, al no existir un criterio legal que fije la regla de atribución, la jurisprudencia de esta sala ha considerado que la regulación más próxima es la que se prevé en el art. 96 CC para los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes del otro, que es el supuesto que guarda mayor identidad de razón, y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa, cuando señala que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias en concurso para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en conflicto, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador. Añadiendo, a renglón seguido: "Con tal finalidad, se deberá de prestar especial atención a dos factores: "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero"

"De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía. Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero del art. 96 CC para los matrimonios sin hijos, actual número segundo de dicho precepto"

Es claro, que la decisión de la Audiencia confirmando la atribución del uso de la vivienda familiar a la progenitora de la menor por ser su interés el más necesitado de protección, pero sin establecer limitación temporal alguna, no se ajusta a la doctrina anterior, por lo que procede la estimación del motivo y, con él, la del recurso de casación.

[16] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 9 de septiembre de 2015. Número Sentencia: 465/2015 Número Recurso: 545/2014. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3707:2015. Ecli: ES:TS:2015:3707. De lo actuado se deduce que ambos perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, y una digna autonomía económica. Por tanto, no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar "sine die", por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del C. Civil, aplicado analógicamente, se fija un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

[17] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 12 de mayo de 2017. Número Sentencia: 294/2017 Número Recurso: 204/2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 1896:2017. Ecli: ES:TS:2017:1896. "atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre y edad de las menores, el límite, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser de tres años a computar desde el dictado de la presente sentencia."

[18] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de febrero de 2018. Número Sentencia: 95/2018 Número Recurso: 2866/2017. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Numroj: STS 503:2018. Ecli: ES:TS:2018:503. La sentencia casa la de la Audiencia y estima la del Juzgado de Primera Instancia n.º 8, de Valencia en lo que se refiere a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, así como del ajuar y mobiliario existente por anualidades alternas hasta que procedan a separar patrimonios que tienen en común. Limitación del uso más ponderada y sensata que la que ofrece la Audiencia Provincial de Valencia

[19] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 14 de marzo de 2017. Número Sentencia: 183/2017 Número Recurso: 1021/2016. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Numroj: STS 973:2017. Ecli: ES:TS:2017:973. La estimación del recurso conlleva la confirmación en este aspecto de la sentencia del juzgado, limitando la atribución del uso y disfrute del inmueble familiar hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide este bien.

[20] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 7 de enero de 2025. Nº de Recurso: 8863/2022. Nº de Resolución: 11/2025. Ponente: María De Los Ángeles Parra Lucán. Cendoj: 28079110012025100042

[21] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 29 de marzo de 2022. Ponente: Antonio García Martínez. Número Sentencia: 244/2022 Número Recurso: 4985/2019. Numroj: STS 1213:2022. Ecli: ES: TS: 2022: 1213. Copropiedad sobre vivienda que constituye el domicilio familiar y cuyo uso se adjudica a uno de los condueños hasta la mayoría de edad de la hija menor del matrimonio. Obligación del otro condueño de contribuir a los gastos de comunidad. Uso posterior a la mayoría de edad de la hija. Arts. 394 y 398 CC.

[22] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 13 de septiembre de 2021.Número Sentencia: 593/2021 Número Recurso: 3200/2018. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3300:2021. Ecli: ES:TS:2021:3300. Sentencia que concreta que "…es el propietario el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge que tiene atribuido el uso y disfrute debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia, en los casos de crisis conyugal (art. 9 LPH)."

Así, la sentencia rechaza que el excónyuge propietario de la vivienda que ha pagado las cuotas de la comunidad de propietarios tenga un derecho de reembolso frente a la exesposa que tiene atribuido el uso junto con los hijos menores porque en la sentencia que atribuyó el uso no se le impuso que debiera sufragar tales gastos. En definitiva, son gastos que deben tomarse en consideración en el conjunto de medidas que se adoptan como consecuencia de la crisis de la pareja y, en su caso, en la correspondiente modificación de medidas. Doctrina que recoge la de anteriores sentencias: "Esta sala, en sentencias 508/2014, de 25 de septiembre,

y 399/2018, de 27 de junio, declaró que es el propietario el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia, en los casos de crisis conyugal (art. 9 LPH)."

[23] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 25 de abril de 2024. Número Sentencia: 564/2024 Número Recurso: 2598/2022. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 2056:2024. Ecli: ES:TS:2024:2056

[24] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 27 de junio de 2018. Número Sentencia: 399/2018 Número Recurso: 298/2016. Ponente: Antonio Salas Carceller. Numroj: STS 2474:2018. Ecli: ES:TS:2018:2474. Los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar son a cargo de quien resulte ser propietario de la misma con independencia de quien tenga atribuido el uso, salvo que otra cosa se haya dispuesto en las medidas definitivas.

[25] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 28 de noviembre de 2024. Nº de Recurso: 2429/2024. Nº de Resolución: 1593/2024. Ponente: Antonio García Martínez. Roj: STS 6107/2024 – ECLI:ES:TS:2024:6107. Id Cendoj: 28079110012024101635.

[26] Afirmación que ya se recogió en la STS de 26 de septiembre 2022. Número Sentencia: 622/2022 Número Recurso: 6000/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 3482:2022. Ecli: ES:TS:2022:3482.

La importancia de esta sentencia estriba en la *temporalidad de la pensión compensatoria*: La Audiencia fundamenta la temporalidad de la pensión compensatoria (hasta que se lleve a efecto la liquidación del patrimonio ganancial) en la edad de la recurrente, su falta de formación, la duración del matrimonio, la edad en la que se contrajo, la dedicación a la familia, los ingresos actuales del esposo, y sobre todo el patrimonio ganancial.

En la sentencia 409/2018, de 29 de junio, consideramos que el condicionante temporal impuesto a la pensión compensatoria por la Audiencia Provincial estaba *viciado de un inadecuado juicio prospectivo, por lo que casamos la sentencia fijando la pensión compensatoria con carácter indefinido*, además de por otra circunstancia, porque su supeditación a la liquidación de la sociedad de gananciales suponía establecer una base incierta al desconocerse el valor de los inmuebles. Y más recientemente, en la sentencia 810/2021, de 25 de noviembre, precisamos, tras reconocer que la adjudicación de bienes en la liquidación del régimen económico la hemos tenido en cuenta a la hora de fijar la cuantía y límite temporal de la pensión compensatoria sentencia 575/2019, de 5 de noviembre) o incluso para acordar su extinción por considerar que de esa forma cesaba la situación de desequilibrio que la había motivado (sentencia 76/2018, de 14 de febrero), que, como ocurre en el presente caso:

"[...] Es la falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación de su desequilibrio, la razón que explica que, en ocasiones, no se hayan tenido en cuenta alegaciones genéricas sobre la futura liquidación del régimen bien para cuantificar bien para limitar temporalmente la pensión (sentencias 304/2016, de 16 de mayo, 245/2020, de 3 de junio, y 18/2020, 13 julio). De la misma manera que se ha considerado irrelevante la liquidación del régimen de gananciales a efectos de apreciar una modificación de circunstancias que permitiera modificar o extinguir la pensión cuando ya se tuvo en cuenta el patrimonio existente en el momento de fijarla junto a otros datos, como la absoluta falta de cualificación profesional de la esposa (sentencia 548/2018, de 17 de octubre) [...]".

[27] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de octubre de 2023. Número Sentencia: 1429/2023 Número Recurso: 4765/2022. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4414:2023. Ecli: ES:TS:2023:4414.

La pensión compensatoria entra de lleno en el marco de las facultades dispositivas que corresponden a los cónyuges, los cuales cuentan con la capacidad vinculante de configurarla de la forma que estimen oportuna. Son, por lo tanto, perfectamente válidos los pactos relativos a su renuncia, cuantía, límites temporales, capitalización etc. La audiencia provincial va haciendo un análisis, una por una, de las circunstancias del art. 97 del CC, entre ellas que, durante el matrimonio que duró 26 años, la esposa trabajó 15 años, y que, una vez dictada la

sentencia de divorcio, accedió al mundo laboral, aunque luego entró en desempleo. Su dedicación futura a la familia, dada la edad de los hijos no va a ser relevante como si se tratase de menores de edad, incluso el mayor de ellos, al parecer, ya se encuentra trabajando. Goza de buen estado de salud y, al tiempo de dictarse la sentencia, contaba con 49 años. Tampoco se ha acreditado, por su parte, que su condición de esposa y dedicación al hogar frustrara su desarrollo o formación académica.

La propia demandada recurrente pidió la fijación de la pensión como temporal, por lo que no cabe ahora fijarla de manera indefinida en el tiempo, y máxime, además, cuando la realidad demuestra que ha tenido posibilidades reales y efectivas de incorporación al mundo laboral.

En definitiva, la cantidad fijada por la audiencia, ratificando el criterio del juzgado, no la podemos considerar desproporcionada, absurda o arbitraria para que proceda su revisión, ni podemos concluir que la audiencia vulnerase los criterios y jurisprudencia de la sala sobre los elementos condicionantes de su determinación. No se estima el recurso dando razón a la Sentencia de la Audiencia.

[28] FAUS, Manuel y Ariño, Barbara: *Pensión compensatoria y su temporalidad. https://vlex.es/vid/pension-compensatoria-temporalidad-415991030*

[29] Como dice la STS 453/2018, 18 de Julio de 2018, la razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas —unidas por matrimonio— de una determinada posición económica, lo que da lugar a que —extinguido el vínculo— deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaura de nuevo con otra persona. Por tanto, son presupuestos para reclamar la pensión compensatoria:

• Que el cónyuge solicitante pruebe que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge.

• El derecho a reclamar la pensión debe existir en el momento de la ruptura, sin que deban tenerse en cuenta los hechos que hayan tenido lugar durante la separación y el divorcio, o en un momento posterior.

[30] STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 28 de noviembre de 2024. Nº de Recurso: 1925/2024. Nº de Resolución: 1592/2024. Ponente: Antonio Garcia Martinez. Roj: STS 6101/2024 – ECLI:ES:TS:2024:6101. Id Cendoj: 28079110012024101631.

1.2. Derecho de familia

El necesario papel de los progenitores y centros docentes como entorno seguros ante el reto de las nuevas tecnologías (IA): análisis de la normativa europea y nacional actual y de futuro.

The necessary role of parents and schools as a safe environment in the face of the challenge of new technologies (ai): analysis of current and future european and national regulations.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora (acreditada a profesora Titular) de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN. El presente estudio se va a centrar en el importante papel de los progenitores y centros docentes en la protección de los menores de edad y adolescentes ante los retos del uso de las nuevas tecnologías, en especial los sistemas de inteligencia artificial. A tal efecto analizaremos la normativa europea existente (Reglamento General de Protección de Datos, Reglamento de Servicios Digitales y Reglamento de Inteligencia Artificial, entre otros) y la normativa nacional presente y futura.

ABSTRACT. This study will focus on the important role of parents and schools in protecting minors and adolescents from the challenges posed by the use of new technologies, especially artificial intelligence systems. To this end, we will analyze existing European regulations (the General Data Protection Regulation, the Digital Services Regulation, and the Artificial Intelligence Regulation, among others) and current and future national regulations.

PALABRAS CLAVES: Inteligencia artificial, nuevas tecnologías, menores de edad, adolescentes, violencia digital, redes sociales, plataformas en línea, datos personales, daños, ilícitos penales e ilícitos civiles.

KEYWORDS: Artificial intelligence, new technologies, minors, adolescents, digital violence, social networks, online platforms, personal data, damages, criminal offenses, and civil offenses.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES. EN ESPECIAL, LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y ADOLESCENTES ANTE LOS RIESGOS DE LAS REDES SOCIALES, PLATAFORMAS EN LÍNEA, MOTORES DE BUSQUEDA.—III. REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: DERECHOS Y CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES Y ADOLESCENTES. 3.1. En torno al contenido del Reglamento General de Protección de Datos. 3.2. Derechos del interesado (titular de los datos personales) en el Reglamento de Protección de Datos (los conocidos como derechos ARCO). 3.3. El consentimiento de menores de edad en el Reglamento General de Protección de datos y la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de derechos digitales. 3.4. El interés superior del menor, las redes sociales y plataformas digitales en línea de gran tamaño y motores de búsqueda.—IV. EL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA PROTECCIÓN DE MENORES Y ADOLESCENTES.—V. EL PROYECTO DE LEY 121/000052 DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN ENTORNOS DIGITALES.—VI. LAS AUTORIDADES DE CONTROL: EL PAPEL DE LA OFICINA EUROPEA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD DE MENORES DE EDAD Y ADOLESCENTES.—VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, además de datar de un régimen jurídico propio a las personas con discapacidad, se reestructura el ámbito de protección de los menores en el sentido que ya no guarda relación la patria potestad con el hijo mayor de edad discapacitado, al suprimirse la patria potestad prorrogada y rehabilitada, y únicamente se reserva la tutela para los menores de edad no sometidos a patria potestad. En todo lo demás, la configuración de la patria potestad se mantiene tal como se reformó por Ley 11/ 1981, de 13 de mayo. La patria potestad responde a la existencia de un vínculo de filiación, ya sea por naturaleza o por adopción y corresponde a ambos progenitores. Así resulta del artículo 154.1 del Código Civil en cuanto establece *"los hijos e hijas están bajo la potestad de los progenitores"*. Como responsabilidad parental se ejerce siempre en interés de los hijos e hijos de acuerdo con su personalidad y conforme el artículo 154.3 del citado cuerpo legal tienen como deberes y facultades *"velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"*; y, son los representantes legales de sus hijos menores de edad no emancipados y administradores de sus bienes. No obstante, se exceptúa de la representación legal de los titulares de la patria potestad en relación con determinados actos que, o bien pue-

den ser realizados por el hijo (artículo 162.1 del Código Civil —actos relativos a derechos de personalidad del hijo, de acuerdo con su madurez puede realizar por sí mismo—), o bien conllevan la intervención de un tercero que excluye los padres como representantes del hijo en un acto o negocio jurídico en particular (artículo 162.2 y 3 del Código Civil). De todas formas, los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales (artículo 1263 del Código Civil). Ahora bien, los padres son los responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda; más en concreto en la culpa *in vigilando* o *in educando* (artículo 1903.2 del Código Civil). Estamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa que, alcanza a los ilícitos civiles e ilícitos penales que cometan sus hijos menores de edad no emancipados tanto en el mundo físico como digital o virtual, salvo que pruebe diligencia debida en su actuación paterna o materna. Si tales ilícitos son cometidos durante el tiempo que el hijo menor de edad está en el centro docente de enseñanza no superior en el curso de actividad escolares, extraescolares o complementarias tiene lugar una delegación de guarda y de responsabilidad. De forma que, los centros docentes responden de los daños casado por sus alumnos en el deber de vigilancia que le corresponde (artículo 1903.V del Código Civil). Se habla también de responsabilidad subjetiva o por culpa (culpa *in vigilando* o culpa *in eligiendo*), salvo prueba de su diligencia. Igualmente, el daño puede ser ocasionado en el mundo físico como en el digital. Ambos deben convertirse en entornos seguros y garantes de la privacidad, intimidad y seguridad de los menores de edad no emancipados.

Pues bien, sobre tales bases, procede en este estudio centrarnos en la participación de los menores de edad no emancipados en el mundo digital. Estamos ante los llamados "nativos digitales" que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación (Tics), cuentan con suficientes conocimientos para poder "navegar por las redes", a la par que sus derechos pueden verse afectados, infringidos y carentes de las suficientes garantías para asegurarlos y protegerlos. A tal expresión debemos añadir el uso responsable que resulta efectivo, si se acompaña de política públicas, normas y sanciones para quienes incumplan y, estableciendo unos límites en la oferta de servicios digitales.

Ciertamente, el acceso a internet y el uso de las aplicaciones móviles se ha convertido en parte esencial de la vida de las personas, especialmente de los menores y adolescentes. Los beneficios de este mundo digital son innegables, les permiten acceso a información, conocimiento, representa una herramienta esencial en el modelo educativo, ofrece oportunidades sociales o creativas; fomenta su derechos a la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y la conciencia y la interactuación con su entono social más próximo, con capacidad para mejorar su participación social favoreciendo con ello su desarrollo personal. El uso de las redes sociales y de juegos interactivos en plataformas les permite relacionarse con sus amigos, compartir experiencias, operar entre iguales, e influye en su desarrollo emocional, todo ello en un entorno digital paralelo al presencial[1]. Ahora bien, todo esto tiene consecuencias para su identidad personal, social y también en lo que representa su identidad digital o huella digital; lo que puede representar cierto riesgo en un futuro; de ahí la necesidad de recurrir al derecho al olvido o supre-

sión de datos; pues, no olvidemos que, las redes sociales y las plataformas digitales muestran nuestro comportamiento, forma de ser que, quizá en un tiempo temprano donde la conciencia no está en un proceso maduro y, lo que parece atractivo y divertido, al alcanzar la edad adulta nos damos cuenta de los riesgos que tales comportamientos tienen para nuestra privacidad y desarrollo personal, social y laboral. Constituye una realidad que, los beneficios de los procesos de digitalización y democratización del acceso a los entornos digitales deben ir parejos con las medidas necesarias de protección a la infancia y a la juventud en el ciberespacio, poniendo en el centro sus derechos e interés superior. Es importante destacar la creciente demanda social que durante los últimos años ha tenido lugar exigiendo un entorno digital seguro, inclusivo y educativo para los menores y adolescentes, que garantice su bienestar y desarrollo en la era digital.

No obstante, muchos de estos riesgos y los peligros ya existen en el mundo real (físico), pero han encontrado campo de operatividad también en el mundo digital con los riesgos que comporta y las dificultades de evitarlos. Así impedir la explotación de adicciones, el ciberacoso, la exposición a contenidos inadecuados o inapropiados, e incluso, las diferencias sociales, conductas delictuales o el consentimiento para ciertas operaciones que excede de lo que sería seguro para el menor, a la vez impedir que sean manipulados, dirigidos o convertidos en clientes permanentes y, con ello su monetización a través de su "datiflicación", resulta ser una obligación de los poderes públicos que, debe tener reflejo en un marco normativo adecuado.

Resulta imprescindible, actuar atendiendo al principio del interés superior del menor en cualquier ámbito de actuación sea en el mundo físico o el virtual; además, la actuación de los proveedores de servicio ha de ser no reactiva sino proactiva; y. asimismo, resuelta necesario que internet sea seguro por defecto desde el diseño y siguiendo el principio de minimización en el tratamiento de los datos personales de los menores y adolescentes.

A tal fin, la Observancia General número 25 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas adoptada en marzo de 2021, se centra en los derechos de los niños en relación con el entorno digital, ofreciendo directrices a los Estados parte para implementar los derechos de los menores y adolescentes en el entorno digital.

Esta Observación General fundamenta estos derechos en cuatro principios generales: 1. La no discriminación de forma que ellos Estados parte se aseguren que todos los niños tengan el acceso equitativo y efectivo al entorno digital de manera beneficiosa para ellos; 2. El interés superior del niño, de tal forma que los Estados deban recabar la participación de los órganos nacionales y locales encargados de que se hagan efectivos los derechos de los niños, incluidos su derecho a buscar, recibir y difundir información, a obtener protección contra todo daño y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta y garantizar el superior interés del menor; 3. El derecho a la vida y a la supervivencia y al desarrollo, debiendo adoptar los Estados parte todas las medidas apropiadas para proteger a los niños frente a todo lo que constituya una amenaza para su derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y 4. El respeto a las opiniones del niño (derecho a ser oído y escuchado).

En este contexto, los menores y adolescentes participan en entorno digital donde el acceso y la conexión y la oferta son permanentes e ilimitadas. Desde temprana edad como señala ADRIANA RODRÍGUEZ "están expuestos a una variedad cada vez mayor de tecnología, teléfonos inteligentes, tabletas, ordenadores y diversidad de plataformas en línea, redes sociales, videojuegos y servicios de *streaming*"[2]. Aunque pueden representar nuevas formas de aprendizaje y modelos educativos y sociales, también traen consigo importantes desafíos, riesgos y peligros en la protección de la infancia. Precisamente, la *American Academy of Pediatric* —AAP pone de manifiesto que, el exceso de horas de pantalla se ha vinculado con trastornos de conducta, retraso en el desarrollo y trastornos del lenguaje, dificultades de aprendizaje, trastornos por déficit de atención e hiperactividad (TEDA) y trastornos del espectro autista (TEA). Por su parte, según datos de UNICEF España, el 15% de los adolescentes españoles presentan síntomas de depresión grave y la tasa de comportamientos suicidas se sitúa en un 10%. Asimismo, destaca que un 16% de adolescentes ha sufrido acoso o ciberacoso; y según las investigaciones de *Save de Children* España 7 de cada 10 menores ha sufrido violencia en entornos digitales, siendo las niñas el colectivo más afectado. En este contexto, el Informe TechDispatch sobre neurodatos 2024 del Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Agencia Española de Protección de Datos señalan la necesidad de asegurar el tratamiento de neurodatos sean proporcionales y minimizados y que se recojan solo aquellos datos necesarios para cumplir con los fines específicos manifestados. Se destaca, también, los riesgos asociados con la exactitud y fiabilidad de los datos teniendo en cuenta que operamos sobre el cerebro humano, su plasticidad y las numerosas variaciones que presenta el desarrollo neuronal en función de la edad. De ahí que, se hable de neuderechos. En las medidas de consenso para un Pacto de Estado ante la nueva legislatura y la presidencia de España en la UE "Protegiendo a la infancia y la adolescencia en el entorno digital" se establece en la página 33 y 34 los siguientes neuderechos: "derecho a la privacidad mental (datos cerebrales de las personas); el neurodato no sea extraído sin el consentimiento de la persona; (…) derecho a la identidad y autonomía personal (el libre albedrio): busca que no se introduzca neurodatos de manera artificial en la red neuronal de la persona, sin su consentimiento, o del que esté habilitado para darlo; (…) derecho de acceso equitativo a la aumentación cognitiva: los neuroderechos no solo son libertades personales, sino que también incluyen una garantía de igualdad que genera deberes de acceso para el Estado; y, (…) derecho a la protección ante sesgos algorítmicos o procesos automatizados de toma de decisiones: los neuroderechos protegen al individuo de la segregación y exclusión, entrenado no solo al uso directo de instrumentos en el individuo, sino que, particularmente, en sui vínculo con el mundo digital".

Un reto fundamental para toda la sociedad es tener siempre presente la importancia de la protección, privacidad (intimidad) y seguridad en la vida física y virtual, máxime si son menores o adolescentes. Precisamente, éstos sin ser conscientes de ello, en muchas ocasiones comparten una cantidad importante de información personal y datos personales en internet. Y ese comportamiento "inconsciente", "impulsivo" e "ignorante de cualquier peligro" es aprovechado por las plataformas y aplicaciones, por ejemplo, con fines, comerciales y, por adultos

depravados a través de comportamientos delictuales contra menores y adolescentes (material pornográfico y pedófilo).

Ciertamente, existen distintas campañas de marketing de moda o de cosméticos dirigidas a los menores y adolescentes (como público objetivo), aprovechando la popularidad de los *influencers*. Se habla de la sexualización y comercialización de contenidos dirigidos expresamente a los menores y adolescentes. Por su parte, en el informe elaborado por "*The Child's Rigth to Protection against Economic Explotation in the Digital World*" se indica, al respecto, que los menores y adolescentes están expuestos a prácticas comerciales agresivas de los juegos que utilizan, en los que se incluye publicidad, compras dentro de la aplicación o recompensas a través de la "caja botín" —lo que genera un consumo compulsivo—; y también les ofrecen la posibilidad de ser *influencer* o jugadores profesionales de e-*Sports*, con el peligro de ser víctimas de una explotación económica[3].

Ahora bien, en España el Grupo de expertos en la Lucha contra la violencia contra la mujer del Consejo de Europea (GREVIO) en su primer informe de evaluación —España (en línea) 2020— alertan del hecho importante que "desde hace años las experiencias de violencia de género contra las mujeres y niñas en los entornos digitales y físicos se ha visto amplificadas por la tecnología digital, llegando a una escala de violencia nunca vista". Ya en 2011 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó "su profunda preocupación por la mayor accesibilidad del público a material pornográfico violento y extremo, que representa gráficamente escenas de degradación, violencia sexual, tortura, asesinato, necrofilia o bestialidad con finalidad de excitación sexual". No dejamos de mencionar el referente en los estándares internacionales en este campo como es el Convenio del Consejo de Europea sobre Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul) de 2011, ratificado por España en 2014 en su artículo 5 exhorta a los Estados "la obligación que tienen de evitar que se cometa violencia contra la mujer y actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar, indemnizar los actos de violencia cometido por actores no estatales —particulares, empresas, delincuencia organizada, etc.—, aplicando la perspectiva de género (artículo 6). Un enfoque dual en el que convive de forma trasversal la perspectiva de género y medidas específicas para la protección de la mujer se ve reflejado en la Agenda 2030 en el ODS número 5. Se debe adoptar por los Estados las medidas necesarias para castigar estos comportamientos delictivos; cambiar los comportamientos y los estereotipos que dan lugar a esa violencia; sensibilizar al público sobre las consecuencias negativas que causan estas conductas en la víctima; educar a la sociedad en rechazar la violencia y especializar a los profesionales que trabajan con las víctimas.

Pues bien, de nuevo, en este mundo digital, el papel y la actuación de los padres y centros docentes resulta esencial ante los riesgos en que pueden verse inmerso los menores y adolescentes. Así deben proporcionarles todas aquellas herramientas necesarias que les permita operar de manera segura en el mundo digital. En este sentido los centros educativos deben asumir un rol activo, no sólo limitando el acceso a dispositivos digitales (tablets, teléfonos móviles), sino también incorporando la educación digital segura en sus programas; lo que posibilita, no sólo impartir conocimientos técnicos, sino también informar a los menores y adolescentes lo que representa una navegación en línea segura. No olvidemos

que estos son responsables de los hechos dañosos llevados a cabo por sus hijos o alumnos tanto en el campo presencial como el virtual (responsabilidad subjetiva o por culpa —artículos 1903 y 1904 del Código Civil y en el artículo 61 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores —cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden; y si éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos—)[4].

Sobre tales bases, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Resolución "promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet" significó que los derechos de los sujetos debían ser protegidos en internet, invocando el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, en el año 2007 UNICEF en su informe "niños en un mundo digital" hace especial referencia a los peligros que los menores y adolescentes pueden encontrarse en el mundo digital.

Ahora bien, ante esta situación de vulnerabilidad en que se pueden situarse los menores y adolescentes, exige también una implicación de los poderes públicos; de ahí, la exigencia de una implementación de manera efectiva de todas aquellas herramientas e instrumentos que, previamente el legislador ha debido prever en la normativa desarrollada a tal fin.

En todo caso, el menor además de desconocer los peligros del entorno digital, ignora sus propios derechos, muchos de ellos fundamentales (derecho al honor, intimidad y propia imagen; protección de datos; y la posibilidad de que puedan ser vulnerados. Se debe imponer herramientas de control del acceso a los dispositivos y al contenido que proporcionan, a la vez que potenciar la inclusión digital

De ahí que, la protección de menores en el ciberespacio es una prioridad abordada en normativas y leyes tanto en España como a nivel internacional.

En concreto, en España la Constitución Española en su artículo 18.4 se refiere a la protección de los datos personales como un derecho fundamental. Este artículo proporciona una base sólida para la normativa que protege los datos personales de los menores en España. Por su parte, en su artículo 39 la Carta Magna establece como mandato a los poderes públicos de asegurarse la protección integral de los hijos; además de gozar los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos; el artículo 154 del Código Civil establece la obligación de los padres de velar por los hijos tanto en un entorno físico como digital. Se habla de la parentalidad positiva y la parentalidad digital; asimismo, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 3 establece que los menores de edad y personas con discapacidad pueden prestar su consentimiento para asuntos relacionados con su honor, intimidad y propia imagen si poseen suficiente madurez. Si los menores no tienen capacidad suficiente, el consentimiento debe ser prestado por sus representantes, legales, quienes están obligados a comunicarlos al Ministerio Fiscal. Este, a su vez, puede oponerse y solicitar que un juez resuelva el asunto, garantizando así que cualquier intromisión no cause perjuicio material o moral al menor.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del Menor (LOPJM) establece un marco integral para la protección de los derechos de los menores en España; y, su contenido trasciende los límites del Código Civil para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

Esta Ley reconoce no solo el derecho de los menores a la intimidad y a la propia imagen, sino también aborda la protección contra toda forma de explotación, abuso y negligencia.

En particular, el artículo 4 de esta Ley destaca la importancia de proteger el honor, la intimidad personas y familiar y la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

Así, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa al Ministerio Fiscal. A tal fin, se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Además, el artículo 5 se refiere al derecho a la información; en concreto, los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. De ahí que, se preste especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos; asimismo, las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores (…); y, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad.

En fin, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores destaca el artículo 11.2 letra 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.

Por su parte la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIVI) en su artículo 1 apartado primero dispone que, esta ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida. En su apartado 2 define la violencia como toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad 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, especialmente la violencia digital. Se hace, en consecuencia, referencia explícita a una violencia digital.

Asimismo se indica que, en cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.

En fin, buen trato es aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los menores y adolescentes.

Ahora bien, se dispone como uno de los fines de la LOPIVI, en su artículo 3 letra m) "establecer los protocolos, mecanismos y cualquier otra medida necesaria para la creación de entornos seguros, de buen trato e inclusivos para toda la infancia en todos los ámbitos desarrollados en esta ley en los que la persona menor de edad desarrolla su vida. Se entenderá como entorno seguro aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital".

En su artículo 33 señala que, la formación en materia de derechos, seguridad y responsabilidad digital impone a "Las administraciones públicas garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales, conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Específicamente, las administraciones públicas promoverán dentro de todas las etapas formativas el uso adecuado de Internet.

Asimismo, se contempla en la norma el derecho a la imagen, con un refuerzo del respeto al honor, intimidad e imagen del menor que ha sido víctima de violen-

cia, así como sus familiares, contemplando este derecho incluso más allá del fallecimiento del menor. De ahí que, esencialmente, en su artículo 3, letra n) se proteja la imagen del menor desde su nacimiento hasta después de su fallecimiento.

Por otra parte, esta LOPIVI modifica el párrafo a) del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el siguiente tenor literal: "a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad".

Se establece también el deber de denuncia por parte de toda persona que observe indicios de violencia, que podrá comunicarlo en todo caso. También podrán denunciar los menores, sin necesidad de estar acompañados por una persona adulta (artículo 50 de la LOPIVI). De ahí que, se contemple que tanto los menores de catorce años, como las personas con discapacidad que están necesitadas de una especial protección, solo deberán declarar una sola vez el testimonio que se grabará durante la fase de instrucción del proceso judicial. Su testificación en sala será excepcional, y se evitará con ello la victimización secundaria que puede producirse durante el procedimiento, ya que no revivan el trauma, ni podrán sentirse culpables. Se establecen una serie de protocolos de actuación en los centros de protección de personas menores de edad, en el artículo 53 de la LOPIVI indicando que "dichos protocolos deberán contemplar actuaciones específicas cuando el acoso se lleve a cabo a través de las nuevas tecnologías de las personas menores de edad o dispositivos móviles y se haya menoscabado la intimidad y reputación". La declaración se realizará ante la policía, que estarán formados con dicha finalidad, ya que se contempla la creación de dotaciones policiales especializadas por comunidades autónomas y entidades locales. Se contempla que las víctimas de delitos violentos graves gocen del derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 14 de la LOPIVI). Se refuerza el derecho del menor a ser escuchado, sin limitación de edad, y se aplica en todos los procesos que estén relacionados con la violencia y reparación de las víctimas.

En este contexto, se menciona la función de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) para garantizar los derechos digitales de los menores, ya que se dispone de un canal accesible, con la finalidad de retirar cualquier contenido ilícito de forma inmediata.

Por otra parte, se disponen nuevos delitos, ya que se castigará a quienes promuevan a través de internet el suicidio, la autolesión o trastornos alimenticios entre menores, o la comisión de delitos sexuales contra menores. Además, se prevé

que los contenidos se retiren de la red. Se crea un registro central de información sobre violencia contra la infancia, y se ha elabora *una estrategia de erradicación de la misma*. Asimismo, se indica que, las conductas inadecuadas a través de internet pueden consistir en diversas tipologías como el ciberbullying o acoso en las redes, el grooming o acoso para ganar la confianza de un menor con propósitos sexuales, la ciberviolencia de género o acoso que lleva un comportamiento de violencia de género, siendo un ejemplo de comportamiento machista, y el sexting o difusión de imágenes sin consentimiento; y en su artículo 45 aboga por un uso seguro y responsable de Internet, mediante el establecimiento de campañas de sensibilización, indicando lo siguiente: "1. 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"[5]. Conviene precisar que, el menor, como usuario de internet y todo lo que ello implica, puede adoptar una conducta activa o pasiva en relación con el acceso al mundo digital y a los contenidos que se ofrecen[6].

Respecto de la citada Estrategia de erradicación de la violencia procede indicar que, 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 con sus respectivos resultados 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. Las medidas contempladas en esta Estrategia se enmarcan en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 de la Agenda 2030, sobre Paz, Justicia e Instituciones Sólidas y que incluye la meta "Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños" (Meta 16.2). También se tiene en cuenta la normativa internacional y nacional aplicable y la preparación a nivel estatal de otros textos estratégicos relevantes como la Estrategia de Derechos de la infancia y la adolescencia. La Estrategia no 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 objetivo y, 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 todo caso, siguiendo con la normativa nacional, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de proyección a la infancia y a la adolescencia, modifica la Ley Orgánica 1/1996, afectando al artículo 2 referente al interés superior del menor, en que se establece como primordial y debe ser objeto de

valoración. Para la interpretación y aplicación de este interés superior del menor se atenderá a unos criterios generales, así como otros que se estimen adecuados en relación a las circunstancias del caso. Se ponderarán atendiendo a la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, entre otros. Menciona, pues, como criterio a tener en cuenta la satisfacción de las necesidades del menor, aludiendo a las educativas. De esta forma queda redactado el mencionado precepto relativo al interés superior del menor: "1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

Respecto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) formulan una serie de acciones para lograr unos objetivos concretos y determinados que forman parte de la Agenda 2030 sobre el desarrollo sostenible. Consisten en un total de 17 objetivos, de los que consideramos que alguno de ellos se puede aplicar al caso objeto de estudio. Estas propuestas se deben alcanzar en el año 2030. De esta forma, el ODS 10 resulta adaptable, pues, los menores forman parte de los denominados colectivos vulnerables.

El entorno digital está íntimamente vinculado a la sociedad de la información y a la sociedad del conocimiento, se manejan una cantidad ingente de datos personales, a la par que, se fomenta la utilización de la inteligencia artificial en el ámbito digital. De hecho, ante el reto que supone la protección de datos y la inteligencia artificial se han aprobado tres Reglamentos europeos: 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 datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos —RGPD—)[7]; el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre del 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 el Reglamento (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139, y (UE) nº 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797; y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial —RIA—) donde se fijan las pautas de utilización de la misma en diversos ámbitos. Así, se contempla la prohibición de sistemas de inteligencia artificial que constituyan una amenaza para los derechos de los sujetos. En el caso de los menores, estos pueden determinar un comportamiento en el que la inteligencia artificial influya, por ejemplo, a través de videojuegos, u otros juguetes o actividades que inciten a la violencia digital o a comportamientos discriminatorios[8].

También se comenta que la inteligencia artificial provoca los denominados riesgos digitales, fomentando la desigualdad en la utilización de algoritmos y afec-

tar a los menores. Precisamente, el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial —un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza—, de 19 de febrero de 2020 menciona el potencial peligro que pueden tener los relojes de pulsera inteligentes destinados a los menores al ser posible acceder a su geolocalización ante la existencia de una brecha en su seguridad, o también las aplicaciones de móviles que llevan consigo esa localización, o la cesión de determinados datos personales por parte de los menores sin información previa, sin su consentimiento expreso o el de sus padres y desconociendo los riesgos que esto supone.

En este plano internacional, además de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y siguiendo las directrices de la Declaración de Ginebra de 1924 relativa a los Derechos del Niño, así como en la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protegen al menor antes y después de su nacimiento y los considera un grupo vulnerables que necesita de una especial protección, obligando a todos los Estados parte a asegurarse y otorgar especial consideración a la atención de su interés —algo que también fue reafirmado en el artículo 24.2 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea—; el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General número 14, página 32 define el interés superior del menor como uno de los valores fundamentales de la Convención que, debe entenderse y aplicarse en una triple vertiente: es un derecho sustantivo; es un principio jurídico interpretativo fundamental; y es una norma de procedimiento. Y, asimismo, en esta Observación General, el Comité precisa que el interés superior de los menores y adolescentes debe entenderse y aplicarse en relación con los otros tres principios generales de la Convención: el derecho a la no discriminación; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; y el derechos a ser escuchado (pp. 41-45). Y en la ya citada Observación General número 25 adoptada en 2021 en relación con los derechos de los menores y adolescentes en el entorno digital, recuerda que sus facultades evolucionan a través de un proceso gradual de adquisición de competencias, comprensión y autonomía y que los menores y adolescentes "pueden participar con mayor independencia respecto de la supervisión de sus padres y cuidadores". Ciertamente, se concibe el interés del menor como un concepto dinámico que, debe ser tenido en cuenta por los Estado a la hora de elaborar medidas encaminadas a proteger a los menores y adolescentes en ese entorno digital.

En el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 25 de mayo de 2000 siguiendo los resultados de la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet de Viena en 1999 se solicita una penalización de todo tipo de material audiovisual, tanto en la producción como en la propaganda de dicho material. En el año 2021, la UNESCO presentó una guía titulada Recomendación sobre la ética de la IA, en la cual se recogen una serie de principios generales, en consonancia con los presentados previamente por parte de otras entidades internacionales como los Principios de Asilomar Future of Life Institute (2017); la Declaración de la universidad de Montreal para un desarrollo respon-

sable de la IA (2018); o las Directrices éticas para una IA confiable de la Comisión Europea (2019).

Posteriormente, de nuevo en el plano nacional, la Carta de los derechos digitales de los niños, niñas y adolescentes de la Fundación ANAR, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España, y a través de un Comité de Expertos, redacta la Carta de Derechos Digitales, que somete a consulta pública, y en cuyo articulado contiene un precepto específico dentro de los derechos de igualdad, el X sobre la "Protección de las personas menores de edad en el entorno digital".

Los derechos que se reconocen en la Carta, se entienden sin perjuicio de los que se reconocen en las siguientes normas: 1. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; modificada posteriormente por Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo; 2. La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación; 3. La Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; 4. El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia —actualmente derogado—; y, 5. La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

En este texto se reconocen una serie de derechos: "Derechos y Libertades en el entorno digital", dentro del apartado I, punto 3. "Se promoverá que, en los procesos de transformación digital, el desarrollo y el uso de la tecnología digital, así como cualquier proceso de investigación científica y técnica relacionado con ellos o que los utilice instrumentalmente, se tenga presente la exigencia de garantizar la dignidad humana, los derechos fundamentales, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y orientarse al logro del bien común". En el apartado III, se establece el derecho a la protección de datos, en su punto 1. También se indican el derecho a la identidad en el entorno digital; el derecho al pseudonimato; el derecho a no ser localizado ni perfilado; el derecho a la seguridad digital; el derecho a la herencia digital; el derecho a la igualdad y no discriminación en el entorno digital. En el ámbito de los derechos digitales en entornos específico, se menciona el derecho a la protección de la salud en el entorno digital. Dentro de los derechos de participación y de conformación del espacio público, se mencionan los derechos a la neutralidad en Internet; libertad de expresión y libertad de información; derecho a la participación ciudadana por medios digitales; el derecho a la educación digital. Asimismo, se promoverá la implantación de procedimientos para la verificación de la edad, el derecho a recibir formación e información adecuada y adaptada a sus necesidades sobre los entornos digitales a los que accedan y el acceso a medios para solicitar y en su caso obtener la tutela de sus derechos frente a comportamientos o acciones lesivas o ilícitas

Como hemos indicado en líneas precedentes, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen que toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. Asimismo, como hemos mencionado en líneas precedentes, nuestro artículo 18.4 de la Constitución Española reconoce este derecho fundamental a la protección de datos personales al disponer que "la ley

limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 94/1998, de 4 de mayo[9] señala que, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos personales y sobre su uso y destino para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivos para la dignidad y los derechos de los afectados; por lo que, el derecho a la protección de datos se confiere como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención. Por su parte, en la sentencia de este mismo Tribunal 292/2000, de 30 de noviembre[10] se considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que, faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular o cuales puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quien posee estos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

En este contexto, para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión Europea y que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea, el RGPD de aplicación directa en toda la Unión Europea reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, incluso con relación al tratamiento de categorías especiales de datos personales —datos sensibles— y respecto a determinadas circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, entre otras, las relativas a las condiciones de licitud del tratamiento de datos. A tal fin, en España se aprobó la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPYGDD), cuya entrada en vigor ha tenido lugar el día 7 de diciembre de 2018.

En esta norma española como el Reglamento comunitario se refuerza la protección de los menores en el entorno digital. Precisamente, el considerando número 38 del citado Reglamento 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. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario y a la obtención de datos personales relativos a los niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño".

Se ha de proteger su derecho a la privacidad que abarca los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 de la Constitución Española) y el derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4 de la citada Carta Magna). Además, se ha de primar en cualquier actuación en que intervengan menores su interés superior.

En todo caso, antes que cualquier persona física consienta el tratamiento de sus datos personales, atendiendo al principio de transparencia y el derecho a la información, se ha de informar previamente del tratamiento de los datos de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cuando se trata de información dirigida específicamente a un menor

y esta información se facilitará por escrito o por otros medios incluso los electrónicos (artículo 12.1 del Reglamento).

En este contexto, el RIA que es, precisamente, fruto de largas negociaciones en el seno de las instituciones europeas y nace en el contexto de la Estrategia Europea de Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, a través de la cual se pretende convertir a la Unión Europea en una región de referencia mundial para la Inteligencia Artificial (en adelante, IA), garantizando el respeto a los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de Derecho y la sostenibilidad medio ambiental; establece, asimismo, normas para garantizar el uso seguro y ético de la IA, incluyendo medidas para proteger a los menores[11]. Su objetivo es evitar riesgos como la discriminación, la vigilancia indebida y el uso de la IA en prácticas que pueden afectar negativamente a los derechos fundamentales de los niños. A los riesgos asociados a la privacidad se deben unir los riesgos asociados a las nuevas tecnologías: como los derivados del uso de la inteligencia artificial; el internet de las cosas; el tratamiento de los neurodatos o la autenticación biométrica[12].

Además, el Reglamento de Servicios Digitales refuerza también la protección de los menores en línea, exigiendo que las plataformas digitales implementen medidas de adecuadas y proporcionadas para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad en su servicio; y, protección contra contenidos perjudiciales (artículo 28)[13]. En el considerando número 71 se establece, precisamente, que: "la protección de los menores es un objetivo político importante de la Unión. Puede considerarse que una plataforma en línea es accesible para los menores cuando sus condiciones generales permiten a los menores utilizar el servicio, cuando su servicio está dirigido a menores o es utilizado predominantemente por ellos, o cuando el prestador es consciente de que algunos de los destinatarios de su servicio son menores, por ejemplo, porque ya trata para otros fines datos personales de los destinatarios de su servicio que revelan su edad. Los prestadores de plataformas en línea utilizadas por menores deben adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para proteger a los menores, por ejemplo, diseñando sus interfaces en línea o partes de estas con el máximo nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores por defecto, cuando proceda, o adoptando normas para la protección de los menores, o participando en códigos de conducta para la protección de los menores. Deben tener en cuenta las mejores prácticas y las orientaciones disponibles, como las que ofrece la Comunicación de la Comisión titulada "Una década digital para los niños y los jóvenes: la nueva estrategia europea para una internet mejor para los niños (BIK+)". Los prestadores de plataformas en línea no deben presentar anuncios basados en la elaboración de perfiles mediante la utilización de datos personales del destinatario del servicio cuando sean conscientes con una seguridad razonable de que el destinatario del servicio es un menor. De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, en particular el principio de minimización de datos previsto en su artículo 5, apartado 1, letra c), esta prohibición no debe llevar al prestador de la plataforma en línea a mantener, obtener o tratar más datos personales de los que ya dispone para evaluar si el destinatario del servicio es un menor. Por lo tanto, esta obligación no debe incentivar a los prestadores de plataformas en línea a capturar la edad del destinatario del servicio antes de su uso. Esto debe aplicarse sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales"[14].

A tal fin, se debe operar sobre el llamado "diseño adecuado para la edad" en servicios, aplicaciones, términos, condiciones, políticas, interfaces y experiencia del usuario que sean adecuados para los menores y adolescentes, teniendo en cuenta sus derechos y su bienestar. Asimismo, se debe ofrecer a los menores y adolescentes desde todos los sectores implicados: una protección de dispositivos frente a los riesgos y amenazas, adoptando medidas de seguridad y protección; una protección de datos y privacidad: proteger los datos personales y la intimidad personal; una protección de la salud física y mental: riesgos para la salud y el bienestar físico y psicológico; y protección frente a la violencia en el entorno digital (ciberacoso, sexting, grooming, etc.); a lo que debemos añadir un diseño de los productos y servicios digitales teniendo en cuenta la edad —lo que exige evaluaciones de impacto obligatorias y accesibles—; medidas de prevención que permitan un uso responsable y seguro —incluir información y advertencias sobre un uso responsable y riesgos para prevenir conductas aditivas—; o medidas que limiten el acceso a contenidos inadecuado —mediante un etiquetado inteligente por edades en contenidos y productos que faciliten la detección de contenidos potencialmente dañinos para los menores y adolescentes—; o, en fin, obligar a los algoritmos y sistemas de tratamiento automático a que sean auditados por terceros independientes y autoridades de control para evitar sesgos discriminatorios, la manipulación, la adicción y ofrezcan una clara protección a la privacidad, recordando a quienes diseñen, desarrollen, mantengan, apliquen o usen el algoritmo que son responsables de los daños que se ocasiones a los menores y adolescentes en la aplicación del algoritmo.

En línea con lo anterior, en 2012 se elaboró la primera estrategia europea para una Internet mejor para los niños (BIK, por sus siglas en inglés), que ha sido actualizada en mayo de 2022 (BIK+7), con el objetivo de garantizar la protección, el respeto y la capacitación de los menores y adolescentes en línea, en la nueva década digital. Esta estrategia da soporte a la red de Centros de Seguridad en Internet, cuyo nodo en España opera INCIBE, y que llevan a cabo actividades de sensibilización y formación, ofrecen ayuda, orientan el reporte e identifican las tendencias y amenazas emergentes a través de líneas de ayuda, organizan anualmente el Día de Internet Segura, con el soporte de la red paneuropea INSAFE y operan líneas directas o hotlines para reducir la disponibilidad de contenido de abuso sexual infantil en línea. INCIBE coordina, desde 2018, el consorcio europeo SIC-Spain, una plataforma público-privada de colaboración nacional en materia de diagnóstico y concienciación, con un impacto constatable en cuanto a número de iniciativas ejecutadas, personas concienciadas y formadas y diagnósticos elaborados. En este sentido, a las iniciativas llevadas a cabo, hay que sumarles las realizadas por entidades del tercer sector, como la liderada por Adolescencia Libre de Móviles, que incluye a distintas asociaciones nacionales y a más de 30.000 familias adheridas, y han abogado por un pacto de familias para retrasarla llegada del primer móvil. Otro ejemplo serían las medidas de consenso para un Pacto de Estado que proteja a los y las menores en el entorno digital sugeridas por la Asociación Europea para la Transición Digital junto con UNICEF España, ICMedia, Dale una Vuelta, Fundación ANAR y Save the Children. Entre ellas se plantean —con un enfoque global en el abordaje de la problemática— medidas relacionadas con la salud, la educación y la responsabilidad de todos los actores implicados, incluida la industria.

Esta iniciativa, que se ha plasmado en el "Pacto de Estado: Protegiendo a la infancia y la adolescencia en el entorno digital", ha contado con el apoyo institucional de la AEPD, la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia, la Fiscalía General del Estado y el Instituto de la Juventud (INJUVE). El citado pacto cuenta con más de 200 adheridos entre fundaciones, asociaciones, colegios profesionales, sociedades científicas y patronales.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de los diferentes instrumentos y medidas dirigidas a la protección de los menores en el entorno digital —los llamados millenials o nativos digitales o tecnológicos, o Generación Y— en el Reglamento de IA de 2024 pues, aunque son expertos usuarios de las nuevas tecnologías, son también pocos conscientes de los riesgos que se derivan de su uso, máxime si se trata de sistemas con inteligencia artificial y que deben conocer los progenitores y centros docentes. Si bien, nos parece oportuno hacer, en primer lugar, una referencia al RGPD y, lo que representa el consentimiento de los menores y adolescentes, a la par que, aludimos, brevemente por razones de espacio a las redes sociales y plataformas digitales por su especial uso por los citados colectivos. No debemos olvidar la necesaria interrelación o interacción del RIA con otras Reglamentos, en especial, RGPD el responsable del tratamiento puede ser el responsables del despliegue o proveedor. Ciertamente, la interacción entre el RIA y el RGPD afecta a aspectos críticos como el análisis de riesgos, las evaluaciones de impacto y el consentimiento informado. El RIA exige una evaluación de impacto sobre derechos fundamentales para sistemas de alto riesgo, mientras que el RGPD establece la obligación de realizar evaluaciones de impacto en protección de datos personales. Ambos marcos normativos imponen requisitos de consentimiento explícito: en el RIA para pruebas reales con datos personales y en el RGPD para su tratamiento en dichos sistemas. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y las directrices del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) confirman que toda normativa que implique tratamiento de datos personales debe acompañarse de una evaluación de impacto para determinar sus riesgos y garantizar su proporcionalidad, idoneidad y necesidad. La mera existencia de operaciones de tratamiento previstas por la legislación supone una restricción del derecho a la protección de datos, aunque dicha restricción pueda justificarse.

En todo caso, el Comité Europeo de Protección de Datos destaca la importancia del papel de las autoridades de protección de datos (DPAs) en el marco del RIA. Dado que este Reglamento regula la comercialización y el uso de sistemas de IA en la UE, debe interpretarse en conjunto con la normativa de protección de datos, ya que el tratamiento de datos personales es un componente clave en muchas aplicaciones de IA, especialmente en aquellas de alto riesgo.

Todo ello sin olvidar lo que se conoce como datos sintéticos se conocen comúnmente como datos artificiales que se han generado utilizando un modelo matemático especialmente diseñado (incluidos los modelos de inteligencia artificial (IA)/aprendizaje automático (ML, por sus siglas en inglés)) o algoritmo. Se puede derivar entrenando un modelo (o algoritmo) con un conjunto de datos de origen para imitar las características y la estructura de los datos de origen. Los datos sintéticos de buena calidad pueden conservar en gran medida las propiedades estadísticas y los patrones de los datos de origen. Como resultado, la realización

del análisis en datos sintéticos puede producir resultados similares a los obtenidos con los datos de origen. Los datos sintéticos se pueden utilizar en una variedad de casos de uso, que van desde la generación de conjuntos de datos de entrenamiento para modelos de IA hasta el análisis de datos y la colaboración. El uso de datos sintéticos no solo puede acelerar la investigación, la innovación, la colaboración y la toma de decisiones, sino que también puede mitigar las preocupaciones sobre incidentes de ciberseguridad y brechas de datos, lo que permite un mejor cumplimiento de las regulaciones de protección de datos/privacidad[15].

En todo caso, antes de proceder al análisis del RGPD nos parece oportuno hacer una breve mención del Reglamento de Servicios Digitales por el uso de redes sociales y de plataformas en línea, motores de búsqueda.

De todas formas, el RIA se complementa con dos normativas europeas: la Propuesta de Directica del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la IA (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) de 28 de febrero de 2022 cuyo objetivo es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de requisitos uniformes para determinados aspectos de la responsabilidad civil extracontractual por daños causados por sistema de inteligencia artificial[16]; y, la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo cuyo objeto es establecer normas comunes sobre la responsabilidad de los operadores económicos por los daños sufridos por personas físicas causados por productos defectuosos y sobre la indemnización por esos daños, a la par que contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los consumidores y otras personas físicas (artículo 1)[17].

En fin, indicar que en abril de 2024, el Consejo Europeo destacó la necesidad de reforzar el liderazgo de la Unión Europea en asuntos digitales globales e invitó a la Comisión y al Alto Representante a preparar una comunicación conjunta sobre el tema.

El 8 de mayo de 2025, la Comisión ha lanzado una convocatoria pública de información para recabar ideas que ayuden a definir la política digital exterior de la UE. Diversas partes interesadas, como empresas tecnológicas, asociaciones comerciales, autoridades nacionales de la UE y de terceros países, la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, el mundo académico y la ciudadanía, compartiendo sus opiniones, como analizaremos.

En junio de 2025 la Unión Europea, asimismo, ha presentado su Estrategia Digital Internacional a través de la cual pretende entre otras cosas: Implementar una Oferta Comercial Tecnológica de la Unión Europea, combinando inversiones de los sectores público y privado de la Unión europea para apoyar la transición digital de los países socios, incorporando componentes como Fábricas de IA, inversiones en conectividad segura y confiable, Infraestructura Publica Digital, ciberseguridad; y fortaleces la gobernanza digital global, promoviendo un orden digital basado en normas, en consonancia con los valores fundamentales de la Unión Europea.

II. REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES. EN ESPECIAL, LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y ADOLESCENTES ANTE LOS RIESGOS DE LAS REDES SOCIALES, PLATAFORMAS EN LÍNEA, MOTORES DE BUSQUEDA.

Veinte años después de la adopción de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo nos encontramos con nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, a los usuarios profesionales y a los consumidores comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas. La mayoría de los ciudadanos de la Unión utiliza ahora este tipo de servicios a diario, incluyendo los menores de edad y adolescentes. Si bien, la transformación digital y el creciente uso de esos servicios entraña también nuevos riesgos y desafíos para los destinatarios individuales de los correspondientes servicios, las empresas y la sociedad en su conjunto. De ahí, la necesidad de adoptar un Reglamento en el que se establezcan las condiciones para que en el mercado interior surjan y se desarrollen servicios digitales innovadores. Resulta necesario aproximar en el ámbito de la Unión las disposiciones reguladoras nacionales referidas a los requisitos aplicables a los prestadores de servicios intermediarios a fin de evitar y eliminar la fragmentación del mercado interior y garantizar la seguridad jurídica; de modo que se reduzca la incertidumbre para los desarrolladores y se fomente la interoperabilidad. Si se aplican requisitos tecnológicamente neutros, la innovación no debería verse obstaculizada sino estimulada. Ciertamente, la Unión Europea quiere asegurarse que: 1. Las tecnologías digitales y las plataformas en línea respeten los derechos de todos; 2. Podamos confiar en los servicios digitales que utilizamos; y, 3. Estemos seguros y protegidos en línea, independientemente del tipo de servicio digital que utilicemos

Este Reglamento de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) comenzó a utilizarse el 16 de noviembre de 2022. Las diecinueve primeras plataformas designadas como plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño anunciadas por la Comisión en abril de 2023 tuvieron que empezar a respetar las normas cuatro meses más tarde. A partir del 17 de febrero de 2024, todos los servicios digitales, incluidas las plataformas más pequeñas, deben respetar las normas pertinentes del Reglamento de Servicios Digitales recoge el conjunto de normas necesarias para ello y, en consecuencia, es de aplicación a los prestadores de determinados servicios de la sociedad de la información definidos en la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, esto es, a cualquier servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición de un destinatario a título individual.

En concreto, el Reglamento debe aplicarse a los prestadores de servicios intermediarios, en particular los servicios intermediarios consistentes en servicios conocidos como de "mera transmisión", de "memoria caché" y de "alojamiento de datos", dado que el crecimiento exponencial del uso de dichos servicios, principalmente para todo tipo de fines legítimos y beneficiosos para la sociedad, también

ha incrementado su importancia en la intermediación y propagación de información y actividades ilícitas o de otras que también resultan nocivas[18].

Su principal finalidad es regular la forma en la que las empresas intermediarias de servicios digitales (por ejemplo, compartición de contenidos de usuarios, *marketplaces*, buscadores, plataformas de viajes, hoteles, etc.) colaboren para la retirada de contenidos ilícitos de Internet y la protección de los derechos fundamentales. En concreto 1) Confirma y aclara el régimen de responsabilidad introducido por la directiva de comercio electrónico; 2) Establece nuevas obligaciones de diligencia debida; 3) Crea nuevos mecanismos de supervisión y control; y, 4) Impone un nuevo régimen sancionador. Se trata de una evolución de los principios que ya introdujo a principios del milenio la Directiva de Comercio Electrónico (en España, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información) que, en lo fundamental, siguen siendo aplicables. Al adoptar forma de Reglamento disminuye el riesgo de fragmentación normativa y armoniza una normativa cada vez más dispersa, ayudando con ello a cohesionar el mercado único. Así, se mantiene en líneas generales el sistema de responsabilidad *ex post* de los prestadores intermediarios de servicios digitales; de forma que, solo serán responsables por los contenidos ilícitos que suben sus usuarios si tienen conocimiento efectivo de que, en efecto, se trata de contenidos ilícitos. Para facilitar estas denuncias, se exige que los prestadores implementen mecanismos de notificación y retirada. Por ejemplo, el titular de una marca puede notificar a un mercado digital (*marketplace)* que retire productos falsificados. Se exige además que se introduzcan mecanismos de apelación así como informes de transparencia. La principal novedad de la DSA es el establecimiento de obligaciones de diligencia debida que serán más gravosas dependiendo del tipo de servicios y del tamaño del prestador. Las más gravosas son las que aplicarán a las plataformas y buscadores de muy gran tamaño, esto es, con más de 45 millones de usuarios. Y sanciones más duras por incumplimiento.

Asimismo, el Reglamento vela por que todos los servicios digitales que utilizamos, especialmente las llamadas "plataformas en línea de muy gran tamaño" (VLOPs)[19], como Meta (Facebook, Instagram)[20], Snapchat, TikTok[21], X (Twitter), Amazon, o YouTube, así como los "motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño"[22], como Google o Bing, apliquen más medidas para proteger los derechos de sus usuarios, garantizar nuestra seguridad y frenar la difusión de contenido ilícito o inapropiado. Y, engloba distintos tipos y tamaños de servicios en línea que cualquier persona en la Unión Europea puede utilizar, independientemente de dónde se ubique el servicio, y establece normas más estrictas para los servicios de mayor tamaño.

Tiene como objetivo contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta, incluido el principio de protección de los consumidores (artículo 1.1); y, se aplicará a los servicios intermediarios ofrecidos a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de donde los prestadores de dichos servicios intermediarios tengan su lugar de establecimiento (artículo 2.1). Por ende, no se aplicará a ningún servicio que no sea un servicio intermediario ni a ningún requisito que se imponga respecto de un

servicio de esa índole, con independencia de si el servicio se presta mediante el uso de un servicio intermediario; ni afectará a la aplicación de la Directiva 2000/31/CE (artículo 2.2 y 2.3).

En todo caso, este Reglamento ha de entenderse sin perjuicio de otros actos del Derecho de la Unión que regulan la prestación de servicios de la sociedad de la información en general, que regulan otros aspectos de la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior o que precisan y complementan las normas armonizadas establecidas en el Reglamento, como la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo incluidas las disposiciones establecidas en ella por lo que se refiere a las plataformas de distribución de vídeos, los Reglamentos (UE) 2019/1148, (UE) 2019/1150, (UE) 2021/784 y (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las disposiciones de Derecho de la Unión establecidas en un Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal y en una Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales. Análogamente, por motivos de claridad, el presente Reglamento ha de entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores, en particular los Reglamentos (UE) 2017/2394 y (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2001/95/CE, 2005/29/CE, 2011/83/UE y 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y en materia de protección de los datos personales, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. Asimismo, este Reglamento también ha de entenderse sin perjuicio de las normas de la Unión en el ámbito del Derecho internacional privado, en particular las relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como el Reglamento (UE) nº 1215/2012, y a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. La protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos personales se rige exclusivamente por las disposiciones del Derecho de la Unión sobre esa materia, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. Este Reglamento ha de entenderse, además, sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de condiciones laborales y del Derecho de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal. No obstante, en la medida en que dichos actos jurídicos de la Unión persiguen los mismos objetivos que los establecidos en el Reglamento, las normas del mismo se deben aplicar a cuestiones que esos otros actos jurídicos no resuelven, o no resuelven por completo, así como a problemas para los que esos otros actos jurídicos dejan abierta la posibilidad de que los Estados miembros adopten determinadas medidas de ámbito nacional[23].

Partiendo de la premisa que, la protección de los menores es un objetivo político importante de la Unión se entiende que una plataforma en línea es accesible para los menores cuando sus condiciones generales permiten a los menores utilizar el servicio, cuando su servicio está dirigido a menores o es utilizado predominantemente por ellos, o cuando el prestador es consciente de que algunos de los destinatarios de su servicio son menores, por ejemplo, porque ya trata para otros fines datos personales de los destinatarios de su servicio que revelan su edad. Es,

por ello, que los prestadores de plataformas en línea utilizadas por menores deben adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para proteger a los menores, por ejemplo, diseñando sus interfaces en línea o partes de estas con el máximo nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores por defecto, cuando proceda, o adoptando normas para la protección de los menores, o participando en códigos de conducta para la protección de los menores. Deben tener en cuenta las mejores prácticas y las orientaciones disponibles, como las que ofrece la Comunicación de la Comisión titulada "Una década digital para los niños y los jóvenes: la nueva estrategia europea para una internet mejor para los niños (BIK+)". Además, los prestadores de plataformas en línea no deben presentar anuncios basados en la elaboración de perfiles mediante la utilización de datos personales del destinatario del servicio cuando sean conscientes con una seguridad razonable de que el destinatario del servicio es un menor. En todo caso, de conformidad con el RGPD, en particular, en lo referente al principio de minimización de datos previsto en su artículo 5, apartado 1, letra c), esta prohibición no debe llevar al prestador de la plataforma en línea a mantener, obtener o tratar más datos personales de los que ya dispone para evaluar si el destinatario del servicio es un menor. Por lo tanto, esta obligación no debe incentivar a los prestadores de plataformas en línea a capturar la edad del destinatario del servicio antes de su uso. En consecuencia, esto debe aplicarse sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales. En este contexto, el Reglamento obliga a las plataformas en línea a respetar nuestros derechos fundamentales, máxime si son menores o adolescentes cuando están en línea. De entre los enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea resultan más pertinentes con relación al Reglamento de Servicios Digitales y la protección de los menores en línea: 1. El principio del "interés superior del menor"; 2. El derecho a la protección del menor; 3. El derecho a la libertad de expresión; el derecho a no sufrir discriminación; 4. El derecho a la protección de los datos personales; y, 5. El respeto de un alto nivel de protección de los consumidores. Todos tenemos derecho a la intimidad y a mantener nuestros datos personales seguros. Además, de acuerdo con el Reglamento de Servicios Digitales, las plataformas en línea utilizadas por menores deben proteger la intimidad y la seguridad de sus usuarios. Para ello, es posible adoptar ajustes especiales de privacidad y seguridad por defecto, entre otras opciones. Efectivamente, las citadas plataformas deben ofrecer configuraciones predeterminadas que protejan la privación de los menores y evitar la recopilación excesiva de datos.

Por otra parte, los prestadores de servicios intermediarios incluirán en sus condiciones generales información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio respecto de la información proporcionada por los destinatarios del servicio[24]. Esta información deberá incluir datos sobre cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos y la revisión humana, así como sobre las normas de procedimiento de su sistema interno de gestión de reclamaciones. Se expondrá en lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, y se hará pública en un formato fácilmente accesible y legible por máquina. Asimismo, las condiciones deben redactarse y actualizarse de manera que resulten fácilmente comprensibles para todos, espe-

cialmente para los menores o adolescentes. Los servicios en línea utilizados por menores deben hacer un esfuerzo adicional para explicar las cosas claramente, de forma que los usuarios jóvenes puedan comprender para qué dan su acuerdo (artículo 14). En este contexto, las plataformas deben explicar sus condiciones de uso, políticas de privacidad y algoritmos de forma clara y comprensible, especialmente, si se trata de menores y adolescentes. Esto implica una mayor transparencia en el funcionamiento de los sistemas de recomendación y de toma de decisiones automatizadas.

Con relación a los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben evaluar en profundidad cuatro categorías de *riesgos sistémicos*. La primera categoría se refiere a los riesgos asociados a la difusión de contenidos ilícitos, como la difusión de materiales de abuso sexual de menores o delitos de incitación al odio, u otros tipos de usos indebidos de sus servicios para cometer delitos, y la realización de actividades ilícitas como la venta de productos o servicios prohibidos por el Derecho de la Unión o nacional, incluidos los productos peligrosos o falsificados o el comercio ilegal de animales. Por ejemplo, esa difusión o esas actividades pueden constituir un riesgo sistémico significativo cuando el acceso a contenidos ilícitos pueda propagarse rápida y ampliamente a través de cuentas con un alcance especialmente amplio o de otros medios de amplificación. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben evaluar el riesgo de difusión de contenidos ilícitos, con independencia de que la información sea o no además incompatible con sus condiciones generales. Esta evaluación se entiende sin perjuicio de la responsabilidad personal del destinatario del servicio de plataformas en línea de muy gran tamaño o de los propietarios de sitios web indexados por motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño ante la posible ilegalidad de su actividad con arreglo al Derecho aplicable. Una segunda categoría se refiere a los efectos reales o previsibles del servicio para el ejercicio de los derechos fundamentales, tal como los protege la Carta, entre ellos, la dignidad humana, la libertad de expresión y de información, incluidos la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, el derecho a la vida privada, el derecho a la protección de datos, el derecho a la no discriminación, los derechos del niño y la protección de los consumidores. Estos riesgos pueden derivarse, por ejemplo, del diseño de los sistemas algorítmicos utilizados por la plataforma en línea de muy gran tamaño o el motor de búsqueda en línea de muy gran tamaño o por el uso indebido de su servicio mediante el envío de notificaciones abusivas u otros métodos destinados a limitar la expresión u obstaculizar la competencia. Al evaluar los riesgos para los derechos del niño, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben tener en cuenta, por ejemplo, cuan fácil les resulta a los menores comprender el diseño y el funcionamiento del servicio, así como la manera en que los menores pueden verse expuestos, a través de su servicio, a contenidos que puedan perjudicar su salud y su desarrollo físico, mental y moral. Tales riesgos pueden surgir, por ejemplo, con interfaces en línea que estén diseñadas de manera que exploten intencionada o involuntariamente las debilidades y la inexperiencia de los menores o que puedan generar un comportamiento adictivo. Una tercera categoría de riesgos se refiere a los efectos negativos reales o previsibles sobre

los procesos democráticos, el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública. Una cuarta categoría de riesgos se deriva de preocupaciones similares relacionadas con el diseño, el funcionamiento o la utilización, también mediante la manipulación, de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, con un efecto negativo real o previsible en la protección de la salud pública, los menores y graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de una persona, o en la violencia de género. Estos riesgos también pueden derivarse de campañas coordinadas de desinformación relacionadas con la salud pública, o del diseño de interfaces en línea que puedan estimular adicciones comportamentales de los destinatarios del servicio. Al evaluar dichos riesgos sistémicos, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben centrarse en los sistemas u otros elementos que puedan contribuir a los riesgos, incluidos todos los sistemas algorítmicos que puedan ser pertinentes, en particular sus sistemas de recomendación y de publicidad, dedicando atención a las prácticas conexas de recogida y uso de datos. También deben evaluar si sus condiciones generales y su cumplimiento son adecuados, así como sus procesos de moderación de contenidos, herramientas técnicas y recursos asignados. Al evaluar los riesgos sistémicos identificados en el Reglamento, dichos prestadores también deben centrarse en la información que no sea ilícita, pero que contribuya a los riesgos sistémicos identificados en el Reglamento. Por consiguiente, dichos prestadores deben dedicar especial atención a cómo se utilizan sus servicios para difundir o amplificar contenidos incorrectos o engañosos, incluida la desinformación. Cuando la amplificación algorítmica de la información contribuya a los riesgos sistémicos, dichos prestadores deben reflejarlo debidamente en sus evaluaciones de riesgos. Cuando los riesgos estén localizados o existan diferencias lingüísticas, dichos prestadores también deben tenerlo en cuenta en sus evaluaciones de riesgos. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben evaluar, en particular, cómo contribuyen a tales riesgos el diseño y el funcionamiento de su servicio, así como la manipulación intencionada y, a menudo, coordinada y el uso de sus servicios, o la infracción sistémica de sus condiciones generales de servicio. Estos riesgos pueden derivarse, por ejemplo, del uso no auténtico del servicio, como la creación de cuentas falsas, el uso de bots o el uso engañoso de un servicio, y otros comportamientos total o parcialmente automatizados, que pueden dar lugar a la difusión rápida y extendida de información al público que sea un contenido ilícito o incompatible con las condiciones generales de una plataforma en línea o un motor de búsqueda en línea y que contribuya a campañas de desinformación. Con el fin de hacer posible que las evaluaciones de riesgos posteriores se completen mutuamente y muestren la evolución de los riesgos detectados, así como para facilitar las investigaciones y las medidas de ejecución, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben conservar todos los documentos justificativos relativos a las evaluaciones de riesgos que hayan llevado a cabo, como la información relativa a su preparación, los datos subyacentes y los datos sobre la realización de pruebas de sus sistemas algorítmicos.

Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben desplegar los medios necesarios para reducir diligentemente los riesgos sistémicos determinados en las evaluaciones de riesgos, respetando los derechos fundamentales. Cualquier medida que se adopte debe respetar los requisitos de diligencia debida del Reglamento y ser eficaz y apropiada para reducir los riesgos sistémicos específicos detectados. Deben ser proporcionadas a la luz de la capacidad económica del prestador de la plataforma en línea de muy gran tamaño o del motor de búsqueda en línea de muy gran tamaño y de la necesidad de evitar restricciones innecesarias al uso de su servicio, teniendo debidamente en cuenta los posibles efectos negativos en dichos derechos fundamentales. Dichos prestadores deben dedicar especial atención al impacto en la libertad de expresión. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben considerar, entre esas medidas de mitigación, por ejemplo, la adaptación de cualquier diseño, característica o funcionamiento necesario de su servicio, como el diseño de la interfaz en línea. Deben adaptar y aplicar sus condiciones generales, según sea necesario y de conformidad con las normas del Reglamento relativas a las condiciones generales. Otras medidas adecuadas podrían incluir la adaptación de sus sistemas de moderación de contenidos y procesos internos o la adaptación de sus procesos y recursos de toma de decisiones, incluido el personal de moderación de contenidos, su formación y su experiencia local. Esto afecta, en particular, a la rapidez y la calidad del tratamiento de las notificaciones. A este respecto, por ejemplo, el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet de 2016 establece un punto de referencia para tratar notificaciones válidas para la eliminación de la incitación ilegal al odio en menos de 24 horas. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño, en particular las utilizadas principalmente para la difusión al público de contenidos pornográficos, deben cumplir con diligencia todas sus obligaciones en virtud del Reglamento en lo que respecta a los contenidos ilícitos que constituyen ciberviolencia, incluidos los contenidos pornográficos ilícitos, especialmente en lo que se refiere a garantizar que las víctimas puedan ejercer eficazmente sus derechos en relación con contenidos que representen el intercambio no consensuado de material íntimo o manipulado mediante el tratamiento rápido de notificaciones y la retirada de dichos contenidos sin dilación indebida. Otros tipos de contenidos ilícitos pueden requerir plazos más largos o más cortos para el tratamiento de las notificaciones, que dependerán de los hechos, las circunstancias y los tipos de contenidos ilícitos de que se trate. Dichos prestadores también pueden iniciar o aumentar la cooperación con alertadores fiables y organizar sesiones de formación e intercambios con organizaciones de alertadores fiables.

Ciertamente, en el diseño las plataformas deben aplicar el principio de "por diseño y por defecto" para proteger a sectores especialmente vulnerables como menores y adolescentes; y, asimismo, promover un diseño amigable y seguro para los menores, centrado en los mismos, evitando, por un lado, interfaces manipulativas (*dark patterns* o patrones engañosos que llevan al menor a hacer clic, suscribirse o aceptar sin plena conciencia); y por otro, evitar elementos que fomenten el uso compulsivo (*scroll* infinito, recompensas constantes) o dificulten el cierre de cuentas o la modificación de ajustes de privacidad. También, deben contar con

mecanismos efectivos que detecten, reporten y retiren contenido ilícito o peligroso para menores y adolescentes (pornografía, violencia, incitación al odio, entre otros); y, poner especial atención en la eliminación de contenidos que fomenten la autolesión, trastornos alimentarios, acoso, el suicidio, etc.

Los códigos de conducta deben facilitar la accesibilidad de las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional, a fin de facilitar su uso previsible por las personas con discapacidad. En particular, los códigos de conducta podrían garantizar que la información se presente de forma perceptible, funcional, comprensible y sólida y que los formularios y las medidas facilitados en virtud del Reglamento estén disponibles de manera fácil de localizar y accesible para las personas con discapacidad.

De ahí que, el Reglamento pretenda que las plataformas aprendan buenas prácticas unas de otras y respeten las orientaciones pertinentes para garantizar la seguridad de los usuarios jóvenes. En todo caso, el artículo 28 establece que las plataformas en línea que puedan utilizar los menores deben asegurarse de que sus servicios ofrecen un alto nivel de privacidad, seguridad y protección a los usuarios jóvenes. De ahí que, no se permita la publicidad basada en el perfil de los menores, reduciendo el riesgo de manipulación comercial, a la par que se exige una mayor transparencia en la eliminación de contenido dañino y la implementación de medidas para evitar la exposición de los menores a material inapropiado. En esencia, se prohíbe la publicidad basada en datos personales sensibles, incluida la edad, respecto de menores de edad; por lo que, las plataformas no pueden usar perfiles de éstos para elaborar anuncios personalizados.

A tal fin, es preciso garantizar la seguridad de los usuarios, especialmente los niños y los jóvenes, ante peligros y riesgos en línea, como el acoso, el hostigamiento, la información falsa, el contenido ilícito o las personas que se hacen pasar por otras. A fin de evaluar los riesgos que presenta el servicio para los usuarios jóvenes, las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben tener en cuenta los siguientes aspectos: si los menores pueden comprender fácilmente cómo funciona el servicio (considerando número 81); si los menores corren el riesgo de verse expuestos a contenidos que puedan perjudicar "su salud y su desarrollo físico, mental y moral" (contenido inadecuado para su edad) (considerando número 81); de qué manera pueden causar adicción las características del diseño (considerandos números 81 y 83).

Por otra parte, los menores y adolescentes deben ser conscientes que, las citadas empresas pueden recopilar información sobre nuestras preferencias e intereses en las páginas web que visitamos, saber a qué le damos cuando pulsamos "me gusta", los enlaces que seguimos, así como la información personal que proporcionamos sobre nosotros mismos, como nuestra edad o nuestro lugar de residencia. Las plataformas utilizan algoritmos e inteligencia artificial en la elaboración de perfiles a partir de los datos para decidir qué anuncios mostrarnos y tener el mayor impacto posible en cada uno de nosotros. Algunas plataformas en línea obtienen dinero cada vez que compramos productos gracias a estos anuncios. De acuerdo con el Reglamento de Servicios Digitales (artículo 28) cuando las plataformas conozcan con una seguridad razonable que un usuario es menor, no podrán mostrarle anuncios basados en los perfiles creados. Se prohíbe a todas las

plataformas mostrar anuncios personalizados a menores, especialmente, si utilizan datos como la edad, ubicación, preferencias personales o comportamiento en línea. Esta prohibición viene a reforzar el principio que los menores y adolescentes deben estar protegidos contra cualquier forma de manipulación comercial, particularmente en entornos donde desconocen cómo funcionan los algoritmos o los intereses económicos que hay detrás de los contenidos.

De ahí que, el Reglamento de Servicios Digitales (artículo 39) exija que las plataformas en línea de muy gran tamaño hagan pública la información sobre sus anuncios, de manera que cualquiera pueda analizar sus posibles riesgos, especialmente los investigadores. Esta información debe incluir, entre otras cuestiones, elementos sobre el contenido del anuncio y quién lo ha pagado, especialmente cuando se dirige a menores.

El Reglamento de Servicios Digitales también promueve normas técnicas (artículo 44) y otros acuerdos para ofrecer a los usuarios una mejor experiencia en línea. En lo que se refiere a la protección de los menores, ya se están dando los primeros pasos con el Código de conducta de la Unión Europea sobre el diseño apropiado para la edad (artículo 45).

El Reglamento de Servicios Digitales (considerando número 67) también prohíbe las "interfaces engañosas" esto es, la forma en que estas interfaces en línea están diseñadas con el objetivo de persuadir y engañar para dirigirnos a realizar cosas, que quizá no deseemos hacer, como ciertas compras; o para influir en nuestras decisiones o dificultar la cancelación de los servicios suscritos.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro procede señalar: en primer lugar que, los prestadores de servicios intermediarios incluirán en sus condiciones generales información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio respecto de la información proporcionada por los destinatarios del servicio. Esta información deberá incluir datos sobre cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos y la revisión humana, así como sobre las normas de procedimiento de su sistema interno de gestión de reclamaciones; y se expondrá en lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, y se hará pública en un formato fácilmente accesible y legible por máquina. Si se trata de un *servicio intermediario dirigido principalmente a menores o es utilizado predominantemente por ellos*, el prestador de dicho servicio intermediario explicará las condiciones y cualesquiera restricciones del uso del servicio de manera que los menores lo puedan comprender. Por su parte, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño facilitarán a los destinatarios de los servicios un resumen sucinto, fácilmente accesible y legible por máquina de las condiciones generales, incluidas las medidas correctivas y los mecanismos de recurso disponibles, en un lenguaje claro e inequívoco. En fin, las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño publicarán sus condiciones generales en todas las lenguas oficiales de todos los Estados miembros en los que presten sus servicios.

En segundo lugar, respecto a las obligaciones de transparencia informativa de 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 supuesto 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 del Reglamento, 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 del citado Reglamento, 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 del Reglamento, 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.

En tercer lugar, respecto a la obligación de transparencia en los sistemas de recomendación, los prestadores de plataformas en línea que utilicen tales sistemas de recomendación deberán establecer en sus condiciones generales, utilizando un lenguaje claro y comprensible, los parámetros principales utilizados en sus sistemas de recomendación, así como cualquier opción a disposición de los destinatarios del servicio para modificar o influir en dichos parámetros principales. Estos parámetros incluirán, como mínimo: a) Los criterios más significativos a la

hora de determinar la información sugerida al destinatario del servicio; y b) Las razones de la importancia relativa de dichos parámetros.

En cuarto lugar, en cuanto a la transparencia adicional sobre la publicidad en línea, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño o de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño que presenten anuncios publicitarios en sus interfaces en línea deberán recopilar y hacer público, en una sección específica de su interfaz en línea, a través de una herramienta de búsqueda fiable que permita realizar consultas en función de múltiples criterios, y mediante interfaces de programación de aplicaciones, un repositorio que contenga la información que a continuación se detalla, durante todo el tiempo en el que presenten un anuncio y hasta un año después de la última vez que se presente el anuncio en sus interfaces en línea. Se asegurarán de que el repositorio no contenga ningún dato personal de los destinatarios del servicio a quienes se haya o se pueda haber presentado el anuncio y harán todos los esfuerzos que resulten razonables para garantizar que la información sea exacta y completa.

Así, el repositorio incluirá al menos toda la información siguiente: a) El contenido del anuncio publicitario, incluidos el nombre del producto, servicio o marca y el objeto del anuncio; b) La persona física o jurídica en cuyo nombre se presenta el anuncio publicitario; c) La persona física o jurídica que ha pagado por el anuncio publicitario, si es diferente de la persona física o jurídica a que se refiere la letra b); d) El período durante el que se haya presentado el anuncio; e) Si el anuncio estaba destinado a presentarse en particular a uno o varios grupos concretos de destinatarios del servicio y, en tal caso, los parámetros principales utilizados para tal fin, incluidos, en su caso, los principales parámetros utilizados para excluir a uno o más de esos grupos concretos; f) Las comunicaciones comerciales publicadas en las plataformas en línea de muy gran tamaño e identificadas con arreglo al artículo 26, apartado 2; y, g) El número total de destinatarios del servicio alcanzados y, en su caso, el número total desglosado por Estado miembro para el grupo o grupos de destinatarios a quienes el anuncio estuviera específicamente dirigido.

Ahora bien, en cuanto a la gestión de riesgos sistémicos los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño detectarán, analizarán y evaluarán con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios. Esta evaluación de riesgos será específica de sus servicios y proporcionada a los riesgos sistémicos, teniendo en cuenta su gravedad y probabilidad, e incluirá los siguientes riesgos sistémicos: a) La difusión de contenido ilícito a través de sus servicios; b) Cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relativos a la dignidad humana amparada por el artículo 1 de la Carta, al respeto de la vida privada y familiar amparada por el artículo 7 de la Carta, a la protección de los datos de carácter personal amparada por el artículo 8 de la Carta, a la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, amparada por el artículo 11 de la Carta, a la no discriminación amparada por el artículo 21 de la Carta, a los derechos del niño amparados por el artículo 24 de la Carta y a un nivel elevado de protección de los consumidores, amparado por el artículo 38 de la Carta; c) Cualquier efecto negativo real o previsi-

ble sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública; y, d) Cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona. En todo caso, conservarán los documentos justificativos de las evaluaciones de riesgos durante al menos tres años después de la realización de las evaluaciones de riesgos y se los comunicarán, previa solicitud, a la Comisión y al coordinador de servicios digitales de establecimiento.

En este contexto, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deberán aplicar: medidas de reducción de riesgos, razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales. Dichas medidas podrán incluir, cuando proceda: a) La adaptación del diseño, las características o el funcionamiento de sus servicios, incluidas sus interfaces en línea; b) La adaptación de sus condiciones generales y su ejecución; c) La adaptación de los procesos de moderación de contenidos, incluida la velocidad y la calidad del tratamiento de las notificaciones relacionadas con tipos específicos de contenidos ilícitos y, en su caso, la rápida retirada de los contenidos notificados, o el bloqueo del acceso a ellos, en particular en el caso de la incitación ilegal al odio o la ciberviolencia, así como la adaptación de los procesos de toma de decisiones pertinentes y los recursos específicos para la moderación de contenidos; d) La realización de pruebas y la adaptación de sus sistemas algorítmicos, incluidos sus sistemas de recomendación; e) La adaptación de sus sistemas publicitarios y la adopción de medidas específicas dirigidas a limitar o ajustar la presentación de anuncios publicitarios en asociación con el servicio que prestan; f) El refuerzo de los procesos internos, los recursos, la realización de pruebas, la documentación o la supervisión de cualquiera de sus actividades, en particular en lo que respecta a la detección de riesgos sistémicos; g) La puesta en marcha o el ajuste de la cooperación con los alertadores fiables de conformidad con el artículo 22 y la ejecución de las decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de litigios en virtud del artículo 21; h) La puesta en marcha o el ajuste de la cooperación con otros prestadores de plataformas en línea o motores de búsqueda en línea mediante los códigos de conducta y los protocolos de crisis a que se refieren, respectivamente, los artículos 45 y 48; i) La adopción de medidas de concienciación y la adaptación de su interfaz en línea con el fin de proporcionar más información a los destinatarios del servicio; j) La adopción de medidas específicas para proteger los derechos de los menores, incluidas herramientas de comprobación de la edad y de control parental, herramientas destinadas a ayudar a los menores a señalar abusos u obtener ayuda, según corresponda; y, k) Garantizar que un elemento de información, ya se trate de imagen, audio o vídeo generado o manipulado que se asemeja notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes y que puede inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos, se distinga mediante indicaciones destacadas cuando se presente en sus interfaces en línea y, además, proporcionar una funcionalidad fácil de utilizar que permita a los destinatarios del servicio señalar dicha información.

En cuanto, a la evaluación y reducción de riesgos: las plataformas en línea de muy gran tamaño (como Tik Tok, Instagram, Youtube, etc) y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (Google) deben cada año determinar y evaluar los posibles riesgos en línea para los niños y los jóvenes que utilicen sus servicios (artículos 34 y 35). De la misma manera que contamos con categorías de edad en las películas en el cine, ciertos contenidos y servicios en línea resultan inadecuados en el caso de los grupos de edad más jóvenes. Por eso, las plataformas también deben poner en marcha medidas para reducir esos riesgos, como (según proceda, en función de las plataformas): 1. Controles parentales: ajustes que ayuden a los padres y personas a cargo a, por ejemplo, supervisar o limitar el acceso de los niños a internet para protegerlos de los riesgos en línea y de los contenidos inadecuados; 2. Verificación de la edad: un sistema para comprobar la edad de los usuarios antes de que accedan al servicio, basándose, por ejemplo, en identificadores físicos u otras formas de identificación. Herramientas: para que los jóvenes puedan señalar los abusos u obtener ayuda.

Las plataformas como Snapchat, Google, Youtube, Instagram y Facebook ya no permiten a los anunciantes mostrar publicidad personalizada a los menores. Por su parte, TikTok y YouTube hacen automáticamente privadas las cuentas de los usuarios menores de 16 años de forma que solo los contactos conocidos puedan ver los vídeos que cargan. Y esto es solo el principio. La Comisión dispone de nuevas competencias para evaluar las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño y las medidas que adoptan para reducir los riesgos. La Unión Europea y los Estados miembros velarán por que las empresas respeten estas normas y podrán multar a estas últimas con hasta el 6 % de sus beneficios globales anuales si no lo hacen; o que no excedan del 1 % del total de sus ingresos o volumen de negocios anuales en todo el mundo del ejercicio fiscal anterior cuando, de forma intencionada o por negligencia: a) Proporcione información incorrecta, incompleta o engañosa en respuesta a una simple solicitud o a una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67; b) No responda a la solicitud de información mediante decisión en el plazo establecido; c) No rectifique, en el plazo determinado por la Comisión, la información incorrecta, incompleta o engañosa proporcionada por un miembro del personal, o no proporcione o se niegue a proporcionar información completa; d) Se niegue a someterse a una inspección con arreglo al artículo 69; e) No cumpla las medidas adoptadas por la Comisión con arreglo al artículo 72; o f) No cumpla las condiciones de acceso al expediente de la Comisión con arreglo al artículo 79, apartado 4. Si bien, para fijar el importe de la multa, la Comisión tendrá en cuenta la naturaleza, gravedad, duración y recurrencia de la infracción y, en el caso de las multas impuestas de conformidad con el apartado 2, la demora causada al procedimiento[25].

De todas formas, la Comisión dispone de nuevas competencias para evaluar las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño y las medidas que adoptan para reducir los riesgos. Asimismo, la Unión Europea y los Estados miembros velarán por que las empresas respeten estas normas y podrán multar a estas últimas con hasta el 6 % de sus beneficios globales anuales si no lo hacen.

En todo caso, como analizaremos España está elaborando una futura Ley Orgánica de Protección de las Personas menores en entornos digitales que busca

reforzar aún más la seguridad y el bienestar de los jóvenes en línea. Como veremos aborda aspectos como: 1. Uso responsable de la tecnología: se fomenta un acceso equilibrado y seguro a los entornos digitales; 2. Protección contra el ciberacoso: se establecen medidas para prevenir el acoso en línea y garantizar la seguridad de menores; 3. Derechos digitales: se reconoce el derecho de los menores a una navegación segura y a recibir información clara sobre los riesgos digitales.

En fin, atendiendo a la mencionada regulación de DSA, en concreto, ante la promoción de la alfabetización digital como herramienta clave de protección los centros escolares pueden: 1. Educar sobre derechos digitales y riesgos en las redes sociales; 2. Impulsar talleres/cursos sobre verificación de edad, privacidad y consentimiento; 3. Colaborar con las familias en la detección de señales de daño digital. Ente la exigencia de que las plataformas ofrezcan configuraciones seguras y comprensibles para menores y adolescentes que promueve el citado DSA, los padres/tutores deben llevar a cabo como acciones posibles: 1. Activar controles parentales y restricciones de tiempo; 2. Revisar el diseño de las apps utilizadas por los hijos, por si se diera el caso, que pudiesen crear adicción; 3. Denunciar contenido perjudicial.

Por otra parte, se impone a los Estado miembros designar un Coordinador de Servicios Digitales (*Digital Services Coordinators* —DSC—) encargado de verificar que se cumple el Reglamento. De ahí que los Gobiernos nacionales (autoridades digitales) a través del DSC deban: 1. Supervisar el cumplimiento del DSA; 2. Exigir auditorias de riesgos a las plataformas n línea de gran tamaño y motores de búsqueda; 3. Apoyar y promover campañas públicas, público-privadas sobre seguridad digital infantil; 4. Ordenar la eliminación del contenido o prácticas ilegales, nocivas y peligrosos; 5. Imponer multas de hasta el 6% del volumen global del negocio de una plataforma

En todo caso, ante la obligación directa del DSA a las plataformas grandes y medianas que operan en la Unión Europea. Deben: 1. Implementar mecanismo de verificación de edad confiables; 2. Desactivar anuncios personalizados para menores; 3. Realizar auditorías de impacto sobre los derechos de los menores y adolescentes.

Y, los menores y adolescentes deben tener también un papel activo. Como bien sabemos, el DSA incluye múltiples disposiciones explícitas e implícitas que buscan proteger a los menores y adolescentes frente a los riesgos digitales —desinformación, acoso, exposición a contenidos nocivos y dañinos y la explotación comercial—. Así deben denunciar contenido o perfiles dañinos o peligrosos; usar cuentas privadas y revisar las configuraciones de privacidad; y conocer sus derechos digitales, entre otros, el derecho a no ser perfilado con fines comerciales.

Recordemos que este Reglamento se complementa con el RGPD, con el RIA, con el artículo 24 de la Carta de Derecho Fundamentales de la Unión Europea y Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (AVMSD).

Antes de realizar un breve análisis de la citada norma, señalar que la Comisión Europea publicó en 2013 el Libro Verde titulado "Preparación para la plena convergencia del mundo audiovisual: Crecimiento, creación y valores", en el que constataba que los servicios de comunicación audiovisual estaban convergiendo y que el modo de ofertar y consumir estos servicios estaba cambiando rápidamente en función de los avances tecnológicos.

Con el fin de actualizar el marco normativo bajo el ámbito de la "Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa" aprobada el 6 de mayo de 2015, la Comisión Europea, asimismo, publicó el 25 de mayo de 2016 una propuesta legislativa para modificar la citada Directiva 2010/13/UE. Las negociaciones interinstitucionales tripartitas sobre la nueva redacción concluyeron el 6 de junio de 2018. El Pleno del Parlamento Europeo dio su apoyo a las nuevas normas el 2 de octubre de 2018 y, finalmente, el 6 de noviembre de 2018, el Consejo de Ministros Europeo votó la adopción de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. La Directiva 2018/1808, que esta Ley 13/2022 incorpora al ordenamiento jurídico español, fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de noviembre de 2018. Las principales innovaciones que la norma de la Unión Europea introduce en el ordenamiento jurídico son las siguientes: a) La modificación del límite cuantitativo respecto de la emisión de comunicaciones comerciales audiovisuales, que pasa de ser el veinte por ciento por hora a ser el veinte por ciento del tiempo entre las 6:00 y las 18:00 y el veinte por ciento del tiempo entre las 18:00 y las 24:00; b) La protección de los menores frente a los contenidos perjudiciales, aplicándose la misma regulación tanto a los servicios de radiodifusión tradicionales como a los servicios a petición; c) La extensión de las disposiciones aplicables a las obras europeas a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a petición, que deben velar por que las obras europeas representen, como mínimo, el treinta por ciento de sus catálogos y conferirles la prominencia que merecen; y d) La inclusión de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en el ámbito de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, con el fin de garantizar la protección de los menores frente a los contenidos perjudiciales también en ese entorno, así como proteger a los espectadores en general de contenidos que inciten a la violencia o al odio o bien que constituyan una provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo.

Pues bien, tras referirse en su artículo 10 a la alfabetización mediática —la autoridad audiovisual competente, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual comunitario sin ánimo de lucro y los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, en cooperación con todas las partes interesadas, incluidas las organizaciones, asociaciones, colegios y sindicatos profesionales del ámbito de la comunicación y el periodismo, adoptarán medidas para la adquisición y el desarrollo de las capacidades de alfabetización mediática en todos los sectores de la sociedad, para los ciudadanos de todas las edades y para todos los medios, y evaluarán periódicamente los avances realizados—; a la necesidad de aprobación de Código de conducta de autorregulación y corregulación (artículo 15); al tratamiento de datos personales de los menores recogidos o generados de otro modo por prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma de conformidad no podrán ser tratados con fines comerciales, como mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o publicidad personalizada basada en el comportamiento (artículo 90); dedica el título VI de la Ley a las obligaciones de los ser-

vicios de comunicación audiovisual televisivos, tanto lineales como a petición. En concreto, el capítulo I se refiere a la protección de los menores, estableciendo obligaciones para la adecuada protección de los menores tanto en la forma en la que aparecen representados en los servicios de comunicación audiovisual televisivos, como en el uso que hacen de los servicios de comunicación audiovisual televisivos, en consonancia con la regulación contenida en el capítulo VIII del título III, relativo a las nuevas tecnologías, de la LOPIVI. Se incluye una referencia a los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma con el fin de prever que dichos servicios en España puedan sumarse a los acuerdos de corregulación que se adopten para garantizar una única descripción, señalización y recomendación por edades de los contenidos audiovisuales[26]; la calificación de programas audiovisuales (artículo 98)[27]; y en cuanto a los contenidos perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores: todos los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal, abierto y de acceso condicional, y del servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición tienen la obligación de facilitar a los usuarios información suficiente e inequívoca acerca de la naturaleza potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de los programas y contenidos audiovisuales mediante la utilización de un sistema de descripción del contenido, advertencia acústica, símbolo visual o cualquier otro medio técnico que describa la naturaleza del contenido (artículo 99.1)[28]. Se incluyen, asimismo, los derechos de los menores en el ámbito audiovisual: los menores tienen derecho a que su imagen y su voz no se utilicen en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente; también, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos, de emisiones en las que se discuta su tutela o filiación, o relativas a situaciones en las que menores hayan sido víctimas de violencia en cualquiera de sus manifestaciones; y, respecto a los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de conformidad con lo previsto en este Capítulo no podrán ser tratados con fines comerciales, como mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o publicidad personalizada basada en el comportamiento. Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso el tratamiento de datos de menores quedará sometido a lo previsto en la normativa de protección de datos y, en particular, en lo establecido en el artículo 8 del RGPD, y al artículo 7 de la LOPDYGDD (artículo 95).

Y, el capítulo II, relativo a la accesibilidad de los servicios de comunicación audiovisual televisivos, regula las obligaciones de garantizar que se mejore de forma continua y progresiva la accesibilidad de los servicios para las personas con discapacidad. Como novedades destacan la introducción de requerimientos de calidad de las herramientas de accesibilidad y la consideración del Centro Español del Subtitulado y la Audiodescripción y del Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española como centros estatales técnicos de referencia en materia de accesibilidad audiovisual para personas con discapacidad (artículos 101 a 109).

La Comisión Europea ha presentado el 14 de julio de 2025 las Directrices sobre la protección de los menores y un prototipo de aplicación de verificación de la

edad (Guidelines on measures to ensure a high level of privacy, safety and security for minors on line, pursuant to Article 28 (4) of Regulation (EU) 2022/2065).

Estas Directrices garantizan que los niños dispongan de altos niveles de privacidad, seguridad y protección en las plataformas en línea. Esto está al día de hoy en un período de consulta amplio e inclusivo.

Entre otras medidas, las Directrices ofrecen recomendaciones para abordar: 1. El diiseño adictivo; 2. El ciberacoso; 3. El contenido nocivo; y 4. El contacto no deseado de extraños: en este ámbito, las directrices recomiendan que las plataformas establezcan cuentas de menores que sean privadas por defecto, es decir, que no sean visibles para los usuarios que no figuren en la lista de amigos, a fin de minimizar el riesgo que extraños se pongan en contacto con ellos en línea.

Las Directrices, asimismo, adoptan un enfoque basado en el riesgo, como hace la Ley de Servicios Digitales, que reconoce que las plataformas en línea pueden plantear diferentes tipos de riesgos para los menores, en función de su naturaleza, tamaños, finalidad y base de usuarios. En todo caso, las plataformas deben asegurarse que las medidas que se adopten, sean adecuadas y no restrinjan de manera desproporcionada o indebida los derechos de los niños.

Ahora bien, el prototipo de la aplicación de verificación de la edad resulta fácil de usar y proteger la privacidad estableciendo un "estándar de oro" en la garantía de edad en línea. Permitirá, por ejemplo, a los usuarios demostrar fácilmente que son mayores de 18 años cuando accedan a contenido restringido para adultos en línea, mientras mantienen el control total de cualquier otra información personal, como la edad o identidad exacta de un usuario. al respecto, nadie sería capaz de rastrear, ver o reconstruir qué contenido están consultando lo usuarios individuales.

En cuanto a la aplicación de verificación se probará y personalizará en colaboración con los Estados miembros, las plataformas en línea y los usuarios finales. En todo caso, las Directrices sobre la protección de los menores describen cuándo y cómo las plataformas deben comprobar la edad de sus usuarios. Igualmente, recomiendan la verificación de la edad para las plataformas de contenido para adultos y otras plataformas, que plantean altos riesgos para la seguridad de los menores. Especifican que los métodos de garantía de la edad deben ser precisos, fiables, sólidos, no intrusivos y no discriminatorios.

En fin, las Directrices y el plan de verificación de la edad tienen su base en los debates del grupo de trabajo sobre la protección de los menores, que forma parte del Comité Europeo de Servicios Digitales.

III. REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: DERECHOS Y CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES Y ADOLESCENTES.

3.1. En torno al contenido del Reglamento General de Protección de Datos.

Se establecen definiciones y conceptos marco, fundamentalmente en su artículo 4 y, sin dejar de remitir a dicho artículo, algunos de ellos los desarrollamos a continuación que son especialmente interesantes con relación a la IA. El artículo 1 del RGPD se refiere al objeto de la norma como es: la protección de derechos y

libertades fundamentales de las personas físicas, en particular con relación a la protección de datos de carácter personal.

El dato personal se define en el artículo 4.1 del RGPD como "toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado"); 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".

La seudonimización se conceptúa en el artículo 4.5 del RGPD como "el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable". La anonimización es el proceso que permite eliminar o reducir al mínimo los riesgos de reidentificación de un individuo a partir de sus datos personales eliminando toda referencia directa o indirecta a su identidad, pero manteniendo la veracidad de los resultados del tratamiento de los mismos. Es decir, además de evitar la identificación de las personas, los datos anonimizados deben garantizar que cualquier operación o tratamiento que pueda ser realizado con posterioridad a la anonimización no conlleva una distorsión de los datos reales.

Las categorías especiales de datos se establecen en el artículo 9 del RGPD como aquellos datos que "que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos; datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física". El RGPD establece en dicho artículo la prohibición genérica a su tratamiento, prohibición que se amplía en el también artículo 9 de la LOPDGDD, salvo que se den una serie de circunstancias detalladas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 9 del RGPD y los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la LOPDGDD.

En cuanto al tratamiento lo define el artículo 4.2 del RGPD: como 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.

La elaboración de perfiles y la toma de una decisión sobre una persona física son tratamientos según los Considerandos 24 y 72 del RGPD.

Así, el artículo 4.4 del RGPD define perfilado como una forma de tratamiento de datos personales que permite inferir más información acerca de una persona física, evaluando, analizando o prediciendo aspectos personales. Un tratamiento que implique la elaboración de perfiles se caracteriza por tres elementos: 1. Debe ser una forma automatizada de tratamiento, incluyendo aquellos tratamientos que tienen participación parcialmente humana; 2. Debe llevarse a cabo respecto

a datos personales; y, 3. El objetivo de la elaboración de perfiles debe ser evaluar aspectos personales sobre una persona física.

En cuanto a las decisiones automatizadas son las basadas únicamente en el tratamiento automatizado representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano. El RGPD, en sus Considerandos 71 y 72 así como en su artículo 22 limita y establece derechos con relación a que los sujetos de los datos no sean sometidos a decisiones exclusivamente automatizadas, que tengan efectos jurídicos o que afecten significativamente al interesado. La elaboración de perfiles de forma automática se incluye en este marco de decisiones automatizadas

No obstante, ha de tenerse en cuenta que las decisiones automatizadas pueden llevarse a cabo con o sin elaboración de perfiles y la elaboración de perfiles puede darse sin realizar decisiones automatizadas.

Respecto a la figura de responsable de un tratamiento se define en el artículo 4.7 del RGPD como la persona que determine los fines y medios del tratamiento, y el ámbito de sus obligaciones, que se enmarcan en el artículo 24, incluye, entre otras, la de "aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento". También el RGPD introduce la figura del corresponsable del tratamiento en el artículo 26: como aquellos responsables (dos o más) que determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el RGPD; y del encargado del tratamiento como aquella persona que trate datos personales por cuenta del responsable, tal como se establece en el artículo 4.8 del RGPD, y el ámbito de sus obligaciones, que se enmarcan en el artículo 28, contempla, entre otras, que su relación con el responsable "se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable". En todo caso, en la necesaria interrelación entre RGPD y RIA los responsables del despliegue de SIAs, como indica JIMÉNEZ LÓPEZ "deben desplegar una especial diligencia, de manera que adopten las medidas necesarias, en su caso contractuales, para asegurar el cumplimiento del RGPD en el contexto de ciclo de vida y al cadena de valor, enervando por tanto el riesgo que supone la integración n mismos servicios no conformes con la norma, no sujetos a rendición de cuentas o carentes de documentación necesaria, pudiendo determinar incluso la no integración del servicio"[29].

Tras las consideraciones realizadas, de forma breve, el RGPD se desarrolla en 6 principios establecidos en el Capítulo II: 1. Licitud, lealtad y transparencia 2. Limitación de la finalidad (especificación del propósito) 3. Minimización de datos 4. Exactitud 5. Limitación del plazo de conservación 6. Integridad y confidencialidad En el mismo capítulo se establecen las condiciones para que un tratamiento de datos personales sea legítimo.

En el Capítulo III se establecen el conjunto de derechos que asisten a los sujetos de los datos, la obligación de garantizarlos y de implementar mecanismos efectivos para el ejercicio de estos, en particular los derechos de transparencia, información, acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición, portabilidad y, uno más que tiene gran importancia en determinadas aplicaciones de IA como

son los derechos que tienen los ciudadanos con relación a la toma de decisiones automatizadas.

En el Capítulo IV se establece el modelo de responsabilidad y cumplimiento establecido basado en la "accountability", o responsabilidad proactiva, y cuyos elementos rectores son: 1. La identificación de una responsabilidad en el tratamiento; 2. El análisis del riesgo para los derechos y libertades; 3. El estudio de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad; y, 4. El despliegue de medidas para la gestión del riesgo, medidas de privacidad por defecto y desde diseño, medidas de seguridad, de gestión de incidentes, etc.

Para terminar este breve resumen del contenido del RGPD, en el Capítulo V se establecen las condiciones para la ejecución de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales.

Con posterioridad a este RGPD la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital de 2023, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión establece el derecho de todas las personas a acceder a tecnologías, productos y servicios digitales que sean seguros y protejan la privacidad desde el diseño. Esto incluye velar por que se ofrezca a todas las personas que viven en la Unión una identidad digital accesible, segura y fiable que permita acceder a una amplia gama de servicios en línea y fuera de línea, protegida contra los riesgos de ciberseguridad y los ciberdelitos, por ejemplo, la violación de la seguridad de los datos y la usurpación o la manipulación de identidad. En la Declaración también se afirma que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales. Este derecho incluye el control de cómo se utilizan esos datos y con quién se comparten; y, el Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024 por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital (Reglamento elDAS2) define las condiciones armonizadas de cara al establecimiento de un marco para las carteras europeas de identidad digital que deben proporcionar los Estados miembros. Todos los ciudadanos de la Unión, y los residentes en la Unión tal como se definen en el Derecho nacional, deben estar facultados para solicitar, seleccionar, combinar, almacenar, eliminar, compartir y presentar datos relacionados con su identidad y solicitar la supresión de sus datos personales de una manera sencilla y cómoda que esté bajo el control exclusivo del usuario y permita al mismo tiempo la divulgación selectiva de datos personales.

Pese a la aprobación de este Reglamento no existe obligación de las redes sociales y las plataformas en línea la obligación de autentificación de la edad mediante un sistema de identidad digital[30].

3.2. Derechos del interesado (titular de los datos personales) en el Reglamento de Protección de Datos (los conocidos como derechos ARCO).

La normativa de protección de datos permite a todo ciudadano de la Unión Europea ejercer ante el responsable del tratamiento los derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión ("derecho al olvido"), limitación del tratamiento,

portabilidad y de no ser objeto de decisiones individualizadas reconocidos en el RGPD (artículos 13 a 22) —y, asimismo, artículos 15 a 18 de la LOPDYGDD—.

El derecho de acceso permite obtener la siguiente información: 1. Una copia de tus datos personales que son objeto del tratamiento; 2. Los fines del tratamiento; 3. Las categorías de datos personales que se traten; 4. Los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular, los destinatarios en países terceros u organizaciones internacionales; 5. El plazo previsto de conservación de los datos personales, o si no es posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; 6. La existencia del derecho del interesado a solicitar al responsable: la rectificación o supresión de sus datos personales, la limitación del tratamiento de sus datos personales u oponerse a ese tratamiento; 7. El derecho a presentar una reclamación ante una Autoridad de Control; 8. Cuando los datos personales no se hayan obtenido directamente de ti, cualquier información disponible sobre su origen; 9. La existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, y al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, la importancia y las consecuencias previstas de ese tratamiento para el interesado; y, 10. Cuando se transfieran datos personales a un tercer país o a una organización internacional, tienes derecho a ser informado de las garantías adecuadas en las que se realizan las transferencias[31].

El derecho de rectificación: su ejercicio supone poder obtener la rectificación de tus datos personales que sean inexactos sin dilación indebida del responsable del tratamiento. Además, teniendo en cuenta los fines del tratamiento, se puede exigir el derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional.

El derecho de oposición implica, valga la redundancia, oponer a que el responsable realice un tratamiento de los datos personales en los siguientes supuestos: 1. Cuando sean objeto de tratamiento basado en una misión de interés público o en el interés legítimo, incluido la elaboración de perfiles: el responsable dejará de tratar los datos salvo que acredite motivos imperiosos que prevalezcan sobre los intereses, derechos y libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; y, 2. Cuando el tratamiento tenga como finalidad la mercadotecnia directa, incluida también la elaboración de perfiles anteriormente citada: ejercitado, pues, este derecho para esta finalidad, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

El derecho de supresión ("derecho al olvido"): se puede ejercitar este derecho ante la persona responsable solicitando la supresión de sus datos de carácter personal cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1. Si tus datos personales ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; 2. Si el tratamiento de tus datos personales se ha basado en el consentimiento que prestaste a la persona responsable, y retiras el mismo, siempre que el citado tratamiento no se base en otra causa que lo legitime; 3. Si te has opuesto al tratamiento de tus datos personales al ejercitar el derecho de oposición en las siguientes circunstancias: a) El tratamiento de la persona responsable se fundamentaba en el interés legítimo o en el cumplimiento de una misión de interés público, y no han prevalecido otros motivos para legitimar el tratamiento de tus datos; b) A que tus datos personales sean objeto de mer-

cadotecnia directa, incluyendo la elaboración perfiles relacionada con la citada mercadotecnia; 4. Si tus datos personales han sido tratados ilícitamente; 5. Si tus datos personales deben suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique a la persona responsable del tratamiento; y, 6. Si los datos personales se han obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1 (condiciones aplicables al tratamiento de datos de los menores en relación con los servicios de la sociedad de la información)[32].

Ahora bien, el RGPD al regular este derecho lo relaciona con el "derecho al olvido"; de forma que, este derecho de supresión se amplíe de tal forma que la persona responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. No obstante, este derecho no es ilimitado, de tal forma que puede ser factible no proceder a la supresión cuando el tratamiento sea necesario para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos a la persona responsable, por razones de interés público, en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo de interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Por su parte, la LOPDYGDD en su artículo 94 regula el derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información, permitiendo la supresión de datos personales publicados por el propio menor o por terceros durante su minoría de edad. Este derecho permite solicitar la supresión de datos personales publicados por el propio menor o por terceros durante su minoría de edad. Así se aplicará en los supuestos en que un menor haya publicado información personal en redes sociales o en otros servicios online, y luego desee suprimirla por diferentes motivos, como por ejemplo, porque la información ya no es relevante o porque considera que es inapropiada.

El derecho a la limitación del tratamiento: este nuevo derecho consiste en que obtengas la limitación del tratamiento de tus datos que realiza el responsable, si bien su ejercicio presenta dos vertientes: 1. Se puede solicitar la suspensión del tratamiento de tus datos: a) Cuando se impugne la exactitud de tus datos personales, durante un plazo que permita al responsable su verificación; b) Cuando se haya opuesto al tratamiento de tus datos personales que el responsable realiza en base al interés legítimo o misión de interés público, mientras aquel verifica si estos motivos prevalecen sobre los tuyos; 2. Solicitar al responsable la conservación tus datos: a) Cuando el tratamiento sea ilícito y te has opuesto a la supresión de tus datos y en su lugar solicitas la limitación de su uso; y, b) Cuando el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones[33].

El derecho a la portabilidad de los datos: la finalidad de este nuevo derecho es reforzar aún más el control de tus datos personales, de forma que cuando el tratamiento se efectúe por medios automatizados, recibas tus datos personales en un formato estructurado, de uso común, de lectura mecánica e interoperable, y puedas transmitirlos a otro responsable del tratamiento, siempre que el tratamiento

se legitime en base al consentimiento o en el marco de la ejecución de un contrato. No obstante, este derecho, por su propia naturaleza, no se puede aplicar cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.

Derecho a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas: este derecho pretende garantizar que cualquier persona no sea objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento de tus datos, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos sobre ti o te afecte significativamente de forma similar. Sobre esta elaboración de perfiles: puede tratarse de cualquier forma de tratamiento de tus datos personales que evalúe aspectos personales, en particular analizar o predecir aspectos relacionados con tu rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, las preferencias o intereses personales, fiabilidad o el comportamiento. No obstante, este derecho no será aplicable cuando: 1. Sea necesario para la celebración o ejecución de un contrato entre la persona titular de los datos y el responsable; 2. El tratamiento de tus datos se fundamente en tu consentimiento prestado previamente; y, 3. Esté autorizado por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y se establezcan medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades e intereses legítimos del interesado. A su vez, estas excepciones no se aplicarán sobre las categorías especiales de datos (artículo 9.1), salvo que se aplique el artículo 9.2.letra a) o g) y se hayan tomado las medidas adecuadas citadas en el párrafo anterior.

Derecho a la información: Cuando se recaban datos de carácter personal por el responsable del tratamiento debe cumplir con el derecho de información. Para dar cumplimiento a este derecho, la AEPD recomienda que esta información se te facilite por capas o niveles de manera que: 1. Se facilite una información básica en un primer nivel, de forma resumida, en el mismo momento y en el mismo medio en que se recojan tus datos personales. 2. y, por otra parte, se remita el resto de las información, en un medio más adecuado para su presentación, compresión y, si se desea, archivo. La información a facilitar por capas o niveles sería la siguiente: 1ª Capa: Información básica (resumida): a) La identidad del responsable del tratamiento; b) Una descripción sencilla de los fines del tratamiento, incluyendo la elaboración de perfiles si existiese; c) La base jurídica del tratamiento; d) Previsión o no de cesiones. Previsión o no de transferencias a terceros países; y, e) Referencia al ejercicio de derechos. 2ª Capa: Información adicional (detallada): a) Datos de contacto del responsable. Identidad y datos del representante (si existiese). Datos de contacto del delegado de protección de datos (si existiese); b) Descripción ampliada de los fines del tratamiento. Plazos o criterios de conservación de los datos. Decisiones automatizadas, perfiles y lógica aplicada; c) Detalle de la base jurídica del tratamiento, en los casos de obligación legal, interés público o interés legítimo. Obligación o no de facilitar datos y consecuencias de no hacerlo; d) Destinatarios o categorías de destinatarios. Decisiones de adecuación, garantías, normas corporativas vinculantes o situaciones específicas aplicables; e) Cómo ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión y portabilidad de los datos, y la limitación u oposición a su tratamiento; f) Derecho a retirar el consentimiento prestado; y g) Derecho a reclamar ante la Autoridad de Control.

Estos derechos se caracterizan por lo siguiente: 1. Su ejercicio es gratuito; 2. Si las solicitudes son manifiestamente infundadas o excesivas (p. ej., carácter

repetitivo) el responsable podrá: a) Cobrar un canon proporcional a los costes administrativos soportados; y, b) Negarse a actuar; 3. Las solicitudes deben responderse en el plazo de un mes, aunque, si se tiene en cuenta la complejidad y número de solicitudes, se puede prorrogar el plazo otros dos meses más; 4. El responsable está obligado a informar sobre los medios para ejercitar estos derechos. Estos medios deben ser accesibles y no se puede denegar este derecho por el solo motivo de que optes por otro medio; 5. Si la solicitud se presenta por medios electrónicos, la información se facilitará por estos medios cuando sea posible, salvo que el interesado solicite que sea de otro modo; 6. Si el responsable no da curso a la solicitud, informará y a más tardar en un mes, de las razones de su no actuación y la posibilidad de reclamar ante una Autoridad de Control; 7. Se puede ejercer los derechos directamente o por medio de un representante legal o voluntario; y, 8. Cabe la posibilidad de que el encargado sea quien atienda tu solicitud por cuenta del responsable si ambos lo han establecido en el contrato o acto jurídico que les vincule.

En todo caso, el Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. (EU-US Data Privacy Framework) garantiza a los particulares que sus datos personales se transmitan de forma segura a EE.UU. con un nivel de protección equivalente al que confiere el RGPD.

3.3. El consentimiento de menores de edad en el Reglamento General de Protección de datos y la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales.

El consentimiento de las personas físicas titulares de los datos personales representa una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos personales que se enumeran en el artículo 6.1 del Reglamento y que determina la licitud del tratamiento. Asimismo, es una herramienta que posibilita a los interesados el control sobre sus datos personales y, en consecuencia, una capacidad de decisión y elección con respecto a si quiere que se traten o no sus datos. El papel fundamental del consentimiento está indicado en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Supone una herramienta que, permite a los interesados el control sobre sus datos personales van a ser o no tratados y, asimismo, su obtención no niega o disminuye en modo alguno la obligación del responsable del tratamiento de respetar los principios del tratamiento establecido en el Reglamento —en particular, los principios de lealtad, necesidad y proporcionalidad, así como la calidad de los datos (artículo 5)—. Se define en el artículo 4.11 como "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen". Igual definición se contiene en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos al disponer que "1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen". Este concepto básico que,

se contienen en ambas normas, es similar al establecido en la derogada Directiva 95/46/CEE que en su artículo 7 letra a) conceptuaba el consentimiento como "toda manifestación de voluntad libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan, que debe ser otorgado "de forma inequívoca" con el fin que el tratamiento de los datos sea legítimo".

Asimismo, se indica en el citado artículo 4 apartado 11 del Reglamento que, éste deberá ser "libre, específico, informado e inequívoco y el responsable del tratamiento de datos deberá probar que el "titular consistió el tratamiento de sus datos". Por tanto, lo elementos de un consentimiento válido son que la manifestación de voluntad que el interesado sea: libre, específica, informada e inequívoca, por la que el interesado acepta ya mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. El término manifestación de voluntad libre supone elección y control real por parte del interesado de sus datos y que no haya un vicio que lo invalide. Si el interesado no puede elegir libremente, o se siente obligado a dar el consentimiento, o, en fin, sufre consecuencias negativas, si no lo da, el consentimiento no será válido[34].

El considerando número 43 del Reglamento dispone que "para garantizar que el consentimiento se ha dado libremente, este no debe constituir fundamento jurídico valido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya prestado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular". De forma que, en este caso puede haber otras bases jurídicas que, sean más adecuadas para fundamentar el tratamiento de datos por las autoridades públicas como las previstas en el artículo 6.1 letra c) del citado Reglamento "para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento"; o letra e) "para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento". Además, señala el considerando número 32 que "el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos". Por lo que, si el responsable del tratamiento opera sobre varios fines para el tratamiento, y no ha intentado obtener el consentimiento para cada fin por separado, no puede considerarse que se haya prestado el consentimiento libre para todos los fines.

El consentimiento no es libre, si se causa perjuicio al interesado por el responsable del tratamiento. Perjuicio que, puede derivar, bien del engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas si un interesado no da su consentimiento, bien del coste que puede tener para el interesado, si se niega o retira el consentimiento. Por tanto, el responsable ha de demostrar que, el interesado prestó el consentimiento sin ningún tipo de vicio, y que puede negarse a prestarlo o retirarlo sin coste añadido, ni perjuicio alguno. El considerando número 42 del Reglamento señala, precisamente, que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno".

Otro de los requisitos del consentimiento es que, éste debe ser informado. El principio de transparencia relacionado con el de lealtad y licitud exige que, se facilite información a los interesados antes de obtener su consentimiento y resulta esencial para que el interesado pueda tomar decisiones informadas, comprenda lo que está autorizando. Si el responsable no proporciona información accesible, el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Esta información se debe facilitar, como hemos señalado, en un lenguaje claro y sencillo, esto es, debe ser comprensible para el ciudadano medio y sobre todo para los menores atendiendo a su grado de madurez y desarrollo. De conformidad, con el considerando número 32 del Reglamento, si el consentimiento se solicita por medios electrónicos, la información se podrá también facilitar de esta forma.

En fin, el consentimiento debe ser inequívoco esto es, aquel que se ha prestado mediante una manifestación del interesado mediante una clara acción afirmativa[35]. A tal fin, los responsables del tratamiento deben diseñar unos mecanismos claros para la prestación de consentimiento y garantizar que la acción mediante la que se presta el consentimiento se diferencia de otras acciones. En cualquier caso, el consentimiento siempre debe obtenerse antes que el responsable del tratamiento empieza a tratar los datos personales para los que se requiere el consentimiento.

Ahora bien, el consentimiento, además de inequívoco, debe ser explícito cuando se traten datos especialmente sensibles (artículo 9.2 a)); en caso de adopción de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (artículo 22), y en la transferencia internacional de datos (artículo 49.1 a) del Reglamento); y representan un supuesto de licitud o legitimidad del tratamiento de los datos personales (artículo 6.1 a) del Reglamento). De forma que, el consentimiento explícito se requiere en determinadas situaciones en las que existe un grave riesgo en la protección de los datos y se considera adecuado que, exista un mayor nivel de control sobre los datos personales. Además, se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Se requiere que el interesado realice una declaración expresa del consentimiento, lo que puede tener lugar mediante una declaración escrita o por vía electrónica —correo electrónico—, o mediante declaración verbales, si bien en todos los supuestos se requiere que el responsable pueda demostrar que se cumplieron todas las condiciones para el consentimiento explícito válido[36].

Centrándonos en el consentimiento de menores de edad, el artículo 8 del Reglamento dispone que: *"1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años. 2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible. 3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño"*[37]. Por su parte, en esta línea,

el citado considerando número 38 del RGPD pone de manifiesto 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. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños"[38]. En todo caso, se posibilita a los Estado miembros establecer por ley una edad por debajo de los dieciséis, si bien nunca inferior a trece años. En la antigua regulación de protección de datos, el artículo 13.1 del drogado Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre d protección de datos de carácter personal establecía la edad de 14 años, por lo que se cumpliría con el parámetro legal fijado. La misma edad se establece en el artículo 7.1 de la LOPDYGDD al disponer que: "El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años" y añade el citado precepto que "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". La información que se facilita al menor ha de ser comprensible y proporcionarse en un lenguaje claro y sencillo con el fin de obtener el consentimiento informado[39]. El artículo 8 se aplica cuando el tratamiento esté relacionado con los servicios de la sociedad de la información —aunque no se excluye su aplicación a otros supuestos—[40] y, son ofrecidos directamente a los niños y, además que el tratamiento se base en su consentimiento[41]. Se opta en la LOPDYGDD, al igual que, el RGPD, por el criterio de la edad —presumiendo que el menor tiene capacidad natural para ello— y no por el de suficiente madurez contenido en el artículo 162.1 del Código Civil y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, para determinar la capacidad de los menores para consentir sobre el tratamiento de sus datos[42]. No obstante, no faltan quienes consideran que, atendiendo a una interpretación conjunta de los artículos 8.1 del Reglamento y 7 de la Ley Orgánica y el artículo 162.1 del Código Civil, también los menores de 14 años que, dispongan de suficiente madurez al respecto, podrán consentir[43]. Ciertamente, hay actos que los hijos menores de edad pueden realizar por si solos, bien porque la ley directamente les atribuye la posibilidad de ejercitarlos (derechos de la personalidad —artículo 162 del Código Civil—), o bien se fija una determinada edad para llevarlos a cabo, o, en fin, se lo permiten sus condiciones de madurez (actos de la vida corriente —artículo 1263 del Código Civil—). También hay actos de los hijos menores que, solo pueden realizar los padres como sus representantes legales, o pueden ser realizados por aquellos con el complemento o asistencia de sus padres[44]. En todo caso, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 permite que, los menores puedan consentir la intromisión en sus derechos al honor, intimidad personal y la propia imagen, si sus condiciones de madurez lo permiten conforme a la legislación y el artículo 4.1 de la citada norma al regular las intromisiones

ilegítimas en tales derechos mediante la difusión de información o utilización de la imagen de menores en medios de comunicación, se puede considerar como tales las que supongan un menoscabo en su honor o reputación o sean contrarias a sus intereses "incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales" (artículo 4.3). Por lo que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales, corresponde al Ministerio Fiscal su ejercicio que puede actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública[45]. En cualquier caso, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado tanto en el ámbito familiar como 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. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, atendiendo tanto a su desarrollo evolutivo como a su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, no obstante que, tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. El menor puede expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación (artículo 9.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1996)[46]. Por lo que, sobre tal base legal el menor podrá ser oído a partir de los doce años por las autoridades competentes, incluidas las autoridades de protección de datos, si tiene suficiente madurez. En todo caso, recordemos que, hay una excepción al consentimiento del menor mayor de catorce años para el tratamiento de sus datos, cuando la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o la tutela para la celebración de un acto o negocio jurídico, debiendo éstos consentir tal tratamiento (artículo 7.1 apartado segundo de la LOPDYGDD).

En todo caso, cuando se prestan servicios de la sociedad de la información a niños sobre la base del consentimiento, el responsable debe adoptar todas las medidas precisas para verificar que, el usuario tiene la edad exigida para prestar su consentimiento digital y estas medidas deben ser proporcionales a la naturaleza y riesgos de la actividad de tratamiento. Al respecto el artículo 8.2 del RGPD establece que "el responsable del tratamiento hará los esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible". En todo caso, la verificación de edad no debe conducir a un tratamiento excesivo de datos y debe conllevar una evaluación del riesgo del tratamiento propuesto. La inteligencia artificial puede servir para verificar la identidad y la edad de una persona[47]. Por lo que, si los riesgos son bajos bastará como que indique el año de nacimiento o rellene un formulario en la que declara que son o no menores. Si hay un mayor riesgo se deberán implementar otras medidas que, quizá exijan un mayor grado de intervención y de procedimientos para comprobar la edad; en todo caso, los mecanismos de verificación de la edad serán variados atendiendo al caso concreto y a la exigencia o no de comprobaciones adicionales. No se explica que se entiende por esfuerzos razonables, en todo caso, se puede comprobar la edad de los menores, solicitándoles una copia del DNI o certificación de nacimiento[48].

Ahora bien, la patria potestad se configura como una institución en beneficio o interés superior del hijo y el respeto a su personalidad y autonomía; de ejercicio conjunto por regla general; sometida al control y vigilancia judicial y, en su caso, de la Administración Pública —ante situaciones de riesgos y desamparo—; y, con

la posibilidad de dar audiencia a los hijos menores de edad, si tuvieren suficiente madurez antes de adoptar decisiones que les afecten (artículo 154 del Código Civil)[49].

En este contexto, si estamos ante el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, solo será lícito el consentimiento, sí consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o de la tutela (artículo 7.2 de la LOPDYGDD) sobre la base de la obligación de velar por los hijos y de representarlos que, tienen quienes ejercen la potestad parental (artículo 154.1 y 2 del Código Civil) y, en el cumplimiento de las funciones tutelares en beneficio del tutelado que corresponde a los tutores (artículo 216 del Código Civil)[50]. Todo ello sin perjuicio que, cualquier conflicto de intereses que tenga lugar en este ámbito de actuación entre los padres y su hijo menor, pueda determinar el nombramiento de un defensor judicial, salvo que, el interés opuesto solo exista con respecto a uno de los progenitores, correspondiendo al otro representar al menor o completar su capacidad (artículo 163 del Código Civil)[51], o bien la intervención judicial ante cualquier decisión parental que, resulte perjudicial para el menor (artículo 158 del Código Civil). Ahora bien, ni el RGPD, ni esta LOPDYGDD establecen cómo se obtiene el consentimiento de los padres o quien tiene derecho a realizar dicha acción. En las Directrices sobre consentimiento el GT29 recomienda la adopción de un enfoque proporcionado, en consonancia con el artículo 8 apartado 2 y el artículo 5 apartado 1 letra c) del RGPD (minimización de datos). Un enfoque proporcionado puede centrarse en obtener una cantidad limitada de información, por ejemplo, los datos de contacto de un padre o tutor[52]. De todas formas, como norma general, los responsables del tratamiento deben evitar soluciones de verificación que conlleven una excesiva recogida de datos personales[53] y articular los procedimientos que garanticen la comprobación de la edad del menor y, como señalaba, el artículo 13.4 del derogado Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 la autenticidad del consentimiento prestado por los padres o tutores. Por su parte, BRITO IZQUIERDO propone tener en cuenta los criterios de verificación del consentimiento paterno, previstos en la normativa norteamericana de protección en línea del derecho a la privacidad de los niños, más conocida como COPPA (*Children's Online Privacy Protection Act* de 1998)[54].

Ahora bien, como regla general, la patria potestad se ejerce conjuntamente, por lo que, el consentimiento para el tratamiento de los datos de los hijos menores de 14 años han de prestarlo ambos progenitores o uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Así, pues, la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya sea mediante la concurrencia de ambos progenitores en el acto que se trate, procurando el interés del hijo, o mediante la actuación de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro[55]. Además se prevé que, también serán válidos los actos llevados a cabo por uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad —que no admiten demora—[56]. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre —esto es, la facultad de consentir o no el tratamiento de los datos de sus hijos menores de 14 años— (desacuerdos simples u ocasionales). La intervención judicial en estos casos consiste en atribuir la facultad de decidir a uno u otro

de los progenitores, bajo el criterio del interés del menor y el hijo habrá de ser oído, si tiene suficiente madurez y, en todo caso, fuera mayor de doce años. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, se podrá atribuir la facultad de decidir total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos las funciones, entre las que se puede encontrar el consentir el tratamiento de los datos de sus hijos menores de catorce años (artículo 156 párrafo segundo del Código Civil). Por lo que, en este caso la decisión judicial implicará o bien la atribución total del ejercicio a uno de los padres, o atribución parcial del ejercicio a uno de los padres, esto es, el ejercicio de una o varias funciones que expresamente se atribuyen; o en fin, distribuir las funciones entre los padres, de manera que cada uno de los progenitores ejerzan individualmente las que se le hubiera asignado. Si bien, respecto de las actuaciones señaladas y con el objeto de proteger a los terceros que actúan de buena fe y han confiado en la apariencia, el artículo 156 apartado 1 del Código Civil establece una presunción *iuris et de iure* que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro[57]. Ahora bien, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; si bien, se permite al Juez a solicitud fundada del otro progenitor y, en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes al ejercicio (artículo 156 párrafo 5 del Código Civil). En este caso, se atribuye al progenitor que conviva con el hijo el ejercicio de la patria potestad, dejando a salvo las medidas que pueda solicitar el otro progenitor. Por otra parte, si los padres viven separados (separación de hecho) y no decidieran de común acuerdo, el juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedan los hijos menores de edad. No obstante, el juez oirá antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años (artículo 159 del Código Civil)[58]. Si, en fin, estamos ante un supuesto de separación, nulidad o divorcio, —aunque respecto al ejercicio habrá que estar a los establecido en convenio regulador o en la sentencia judicial de separación, nulidad o divorcio (en caso de procedimiento contencioso)—, en relación a la toma de decisiones relativas al tratamiento de datos de sus hijos menores de 14 años, habrá de consentir ambos conjuntamente al ser cotitulares de la patria potestad[59]. No obstante, en caso de privación de la patria potestad por ministerio de la ley, el progenitor privado de la misma no podrá en este supuesto consentir (artículo 170 del Código Civil). Asimismo, aun siendo la regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad, el Código Civil contempla también determinados supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad es individual: así en el caso de defecto, ausencia o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad se ejercerá de forma exclusiva por el otro, único legitimado, en consecuencia, para consentir (artículo 156 apartado 4 del Código Civil)[60]. Sobre tales bases, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de febrero de 2023[61] se entiende que no hay intromisión ilegítima en la intimidad y la propia imagen de la menor por parte de la gestora de una página web en la que se publicaron dos reportajes en los que aparecían sin pixelar imágenes de una menor: el primer reportaje cuyo objeto principal era la vida de la madre con sus dos hijas durante la época de confinamiento; lo cierto es que el uso social y las circunstan-

cias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre y ante la falta de oposición dirigida por el padre al medio, éste pudo presumir de buena fe que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre; segundo reportaje en el que se da cuenta de la noticia de la pérdida de la guarda custodia por parte de la madre y se incluyen fotos de la niña. El medio demandado replico el enlace a la red social de la madre, accesible y disponible en internet. De ahí que, la prestación del consentimiento por parte de la madre para la publicación de la imagen de la niña en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet.

En todo caso, atendiendo a que, el derecho a la propia imagen en su dimensión constitucional se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación en su aspecto físico que permita su identificación (artículo 18.1 de la CE), y que la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal, hay una tendencia actual socialmente aceptada por algunos padres de publicar constantemente imágenes de sus hijos menores en diferentes situaciones en redes sociales (Facebook, Instagram), lo que se conoce como "sharenting" o "oversharing" que, no es más que una continua exposición de los menores en actividades cotidianas, en encuentros familiares o en momentos especiales conformando lo que será su futura "identidad o huella digital", y aunque, en principio, las personas que acceden a tales imágenes, en la mayoría de las ocasiones, son familiares o amigos[62], ello no impide que, toda la información que se publique, esté completamente controlada y en consecuencia, se esté proporcionando una innecesaria información a terceros que puede ser aprovechada, precisamente, para la práctica de conductas delictivas, poniendo en peligro con ello la propia integridad física o psíquica del menor o, que, en sí mismos tales comportamiento parentales pueden llegar a constituir una vulneración de la intimidad y propia imagen del hijo o de su privacidad[63]. La cuestión se complica más cuando los padres están separados o divorciados, pues, se requiere el consentimiento de ambos —en cuanto cotitulares de la patria potestad— para que, cualquiera de ellos pueda subir una fotografía de sus hijos menores a Internet[64]. De todas formas, esta información que permanece en internet a lo largo del tiempo, el artículo 94.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos —de cuyo análisis nos ocuparemos en otro apartado de este estudio— posibilita el ejercicio del derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes por el afectado respecto de los datos que hubieran sido facilitados al servicio por él o por terceros —por ejemplo, sus progenitores—, precisamente, durante su minoría de edad, debiendo el prestador proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2 del citado precepto.

A todo ello, procede, asimismo señalar que, esa continúa sobreexposición de los menores en redes sociales es fruto también de su propia actuación en internet, ellos mismos son los que proporcionan información, difunden sus imágenes, videos con el peligro que entraña esta sobreexposición y el compartir contenidos con los constantes reenvíos que realizan unos a otros que, pueden derivar en situaciones de acoso u en otras formas delictivas, a lo que, precisamente contribuye el fácil acceso a dispositivos como smartphone, tablets, ordenadores y ahora los

smartwatch sobre todo por el uso de estos últimos dispositivos a edades tempranas[65]. De ahí, la importancia del control parental y los dispositivos existentes para ello en la correspondiente proporcionalidad[66].

En todo caso, cualquier actuación y decisión habrá de tener en cuenta fundamentalmente el interés superior del menor que, ha de primar sobre cualquier otro interés que puede concurrir, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán restrictivamente y se ha de preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De ahí que, la actitud permisiva de uno de los progenitores en cuanto la adición del menor a los videojuegos y a las redes sociales puede modificar el sistema de guarda y custodia[67]. Asimismo, como establece el artículo 84.1 de la LOPDYGDD: "Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos 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"; y añade en su apartado segundo que "La utilización y difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor". Por su parte, el artículo 92 párrafo primero de este misma LOPDYGDD amplía tal responsabilidad a los centros docentes al disponer que: "Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades 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"; y, además, del deber de las Administraciones educativas de contribuir a un uso responsable de las tecnologías mediante el diseño de un bloque de asignaturas de libre configuración que incluyan la competencia digital, así como elementos relacionados con situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red (artículo 83.1 apartado segundo de la LOPDYGDD). Ciertamente, la educación y la responsabilidad son instrumentos esenciales para la protección de datos de los menores y han de orientar la actuación de los padres y las políticas educativas que se acometan y se impartan en los centros docentes.

Ahora bien, el citado artículo 84.2 otorga un papel activo al Ministerio Fiscal en la protección de los menores en Internet, y remite a la LOPJM en cuanto a la adopción de medidas cautelares y de protección atendiendo siempre al interés superior del menor. De igual forma, el artículo 4.2 de la mencionada LOPJM prevé la intervención del Ministerio Fiscal frente a la difusión de información o utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que, puedan implicar intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación,

o que sea contraria a sus intereses. Asimismo, dicha intervención supone instar las medidas cautelares y de protección prevista en esta Ley, además de solicitar la correspondiente indemnización por los perjuicios causados. Por su parte, el artículo 4.3 de la LOPJM considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación que puede implicar menoscabo en su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales[68]. Ciertamente, la operatividad de este precepto se centra en la protección de la imagen o nombre de los menores en los medios de comunicación —radio, prensa escrita y digital y televisión— y, determina que, aun existiendo consentimiento del menor o de sus representantes legales pueda entenderse intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o nombre del menor, si va en contra de su interés y determina la necesaria actuación del Ministerio Fiscal que, puede ser de oficio o a instancia del propio menor o cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública; mientras que, el artículo 84.2 tiene su campo de actuación en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, por lo que no parece posible una traslación del contenido del citado artículo 4, vía la citada remisión y, en consecuencia, considerar que, esta remisión a la Ley Orgánica 1/1996 alcanza, esencialmente, a lo que representan las medidas cautelares y de protección necesarias para asegurar un adecuado amparo o protección del menor, valga la redundancia, atendiendo siempre a su interés superior. En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal ante la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes puede ser de oficio o a instancia de los propios menores —ante una eventual actuación "intensa" de sus padres en tales servicios de la sociedad de la información, en los términos apuntados, vulnerando su interés superior—[69], o de cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública; y, a diferencia, de la previsión de actuación del Ministerio Fiscal que, contiene el artículo 4.3 respecto a los medios de comunicación, que tiene lugar aunque conste el consentimiento del menor o sus representantes legales, atendiendo siempre al interés superior del menor, no parece que, pueda ser trasladable el campo de operatividad de dicho precepto a la intervención también del Ministerio Fiscal en la utilización o difusión de imágenes o información personal de los menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información, al orientarse más la remisión a la adopción de medidas cautelares y de protección cuando resulten necesarias, como así lo establece el artículo 84.2 de la LOPDYGDD).

En este contexto, efectivamente resulta esencial que los datos referidos a menores de edad serán objeto de especial consideración y tratamiento, empleando para ello las medidas de seguridad que mejor se adapten y cubran las exigencias de protección y especial cuidado que, exigen este segmento de la población, especialmente vulnerable y, por ende, de realizar la correspondiente evaluación de impacto de las operaciones de tratamiento de los datos de tales menores frente a los riesgos que pueda entrañar para sus derechos y libertades (artículo 35.1 del RGPD). Igualmente, se ha de ser especialmente cuidadoso en el tratamiento de datos biométricos y de datos de geolocalización, respecto de los que, además de aplicarse el principio de proporcionalidad y minimización en la utilización de

estos datos, se debe informar a los menores de edad mayores de catorce años o a los padres o tutores en el caso de menores de catorce años y contar con el consentimiento expreso de los menores o de los padres o tutores, cuando éstos no puedan prestarlo[70]. Asimismo, se debe ser especialmente enérgico y eficaz en la protección de los menores cuando actúan en redes sociales.

3.4. El interés superior del menor, las redes sociales y plataformas digitales en línea de gran tamaño y motores de búsqueda.

La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio ha reformado el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 que, con relación al interés del menor, después de indicar que, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto de diversas interpretaciones a lo largo de estos años, lo define en su Preámbulo desde un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general y como norma de procedimiento. Respecto de esta triple dimensión, se indica además, en el citado Preámbulo que, el interés del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de tales derechos del menor, así como su desarrollo integral y añade que, a la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso, debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que, deberán ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y circunstancias del caso. Precisamente, los criterios a tener en cuenta en la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se ponderarán teniendo en cuenta: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material y emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. De concurrir el interés superior del menor con otro interés legítimo, deberán priorizarse aquellas medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En el caso de no poderse respetar todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir[71].

FERNÁNDEZ ACEVEDO define las redes sociales *on line* como "estructuras sociales compuestas por un grupo de personas que comparten un interés común, relación o actividad a través de internet o de un canal de comunicación digital y en donde tienen lugar ciertas conexiones virtuales entre las personas que conforman dicho grupo, las cuales pueden ser recopiladas mediante una serie de informaciones que muestren las preferencias de consumo de información ya sea a través de una comunicación en tiempo real o ya sea a través de una comunicación diferida en el tiempo"[72]. Según el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea,

elaborados, adoptado el 12 de junio de 2009 (WP 163) por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 los servicios de redes sociales (SRS) pueden conceptuarse como "plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes". Asimismo, en este Dictamen el GT29 califica los servicios de redes sociales como servicios de la sociedad de la información que comparten determinadas características: "1. Los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o "perfil"; 2. Los SRS proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeo o enlaces hacia otros sitios); 3. Las redes sociales funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionar una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar"[73]. Los proveedores de redes sociales como responsables del tratamiento de datos, en cuanto proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, deben informar de forma clara y accesible a los usuarios —información por capas—[74], especialmente en el caso que se aporten datos sensibles o se refiera al tratamiento de datos de menores de edad, además de contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales —consentimiento granular— (artículo 92.2 de la LOPDYGDD). Asimismo, han de facilitar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación —artículo 85 de la LOPDYGDD—; supresión o derecho al olvido —artículo 94 de la LOPDGDD—; portabilidad —artículo 95 de la LOPDYGDD—; limitación del tratamiento —artículo 16 de la LOPDYGDD—; y oposición a los usuarios de redes sociales. Todo ello sin perjuicio de las nuevas obligaciones de las redes sociales en cuanto prestadores de servicios de la sociedad de la información con respecto a los datos de personas fallecidas y, el acceso a sus datos o en su caso, a su rectificación o supresión que, en caso de fallecimiento de menores de edad, corresponde a los representantes legales, o el Ministerio Fiscal en el marco de sus competencia, bien de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada que, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento para solicitar tal acceso, o en su caso, la rectificación o supresión de los datos de sus hijos menores (artículos 3.3 y 96.1 c) de la LOPDYGDD).

En este sector se incluyen empresas como Alphabet (dueña de plataformas como YouTube, YouTube Kids Y Google Classroom), Meta (Facebook, Instragram,WhatsApp), Twitch (perteneciente a Amazon) y TikTok (propiedad de la empresa china ByteDance)[75]. Todas ellas controlan y recopilan una cantidad ingente de datos. Si bien, los menores y adolescentes desconocen el valor de sus datos; lo que, permiten a estas empresas, por una parte, mercantilizar con los mismos; crear perfiles que, entre otras cosas, les proporciona un conocimiento del comportamiento de la persona menor y adolescente en el momento actual como en el futuro (mediante predicciones sobre las tendencias que ofrece el mercado en su comportamiento —hábitos de consumo, influencia en sus decisiones); y, por otro, estas redes sociales y las plataformas digitales influyen en el comportamiento de los menores y adolescentes captando su atención a través de recompensas o generando emociones de todo tipo a través de la priorización de determinado contenidos que saben, van a tener una pronta respuesta de este colectivo[76]. Ante una cierta opacidad en cómo utilizan los datos, les permite obtener beneficios y orientar sus objetivos a lograr orientar el comportamiento, los hábitos y las emo-

ciones mediante instrumentos, como la publicidad en sus redes o plataformas, u ofreciendo productos o servicios adictivos.

Por su parte, los dispositivos móviles (smartphones y tabletas con sistema operativo Android e IOS, éstos último fabricado por Apple, además de otros sistemas operativos menores); relojes digitales (con sistema operativo de Google o Apple o sistemas operativos cerrados) permiten el acceso s aplicaciones móviles (APPS) que sirven entre otros fines, para la navegación en internet, para el entretenimiento —juegos, películas, música—, para las redes sociales y, en fin, para servicios basados en la localización entre otros. El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes adoptado el 27 de febrero de 2013 (WP 202) define las aplicaciones como "programas informáticos generalmente concebidos para un cometido concreto y dirigido a un determinado conjunto de dispositivos inteligentes como teléfonos inteligentes, tabletas o televisiones conectados a internet". Las aplicaciones organizan la información de acuerdo con las características específicas del dispositivo y suelen interactuar con el soporte físico y las características del sistema operativo del mismo, además de posibilitar que, los dispositivos inteligentes puedan conectarse mediante interfaces de red wi-fi, bluetooth[77]. En dicho Dictamen, después de señalar que, los niños son ávidos usuarios de aplicaciones, ya sea en dispositivos propios o en dispositivos compartidos, existiendo al respecto un gran mercado de aplicaciones diversas destinadas a ellos y que, aquellos apenas conocen o comprenden el alcance y la sensibilidad de los datos a que dichas aplicaciones pueden acceder o el alcance de los datos compartidos con terceros para fines publicitarios, recomienda una serie de actuaciones a las partes que participan en el desarrollo, comercialización y explotación de las aplicaciones para alcanzar el máximo nivel de protección de la intimidad y protección de datos: así a los desarrolladores de aplicaciones que crean aplicaciones y/o las ponen a disposición de los usuarios finales, deben por lo que se refiere a las aplicaciones destinadas a niños; prestar atención al límite de edad que define a los niños o los menores de edad en las legislaciones naciones; escoger el enfoque más restrictivo del tratamiento de datos respetando íntegramente los principios de minimización de datos y limitación de la finalidad; abstenerse de tratar datos de niños para fines de publicidad compartamental, directa o indirectamente; de recoger a través de los niños datos de sus familiares y amigos; a las tiendas de aplicaciones donde se compran y descargan las aplicaciones y se registran los datos de inicio de sesión y el historial de aplicaciones compradas previamente deben: prestar especial atención a las aplicaciones dirigidas a los niños para protegerles contra el tratamiento ilícito de sus datos y, en particular, hacer cumplir la información pertinente de manera sencilla y con un lenguaje propio de las edades en cuestión; a los fabricantes de sistemas operativos y dispositivos que también como responsables del tratamiento de datos deben por un lado, garantizar la disponibilidad de mecanismos apropiados y los datos a que pueden acceder y, por otro, garantizar que todo acceso a una categorías de datos se refleja en la información del usuario antes de instalar la aplicación: las categorías presentadas deben ser claras y comprensibles; y, a las terceras partes, pues, muchas aplicaciones gratuitas se costean mediante publicidad —como cookies u otros identificadores del dispositivo o banner dentro de la aplicación o anuncios fuera de la misma— además de conocer y cumplir sus obligaciones como responsables del tratamiento de datos cuando procesen datos

personales sobre usuarios, debe abstenerse de tratar datos de niños para fines de publicidad compartamental directa o indirectamente y aplicar medidas de seguridad adecuadas. Esto incluye la transmisión segura y el almacenamiento cifrado de los identificadores únicos de dispositivo y de usuario y otros datos personales[78].

Pues bien, atendiendo a los derechos que cualquier persona física cuyos datos personales sean objeto del tratamiento puede ejercer (derecho de acceso del interesado, derecho de rectificación y supresión (derecho al olvido), derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos, derecho de oposición y de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles), el artículo 94 de la LOPDYGDD se refiere al ejercicio del derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalente y destaca al respecto que, toda persona tiene derecho a que sea suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que, se hubieran facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. Y como supuesto específico señala que, si los datos se hubieran facilitado al servicio por el afectado o por terceros durante su minoría de edad, y el afectado ejercitase este derecho al olvido, el prestador de redes sociales o servicios equivalentes deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad que concurran las circunstancias contenidas en el apartado 2 del citado artículo —que los datos sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieran devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información—.

En todo caso, en aras del respeto a la autonomía del individuo, al libre desarrollo de su personalidad, una vez que, el interesado menor alcance la edad de consentimiento digital puede confirmar, modificar o retirar el consentimiento dado por el titular de la patria potestad o tutor o autorizado por dicho titular.

Por otra parte, el RGPD establece en su artículo 8.3 que las normas sobre requisitos de autorización parental con respecto a los menores no afectarán a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño". Por lo que, los requisitos de consentimiento válido para el uso de datos relativos a niños forman parte de un marco jurídico que debe considerarse independiente del Derecho contractual nacional. El Reglamento no incluye una armonización de las disposiciones nacionales del Derecho contractual. De todas formas, la regulación nacional y la europea pueden operar de forma simultánea. Asimismo, el considerando número 38 del citado RGPD establece que "(…). El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños".

Ahora bien, conviene precisar que, habitualmente, los fabricantes ponen a disposición sus propias herramientas de control parental en si sistemas operativos: tiempo y límites de uso y contenido, seguridad en las comunicaciones, preguntar antes de comprar, clasificación por edades en las tiendas de aplicaciones, centro de los dispositivos que usan menores. Respecto al diseño de las aplicaciones que ofrecen en las tiendas los distintos fabricantes, aquellas que se incluyen en la categoría de infantiles no permiten enlaces externos, ni recomendaciones y no

incluyen publicidad. En todo caso, los principales riesgos para los menores y adolescentes derivan del uso de algoritmos que recomienda determinados contenidos y aplicaciones en tiendas digitales, además de llevar a cabo un perfilado y recogida de datos on line. En este contexto, las videoconsolas suelen también incluir configuraciones que permiten usar herramientas de control parental. Y, además, la industria del videojuego cuenta con un sistema europeo de clasificación por edades (PEGI); si bien, es voluntario, pues está basado en la autorregulación.

De todas formas, a las herramientas de control parental, existen las medidas de bloqueo de contenidos inadecuados que pueden tener lugar tanto en los centros educativos como en las bibliotecas. Y, para las empresas aplicar además de sistemas de control de contenido, sistemas de verificación de la edad que garanticen el anonimato y la privacidad de los usuarios, como analizaremos.

Resulta un dato a tener en cuenta cómo es que los servicios que ofrecen estas empresas (redes sociales, plataformas de intercambio de videos, plataformas de video bajo demanda) son los que más impacto tienen en la seguridad digital de los menores y adolescentes; y, al ser multinacionales sus sedes están fuera de Europa (en concreto Estados Unidos o China); si bien, no es menos cierto que en cuanto al control y regulación de contenidos y servicios que ofrecen en Europa están sometidos además de los citados tres Reglamentos —RGPD, RIA y el Reglamento de Servicios Digitales—, el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

En fin, el aumento exponencial del uso de aplicaciones de IA generativa ha puesto sobre la mesa la existencia de otro riesgo, la posibilidad que tienen los menores y adolescentes de alterar la imagen de otro menor o adolescente, y combinándolo con otra de carácter pornográfico dar lugar a una nueva fotografía de alto contenido sexual protagonizado por sin menor sin quererlo (el caso de los menores de Almendralejo).

Si bien, en este contexto, de especial relevancia ha sido la creación, en 2019, del "Canal Prioritario", para solicitar la retirada urgente de contenidos sexuales o violentos publicados y/o difundidos en Internet sin el consentimiento de las personas afectadas, evitando que sean causa de graves daños y perjuicios. Cuenta con una línea específica para las denuncias de menores de edad, mayores de 14 años. Asimismo, es destacable la constitución, también en 2019, y a partir de la aplicación de la LOPDYGDD que incorpora el derecho a la educación digital, y del grupo de trabajo "Menores, salud digital y privacidad" dedicado a facilitar dicha educación y a analizar y estudiar las situaciones de riesgo de niños, niñas y adolescentes (NNA) en la red. En él se reúnen los agentes públicos y privados implicados en el interés superior del o de la menor. Cabe destacar su actividad en la prevención, detección y atención a las consecuencias del uso intensivo, problemático o adictivo de los dispositivos digitales por NNA, y el apoyo a las iniciativas científicas destinadas a proporcionar pautas y orientaciones que contribuyan a la salud y bienestar digital de NNA, como el "Plan Familiar Digital" y las "Recomendaciones" de la Asociación Española de Pediatría.

IV. EL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA PROTECCIÓN DE MENORES DE EDAD Y ADOLESCENTES.

La inteligencia artificial (IA) es una tecnología que ha experimentado un avance espectacular en poco tiempo, gracias a tecnologías como el *big data*, el blockchain[79], la nube, el internet de las cosas, la robótica y la realidad virtual. Aunque la IA no es una invención reciente, ya que sus orígenes se remontan a hace más de 50 años, su impacto actual es enorme y afecta a casi todos los ámbitos de la vida. La IA está presente en multitud de aplicaciones.

Hoy en día estamos siendo testigos del crecimiento exponencial que ha experimentado la tecnología de aprendizaje automático (*machine learning*) y la inteligencia artificial (IA) en general y de la intención de la regulación europea de evitar consecuencias negativas sobre el estado de derecho. La regulación de la IA ha sido un imperativo de la evolución de estas tecnologías por parte de la Comisión Europea. Esta regulación representa un desafío complejo que requiere un enfoque multidisciplinar y una colaboración continua entre los diferentes actores involucrados. El RIA representa, por tanto, un avance significativo en este ámbito, pero su implementación efectiva dependerá de la capacidad de las organizaciones para adaptarse a las nuevas normativas y de la cooperación entre las autoridades reguladoras. Asimismo, este Reglamento establece un marco normativo para el desarrollo, comercialización y uso de sistemas de IA, con un enfoque basado en el análisis de riesgos, como veremos, y, por tanto, alineado con la interpretación que el propio RGPD hace de los posibles impactos que las tecnologías pueden tener sobre los derechos y libertades de las personas físicas.

Lo que define a los sistemas de IA es la capacidad de procesar datos e información y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, creatividad o la capacidad de predecir o planear. Es un conjunto de técnicas que permiten a un sistema informático simular características que son propias de la inteligencia humana. De manera que, se automatizan ciertas actividades hasta ahora vinculadas exclusivamente con procesos del pensamiento humano, como pueden ser la toma de decisiones. Los sistemas de IA son capaces de analizar, pero también de trabajar de manera autónoma. Son tecnologías de procesamiento de la información que integran modelos y algoritmos con capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtuales. La ciberseguridad es otra cuestión relevante en este ámbito.

En el artículo 1 establece que el objetivo del RIA como es: 1. Mejorar el funcionamiento del mercado interior; 2. Promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión así como prestar apoyo a la innovación; 3. Establecer normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA en la Unión; 4. Prohibir determinadas prácticas de IA; 5. Concretar los requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo y obligaciones para los operadores de dichos sistemas. 6. Disponer normas armonizadas

de transparencia aplicables a determinados sistemas de IA; normas armonizadas para la introducción en el mercado de modelos de IA de uso general; y, normas sobre el seguimiento del mercado, la vigilancia del mercado, la gobernanza y la garantía del cumplimiento; 7. Establecer medidas en apoyo de la innovación, prestando especial atención a las pymes, incluidas las empresas emergentes.

Asimismo, precisa el considerando núm. 1 del RIA: "el objetivo de este Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una inteligencia artificial centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación".

En su artículo 3 define el sistema de IA como: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales; y el riesgo como: la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio. Supone la habilidad de un sistema informático para realizar tareas como las relacionadas con el aprendizaje, el razonamiento o la resolución de problemas, la percepción o el uso del lenguaje.

Por tanto, se trata de: 1. Un sistema basado en la máquina; 2. El sistema puede funcionar con distintos grados de independencia, desde la autonomía total hasta cierto nivel de supervisión humana; 3. La necesidad de supervisión humana para garantizar la seguridad, el cumplimiento ético y la responsabilidad; 4. El sistema procesa datos de entrada para generar resultados como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones[80]. Esta definición se corresponde con la proporcionada por la OCDE (2019, revisado en 2023), que la RIA adopta con el objetivo de facilitar la convergencia de nociones a escala internacional. Quedan fuera de la misma y, por tanto, de la regulación, los sistemas de *software* de capacidades inferiores a las indicadas"[81]. Y por "riesgo" se considera: la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio (artículo 2.1 y 2 de la RIA).

La IA está presente en múltiples aplicaciones y funcionalidades de las que hacen uso tanto loa adultos como los menores. Es el caso de los chatbots y asistentes virtuales, videojuegos, plataformas educativas, chaptGPT y otros generadores de textos; DALL-E y generación de imágenes para el arte digital; filtros de contenidos, para fotos y videos en redes sociales; traductores automáticos; e internet de las cosas (IoT) —robots de limpieza o asistentes de voz, juguetes conectados—. Con la IA se puedes recopilar y analizar datos, lo que permiten la automatización de procesos y de toma de decisiones; pueden interactuar con el usuario, generando

un contenido más inmersivo; es una tecnología interactiva; permite la generación de imágenes; y, es un apoyo para diversas tareas —traductor de textos y videos—.

Al ser el RIA el primer instrumento legislativo del mundo sobre IA aplicable al mercado de la UE (*efecto Bruselas*), promueve un ecosistema tecnológico que beneficie a la sociedad sin comprometer la seguridad, ni los derechos humanos y establece una regulación única para proveedores, importadores, distribuidores, responsables del despliegue y particulares afectados por los sistemas de IA en el mercado europeo. Se entiende por proveedor: una persona física o autoridad pública que desarrolle (o para la que se desarrolle) un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzca en el mercado, o ponga en servicio el sistema de IA, con su propio nombre o marca; distribuidor: una persona física o jurídica que forme parte de la cadena de suministro, distinta del proveedor o el importador, que comercialice un sistema de IA en el mercado de la Unión; importador: una persona física o jurídica, ubicada o establecida en la Unión, que introduzca en el mercado un sistema de IA de un proveedor establecido fuera de la UE; y responsable del despliegue (deployer): una persona física o jurídica o autoridad pública que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional. También se hace referencia al proveedor posterior como: un proveedor de un sistema de IA, también de un sistema de IA de uso general, que integra un modelo de IA, con independencia de que el modelo de IA lo proporcione él mismo y esté integrado verticalmente o lo proporcione otra entidad en virtud de relaciones contractuales (artículo 3.68 del RIA). Esta regulación no afecta a la innovación, ni la perjudica, pues, el Comité de Inteligencia artificial trabaja en la elaboración de normas y recomendaciones para garantizar que la IA sea segura, ética y beneficiosa para la sociedad; y permite adaptarse a las invocaciones que el sector va desarrollando en su aplicación. De todas formas, el Supervisor Europeo de Protección de Datos participa como observador en el Comité, asegundo que la IA respeta la privacidad y los derechos de las personas.

Ahora bien, el RIA sigue un enfoque basado en el riesgo; de modo que, la normativa se adapta al nivel de riesgo específico y opera mediante técnicas de *Compliance*, concretando los siguientes sistemas[82]: sistemas de riesgo inaceptable; sistemas de IA de alto riesgo; y, sistemas de IA de riesgo limitado[83].

En cuanto al riesgo inaceptable: El RIA establece una prohibición absoluta para varias prácticas que conllevan riesgos inaceptables, como veremos; al riesgo alto: El RIA clasifica como de alto riesgo determinados sistemas que plantean un riesgo significativo de daño para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales; riesgo limitado: determinados sistemas de IA a los que se imponen requisitos específicos de transparencia; por ejemplo, cuando existe un riesgo claro de manipulación (v. gr., mediante el uso de chatbots). Los usuarios deben ser conscientes de que están interactuando con un sistema de IA; y, en fin, riesgo mínimo: todos los demás sistemas de IA pueden desarrollarse y utilizarse conforme a la legislación vigente sin obligaciones adicionales. Los proveedores de estos sistemas pueden optar voluntariamente por aplicar las directrices para una IA digna de confianza o adherirse a códigos de conducta voluntarios.

Así se consideran prácticas prohibidas. 1. El uso de técnicas subliminales, manipuladoras o engañosas para distorsionar el comportamiento de una perso-

na o un grupo de personas, haciéndoles tomar una decisión que de otro modo no habrían tomado, de una manera que probablemente les cause un perjuicio considerable; 2. La explotación de las vulnerabilidades de una persona física o un grupo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica, con la finalidad o el efecto de alterar sustancialmente su comportamiento con una probabilidad razonable de causarles perjuicios considerables; 3. Puntuación ciudadana (social scoring): Sistemas de IA para la evaluación o clasificación de personas físicas o grupos de personas durante un periodo determinado en función de su comportamiento social o sus características personales, que pueden dar lugar a un trato perjudicial o desfavorable en contextos sociales no relacionados con aquellos en los que se recabaron los datos, o a un trato injustificado o desproporcionado; 4. Sistemas de IA para evaluar o predecir el riesgo de que una persona física cometa un delito, basándose únicamente en su perfil o sus rasgos de personalidad; 5. Sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión; 6. Sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando su uso esté destinado a fines médicos o de seguridad, 7. Sistemas de IA de categorización biométrica que clasifican individualmente a las personas físicas basándose en sus datos biométricos para deducir o inferir determinados datos sensibles; y, 8. Sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento de la ley, con ciertas excepciones sujetas a condiciones y garantías (artículo 5)[84].

En cuanto a los sistemas de alto riesgo el RIA distingue dos grupos: 1. Los sistemas vinculados a la legislación de armonización de la UE sobre seguridad de los productos, enumerada en el Anexo I del RIA, se clasificarán como de alto riesgo si se cumplen las dos condiciones siguientes: A) Que el sistema de IA sea un producto incluido en la legislación de armonización, o sea un componente de seguridad de estos productos. B) Que, en virtud de la legislación de armonización, el producto o componente deba someterse a una evaluación de la conformidad de terceros; 2. Sistemas enumerados en el Anexo III del RIA: se consideran de alto riesgo debido al ámbito en el que se utilizan y sus aplicaciones específicas. Biometría: incluidos los sistemas de identificación biométrica remota y la categorización biométrica basada en la inferencia de características sensibles o protegidas; Gestión de infraestructuras críticas: agua, gas, electricidad, transporte; Cumplimiento de la ley: sistemas de prevención e investigación de delitos, incluidos sistemas predictivos y de elaboración de perfiles; Educación y formación profesional: sistemas utilizados para determinar la admisión a centros educativos y de formación profesional, evaluar los resultados del aprendizaje, valorar el nivel de educación que recibirá una persona y supervisar y detectar comportamientos prohibidos de los estudiantes durante los exámenes; Migración, asilo y gestión del control fronterizo; Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo; Servicios privados esenciales y servicios y prestaciones públicos esenciales (seguros, banca, crédito, prestaciones...); y, Administración de justicia y procesos democráticos.

Los requisitos que han de cumplir tales sistemas son: 1. Sistema de gestión de riesgos: Implantar y mantener un sistema de gestión de riesgos durante todo el ciclo de vida del sistema; 2. Sistema de calidad, formación y pruebas: Garantizar

la calidad de los datos de entrenamiento, validación y prueba mediante prácticas adecuadas de gobernanza y gestión de datos; 3. Documentación técnica: Elaborar y mantener actualizada la documentación técnica del sistema; 4. Registro automático de acontecimientos: Permitir los archivos de registro/el registro automático de acontecimientos; 5. Instrucciones de uso: Proporcionar instrucciones de uso fáciles de entender para los responsables del despliegue; 6. Supervisión humana: Permitir una supervisión humana efectiva durante su uso; 7. Precisión/ciberseguridad: Alcanzar un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad (artículos 6, 7, 8, 9, 11 y 12)[85].

Respecto a los modelos de IA de uso general. Además de sistemas de IA, el RIA contempla también determinados modelos de IA. Los modelos de IA se integran en sistemas, pero no constituyen en sí mimos un sistema. El concepto de modelos de IA de uso general debe definirse claramente y diferenciarse del concepto de sistemas de IA con el fin de garantizar la seguridad jurídica. La definición debe basarse en las características funcionales esenciales de un modelo de IA de uso general, en particular la generalidad y la capacidad de realizar de manera competente una amplia variedad de tareas diferenciadas. Estos modelos suelen entrenarse usando grandes volúmenes de datos y a través de diversos métodos, como el aprendizaje autosupervisado, no supervisado o por refuerzo. Los modelos de IA de uso general pueden introducirse en el mercado de diversas maneras, por ejemplo, a través de bibliotecas, interfaces de programación de aplicaciones (API), como descarga directa o como copia física. Estos modelos pueden modificarse o perfeccionarse y transformarse en nuevos modelos. Aunque los modelos de IA son componentes esenciales de los sistemas de IA, no constituyen por sí mismos sistemas de IA. Los modelos de IA requieren que se les añadan otros componentes, como, por ejemplo, una interfaz de usuario, para convertirse en sistemas de IA. Suelen estar integrados en los sistemas de IA y formar parte de dichos sistemas[86].

El artículo 3.63 del RIA define como: un modelo de IA, también uno entrenado con un gran volumen de datos utilizando autosupervisión a gran escala, que presenta un grado considerable de generalidad y es capaz de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas, independientemente de la manera en que el modelo se introduzca en el mercado, y que puede integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores, excepto los modelos de IA que se utilizan para actividades de investigación, desarrollo o creación de prototipos antes de su introducción en el mercado; "capacidades de gran impacto": capacidades que igualan o superan las capacidades mostradas por los modelos de IA de uso general más avanzados.

Por otra parte, el RIA establece normas específicas para los modelos de IA de uso general y para los modelos de IA de uso general que entrañan riesgos sistémicos, que deben aplicarse también cuando estos modelos estén integrados en un sistema de IA o formen parte de un sistema de IA (artículo 51).

Los grandes modelos de IA generativa son un ejemplo típico de un modelo de IA de uso general, ya que permiten la generación flexible de contenidos, por ejemplo, en formato de texto, audio, imágenes o vídeo, que pueden adaptarse fácilmente a una amplia gama de tareas diferenciadas.

Cuando un modelo de IA de uso general esté integrado en un sistema de IA o forme parte de él, este sistema debe considerarse un sistema de IA de uso ge-

neral cuando, debido a esta integración, el sistema tenga la capacidad de servir a diversos fines. Un sistema de IA de uso general puede utilizarse directamente e integrarse en otros sistemas de IA[87].

También se clasifica la IA según los tipos de capacidad y función entre: 1. IA débil (o estrecha): diseñada para realizar tareas específicas sin conciencia ni comprensión más allá de su programación. Un ejemplo con los asistentes de voz como Siri o Alexa; 2. IA fuerte (o general): capaces de realizar cualquier tarea cognitiva como un ser humano, incluyendo la adaptación y el razonamiento. Aún no existe completamente, pero es un objetivo en el desarrollo de la IA; 3. La superinteligencia artificial: sería una IA que llegaría a superar la inteligencia humana en todos los aspectos. Asimismo, se pueden clasificar según su funcionalidad: 1. IA reactiva: no tiene memoria, solo responde a estímulos inmediatos. Son un ejemplo: Deep Blue, el ordenador de ajedrez de IBM; 2. IA con memoria limitada: aprende de experiencias recientes, pero no posee un conocimiento amplio y permanente. Por ejemplo, los automóviles autónomos; 3. Teoría de la mente: es la IA que entenderá de emociones y pensamientos humanos. Todavía está en proceso de desarrollo; 4. IA estrecha (ANI): sistemas diseñados para realizar una tarea específica, como reconocimiento de voz o juegos; y, 5. Autoconciencia: IA capaz de tener conciencia propia y autoconocimiento. De difícil aplicación ahora. Por el método de aprendizaje: 1. Aprendizaje supervisado: los algoritmos aprenden a partir de datos etiquetados; 2. Aprendizaje no supervisado: los algoritmos aprenden a partir de datos no etiquetados, identificando patrones; 3. Aprendizaje por refuerzo: los algoritmos aprenden a tomar decisiones para maximizar una recompensa. Por la estructura de la IA: 1. Redes neuronales artificiales: sistemas que imitan el funcionamiento del cerebro humano; y, 2, Deep learning: un tipo de red neuronal artificial que permite la extracción de patrones complejos de datos. En fin, por aplicación: 1. Sistemas expertos: Programas que imitan el razonamiento de expertos en un área específica; 2. Robótica: diseño y construcción de robots que pueden realizar tareas físicas; y3. Procesamiento del lenguaje natural; permite a las máquinas entender y generar lenguaje humano.

Ciertamente, la taxonomía de la IA es una herramienta para clasificar y organizar los diferentes tipos de IA, sus funcionalidades, aplicaciones y formas en que interactúan con el mundo. Con ello permiten comprender mejor la evolución y el potencial de la IA, así como facilitar la comunicación y el desarrollo en este campo. En esencia, la taxonomía de la IA no es solo estructura, sino que existen diferentes clasificación que se enfocan en diversos aspectos, como hemos visto en líneas precedentes.

En cuanto a las principales obligaciones de los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo están: 1. Velar por que sus sistemas cumplan los requisitos anteriores y acreditar su conformidad, previa solicitud motivada de la autoridad competente: 2. Establecer un sistema de gestión de calidad sólido; 3. Conservar la documentación sobre el sistema y ponerla a disposición de las autoridades, incluyendo cualquier archivo de registro generado bajo su control; 4. Velar por que los sistemas se sometan a las evaluaciones de conformidad correspondientes, elaborar una declaración UE de conformidad y colocar el marcado CE en los sistemas; y, 5. Registrar el sistema en la base de datos de la UE de sistemas de alto riesgo. 6. Adoptar las medidas correctoras necesarias, incluida la suspensión o la

retirada de los sistemas en caso de no conformidad. Ahora bien, un operador será considerado proveedor, y por tanto sujeto a las obligaciones correspondientes, cuando: 1. ponga su nombre o marca comercial en un sistema de IA de alto riesgo previamente introducido en el mercado; y, 2. O lo modifique sustancialmente (artículos 16 y 17)[88].

Sobre estas bases, las principales obligaciones de los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo son: cualquier persona física o jurídica o autoridad pública que utilice un sistema de IA bajo su autoridad, excepto cuando se utilice para actividades personales de carácter no profesional, deberá, como responsable del despliegue: 1. Adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que dichos sistemas se utilizan con arreglo a las instrucciones de uso; 2. Garantizar que las tareas de supervisión humana son realizadas por personas con la competencia adecuada; 3. Asegurarse de que los datos de entrada sean pertinentes y suficientemente representativos en vista de la finalidad prevista del sistema, en la medida en que los implantadores ejerzan el control sobre dichos datos; 4. Vigilar el funcionamiento del sistema e informar de cualquier riesgo e incidente a los proveedores, importadores, distribuidores y autoridades de vigilancia del mercado; 5. Conservar los archivos de registro generados bajo su control; 6. Informar a sus empleados y a los representantes de los trabajadores antes de implantar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo; 7. Informar a todas las personas que puedan verse afectadas por el uso de sistemas que tomen decisiones o colaboren en los procesos de toma de decisiones; 8. Cooperar con las autoridades competentes; y 9. Asegurarse de que los empleados y otras personas a quienes se encomiende en su nombre el manejo y el uso de los sistemas de IA tienen un nivel adecuado de alfabetización en materia de IA (artículo 26). En determinados casos, los responsables del despliegue deben llevar a cabo una evaluación de impacto en materia de derechos fundamentales[89].

Ahora bien, existen obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA, independientemente de si se consideran de alto riesgo: 1. Sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas: Los proveedores deben diseñar el sistema de tal manera que las personas físicas afectadas estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA; 2. Sistemas que generen contenido sintético de audio, imagen, video o texto: Los proveedores velarán por que la información de salida del sistema de IA esté marcada en un formato legible por máquina y que sea posible detectar que ha sido generada o manipulada de manera artificial; 3. Sistemas de reconocimiento de emociones o de categorización biométrica: Los responsables del despliegue deberán informar del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él; y, 4. Sistemas que generen o manipulen imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrafalsificación, y contenidos que informen sobre asuntos de interés público: Los responsables del despliegue deberán divulgar que el contenido se ha generado o manipulado de manera artificial (artículo 13).

Precisamente, en relación con los menores se opera en los riesgos asociados de la IA, especialmente, en el ámbito educativo, el entretenimiento y la seguridad digital; de ahí, la exigencia de requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riego y normas de transparencia[90].

Recientemente, la Comisión europea ha puesto en marcha una consulta pública sobre los sistemas de IA de alto riesgo con la finalidad de recabar información sobre la aplicación de las normas del RIA relativos a estos sistemas, su funcionamiento y aplicación práctica. Está abierta a proveedores y desarrolladores de IA, empresas, autoridades públicas, instituciones de investigación, sociedad civil y ciudadanos en general hasta el 18 de julio de 2025. Las observaciones que se extraigan de la citada consulta se tendrán en cuenta para la elaboración de las próximas directrices de la Comisión sobre la clasificación de los sistemas de IA de alto riesgos, así como sus requisitos y obligaciones conexas.

Por otra parte, se regulan los modelos de IA de uso general se integran en sistemas de IA, pero no son sistemas en sí mismos. El RIA define los modelos de IA de uso general como aquellos que: 1. Tienen un grado considerable de generalidad; 2. Son capaces de realizar una gran variedad de tareas; y 3. Pueden integrarse en diversos sistemas o aplicaciones de IA. Son, esencialmente versátil, esto es, capaces de adaptar a múltiples propósitos sin necesidad de un entrenamiento específico para cada tarea y aunque algunos modelos pueden presentar rasgos sistémicos, están siendo de muy utilidades en diversos sectores, mejorando su eficiencia.

Los proveedores de estos modelos deben cumplir ciertas obligaciones, como: 1. Documentar el proceso de entrenamiento y sus resultados de evaluación; 2. Informar a los proveedores de sistemas de IA que tengan previsto integrar en sus sistemas el modelo de IA de uso general sobre sus características y requisitos legales; 3. Establecer una política de cumplimiento de la normativa de la UE sobre derechos de autor y derechos afines, especialmente en lo que respecta a la minería de textos y datos; y 4. Divulgar públicamente un resumen detallado del contenido utilizado para entrenar el modelo de IA de uso general (artículo 53).

Debido a sus capacidades de gran impacto, se considera que determinados modelos de IA de uso general plantean un riesgo sistémico. Para mitigar estos riesgos, los proveedores deben cumplir requisitos más estrictos: 1. Evaluar modelos de conformidad con protocolos y herramientas normalizados que reflejen el estado de la técnica; 2. Evaluar y mitigar los posibles riesgos sistémicos a escala de la Unión que puede derivarse del desarrollo, la introducción en el mercado o el uso de modelos de IA con riesgos sistémicos, así como el origen de dichos riesgos; 3. Vigilar, documentar y comunicar sin demora indebida, a la Oficina de IA y, en su caso, a las autoridades nacionales competentes, la información pertinente sobre incidentes graves y las posibles medidas correctoras para resolverlos; y, 4. Velar por que se establezca un nivel adecuado de protección de la ciberseguridad para el modelo de IA de uso general con riesgo sistémicos y la infraestructura física del modelo (artículo 55)[91].

En este contexto, la Unión Europea está desarrollando un Código de Buenas Prácticas para modelos de IA de uso general, detallando normas sobre transparencia, derechos de autor y mitigación de riesgos. Precisamente, el 10 de julio de 2025 la Comisión Europea ha presentado el Código de Buenas Prácticas para modelos de Inteligencia Artificial de uso general (General Purpose Artifical Intelligence —GPAI—)

Tras esta breve referencia normativa sobre los tipos de IA y las obligaciones de los intervinientes en la misma a grandes rasgos, procede indicar que, la IA está presente en diversas aplicaciones accesibles para menores y adolescentes,

como asistentes virtuales, videojuegos, plataformas educativas. Asimismo que, la interacción entre menores y la IA plantea cuestiones importantes sobre la ética, privacidad, desarrollo cognitivo y educación. Desde el impacto de los algoritmos en la conformación de sus opiniones hasta la protección de sus datos.

En cuanto a los riesgos del uso de IA para los menores y adolescentes se señalan los siguientes: 1. Manipulación cognitiva de la realidad, influir en su comportamiento y desarrollo cognitivo de los menores; dicción —la IA puede generar contenido altamente personalidad y adictivo que, puede afectar el bienestar de los menores—; la falta de conocimiento de lo que representa su privacidad y seguridad en un entorno digital —introduciendo datos e información personal (fotos, videos, audios u otra información sensible)—; si bien, algunas plataformas como Instagram dentro de sus políticas de privacidad está el detectar perfiles de adolescentes que se hacen pasar por personas mayores de edad y configurar sus cuentas con protecciones adicionales; 2. Desinformación y la falta de credibilidad de la información: la IA puede influir en el comportamiento y las decisiones de los menores, a la par que, dificultan que el menor distinga lo que es real, de lo que no lo es. Confiar en las respuestas generales que ofrece la IA sin comprobar su veracidad. Lo que puede conllevar la difusión de información errónea y a una situación de dependencia por el uso excesivo de aplicaciones con IA; 3. Privacidad: la IA puede recopilar datos personales de los menores y adolescentes sin que ellos sean plenamente conscientes de ellos; planteando riesgos de seguridad; 4. Discriminación y exclusión a través de sesgos desarrollados por los algoritmos, afectando la percepción de los menores sobre ciertas materias y temas; 5. La exposición a contenido inapropiado o a información errónea: algunos sistemas de IA pueden generar o "recomendar" contenidos no adecuados para menores sin filtros efectivos; 6. La suplantación de su identidad o ciberacoso; 7. Riesgos de salud física, psicológicos y emocionales: un uso excesiva de IA puede afectar al desarrollo cognitivo y emocional de los menores y adolescentes. Además, la dependencia de asistentes virtuales y plataformas automatizadas pueden conllevar una disminución del pensamiento crítico y la creatividad en edades tempranas[92]; y, 8. El uso de algoritmos opacos y adictivos[93] y de patrones oscuros (Dark patterns) y adictivos[94]. La IA puede optimizar plataformas digitales para monitorizar el tiempo de uso; lo que puede generar adicción y afectar el bienestar de los menores.

De ahí que, como veremos en la tramitación normativa futura en España, las medidas para proteger a los menores en el ámbito de la IA y, en general, en lo que representa el entorno digital que deben incluir: 1. Control parental obligatorio: se deben incluir herramientas de control por defecto en dispositivos móviles, tablets; 2. Elevar la edad mínima en materia de protección de datos de 14 a 15; a la par que limitar el acceso de los menores a redes sociales sin supervisión previa de los progenitores; 3. Políticas de privacidad más estrictas en redes sociales; 4. Verificadores de edad por parte de las plataformas; 5. Regulación del contenido accesible para menores; sanciones penales por la creación de imágenes manipuladas con IA ("deepfakes") con fines vejatorios y sexuales; lo que exige modificar la normativa penal; 6. Lo que se conoce como alfabetización digital —educación digital— que posibilita que los menores aprendan a identificar los riesgos en internet y lleven a cabo un uso responsable de la tecnología: mediante el establecimiento de períodos específicos de uso de los dispositivos electrónicos —por ejemplo, establecer un

máximo diario para juegos y redes sociales—; 7. Promover el uso consciente de la tecnología, explicando a los menores y adolescentes los riegos de la sobreexposición a pantallas y el impacto en la salud mental; fomentar la autorregulación[95]; 8. Supervisar activamente el contenido: los padres y educadores deben monitorear el uso de la IA y establecer límites adecuados y efectivos. Así, por ejemplo, establecer límites de tiempo en el uso de dispositivos; revisar el contenido que consumen; y, fomentar el uso de plataformas seguras y educativas; 9. La transparencia: promover leyes que garanticen la seguridad de los menores y adolescentes en entornos digitales, exigir transparencia en los algoritmos e información a los operadores sobre cómo recopilan y usan los datos; 10. Reducir la dependencia digital empezando por los propios progenitores, pues, los menores toman como modelo e imitan el comportamiento de los adultos; 11. Procurar un uso responsable de la tecnología mediante normas claras sobre el uso de los dispositivos; fomentar el desarrollo de habilidades fuera del entorno digital; e integrar la IA en la educación de manera interactiva y supervisada; y, 11. Verificar la edad a través de sistemas de verificación de la edad (SVE)[96].

Frente a estos riesgos, procede señalar que el uso de la IA también ofrece múltiples oportunidades y ventajas a los menores y adolescentes: 1. Posibilita una educación personalizada: tutorías virtuales y proporcionar materiales ajustados al menor o adolescente a la par que permite crear planes de estudio adaptado a las necesidades individuales de cada estudiante —aplicaciones como plataformas de aprendizaje adaptativo pueden identificar áreas donde un alumno necesita más apoyo y ajustar los materiales a dicha circunstancia—[97]. Efectivamente, la IA permite adaptar el contenido y el ritmo de aprendizaje a las necesidades individuales de cada estudiantes, mejorando su comprensión y motivación; 2. Desarrollo de habilidades digitales: los menores y adolescentes pueden aprender a analizar datos, programación gracias a la IA —el conocimiento de IA y programación es cada vez más necesario en la sociedad actual; de forma que, herramientas como Scratch, Code.org y otras plataformas impulsadas por IA enseñan a los jóvenes a programar de manera interactiva y divertida; lo que ayuda a desarrollar pensamiento computaciones, resolución de problemas y habilidades lógicas—; 3. Seguridad en línea: los sistemas de IA puede detectar y bloquear contenidos inapropiados, ayudar a prevenir el ciberacoso y mejorar la privacidad en plataformas digitales —plataformas educativas utilizan filtros impulsados por la IA para evitar el acceso a información dañina, peligrosa y garantizar un entorno seguro en la red—; 4. Accesibilidad e inclusión: la IA puede facilitar el acceso a la educación para menores con discapacidad, mediante tecnologías como reconocimiento de voz, la conversión de texto en audio y herramientas de apoyo al aprendizaje —por ejemplo, estudiantes con dislexia pueden beneficiarse de lectores automatizados que les ayudan a comprender mejor los textos—; 5. Optimización del tiempo: puede ayudar en la organización de tiempo de estudio y mejorar su productividad; apoyo en la salud mental: aplicaciones de basadas en IA pueden ofrecer orientación emocional y detectar signos de ansiedad o depresión en menores y adolescentes —algunos chatbots pueden proporcionar consejos sobre bienestar mental y ayudar a gestionar emociones difíciles—; todo ello acompañado de la terapia en profesionales expertos en salud mental; y, 7. Fomento de la creatividad: herramientas de IA permiten a los jóvenes explorar su creatividad en diversas áreas como la música, escritura,

los idiomas, el deporte y el arte —a través de aplicaciones de composición asistida por la IA pueden ayudar a crear canciones; o permiten un diseño digital mediante ilustraciones generadas automáticamente; o en fin, como hace el Museo Nacional del Prado que a través del Proyecto FrAI Angelico muestra como la IA puede ayudar a acercar el patrimonio cultural a la ciudadanía y, en particular, a los menores y adolescentes: mediante sistemas de aprendizaje automático se puede reconocer el contenido de las pinturas y su contexto histórico e iconográfico—.

En todo caso, resulta necesario identificar el uso de la IA en aras de la transparencia y la confianza en las tecnologías —existen herramientas que permiten detectar si los textos se han generado por IA o si las imágenes o video ha sido creado mediante IA—. Ciertamente, el uso de inteligencia artificial generativa y su etiquetado se ésta incorporando paulatinamente —algunas plataformas optan por marcas de agua y otras por implementar un sistema de etiquetado disponible para los creadores de contenido—[98].

Y, para finalizar este apartado, nos parece oportuno indicar, por un lado, que en aras de conseguir una IA fiable se han presentado las Directrices éticas para una IA fiable por el Grupo de Expertos de Alto nivel sobre inteligencia artificial creado por la Comisión Europea en junio 2018 tiene como objetivo promover una inteligencia artificial fiable. La fiabilidad de la inteligencia artificial (IA) se apoya en tres componentes que deben satisfacerse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema: a) La IA debe ser lícita, es decir, cumplir todas las leyes y reglamentos aplicables; b) Ha de ser ética, de modo que se garantice el respeto de los principios y valores éticos; y c) Debe ser robusta, tanto desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de IA, incluso si las intenciones son buenas, pueden provocar daños accidentales. Cada uno de estos componentes es en sí mismo necesario pero no suficiente para el logro de una IA fiable. Lo ideal es que todos ellos actúen en armonía y de manera simultánea. En el caso de que surjan tensiones entre ellos en la práctica, la sociedad deberá esforzarse por resolverlas. Estas directrices establecen un marco para conseguir una IA fiable. Dicho marco no aborda explícitamente el primero de los tres componentes expuestos de la inteligencia artificial (IA lícita). En lugar de ello, pretende ofrecer orientaciones sobre el fomento y la garantía de una IA ética y robusta (los componentes segundo y tercero). Las directrices, que van dirigidas a todas las partes interesadas, buscan ofrecer algo más que una simple lista de principios éticos; para ello, proporcionan orientación sobre cómo poner en práctica esos principios en los sistemas sociotécnicos. Las orientaciones se ofrecen en tres niveles de abstracción, desde el capítulo I (el más abstracto) al III (el más concreto). Concluyen con ejemplos de las oportunidades y preocupaciones fundamentales que plantean los sistemas de IA. El capítulo II ofrece orientaciones sobre cómo lograr una IA fiable, enumerando siete requisitos que deben cumplir los sistemas de IA para ello. Para aplicar estas orientaciones se pueden utilizar tanto métodos técnicos como de otro tipo. El capítulo III ofrece una lista concreta y no exhaustiva para la evaluación de la fiabilidad de la IA, con el objetivo de poner en práctica los requisitos descritos en el capítulo II. Dicha lista de evaluación deberá adaptarse al caso específico de utilización del sistema de IA.

Ahora bien, estas directrices pretenden ofrecer orientaciones sobre las aplicaciones de la IA en general y establecer una base horizontal para lograr una IA

fiable, las diferentes situaciones plantean desafíos distintos. Por lo tanto, se debería explorar si, además de este marco horizontal, puede ser necesario un enfoque sectorial dado que la aplicación de los sistemas de AI depende del contexto. En fin, estas directrices no aspiran a reemplazar ninguna política o reglamento actual o futuro, ni a impedir su introducción. Deben considerarse un documento vivo, que habrá de revisarse y actualizarse a lo largo del tiempo para garantizar que sigan siendo pertinentes a medida que evolucionen la tecnología, el entorno social y nuestros propios conocimientos. Este documento ha sido concebido como un punto de partida para el debate sobre "Una IA fiable para Europa". Más allá de Europa, las directrices también buscan estimular la investigación, la reflexión y el debate sobre un marco ético para los sistemas de IA a escala mundial.

España ha creado la Agencia Española de Supervisión de IA (AESIA) encargada de garantizar el uso ético y seguro de la IA en el país. Su misión es proteger la privacidad, la igualdad de trato, y los derechos fundamentales, promoviendo un desarrollo tecnológico responsable. En todo caso, aún no se ha aprobado la Ley correspondiente en la que se nombre la AEPD como autoridad de vigilancia del mercado a efectos de la RIA. No obstante, conviene precisar que, la citada AEPD es autoridad competente en materia de protección de datos personales; lo que supone incluir bajos sus labores de supervisión y control, a aquellos tratamientos realizados mediante inteligencia artificial. En consecuencia, la AEPD puede actuar y, asimismo, supervisar tratamientos de datos personales realizados mediante sistemas prohibidos, en la medida que afecten al derecho de protección de datos.

Y, por otro, reiterando, aunque sea brevemente, los numerosos delitos a los que se ven expuestos los menores y adolescentes en el entorno virtual y también en el presencial, inducidos por la información que obtienen en internet —en todo caso, pueden ser parte activa o parte pasiva (víctima)—: 1. Sexting: consiste en difundir imágenes o grabaciones íntimas sin el consentimiento de la persona afectada, se regula en el artículo 197.7 del Código Penal. Este delito se considera un tipo de descubrimiento y revelación de secretos, y castiga a quien, sin autorización, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones obtenidas con la anuencia de la persona afectada en un lugar privado. Estamos ante "conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción de cualquier tipo de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o semidesnuda y en su transmisión a más menores, ya sea a través de la telefonía móvil o el correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de internet"[99]. Pueden ser fotografías propias en posturas provocadoras o tratarse de desnudos; o bien fotos o vídeos en el momento de las relaciones sexuales que se envían a otras personas. Ahora bien, es importante destacar que el delito de *sexting* se aplica incluso cuando la imagen o grabación fue obtenida inicialmente con el consentimiento de la persona, pero luego se difunde sin su autorización. La pena es de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. Como circunstancias agravantes: la pena se impondrá en su mitad superior en casos específicos como: 1. Si los hechos son cometidos por el cónyuge o una persona con relación afectiva; 2. Si la víctima es menor de edad o tiene una discapacidad; 3. Si los hechos se cometen con fines lucrativos; 2. Sextorsión: se trata del chantaje o amenaza de publicar contenido audiovisual o información personal sexual; en este caso, de un niño, niña o adolescente. No está tipificado en el Código Penal español con

esta denominación, pero su conducta se incluye en diferentes delitos; amenazas; explotación sexual; y, extorsión. Se diferencia del sexting en que, mientras éste supone el envío de materiales con connotación sexual a través de internet (imágenes, videos, mensajes, videollamadas), en la sextorsión la obtención de contenidos con connotación sexual de otra persona se hace a través del engaño, amenazas, extorsiones, coacciones, etc. Se entra en la dimensión online del chantaje que puede durar horas, meses o años, y que puede llevarlo a cabo una persona tanto conocida como desconocida por la víctima. Resulta poco probable que la persona que lo sufre pida ayuda, ya sea porque se siente avergonzada, culpable, o tenga miedo de que se difunda su material íntimo. En la mayoría de las ocasiones, el menor o adolescente teme que su círculo familiar y de amistades, descubran que ha compartido material sexual[100]; 3. Ciberacoso o cyberbullying: Es una violencia entre iguales que consiste en el hostigamiento hacia una víctima, a través de mensajes, imágenes, vídeos o comentarios, todos ellos con intención de dañar, insultar, humillar o difamar. Mientras que el bullying se produce principalmente en los centros escolares, el cyberbullying escapa de este espacio y puede darse entre menores de distintas escuelas, fuera del horario lectivo y extenderse indefinidamente en el tiempo. El contenido, una vez publicado digitalmente, puede ser reproducido y reenviado infinitas veces; 4. *Happy slapping*: la violencia que consiste en "la grabación de una agresión, física, verbal o sexual hacia una persona, que se difunde posteriormente mediante las tecnologías de la comunicación. La agresión puede ser publicada en una página web, una red social, una conversación a través del teléfono móvil, etc.". Así, el *happy slapping* consiste en la grabación de una agresión física, verbal o sexual y su difusión online mediante las tecnologías digitales (páginas, blogs, chats, redes sociales, etc.). Lo más común es que esta violencia se difunda por alguna red social y, en ocasiones, puede hacerse viral. La búsqueda de popularidad y de *likes* puede llevar a muchos jóvenes a cometer un delito contra sus compañeros e incluso, contra sus amigos. La persona que graba esta agresión, ocasional o planificada, cree que colgar la agresión en una plataforma digital puede ser "entretenido" o "divertido" para ganar popularidad en internet. Ahora bien, normalmente esta forma de violencia se relaciona con el *cyberbullying*. Sin embargo, en el *happy slapping* normalmente hay la intención previa de difundir el contenido, es decir, una grabación premeditada[101]; 5. *Online child grooming* o ciber acoso sexual a menores: se regula en el artículo 183 ter.1 y 2 del Código penal. Es un delito por el cual una persona adulta contacta electrónicamente con un menor o adolescente, ganándose poco a poco su confianza con el propósito de involucrarle en una actividad sexual. En ocasiones, los adultos, precisamente, se hacen pasar por menores en Internet o intentan establecer un contacto con niños y adolescentes que dé pie a una relación de confianza, pasando después al control emocional y, finalmente al chantaje con fines sexuales. Esta práctica tiene diversos objetivos: 1. Producción de imágenes y vídeos con connotación o actividad sexual, destinados al consumo propio de pederastas o a redes de abuso sexual a menores; 2. Encuentros en persona con el menor y abuso sexual físico; y, 3. Explotación sexual y prostitución infantil. Habitualmente el contacto entre ambas partes comienza a través de algún servicio de Internet, preferentemente redes sociales, plataformas de juego o comunidades online. Son servicios muy utilizados por los menores y todos ellos tienen funcionalidades de chat para conversar. El atacante

suele utilizar el engaño para facilitar ese primer contacto, creando perfiles falsos con edades y gustos similares a los del menor, de manera que le resulte atractivo e interesante, para que acepte su solicitud de amistad. Puede llegar a proponerle seguir conversando en privado por mensajería instantánea o videollamada, como por ejemplo WhatsApp o Skype. Esta conversación puede ir desde hablar de sexo y obtener material del mismo tipo, hasta mantener un encuentro sexual[102]. Aun cuando no se alcance este objetivo, también son considerados *online grooming* todos los actos materiales encaminados a conseguirlo[103]; 6. Ciberviolencia sexual (agresión sexual): obtener las grabaciones en las que la menor aparece realizándose tocamientos sobre el propio cuerpo, valiéndose el actor de amenazas que de no acceder a las conminaciones del victimario éste revelaría las imágenes a todos los contactos que la menor tenía en la red social y, denunciaría, además, a sus padres[104]; y, 7. Sharenting: como analizamos, es la práctica cada vez más habitual de madres y padres, en la que exponen pública y constantemente la vida de sus hijas e hijos en la red (cumpleaños, actividades, momentos de ocio, etc.). En principio, puede parecer una costumbre inofensiva, pero debemos ser conscientes de las consecuencias que puede tener para las vidas de las niñas y los niños. La huella digital es el rastro que dejamos cuando utilizamos internet y que no podemos eliminar. Para niñas y niños, esta huella se "genera" cada vez antes, debido a la publicación de información personal (fotos, vídeos, etc.) que realizan padres y madres.

V. EL PROYECTO DE LEY 121/000052 DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN ENTORNOS DIGITALES.

El Consejo de Ministros de España aprobó el 2 de junio de 2024 el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, una de las medidas incluidas en el gran acuerdo de país que el Gobierno está impulsando para salvaguardar la salud, el bienestar y la seguridad de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país; y, ha comenzado su tramitación como Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados[105].

El objetivo de esta norma es garantizar los derechos de los menores en el ámbito digital, especialmente el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, así como el derecho a la protección de sus datos personales y al acceso a contenidos adecuados para su edad. En este sentido, la ley contiene medidas para mejorar el conocimiento de los menores y de sus familias sobre los riesgos del entorno digital, sancionar de forma adecuada la vulneración de derechos que puede producirse en ese entorno —como, por ejemplo, la difusión de imágenes generadas por IA— e imponer obligaciones a grandes operadores e *influencers*, para garantizar la información y los derechos de los menores.

Esta Ley Orgánica tiene por objeto establecer medidas con la finalidad de garantizar la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (artículo 1).

Su principal objetivo es ofrecer entornos digitales seguros para la infancia y la adolescencia, con plena protección de sus derechos y libertades, a la vez que se fomenta un uso adecuado y respetuoso de las nuevas tecnologías. De acuerdo con lo anterior, el artículo 2 reconoce los derechos de las personas menores de edad

en este tipo de entornos, entre ellos los derechos a ser protegidas eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo, a recibir información suficiente y necesaria en una forma y lenguaje apropiado según la edad y el grado de madurez sobre el uso de las tecnologías y de los riesgos asociados al mismo, así como al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales. Supone completar el marco normativo ya previsto en la LOPJM, LOPIVI, LOPDYGDD.

Las medidas que se recogen en la ley se despliegan desde una perspectiva amplia y multidisciplinar, alcanzando una protección integral de las personas menores de edad en el uso de dispositivos y medios digitales con una perspectiva preventiva, de atención e inclusión, con el fin de ofrecer a través de los canales adecuados herramientas accesibles que permitan anticiparse al desarrollo de problemas más graves, y fomentar entornos sin discriminación.

El entorno digital pone a disposición de la sociedad, en su conjunto, numerosas ventajas y beneficios, pero su uso ha de ser especialmente adecuado cuando los principales destinatarios de las nuevas tecnologías digitales son las personas menores de edad, que cada vez se enfrentan a mayores riesgos derivados de un consumo perjudicial. Es por ello que la presente ley contempla varias medidas en materia de protección de las personas menores de edad como consumidores y usuarios, que se recogen en el título I y también en la disposición final cuarta, que modifica de manera expresa el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Respecto de las medidas recogidas en el título I, el artículo 4 establece dos nuevas obligaciones dirigidas a los fabricantes de los equipos terminales digitales con conexión a internet a través de los cuales las personas menores de edad puedan acceder a contenidos perjudiciales para su desarrollo, que se encuentran en línea con lo previsto en el artículo 46, apartados 3 y 4, de la LOPIVI: una obligación de información en sus productos de los posibles riesgos derivados de un uso inadecuado, entre otros aspectos, y la obligación de que los equipos terminales digitales que fabriquen incluyan en su sistema operativo una funcionalidad de control parental que permita a sus usuarios restringir o controlar el acceso de dichas personas a servicios, aplicaciones y contenidos perjudiciales para menores, cuya activación debe producirse por defecto en el momento de la configuración inicial del equipo terminal. Como situación más específica, entre los consumos con un potencial perjudicial cabe mencionar los mecanismos aleatorios de recompensa (cajas botín o "lootboxes"), que forman parte de algunos videojuegos y que, sin el debido control de acceso en su activación, pueden suponer un riesgo para las personas vulnerables, en especial las más jóvenes a quienes van dirigidas y son los principales consumidores de este tipo de productos y servicios, tal y como pone en evidencia el estudio "Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers", encargado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo, en el que se llama la atención sobre los diferentes riesgos asociados a los mecanismos utilizados en las cajas botín en función de la fase de desarrollo de los niños y adolescentes.

En el caso de las personas menores de edad, es probable que el contacto con estos mecanismos aleatorios de recompensa constituya su primer encuentro con

un producto o funcionalidad en cuya mecánica de funcionamiento el azar tenga un papel preponderante y que guarda la citada similitud, tanto desde el punto de vista estructural como de las técnicas de marketing utilizadas para su comercialización, con ciertas modalidades propias del juego regulado. Por lo expuesto, el artículo 5 dispone una prohibición general de acceso a los mecanismos aleatorios de recompensa o su activación por personas que sean menores de edad, si bien reglamentariamente se podrán establecer supuestos en los que se determinen excepciones en las que se flexibilice la prohibición, siempre que se garantice la protección a la infancia.

Se aclara que la prohibición señalada no opera de manera general, sino que resulta de aplicación solo a los mecanismos aleatorios de recompensa que presentan un conjunto de caracteres que los hacen asimilables en mayor grado a ciertos productos de juegos de azar.

En coherencia con las medidas contempladas en el título I, la disposición final quinta modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con el fin de incorporar la protección de las personas menores de edad, como personas consumidoras vulnerables, en relación con los bienes o servicios digitales. Además, se incide en la obligación por la parte empresarial de asegurarse de la mayoría de edad del consumidor y usuario con carácter previo a la contratación de bienes o servicios propios o ajenos o, internos o externos, destinados a personas mayores de edad, ya sea por su contenido sexual, violento o por suponer un riesgo para la salud física o el desarrollo de la personalidad; y se tipifica el incumplimiento por parte del empresario de dicha obligación de verificación y comprobación de edad como infracción leve en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

El título II, compuesto por los artículos 6 y 7, incorpora las medidas dirigidas al ámbito educativo responde a la necesidad de mejorar la formación en esta materia tanto de los alumnos como del personal docente. Por una parte, se dispone el fomento de actuaciones de mejora de las competencias digitales del alumnado, con el fin de garantizar su plena inserción en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro, sostenible, crítico y responsable de las tecnologías digitales para el aprendizaje, el trabajo y la participación en la sociedad, así como la interacción con estas. En línea con los principios pedagógicos que desarrolla la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, uno de los cuales es precisamente el desarrollo transversal de la competencia digital, y se vinculan también con el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en relación con el derecho a la información, y el artículo 33 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, sobre formación en materia de derechos, seguridad y responsabilidad digital.

Por otra parte, se reconoce el papel fundamental del profesorado en el proceso de adquisición de las competencias digitales por parte del alumnado y en la detección de riesgos, y por ello se dispone que la planificación de la formación continua del profesorado no universitario incorpore actividades formativas que faciliten a los centros educativos el desarrollo de estrategias para el tratamiento, entre otros aspectos, de la seguridad y de los elementos relacionados con la ciudadanía digital, la privacidad y la propiedad intelectual, tomando para ello como referencia las áreas y competencias establecidas en el Marco de Referencia de la

Competencia Digital Docente y la regulación existente en materia de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Finalmente, de manera más específica a propósito del problema antes apuntado, el artículo 7 establece que los centros educativos, de acuerdo con las disposiciones que al efecto hayan aprobado las administraciones educativas, regulen como parte de sus normas de funcionamiento y convivencia el uso de dispositivos móviles y digitales en las aulas, en las actividades extraescolares y en lugares y tiempos de descanso que tengan lugar bajo su supervisión.

El título III contempla medidas en el ámbito de protección de las víctimas de violencia de género y violencias sexuales. Así, el artículo 8 establece que las víctimas de violencia de género o violencias sexuales facilitadas por entornos digitales tendrán la condición de víctimas a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, respectivamente. Por su parte, el artículo 9 garantiza que las personas menores de edad tendrán derecho a acceder a los servicios de información y orientación y, dado el caso, de atención psicosocial inmediata y asesoramiento jurídico, por vía telefónica y en línea, las 24 horas, todos los días del año. De igual forma, se reconoce el derecho a acceder a los servicios de acogida y asistencia psicológica y social destinados a las víctimas de violencia de género y de violencias sexuales y a los centros de crisis 24 horas. Además, se considera imprescindible considerar estos servicios como esenciales, ya que de ellos dependen la seguridad, la salud y el bienestar de la población afectada que es especialmente vulnerable.

El título IV aborda las medidas de carácter sanitario a adoptar por las Administraciones públicas. El impacto en la salud de los niños, niñas y adolescentes por el uso inadecuado de las tecnologías y entornos digitales constituye un motivo creciente de preocupación para las familias, educadores y profesionales de la salud. Así, existen evidencias de que pasar un tiempo excesivo frente a las pantallas y la exposición a contenidos inapropiados pueden afectar la salud mental y aumentar el riesgo de ansiedad, depresión, adicción, problemas de autoestima, trastornos del sueño, problemas en el desarrollo del lenguaje y habilidades sociales, así como en la capacidad de concentración y resolución de problemas. También se ha encontrado evidencia que las personas adolescentes con alta exposición a medios y entornos digitales podrían tener más probabilidad de desarrollar síntomas de trastorno por déficit de atención e hiperactividad. Además, los niños y niñas pueden exponerse a discursos de odio, violencia y contenidos que incitan a la autolesión o al suicidio, o que tienen un impacto negativo en su bienestar emocional y psicológico. Por otra parte, el tiempo excesivo frente a las pantallas contribuye a un estilo de vida sedentario y por tanto a sufrir trastornos musculoesqueléticos, obesidad infantil y a los problemas derivados de la misma, como las enfermedades cardiovasculares y endocrinas. Para ello, el artículo 10 promueve que, con base en el principio de salud en todas las políticas, se incorpore la dimensión sanitaria en los estudios que se promuevan por las Administraciones públicas sobre el uso de estas tecnologías y entornos digitales por las personas menores, con el objetivo de aumentar el conocimiento sobre los efectos en la salud y generar evidencia científica. Asimismo, incorpora actuaciones individuales y comunitarias en los

programas de prevención y promoción de la salud infantil y adolescente que se desarrollan desde la atención primaria, para la detección precoz de los problemas específicos relacionados con las tecnologías y entornos digitales, así como el establecimiento de programas coordinados con otras administraciones públicas, para el abordaje integral, tratamiento y rehabilitación, con una perspectiva biopsicosocial. Por otra parte, el artículo 11, promueve la atención sanitaria especializada para personas menores con conductas adictivas sin sustancia.

En cuanto, a las medidas en el sector público, reguladas en el título V, se fundamentan en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones de libertad e igualdad de las personas, tanto individualmente como en los grupos en los que se integran, para que sean reales y efectivas, suprimiendo los obstáculos que dificulten su plenitud y facilitando la participación ciudadana en la esfera social, política, cultural y económica, tal y como recoge el artículo 9.2 de la Constitución Española. Asimismo, en virtud del artículo 11 de la LOPJM, las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias especialmente, entre otros, en relación con las nuevas tecnologías. A través de las medidas de participación, información y sensibilización previstas en el artículo 12, en línea con lo previsto en la LOPIVI, se incide en la necesidad de incorporar acciones proactivas y eficaces en relación con la información y formación sobre entornos digitales seguros, dirigidas a personas menores de edad y a sus familias, garantizando el ejercicio efectivo del derecho de participación en los planes, programas y políticas que afecten a la infancia y la juventud. A tal efecto, el artículo 13 dispone el fomento de la colaboración público-privada y la corregulación, de forma que los proveedores del servicio de acceso a internet desde una ubicación fija aprueben un código de conducta que establezca los mecanismos y parámetros de configuración segura que se comprometen a aplicar en la prestación de sus servicios en lugares de acceso público en los que se presten servicios públicos, para evitar el acceso a contenidos inadecuados por parte de las personas menores de edad; el artículo 14 garantiza la especialización profesional en todos los niveles de la Administración de todo el personal que trabaje en contacto directo con personas menores de edad; y, el artículo 15 recoge la obligación del Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades locales, de elaborar una Estrategia Nacional sobre la protección de la infancia y la adolescencia en el entorno digital, en la que participarán el Observatorio de la Infancia, las entidades del tercer sector, la sociedad civil, y, de forma muy especial, con las niñas, niños y adolescentes. Esta Estrategia, que deberá definirse en consonancia con la Estrategia Estatal de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, perseguirá la alfabetización digital y mediática, la difusión de información a las familias, y personas que habitualmente estén en contacto con menores, el uso seguro de dispositivos, la investigación y la creación de espacios de interacción y colaboración sobre cultura digital.

Por otra parte, la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales puede requerir como último recurso la interrupción de un servicio de la sociedad de la información que ofrezca acceso sin límites a contenido que perjudica gravemente al desarrollo físico, mental y moral de los menores. De modo general, el artículo 8.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, permite que los órganos competentes para

su protección puedan adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o retirar los datos que este ofrezca. Dado que estas medidas restrictivas pueden llegar a afectar a derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho de información, que gozan de protección constitucional, una orden para la interrupción de un servicio o la retirada de contenido debe contar con la correspondiente autorización judicial.

Concretamente, se modifican el artículo 95.e) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, y el artículo 9.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a fin de atribuir a la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Central de Instancia la competencia para autorizar la ejecución de los actos adoptados por los órganos administrativos competentes en la materia para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren cualquiera de los bienes jurídicos enumerados en el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, no solo la propiedad intelectual, así como para la ejecución de los adoptados para la interrupción del acceso a un intermediario por el coordinador de servicios digitales con base en el artículo 51.3.b) del Reglamento de Servicios Digitales. Asimismo, se modifica el artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, con objeto de que el procedimiento de autorización judicial para la ejecución de estas medidas se generalice para todos los bienes jurídicos protegidos, no solo para salvaguardar la propiedad intelectual.

En lo relativo a la protección de las personas menores de edad en entornos digitales, la habilitación a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar estas medidas permitirá que todas las autoridades competentes en la materia puedan solicitar la autorización judicial para la interrupción de servicios o retirada de contenidos que atenten contra la protección de la juventud y la infancia. Entre otros supuestos, esto permitiría a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia solicitar la autorización de una orden de cese de actividad a una plataforma de intercambio de vídeos o a un servicio de comunicación audiovisual a petición con contenido para adultos que no incluya sistemas de verificación de edad que limiten su acceso a menores.

En la adaptación a las nuevas formas de criminalidad y, sin olvidar los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado, permitan ejercer una protección eficaz frente a los nuevos delitos tecnológicos, se ha estimado conveniente la incorporación de cuatro tipos de modificaciones, que se articulan en la disposición final tercera en el Código Penal. En primer lugar, se incorpora la pena de alejamiento de los entornos virtuales, para un mejor cumplimiento de la prevención general y especial en el ámbito de los delitos tecnológicos. En concreto, se modifican los artículos 33, 39, 40, 45, 48, 56, 70 y 83 del Código Penal para incorporar la pena de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, cuando el delito se comete en su seno. De este modo, se vincula el contenido de la pena a la naturaleza del delito, y se establece una mayor protección de las víctimas, evitando la reiteración de conductas punibles.

De manera complementaria, se modifica el artículo 96.3 para que esta misma prohibición se pueda imponer como medida de seguridad; y la disposición final primera reforma el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que el juez de instrucción pueda adoptarla como medida cautelar. En segundo

lugar, se aborda específicamente el tratamiento penal de las denominadas ultrafalsificaciones, esto es imágenes o voces manipuladas tecnológicamente y extremadamente realistas. A tal fin se incorpora un nuevo artículo 173 bis que sanciona a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias. Además de que las ultrafalsificaciones generalmente se difunden en el ciberespacio, con la potencialidad de permanencia que ello implica, como se ha advertido respecto de los delitos tecnológicos de contenido, se produce un aumento de la lesividad en relación con otras modalidades de ataque por la enorme dificultad de distinguir entre el contenido falso y el real debido a la precisión de las nuevas tecnologías y por el mayor grado de veracidad que mantenemos respecto de materiales audiovisuales sobre materiales escritos. Técnicamente, se opta por la sanción de la difusión de las ultrafalsificaciones de contenido sexual (las llamadas deepfakes pornográficas) o especialmente vejatorio en sede de delitos contra la integridad moral porque, en virtud del principio de consunción, se abarcarían los supuestos de lesión de la integridad moral y también los ataques contra el honor, pues ha de tomarse en cuenta no solo la afectación a la autoestima y la heteroestima, sino también la cosificación e instrumentalización que se produce sobre el sujeto pasivo, generalmente mujeres y niñas, niños y adolescentes que son tratados como objetos de consumo. También hay que recordar que la motivación para llevar a cabo estas acciones no siempre se identifica con el *animus iniuriandi*, pues el hecho puede deberse a otras razones como el ánimo de lucro, si dichas imágenes se utilizan en páginas o aplicaciones de contenido pornográfico. En tercer lugar, dado que la ley tiene como objetivo específico tutelar los intereses de los niños, niñas y adolescentes, y existe una gran preocupación en relación con el acceso de los menores a contenidos pornográficos que pueden afectar a su desarrollo en la esfera afectivo sexual, se prevé la modificación del artículo 186 del Código Penal, con la finalidad de mejorar la protección del bien jurídico libertad sexual de los menores. En su actual redacción, el artículo 186 del Código Penal castiga a quienes "por medios directos", vendan, exhiban o difundan material pornográfico entre menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Tal redacción no protege suficientemente el bien jurídico de intangibilidad sexual de estos colectivos frente a la puesta a disposición indiscriminada de este tipo de material en medios en los que, conocidamente, va a ser accesible a los mismos. En consecuencia, se aborda la reforma de este precepto que tiene una especial repercusión en el ámbito de las personas de menor edad. Con la nueva redacción que se incorpora, se hace posible la punición de supuestos en los que el material pornográfico se pone a disposición de una colectividad indiscriminada de usuarios, de entre los que se tiene la clara representación de que va a haber menores de edad. Para ello, se contempla además un dolo específico reforzado. En cuarto lugar, en línea con el objetivo indicado, y tomando en consideración la incidencia de los supuestos de enmascaramiento de la propia identidad en este ámbito, también se introducen diferentes tipos agravados en los artículos 181, 182, 183, 185, 186, 188

y 189 que tienen que ver con el uso de identidades falsas a través de la tecnología, que facilitan la comisión de delitos contra las personas menores de edad[106].

Por otro lado, se modifica también la LOPDYGDD a través de la disposición final sexta para elevar a los 16 años la edad a partir de la cual las personas menores de edad pueden prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Se considera necesario elevar la edad del consentimiento del menor en materia de protección de datos, armonizando el umbral con el establecido por la mayoría de los países de la Unión Europea, así como con el exigido en el ordenamiento jurídico nacional para los menores de edad en otras actividades o conductas.

Finalmente, esta Ley Orgánica, a través de su disposición final séptima, incorpora nueve modificaciones de la Ley 13/2022, de 7 de julio. En primer lugar, se modifica el artículo 3, relativo al ámbito de aplicación, para, por un lado, obligar a cumplir con lo establecido en los artículos 95 y 98.1, en los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 99 y la sección 1.ª del capítulo IV del título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, al prestador del servicio de comunicación audiovisual que, estando establecido en un país que no sea miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, dirija sus servicios específicamente al mercado español. Por otro lado, se obliga a cumplir con lo establecido en los artículos 88, 89, 90 y 91 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, al prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma que, estando establecido en un país que no sea miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, dirija sus servicios específicamente al mercado español, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables. En segundo lugar, con el fin de mejorar la efectividad de los canales de denuncia establecidos por la autoridad audiovisual de supervisión, se modifica el artículo 42.b) a fin de que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma incluyan en sus sitios web corporativos un enlace fácilmente reconocible y accesible al sitio web de dicha autoridad. Asimismo, se extiende de forma análoga esta obligación a los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de videos a través de plataforma, que deberán publicar dicho enlace en sus respectivos servicios. En tercer lugar, se modifica el artículo 89.1, relativo a las medidas para la protección de los usuarios y de los menores frente a determinados contenidos audiovisuales, con el fin de reforzar las medidas actualmente establecidas para evitar la exposición de las personas menores de edad a contenidos inapropiados a su edad. Concretamente, en el párrafo e) del citado precepto se dispone que los sistemas de verificación de la edad deberán garantizar la seguridad, la privacidad y la protección de datos, en particular, en cuanto a minimización de datos y limitación de la finalidad. Asimismo, en virtud de la modificación del artículo 89.1.f) se impone al prestador el establecimiento de sistemas de control parental controlados por el usuario final con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de las personas menores de edad.

Se modifica también el artículo 93.4 que prevé que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 89.1.e) será constitutivo de la infracción tipificada en el artículo 157.8, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda derivarse de dicha acción. A este respecto, se incluye una previsión para disponer expresamente que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

podrá adoptar las medidas previstas en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de conformidad con lo dispuesto en dichos artículos, cuando dicho incumplimiento atente o pueda atentar contra el principio de protección de la juventud y de la infancia. La CNMC deberá valorar la procedencia de la adopción de tales medidas atendiendo al daño potencial en el desarrollo físico, mental o moral de los menores; al nivel de audiencia del servicio en España; o a la reincidencia en la conducta infractora. Por otra parte, se modifica el apartado 1 del artículo 94, relativo a las obligaciones de los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Estos servicios que, en muchos ámbitos, son agrupados bajo el concepto de "videobloggers", "influencers" o "prescriptores de opinión", gozan de relevancia en el mercado audiovisual desde el punto de vista de la inversión publicitaria y del consumo, especialmente, entre el público más joven.

Ahora bien, desde la aprobación de la Ley 13/2022, de 7 de julio, han aparecido nuevos servicios de intercambio de videos a través de plataforma que ya no pueden ser considerados asimilables a los servicios a petición, ya que los usuarios de especial relevancia ofrecen contenidos audiovisuales en directo, mucho más parecidos a los servicios de comunicación audiovisual lineales. Por ello, a fin de garantizar una protección adecuada de los menores frente a su exposición a contenidos dañinos o perjudiciales se considera oportuno modificar el régimen establecido en el artículo 94.1 y extender a los usuarios de especial relevancia el cumplimiento de las obligaciones para la protección de los menores del contenido perjudicial previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 99 en función de que el tipo de servicio que ofrezcan pueda considerarse lineal en abierto o de acceso condicional. Por otro lado, en la medida en que cada vez existe un mayor número de usuarios de especial relevancia que ofrecen a través de sus servicios contenidos audiovisuales de carácter informativo, se considera procedente que deban cumplir con el principio de veracidad de la información previsto en el artículo 9 de la Ley 13/2022, de 7 de julio. También, se establece que los usuarios de especial relevancia deberán emplear los sistemas de verificación de edad y de control parental previstos en las letras e) y f) del artículo 89.1, de acuerdo con la modificación expuesta anteriormente. En sexto lugar, se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 99 obligando a los servicios de comunicación audiovisual televisivo lineal de acceso condicional y a los servicios de comunicación audiovisual televisivo a petición al establecimiento de sistemas de verificación de edad con respecto a los contenidos más nocivos, como la violencia gratuita y la pornografía, que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de las personas menores de edad.

Además, se modifica el artículo 155 con el fin de que la CNMC supervise y controle el cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/2022, de 7 de julio, salvo lo relativo a títulos habilitantes, y ejerza la potestad sancionadora, de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, respecto de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo y prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma establecidos en un país que no sea miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que dirigen sus servicios específicamente al mercado español. En octavo lugar, se modifica el artículo 160.1.c) con el fin de reforzar las competencias sancionadoras de la CNMC, permitiendo que este organismo pueda imponer como sanciones accesorias, por una parte,

el cese de la prestación del servicio y la pérdida de la condición de prestador del servicio de comunicación audiovisual televisivo adquirida a través de la comunicación previa, durante un periodo máximo de un año, cuando se hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 13 y 14 del artículo 157, relativas a la obligación de establecer y operar sistemas de verificación de edad. Y por otra, el cese de la prestación del servicio por parte del prestador del servicio de intercambio de videos a través de plataforma, durante un periodo máximo de un año, cuando este haya cometido la infracción muy grave tipificada en el artículo 157.8, consistente en el incumplimiento de su obligación de establecer y operar sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores que, en todo caso, impidan el acceso de estos a los contenidos audiovisuales más nocivos, como la violencia gratuita o la pornografía. Finalmente, se modifica el apartado 1 del artículo 164, para que, una vez iniciado el procedimiento sancionador por alguna de las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 8 y 14 del artículo 157, se puedan adoptar como medidas provisionales las previstas en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de conformidad con lo previsto en dichos artículos, que incluyen la interrupción del servicio infractor y la retirada de datos.

En este contexto, la 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. Por lo que, esta norma que está siendo objeto de tramitación supone un paso más en establecer medidas que garanticen la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. Se reconoce como derechos de las personas menores de edad: derecho a ser protegidas eficazmente frente a contenidos digitales que puedan perjudicar a su desarrollo, así como a su salud física y mental; a recibir información suficiente y necesaria en una forma y lenguaje apropiados según su edad y grado de madurez sobre el uso de las tecnologías, así como de sus derechos y de los riesgos asociados al entorno digital; derecho a que su seguridad y privacidad, así como su honor, intimidad e imagen se vean salvaguardados en el espacio digital y a un uso crítico, seguro y responsable de las tecnologías.

Asimismo, se disponen el cumplimiento de obligaciones por los fabricantes de equipos terminales digitales con conexión a internet, en concreto: 1. Los equipos terminales digitales deben disponer de un sistema operativo que tengan la capacidad de conectarse a internet y a través de dicha conexión pueda accederse a contenidos perjudiciales para las personas menores de edad, como es el caso de teléfonos móviles, tabletas electrónicas, televisores inteligentes, ordenadores de uso personal, consolas de videojuegos o gafas de realidad virtual o aumentada. 2. Los fabricantes de equipos terminales digitales proporcionarán información en sus productos, al menos en el embalaje y en el libro de instrucciones, manual de usuario o guía de uso del equipo, en la que se advierta, en un lenguaje accesible, inclusivo y apropiado para todas las edades, de los riesgos derivados del acceso a contenidos perjudiciales para la salud y el desarrollo físico, mental y moral de las personas menores de edad. La obligación de información comprenderá, como mínimo, el siguiente contenido: a) Las medidas de protección de datos y los riesgos

relacionados con la privacidad y la seguridad; b) El tiempo recomendado de uso de los productos y servicios, adecuado a la edad de la persona usuaria; c) Los sistemas de control parental; y, d) Los riesgos sobre el desarrollo cognitivo y emocional y la afección a la calidad del sueño de un uso prolongado de tales servicios. En todo caso se tendrá en cuenta la adaptación del lenguaje y elementos visuales y audiovisuales a las necesidades de las personas con discapacidad. 3. Los fabricantes estarán obligados a garantizar que los equipos terminales a los que se refiere este artículo incluyan en su sistema operativo una funcionalidad de control parental que permita a sus usuarios restringir o controlar el acceso de las personas menores de edad a servicios, aplicaciones y contenidos perjudiciales para ellas, cuya activación debe producirse por defecto en el momento de la configuración inicial del equipo terminal. La inclusión de la funcionalidad, su activación, configuración y actualización serán gratuitas para la persona usuaria. 4. Los fabricantes velarán por que los sistemas operativos instalados en sus equipos terminales incorporen la funcionalidad de control parental. El proveedor del sistema operativo, a petición del fabricante, garantizará y certificará al fabricante que el sistema operativo destinado a instalarse en el equipo terminal incorpora la funcionalidad de control parental.

Los datos personales de personas menores de edad recopilados o generados durante la activación de esta funcionalidad no podrán ser utilizados en ningún caso, incluso cuando la persona usuaria adquiera la mayoría de edad, con fines comerciales, como marketing directo, elaboración de perfiles y publicidad basada en el comportamiento.

En todo caso, los fabricantes deberán acreditar ante los importadores, distribuidores y comercializadores que los dispositivos suministrados cumplen los requisitos y condiciones expuestos y, los importadores, distribuidores y comercializadores deberán desarrollar actuaciones de verificación del cumplimiento de estos requisitos y condiciones.

El incumplimiento de tales obligaciones deriva en importantes sanciones. A tal efecto se considera que infracciones graves: a) la falta de información en sus productos por los fabricantes de equipos terminales digitales. b) La ausencia de la funcionalidad de control parental en los equipos terminales por los fabricantes de equipos terminales digitales. c) El diseño o fabricación errónea del equipo terminal o del sistema operativo que haga imposible activar la funcionalidad de control parental. d) La activación, configuración y actualización de la funcionalidad de control parental no gratuita para el usuario. e) La falta de certificación por el proveedor del sistema operativo al fabricante de que el sistema operativo destinado a instalarse en el equipo terminal incorpora la funcionalidad de control parental en los equipos terminales digitales. f) La falta de acreditación por los fabricantes ante los importadores, distribuidores y comercializadores que los equipos y dispositivos suministrados cumplen los requisitos y condiciones establecidos en este artículo; y, g) La ausencia de desarrollo por los importadores, distribuidores y comercializadores de actuaciones de verificación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en este artículo. Las sanciones impuestas por cualquiera de las infracciones mencionadas podrán llevar aparejada la retirada o recuperación del mercado de los equipos o la prohibición o restricción de su

comercialización, hasta que se produzca el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo.

En todo caso, por la comisión de las infracciones tipificadas en el apartado precedente se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, lo siguiente: a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona; b) El daño causado; c) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador; d) La negativa u obstrucción a facilitar la información o documentación requerida; e) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador; y, f) La colaboración activa y efectiva con la autoridad competente en la detección o prueba de la actividad infractora.

Resulta especialmente operativa la prohibición de acceso de los menores a los mecanismos aleatorios de recompensa o su activación por aquellos.

También resulta pertinente las medidas en el ámbito educativo, así, por un lado, las Administraciones educativas fomentarán en los centros que impartan enseñanzas de educación infantil, educación básica y educación secundaria postobligatoria, independientemente de su titularidad, el desarrollo de actividades encaminadas a la mejora de la competencia digital con el fin de garantizar la plena inclusión del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro, saludable, sostenible, crítico y responsable de las tecnologías digitales para el aprendizaje, el trabajo y la participación en la sociedad, así como la interacción con estas y la prevención de las violencias sexuales e incluirán, en su planificación de la formación continua del profesorado no universitario, de los coordinadores o coordinadoras de bienestar y protección, así como del personal de administración y servicios, actividades formativas que faciliten a los centros educativos el desarrollo de estrategias para incidir, entre otros aspectos, en la seguridad (incluido el bienestar digital y las competencias relacionadas con la ciberseguridad) y en asuntos relacionados con la ciudadanía digital, la privacidad y la propiedad intelectual. Y, por otro lado, los centros que impartan enseñanzas de educación infantil, educación básica y educación secundaria postobligatoria, independientemente de su titularidad, regularán, de acuerdo con las disposiciones que al efecto hayan aprobado las administraciones educativas y en el marco de lo previsto en el artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el uso de dispositivos móviles y digitales en las aulas, en las actividades extraescolares y en lugares y tiempos de descanso que tengan lugar bajo su supervisión.

Asimismo, las medidas en el ámbito sanitario en cuanto se promueve una atención especializada ante personas menores de edad con conductas adictivas sin sustancia, en la red especializada de atención a la salud mental, tanto en las Unidades de Atención a la Conducta Adictiva, como en los centros de salud mental infantojuveniles. También se establecerán procedimientos de atención sanitaria específicos para la atención integral de personas menores de edad víctimas de violencia a través del entorno digital.

Igualmente, medidas dirigidas al sector público: unas relativas a la participación, información y sensibilización de las Administraciones públicas desarro-

llando campañas y actividades de sensibilización, concienciación, prevención e información sobre los riesgos asociados al uso inadecuado de los entornos y dispositivos digitales, prestando especial atención al consumo de material pornográfico o de cualquier otro que pueda afectar a la integridad física o mental de las personas menores de edad o a su autoestima, y a la prevención, sensibilización y detección en materia de violencias sexuales. Dichas actividades prestarán especial atención a las situaciones de interseccionalidad.; a la par que, se impulsará con los proveedores de servicios de acceso internet para que aprueben códigos de conducta; y, la especialización profesional en todos los niveles de la Administración, a través de la formación inicial obligatoria y la formación continua.

En este contexto, los menores de edad que operen en entornos digitales se les consideran víctimas de violencia de género o violencias sexuales a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, respectivamente.

En cuanto al consentimiento para el tratamiento de datos personales: El texto del proyecto 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[107].

La norma proyectada, de carácter integral y transversal incluye modificaciones en el Código Penal: 1. Añade un nuevo párrafo l) al artículo 33.2 en relación con las penas graves[108]; también un nuevo párrafo m) al artículo 33.3 en relación penas menos graves[109]; y, un nuevo párrafo j) al artículo 33.4 relativa a las penas leves[110]; 2. Modifica el párrafo b) y se añade un nuevo párrafo k) al artículo 39 en cuanto penas privativas de derechos: *"b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público; profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades, incluidas las que se desarrollen o exploten en espacios virtuales, sean o no retribuidas; o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho"*; y *"k) La prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual"*; 3. Modifica el apartado 3 del artículo 40 en relación a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos que queda redactado como sigue: *"3. La pena de privación tendrá una duración de hasta diez años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a diez años. La prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual tendrá una duración de un mes a diez años"*; 4. Modifica el artículo 45 respecto de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras

actividades, incluidas las que se desarrollen o exploten en espacios virtuales, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, que queda redactado: *"priva a la persona penada de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido"*; 5.

Modifican los apartados 2 y 4 y añade un nuevo apartado 5 al artículo 48 en cuanto a la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal: *"2. impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio y a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, aun cuando no se hallaren en ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena"*; y en relación a la prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual *"4. Priva a la persona penada de la facultad del acceso o de comunicación a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación durante el tiempo de la condena a los espacios virtuales que tengan relación directa con el delito cometido. En la resolución judicial deberá concretarse y motivarse expresamente el contenido o alcance de la prohibición"*; y, al respecto *"5. El juez o tribunal podrá acordar que el control de las medidas previstas en los apartados anteriores se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan"*; 6. En las penas de prisión inferior a diez años los jueces y los tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias algunas de las siguientes, modificando para ello el párrafo 3º y añadiendo un nuevo párrafo 4º al artículo 56.1 con el siguiente contenido: *"3º Inhabilitación especial para empleo o cargo público; profesión, oficio, industria, comercio, incluidos los que se desarrollen o exploten en espacios virtuales, sean o no retribuidos; ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código. 4º. Prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, cuando tengan relación directa con el delito cometido"*, Ciertamente, estamos ante la pena de alejamiento de los entornos virtuales —dentro del catálogo de penas privativas de derechos—; en concreto, la de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro espacio virtual por un tiempo seis meses, cinco años o diez años dependiendo del delito; 7. Cuando se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, tanto físicos como virtuales, barrios, municipios, provincias

u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas, con la graduación que sea precisa y a través de cualquier medio incluidas las redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual[111]; 8. En cuanto a la pena suprior o inferior en grado previsto por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de aplicación de las siguientes reglas: así se modifica el párrafo 6.º del artículo 70.3 que queda redactado: *"6.º Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o de la prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años"*; 9. El juez podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que pueda imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivas y desproporcionadas. Al respecto, se añade un nuevo párrafo numerado como 8ª bis al artículo 83.1, con el siguiente contenido: *"8ª bis. Prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros o plataformas virtuales cuando tengan relación directa con el delito cometido"*. 10. En cuanto a las medidas no privativas de libertad se añade un nuevo párrafo numerado como 7ª al artículo 96.3: *"7ª La prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros o plataformas virtuales cuando tengan relación directa con el delito cometido"*; 11. Ultrafalsificaciones: El proyecto 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. A tal fin, el nuevo artículo 173 bis dispone que: *"Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias. La pena será de un año y seis meses a dos años, si la víctima es menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Se aplicará la pena en su mitad superior si dicho material ultrafalsificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual. Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refieren los párrafos anteriores, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero"*.

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. La pena será de un año y seis meses a dos años, si la víctima es menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Se aplicará la pena en su mi-

tad superior si dicho material ultrafalsificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual. Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refieren los párrafos anteriores, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero 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; 12. Enmascaramiento de identidad: Así quien realice actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando en la ejecución del delito, si la persona responsable haya utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se haya atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias. Asimismo, quien contacte con un menor de dieciséis a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años con el fin de concertar un encuentro con el mismo para cometer cualquiera de los delitos sexuales, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación, engaño o empleando una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o atribuyéndose el agresor una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes a las propias. También, el que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando el embaucamiento se lleve a efecto utilizando el agresor una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o atribuyéndose edad, sexo u otras condiciones personales diferentes a las propias, la pena se impondrá en su mitad superior. A tal fin, se añade un nuevo párrafo i) al artículo 181.5 con el siguiente contenido: *"i) Cuando para facilitar la ejecución del delito, la persona responsable haya utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se haya atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias"*; y también añade un nuevo apartado 3 al artículo 182, con el siguiente contenido: *"3. Si para facilitar la ejecución de las conductas definidas en los apartados anteriores la persona responsable hubiera utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se hubiera atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias, la pena se impon-*

drá en su mitad superior"; 13. En cuanto a las agresiones sexuales a menores de 16 años: se modifica el artículo 183 con el siguiente texto: *"1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación, engaño o empleando una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o atribuyéndose el agresor una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes a las propias. 2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando el embaucamiento se lleve a efecto utilizando el agresor una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o atribuyéndose edad, sexo u otras condiciones personales diferentes a las propias, la pena se impondrá en su mitad superior"*; 14. Respecto al acoso sexual: se modifica el artículo 185 que queda redactado como sigue: *"El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses. Cuando para facilitar la ejecución de la conducta la persona responsable hubiera utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se hubiera atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias, la pena se impondrá en su mitad superior"*; y, también el artículo 186 que queda redactado: *"El que, a sabiendas, y por cualquier medio, vendiere, difundiere, exhibiere o pusiere a disposición, entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, material pornográfico, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses. Cuando para facilitar la ejecución de la conducta la persona responsable hubiera utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se hubiera atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias, la pena se impondrá en su mitad superior"*[112]; 15. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines con la modificación del artículo 188.1:*"será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Cuando para facilitar la ejecución de la conducta la persona responsable hubiera utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se hubiera atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias, la pena se impondrá en su mitad superior"*; y, asimismo, el que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección *"será castigado con una pena de*

uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión. Cuando para facilitar la ejecución de la conducta la persona responsable hubiera utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se hubiera atribuido una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias, la pena se impondrá en su mitad superior" (modifica el apartado 4 del artículo 188); y, en fin, 16. Respecto al que captare o utilizare menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, se modifica el apartado 3 del artículo 189. Así se dispone que: *"Las penas correspondientes a los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 del presente artículo se incrementaran si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si en la comisión de los hechos se hubiera empleado violencia o intimidación, se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores. b) Si para facilitar la ejecución de los hechos el responsable hubiera utilizado una identidad falsa, ficticia o imaginaria, o se hubiera atribuido una edad, sexo o género u otras condiciones personales diferentes de las propias, se impondrá la pena prevista en los apartados anteriores en su mitad superior"*.

Pues bien, en este contexto, resulta esencial imponer sistemas de verificación de edad: el texto sometido a tramitación parlamentaria modifica la analizada 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 proyecto prevé también 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.

En fin, se elaborará una Estrategia Nacional sobre la protección de la infancia y adolescencia en el entorno digital en consonancia con la Estrategia Estatal de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia y la Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas, y contará con la participación del Observatorio de la Infancia, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, las entidades del tercer sector, la sociedad civil, las organizaciones de consumidores y usuarios y, de forma muy especial, con las niñas, niños y adolescentes y con sus familias.

En este apartado procede, asimismo, indicar que, el Consejo de Ministros, en su reunión del 30 de enero de 2024, a propuesta de la Ministra de Juventud e Infancia, aprobó el acuerdo de creación de un comité de personas expertas para el desarrollo de un entorno digital seguro para la juventud y la infancia. Al citado comité se le denominará como el "Comité de Personas Expertas". En dicho acuerdo, se estableció un plazo de seis meses para el Comité de Personas

Expertas elaborase un documento que, en materia de infancia, adolescencia y juventud: 1. Analizara las buenas prácticas en el entorno digital. 2. Señalara los principales riesgos y peligros a los que pueden enfrentarse en el entorno digital. 3. Formulara recomendaciones y actuaciones a implementar, distinguiendo entre las de corto, medio y largo plazo, que sirvan de hoja de ruta con el objetivo de que las distintas administraciones públicas garanticen, cada una en su ámbito competencial, el desarrollo integral de la infancia y la juventud. Lo cierto es que, la creación en 2024 del Comité de Personas Expertas para un entorno digital seguro de la juventud e infancia fue la plasmación políticamente más significativa de una demanda social, creciente desde hace algunos años. Tras la acelerada digitalización de los menores y adolescentes como consecuencia de las restricciones de movilidad de la pandemia de COVID-19, comenzó a cristalizar socialmente la preocupación sobre algunos aspectos de dicha digitalización. En ese largo camino, un punto clave fue, en 2023, la propuesta de Pacto de Estado en defensa de las y los menores en el entorno digital, la primera iniciativa de este calado en la que participaron las organizaciones más representativas de protección a la infancia. Como ya se ha dicho, la propuesta fue promovida por seis entidades de la sociedad civil —la Asociación Europea para la Transición Digital, promotora principal de la iniciativa, Save The Children, Fundación ANAR, iCMedia, Dale la Vuelta y UNICEF— y se enmarca en un contexto político muy concreto. Presentada en junio de 2023, pretendía sentar unas bases mínimas de consenso, más allá de los partidismos, ante las elecciones generales que se celebrarían en España un mes después, y el inicio del semestre de presidencia española de la Unión Europea, el 1 de julio. Las seis entidades promotoras compartían su preocupación sobre los riesgos que afrontan menores y adolescentes en los entornos digitales, al utilizar servicios diseñados para adultos, que pueden afectar a su socialización y potenciar posibles problemas de salud mental, como la ansiedad y la depresión, además de facilitar situaciones de violencia como el acoso escolar y sexual. Al mismo tiempo, señalaban cómo los dispositivos móviles se han convertido en una puerta a contenidos pornográficos, lo que genera una banalización de las relaciones sexuales, sexualización precoz y exposición a contenidos inapropiados. Por último, los firmantes también advertían sobre la captación masiva de datos de menores, con la perspectiva de ser perfilados para la venta a terceros con fines publicitarios.

Recientemente, se ha aprobado tal Informe sobre el desarrollo de un entorno digital seguro para la juventud y la infancia en el que se destaca: 1. La primacía del interés del menor. Recordemos que, El marco jurídico proporcionado por la UNCRC y la Observación General núm. 14 no solo establecen directrices claras para la toma de decisiones, sino que también impone una obligación legal a los Estados parte y a todos los actores involucrados en la protección de la infancia y la juventud. Esto refuerza la necesidad de políticas públicas y prácticas judiciales y administrativas que reflejen un compromiso firme con la promoción y protección de menores y adolescentes. Su interés superior abarca su desarrollo físico, emocional, educativo y social. Sin embargo, los intereses de otras personas (padres y madres, tutores, instituciones, etc.) pueden incluir derechos y obligaciones legales, así como intereses económicos, sociales o emocionales; 2. Desmitificar conceptos: "uso responsable", "nativo digital" y

"la regulación mata a la innovación" Desde los inicios de Internet han existido conflictos entre los que han defendido que la innovación tecnológica cambia —y debe cambiar— las relaciones entre las personas, las empresas y la forma de acceder a bienes y servicios. En última instancia, el acceso a Internet generaría sus propios sistemas de valores y normas. Del otro lado, se sostiene que los valores y normas que rigen el mundo de lo físico, y que son reglados por normas jurídicas, deben regir también en el ámbito digital. No debería haber unos principios para uno, y otros —o ningunos— para lo digital. El lenguaje no es neutro. Tal y como está ampliamente investigado por la psicología y la lingüística, tiene el poder de conformar nuestra realidad. Expresiones como "uso responsable", "nativos digitales", o "la regulación mata a la innovación", proliferan en el debate público, social, empresarial y político cuando se abordan las medidas de protección de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el ámbito digital. En primer lugar, muchas de las plataformas que operan en Internet y los grupos de interés a los que han fidelizado con prácticas poco transparentes, ponen el acento en el "uso responsable" como la clave principal para evitar los efectos psicológicos, intelectuales y económicos generados por un abuso adictivo de las tecnologías. Pero, desgraciadamente, existen aplicaciones y plataformas que influyen de forma intencionada en el comportamiento de los usuarios (tanto personas adultas como NNA) mediante patrones oscuros, (dark patterns). Su objetivo es maximizar el tiempo de uso y el engagement, mediante notificaciones constantes, recompensas intermitentes (ej., los "me gusta", la utilización de emoticonos o los comentarios en redes sociales), el desplazamiento infinito, o los contenidos que apelan a la emoción de las o los adolescentes. De esta manera se crea una adicción que provoca comportamientos compulsivos de revisar el teléfono, las redes sociales o, directamente, no desconectarse de ellas. Es una cuestión especialmente preocupante en el caso de NNA, que aún no han desarrollado la capacidad de regular su uso, dado que su cerebro está en fase de maduración. El "uso responsable" solamente será eficaz si viene acompañado de políticas públicas, normas y sanciones para quienes las incumplan, estableciendo unos límites a la oferta de servicios de las empresas que contemplen los derechos de los ciudadanos digitales. Nativos digitales

En segundo lugar, se observa frecuentemente la aparición de la expresión "nativo digital". Esta justificaría que NNA actuales, cuentan de forma inherente con suficientes conocimientos para poder "navegar por las redes". Este término fue utilizado por primera vez en 2001 por el escritor y conferenciante Marc Prensky, en su artículo "Digital Natives, Digital Immigrants". Es importante resaltar, que, aunque el concepto se ha popularizado en el campo de la literatura académica (principalmente en el ámbito de la educación), no existe en su creación ningún fundamento científico o dato empírico que acredite que los NNA nacidos en la era digital posean capacidades y habilidades digitales innatas únicamente por haber crecido con la tecnología. Y menos aún que la facilidad y habilidad de acceso a las Tecnologías de la Relación, la Información y la Comunicación (TRIC) sea suficiente para implicar una navegación segura que proteja sus derechos de manera eficaz.

Este concepto de "nativo digital", además, puede fomentar una visión determinista de la tecnología, dando a entender que el simple acceso a dispositivos digita-

les garantiza ciertas habilidades y competencias. Pero no considera otros factores como la educación (habilidades digitales profundas o una comprensión crítica de la tecnología), el interés personal y el contexto social. La regulación mata a la innovación En tercer lugar, aparece la idea —repetida insistentemente desde el sector tecnológico— de que "la regulación mata a la innovación". Sin embargo, sectores como los de la alimentación, el farmacéutico o el de los contenidos culturales, son una clara muestra de cómo una exigente regulación, que vele por el bienestar de las personas y la seguridad jurídica, no desacelera la capacidad de innovar de las compañías. Por el contrario, ofrece garantías, controla riesgos y crea un marco justo para la competencia.

En tercer lugar, la mercantilización de los datos de NNA y el valor del dato. Igual que se mercantiliza con el dato en el mundo físico, sucede lo mismo en el mundo online. Pero en este último caso, muchas veces se hace de forma inadvertida. Numerosos productos o servicios que se ofrecen a NNA con apariencia de gratuitos, realmente no lo son. Lo cierto es que pagar con datos también es una forma de mercantilización. Sin embargo, el elemento más importante, el cálculo económico de la relación entre los datos que aporta el consumidor y la plataforma, todavía no ha sido abordado. Según el think tank europeo Epicenter, el hecho de que el consumidor no reciba ningún valor económico por sus datos no significa que este valor no exista. El precio que realmente está pagando, aunque no lo perciba, se denomina "valor en la sombra". En el mundo de los datos, este "valor en la sombra" es el beneficio adicional que un proveedor de servicios de mensajería instantánea o correo electrónico, las redes sociales, o las plataformas de intercambio de vídeos, entre otros, obtienen al utilizar los datos que cada usuario nuevo le facilita, así como cada dato adicional que el mismo usuario proporciona de forma gratuita. En otras palabras, es el coste de oportunidad que implica que el usuario no reciba una compensación económica a cambio del uso de sus datos. A más transacciones, más datos y más dinero para la big tech, o mayor su calidad, eficiencia o productividad. Un claro ejemplo de monetización —en este caso fallida— fue la iniciativa de la compañía estadounidense Meta al intentar usar datos personales de sus usuarios europeos para entrenar su inteligencia artificial[113].

En cuarto lugar: la prohibición de explotación; en quinto lugar: los neurodatos y las neurotecnologías: En los últimos años, ha sobrevenido un crecimiento en la utilización de neurotecnologías fuera del ámbito clínico, expandiéndose a áreas como la educación, el entretenimiento y la vigilancia. Este uso más amplio plantea preocupaciones éticas y legales, especialmente en lo que respecta a la privacidad y la protección de los derechos fundamentales. Los neurodatos podrían definirse como la información obtenida del cerebro y el sistema nervioso. Esta incluye los datos sobre la actividad cerebral y otras funciones neurológicas, que pueden recopilarse mediante diversas tecnologías, como electroencefalogramas o resonancias magnéticas funcionales. Pueden ser utilizados para distintos fines, desde la investigación médica hasta aplicaciones comerciales, pasando por el neuromarketing. En sexto lugar. La perspectiva de género. En séptimo lugar: el papel de la industria. En octavo lugar: los riesgos para la salud mental, Y, en noveno lugar: el consumo de pornografía; la violencia y los abusos sexuales.

VI. LAS AUTORIDADES DE CONTROL: EL PAPEL DE LA OFICINA EUROPEA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD DE MENORES DE EDAD Y ADOLESCENTES.

La Oficina Europea de IA representa el centro de conocimientos especializados en materia de IA en toda la Unión Europea. Desempeña un papel clave en la aplicación del RIA, especialmente para la IA de uso general, fomentando el desarrollo y el uso de una IA fiable y la cooperación internacional. Apoya el desarrollo y el uso de una IA fiable, al tiempo que protege contra los riesgos de la IA. La Oficina de IA se creó en el seno de la Comisión Europea como centro de conocimientos especializados en IA y constituye la base de un sistema europeo único de gobernanza de la IA. Además, desempeña un papel clave en la aplicación de la Ley de IA al apoyar a los organismos de gobernanza de los Estados miembros en sus tareas. Hace cumplir las normas aplicables a los modelos de IA de uso general. Esto se sustenta en las competencias conferidas a la Comisión por la Ley de IA, incluida la capacidad de llevar a cabo evaluaciones de modelos de IA de uso general, solicitar información y medidas a los proveedores de modelos y aplicar sanciones. La Oficina de IA también promueve un ecosistema innovador de IA fiable para cosechar los beneficios sociales y económicos; y, en fin, garantiza un enfoque europeo estratégico, coherente y eficaz en materia de IA a escala internacional, convirtiéndose en un punto de referencia mundial.

Ahora bien, para una toma de decisiones bien informada, la Oficina de IA colabora con los Estados miembros y la comunidad de expertos en general a través de foros y grupos de expertos específicos. Estos combinan el conocimiento de la comunidad científica, la industria, los grupos de reflexión, la sociedad civil y el ecosistema de código abierto, asegurando que se tengan en cuenta sus puntos de vista y experiencia. Ciertamente, en una visión completa del ecosistema de IA, incluidos los avances en capacidades, despliegue y otras tendencias, la Oficina de IA fomenta una comprensión profunda de los posibles beneficios y riesgos.

La oficina de IA está compuesta por: 1. Unidad de Regulación y Cumplimiento que coordina el enfoque regulador para facilitar la aplicación y ejecución uniformes de la Ley de IA en toda la Unión, en estrecha colaboración con los Estados miembros. La unidad contribuirá a las investigaciones sobre posibles infracciones y a la gestión de las sanciones; 2. Unidad sobre seguridad de la IA centrada en la identificación de riesgos sistémicos de modelos de uso general muy capaces, posibles medidas de mitigación, así como enfoques de evaluación y ensayo; 3. Unidad de excelencia en IA y robótica que apoya y financia la investigación y el desarrollo para fomentar un ecosistema de excelencia. Coordina la iniciativa GenAI4EU, estimulando el desarrollo de modelos y su integración en aplicaciones innovadoras; 4. La Unidad de IA para el Bien Societal para diseñar y aplicar el compromiso internacional de la Oficina de IA en IA para el bien, como la modelización meteorológica, los diagnósticos del cáncer y los gemelos digitales para la reconstrucción; y, 5. Unidad de Innovación y Coordinación de Políticas en materia de IA que supervisa la ejecución de la estrategia de IA de la UE, supervisa las tendencias y la inversión, estimula la adopción de la IA a través de una red de centros europeos de innovación digital y la creación de fábricas de IA, y fomenta

un ecosistema innovador mediante el apoyo a espacios controlados de pruebas y pruebas en el mundo real.

Por su parte, la Comisión elaborará directrices sobre la aplicación práctica del presente Reglamento y, en particular, sobre: a) La aplicación de los requisitos y obligaciones a que se refieren los artículos 8 a 15 y el artículo 25; b) Las prácticas prohibidas a que se refiere el artículo 5; c) La aplicación práctica de las disposiciones relacionadas con modificaciones sustanciales; d) La aplicación práctica de las obligaciones de transparencia establecidas en el artículo 50; e) Información detallada sobre la relación entre el Reglamento y la lista de actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, así como otras disposiciones de Derecho de la Unión pertinentes también por cuanto se refiere a la coherencia en su aplicación; y, f. La aplicación de la definición de sistema de IA que figura en el artículo 3 punto 1 del RIA (artículo 96.1).

En cuanto a la AEPD representa una de las instituciones que más ha impulsado y promovido el compromiso con la protección de los y las menores de edad en el entorno digital para garantizar sus derechos y libertades en relación con el tratamiento de sus datos personales. Desde 2015, con la adopción de su "Plan Estratégico", ha venido adoptando iniciativas y medidas en interés de NNA, como la creación del espacio temático "Educación y menores" en su web. Aquí incluye contenidos, materiales y recursos para fomentar el uso saludable, responsable y seguro de los dispositivos digitales y de los datos personales, además de un canal específico para consultas (WhatsApp, línea telefónica y correo electrónico). La Agencia también ha desarrollado acciones de sensibilización de familias y docentes con la realización sistemática de cursos de formación online, en colaboración con el Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación de Profesorado (INTEF) y el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), y campañas como las realizadas con UNICEF, "Un móvil es más que un móvil" y "La guía que no viene con el móvil". Estas contienen claves a tener en cuenta por las familias ante la entrega del primer móvil a sus hijos e hijas. Además, la AEPD convoca anualmente el premio a los centros educativos, personas y entidades que se distingan por su labor en pro del uso saludable y responsable de Internet por menores y adolescentes.

Asimismo, esta AEPD 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 Tecno-

logías 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. Las diversas actuaciones realizadas por la Agencia para proteger a las personas en Internet han sido objeto de reconocimiento público en los últimos años, con 28 premios concedidos por parte de instituciones y entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales.

Ante esta coyuntura, la Agencia establece las siguientes LÍNEAS ESTRATÉGICAS, que comprenden: 10 actuaciones prioritarias y 35 medidas.

La Agencia: 1. 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. Colaborará, 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.

Para facilitar el papel de las familias, la Agencia intensificará la colaboración: 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: el refuerzo de las garantías de los derechos de los y las menores en internet El acceso y consumo de contenidos online inapropiados para menores exige la implantación de sistemas eficaces de verificación de la edad como garantía para la formación y desarrollo integral de los y las menores. 6. Colaborará 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. Llevará 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. Lucha contra las prácticas ilícitas y nocivas que afectan a los y las menores en internet: La Agencia, como autoridad de control, está dotada de potestades de investigación y de sanción para supervisar el cumplimiento de la normativa de protección de datos. En el ejercicio de estas potestades ha iniciado actuaciones de investigación a páginas web de contenidos para personas adultas, así como a terceros de confianza en el ámbito de la verificación de la edad, que se han trasladado cuando ha sido necesario y cumpliendo lo establecido en el RGPD, a través del sistema de Información del Mercado interior (IMI) a las autoridades europeas de control en el marco de colaboración institucional y asistencia mutua. En este ámbito, la Agencia: 9. Priorizará 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. Realizará 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.

En cuanto a la verificación de la edad: La protección de los menores en Internet es una de las prioridades no solo a nivel nacional, sino también desde Europa. El propósito es evitar que el acceso incontrolado de niños y niñas a contenidos inadecuados, que se materializa a través de la verificación de su edad. La AEPD cuenta con un decálogo de principios que deben guiar estos sistemas.

La verificación de edad es un sistema pensado para proteger a los menores de contenidos inadecuados en internet que, tal como sostiene, han de ser accesibles

para aquellas personas que deciden libremente consultarlas, siempre que cumplan con las condiciones de edad establecidas.

Pero, ¿qué se entiende como contenido inadecuado? Según la AEPD, este término se utilizará para aquellos sitios online restringidos solo a personas adultas, contenidos calificados para "mayores de 18 años" (pornografía, violencia extrema), sitios de Internet limitados al acceso por mayores de 14 años, y contenidos perjudiciales, adictivos o publicitarios prohibidos a personas menores de edad.

Los elementos que conforman los sistemas de verificación de la edad para proteger a los menores son cuatro: 1. Un mecanismo de verificación de edad, que proporcionará una información cierta sobre la autorización de acceso a contenidos orientados a personas adultas; 2. Unas políticas de calificación de sitios y contenidos por razones de edad. De este modo, se establece un criterio sobre qué sitios en Internet o qué contenidos en sitios generalistas se consideran orientados a adultos o tienen establecidos unos requisitos de limitación de acceso por edad; 3. Una calificación de los sitios, o de los contenidos, en función y aplicación de las políticas previamente establecidas. Esta calificación supone la aplicación de las políticas anteriores; y, Una ejecución de las políticas de acceso. De acuerdo con los elementos anteriores, se realizará el filtrado de los contenidos. En este aspecto están implicados no solo las entidades responsables de los sitios web y de las redes sociales, sino también los buscadores en Internet, las empresas de telefonía móvil y los fabricantes de videojuegos o dispositivos, entre otros.

En España, el entonces ministro para la Transformación Digital y de la Función Pública, José Luis Escrivá, presentó una Cartera Digital Beta, el "wallet" (portadocumentos digital) que incluye el sistema de verificación de la mayoría de edad en el acceso a contenidos para adultos, tras culminar la fase de diseño de la herramienta con la publicación de las especificaciones técnicas. Cartera Digital Beta será una aplicación móvil que almacenará de forma segura la credencial de mayoría de edad emitida por el Gobierno de España, que será presentada ante la plataforma de contenidos para adultos cuando se inicie la sesión. El sistema incorpora una doble autenticación para evitar que los menores accedan a través de los dispositivos de adultos. La aplicación incluirá otras funcionalidades desde su puesta en marcha e irá incorporando nuevas utilidades en el marco del ya mencionado Reglamento eIDAS2 relativo a la identidad digital europea.

Además, se ha diseñado una arquitectura de gobernanza basada en listas blancas de confianza que permite que los actores del sistema se identifiquen como tales. La lista blanca de plataformas para adultos gestionada por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, la lista blanca de aplicaciones de verificación gestionada por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial y una última de emisores de credenciales gestionada por la Secretaría General de Administración Digital.

El Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), por su parte, gestionará, con la colaboración de otros actores, un listado de páginas con contenido para adultos, no sometidas a la jurisdicción española, con el objetivo de que los navegadores puedan verificar la mayoría de edad antes de presentar sus contenidos.

Ahora bien, en la Memoria de la AEPD del año 2023 se destacó, como una de las principales preocupaciones de la Agencia es el acceso a los dispositivos móviles por parte de los menores en el entorno digital, así como el tiempo de uso

y los servicios de Internet a los que acceden, considerando los graves efectos perjudiciales para su salud (física, mental, psicosocial, sexual); su neurodesarrollo; su aprendizaje; sus relaciones familiares y sociales o a la monetización de sus datos. Por este motivo, las iniciativas adoptadas por la AEPD pueden dar respuesta a esta situación.

A principios de 2024, esta Agencia diseñó una nueva estrategia reforzada, constituida por 10 actuaciones prioritarias y 35 medidas, agrupadas en tres ejes estratégicos: la colaboración regulatoria, el refuerzo para garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia y el ejercicio de las potestades de investigación y sanción, además de incluir dos grandes bloques centrados en la educación, y la salud y el bienestar digital.

En el marco de la labor de concienciación que le corresponde, la AEPD difundió, junto a la Fundación Atresmedia, la campaña "No a la barra libre digital", para alertar sobre los peligros del acceso de los y las menores a contenidos inadecuados a través del móvil y promover el acompañamiento en el uso de la tecnología en la infancia y adolescencia. Esta campaña recomendaba a las familias que retrasasen la entrega del móvil a sus hijos e hijas y los acompañasen en su interacción con el mundo digital, evitando así que accedieran a contenidos inapropiados y perjudiciales para su desarrollo, como contenidos pornográficos o violentos. La campaña comenzó a emitirse el 14 de noviembre bajo el hashtag #Noalabarralibredigital, y se difundió en todos los canales de televisión del Grupo Atresmedia: Antena 3, la Sexta, Nova, Neox, Mega y Atreseries, y en sus soportes multimedia, así como en la página web y redes sociales de la AEPD y la página web y las redes sociales de la Fundación Atresmedia. Otra de las acciones de sensibilización que divulgó esta Agencia en 2024 llevó por título "Hay más riesgos en Internet que en la vida real", relacionada con el acceso online por los y las menores a contenidos para personas adultas, en especial a la pornografía que, según los estudios e informes de organizaciones especializadas señalan que, se viene produciendo en torno a los 9 años, una edad en la que su desarrollo cognitivo no les permite entender lo que están viendo, pues su personalidad no está formada y genera importantes desórdenes en la concepción de las relaciones sexuales y del rol de la mujer. La campaña contó con la colaboración de Atresmedia, Mediaset España y RTVE, que se comprometieron a la difusión en sus respectivos canales, reforzando así su compromiso en la difusión de los derechos de la infancia y adolescencia en el entorno digital.

Asimismo, la AEPD continuó actualizando los contenidos de la sección específica de su página web dedicada al tratamiento de datos personales de menores y al ámbito educativo; del mismo modo que, mantuvo abierto el canal de atención y consulta específico para menores de edad, permitiéndoles tanto a ellos y ellas como a sus representantes, plantear dudas y obtener orientación sobre cuestiones relacionadas con la protección de sus datos en el entorno digital. También, durante 2024, la AEPD promovió el Pacto Digital para la Protección de las Personas, una iniciativa que busca involucrar a diferentes actores en la protección de los derechos de la ciudadanía en el entorno digital. Dentro de este mismo ámbito de protección de menores en el entorno digital, la Agencia, además de ofrecer recomendaciones para las familias a través del Plan Digital Familiar, proporcionando pautas y consejos prácticos para ayudar a los padres y madres a proteger a sus hijos e hijas en el entorno digital, también presentó dos informes sobre la influencia

de los patrones adictivos en Internet, especialmente en menores de edad, y cómo afectan a los derechos fundamentales. Ambos con el objetivo de concienciar sobre los posibles daños a la integridad física y mental que puede causar la exposición prolongada a estos patrones basados en sus datos personales. Una de las iniciativas más pioneras de la Agencia en los últimos años ha sido la relacionada con los sistemas de verificación de la edad. Esta propuesta fue presentada a finales de 2023 y experimentó un notable desarrollo tanto a nivel nacional como internacional, captando un interés relevante y siendo reconocida por su innovación y relevancia en el ámbito de la protección de la privacidad y la seguridad en línea.

Por otra parte, en una reunión celebrada en el plenario del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) se adoptó un Dictamen sobre la determinación de la edad para el uso de servicios online que requieren de una edad mínima para poder acceder a ellos. En el contexto de la protección de los menores en Internet, se llevaron a cabo dos iniciativas fundamentales que destacaron por su carácter pionero y su relevancia en la creación de un entorno digital más seguro para los niños/niñas y adolescentes. La primera de ellas fue la publicación de un Informe sobre la influencia de los patrones adictivos en Internet, que aborda de manera profunda los efectos de los mecanismos y patrones diseñados para fomentar el uso continuo de Internet, en particular en lo que respecta a los y las menores de edad. Este informe examina cómo las plataformas digitales, mediante algoritmos y diseños de interfaces, pueden generar conductas adictivas que impactan negativamente en el bienestar de los y las menores, afectando tanto su desarrollo emocional como psicológico.

La segunda acción relevante fue la elaboración de una Nota Técnica titulada "Internet seguro por defecto para la infancia y el papel de la verificación de edad". Esta nota se centra en la necesidad de establecer medidas tecnológicas y legales que garanticen que los servicios y plataformas digitales ofrezcan una experiencia de navegación segura por defecto para los y las menores, reduciendo al mínimo los riesgos asociados al acceso a contenidos inapropiados o peligrosos. Además, subraya la importancia de la verificación de edad como una herramienta clave para proteger la privacidad y la seguridad de los niños/niñas y adolescentes en línea, asegurando que sólo puedan acceder a servicios adecuados a su edad y que se respeten sus derechos en el entorno digital. En el ámbito de las acciones de asesoramiento y el compromiso de la AEPD con la protección del menor, se colaboró con el Grupo Técnico de verificación de edad del Ministerio de Transformación Digital y Políticas Públicas y con el Comité de Expertos para la generación de un "entorno digital seguro para la juventud y la infancia".

Ahora bien, al igual que con la IA, van a ser de obligatoria referencia para la Agencia todas las cuestiones relacionadas con los espacios de datos. La disponibilidad de datos de alta calidad se constituye en un elemento clave para el entrenamiento de modelos de IA y su uso tiene el potencial de ser un factor de ayuda a la hora de mejorar la toma de decisiones y la personalización de servicios. Sin embargo, el acceso masivo a datos plantea retos significativos en términos de privacidad y protección de los derechos de las personas. En este contexto, los datos sanitarios, debido a su naturaleza especialmente sensible y otros tipos de datos provenientes de espacios de datos sectoriales, cobran especial relevancia por su sensibilidad y posible impacto sobre nuestra sociedad. La reutilización de datos

para fines distintos a aquellos para los que fueron recolectados originalmente es y será, un eje fundamental en la construcción de espacios de datos de calidad.

En relación con los neurodatos, durante la sesión del encuentro de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (REDIPD) celebrada con motivo de su XX aniversario, la AEPD participó en la Declaración sobre neurodatos de la REDIPD aprobada por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA. En dicha Declaración, se vino a subrayar que, si bien en el ámbito sanitario existe un marco jurídico específico que incorpora garantías adecuadas para los tratamientos de neurodatos, en otros ámbitos con tratamientos que conllevan fines distintos de los de salud, en los que existe monitorización de la actividad neuronal, se produce una ausencia de regulación sectorial específica que proporcione garantías adecuadas para dichos tratamientos; lo que viene a suscitar importantes preocupaciones éticas y jurídicas sobre el impacto final en principios, derechos y libertades fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, el derecho a la intimidad, la libertad de pensamiento y de expresión, la integridad física y psíquica, la salud física y mental, etc. motivos por los que la Declaración crea un Grupo de Trabajo sectorial al objeto de analizar las bases jurídicas de los tratamientos en función de su finalidad, sus principios, límites y garantías aplicables en el marco de la normativa de protección de datos personales al tratamiento de neurodatos. A tal fin, la AEPD también ha impulsado la protección de los neuroderechos en el seno de las actividades del Grupo de Berlín, participando en la elaboración de varios documentos en los que se exploraron los riesgos que pueden presentar estas tecnologías combinadas con otras como la realidad extendida, los Grandes Modelos de Lenguaje (LLM) en IA. A estas acciones se suma también la participación de la AEPD en los grupos ISO donde se aporta la experiencia y el conocimiento en esta materia a modelos de normas que en el futuro puedan convertirse en estándares de los sectores de actividad en los que estas tecnologías tendrán aplicación. En definitiva, la AEPD entabló un diálogo activo con expertos en neurociencia, tecnología, ética y derecho, así como con representantes del sector privado y público, para comprender en profundidad las implicaciones del tratamiento de neurodatos y proporcionar directrices y orientaciones para abordar el principio de responsabilidad activa del RGPD. Estas colaboraciones permitieron recoger diferentes perspectivas y enriquecer el debate sobre cómo interpretar y aplicar el RGPD en este contexto tan complejo.

En definitiva, las cuestiones que se encuentran en desarrollo y que requerirán de un impulso mayor a lo largo del 2025, son las relacionadas con la IA, tanto en lo que afecta a la Decisión de la posible designación de la AEPD como Autoridad de Vigilancia de Mercado, como hacer un seguimiento de la implementación del tratamiento de incidentes graves de sistemas de IA, integrarse en los grupos de la Competent Authorities in Artificial Intelligence específicamente de notificación de incidentes y transparencias, participar en el EDPB interplay GDPR-AIA, colaborar en el desarrollo de los mecanismos de identidad digital con relación al eIDAS2 y la cartera digital europea, así como el desarrollo de orientaciones y la participación en organismos internacionales en lo relativo a neurodatos, datos genéticos o biométricos. Asimismo, es de enorme importancia la automatización de la gestión de brechas de datos personales para hacer frente al incremento de las notificaciones de forma eficiente, para servir de protección a los interesados y de apoyo a los

responsables; el impulso y actualización de las guías, orientaciones y herramientas de gestión del riesgo y evaluación de impacto, con un enfoque más práctico y desplegando un análisis formal de las amenazas en protección de datos, en línea con los estándares y la industria, así como actualizar las herramientas Notifica y Comunica Brecha para proporcionar una nueva herramienta inter-autonómica[114].

De todas formas, junto con el control parental, en los dispositivos con acceso a internet, se exige el desarrollo de herramientas de verificación de edad con el fin de garantizar un entorno digital más seguro. EEUU se han propuesto diversas normas para exigir la verificación de edad en plataformas con contenido para adultos (Texas, California, Utah). Y han aprobado leyes que obligan a plataformas como Apple store y Google Play a verificar la edad de los usuarios antes de permitir descargas las aplicaciones (Texas y Utah). Por su parte, en California, la Ley SB976 prohíbe que las plataformas digitales ofrezcan *feeds* adictivos a menores sin consentimiento parental. Además, a partir de 2027 será obligatorio para las plataformas implementar técnicas de verificación de dad para identificar usuarios menores y adoptan el contenido que les proporcionan. Exigen que os menores de 18 años cuentan con el consentimiento de sus padres para descargar aplicaciones o realizar compras en ellas.

Por su parte, China y la India han optado por técnicas de reconocimiento facial para verificar la edad de los usuarios, aunque ello pueda afectar a la privacidad.

En Alemania, la Comisión Alemana para la Protección de los Menores en los Medios de Comunicación ha aprobado el uso de tres sistemas de verificación de la edad mediante herramientas de Inteligencia Artificial, para evitar que los menores se vean expuestos a contenidos nocivos, según ha informado EURACTIV-Berlín.

Este organismo público alemán se ocupa de supervisar la protección de los menores en la televisión privada nacional y en Internet.

Los sistemas de IA aprobados por ese organismo estatal germano utilizan métodos de aprendizaje automático para analizar la edad de una persona en base a determinados parámetros biométricos.

Para tal fin, el organismo supervisor alemán ha estudiado tres sistemas diferentes de IA para la verificación de la edad. Se trata de programas informáticos de "estimación de la edad (mediante reconocimiento facial)", además de los programas informáticos "Age Verification" y "Yoti", objeto actualmente de análisis previo antes de darles la certificación de uso.

En todo caso, la autoridad de protección de la infancia ha previsto como mecanismo de seguridad para comprobar la edad real de aquellos niños o adolescentes que parecen mayores de lo que son, la existencia de un margen de error para la estimación de cinco años.

En España, además dos empresas españolas Bouncer Digital y Secture están trabajando en nuevos sistemas de conexión que protejan a los menores de contenido inadecuado con el desarrollo de una aplicación que utiliza biometría facial e IA, pues, representa su objetivo principal y misión proteger a los menores y, por ende, hacer de internet un lugar seguro para todos los usuarios. Esta solución está diseñada para cualquier web, e-commerce, app móvil o plataforma del mundo.

VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES NO SUPERIORES.

El artículo 1903.2 del Código Civil establece que "los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda". El fundamento de la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos que, están bajo su guarda se encuentra en la culpa *in vigilando* o *in educanda* de los propios padres, pues, como contenido de la patria potestad está en tenerlos en su compañía, educarlos y proporcionarles una educación integral (artículo 154 del citado cuerpo legal)[115]. Estamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa, directa, por culpa propia y por hecho ajeno[116]. Si bien, esta responsabilidad cesa cuando los padres prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familiar para prevenir el daño[117]; no obstante, en la mayoría de los casos no se admite tal exoneración de responsabilidad al no admitirse la prueba exoneratoria contemplada en el párrafo final del citado artículo 1903 del Código Civil, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que, estamos ante un supuesto de responsabilidad cuasiobjetiva y, a la vez son muchas las resoluciones que destacan, precisamente, el matiz objetivo o cuasiobjetivo o calificándola de responsabilidad por semiriesgo[118]. Los sujetos responsables son ambos progenitores, que tienen al menor bajo su guarda —responsabilidad solidaria—[119]. Doble criterio de atribución, si bien, a diferencia de la responsabilidad de los tutores no se exige la convivencia del menor con sus padres[120]. Por lo que, atendiendo a tales criterios en caso de separación o divorcio la responsabilidad corresponde a quien tenga atribuida la guarda y custodia[121], sin perjuicio de exigir la responsabilidad al progenitor que está ejerciendo su derecho de visitas, precisamente, cuando el daño se produce durante ese periodo temporal, sin perjuicio de probar la responsabilidad también del otro progenitor por culpa *in educando*[122]. Igualmente, que en el caso de custodia compartida en la que se atribuye de forma alterna por periodos temporales determinados la guarda y custodia, atribuyéndose la responsabilidad al que tenga la guarda en el momento de producción del daño, salvo que, asimismo, se pruebe la responsabilidad de ambos por culpa *in educando* en cuanto que, la titularidad en ambos casos sigue siendo conjunta. Por otra parte, la responsabilidad de los padres puede concurrir con la de otras personas que, con su conducta contribuyeron a la causación del daño (guardador de hecho permanente no ocasional), moderándose su responsabilidad —reduciendo la cuantía—[123]. Señala YZQUIERDO TOLSADA como requisitos de esta responsabilidad parental: 1. Que el acto dañoso del hijo sea objetiva y comúnmente negligente; 2. Que los hijos se encuentren bajo su guarda; y 3. La culpa de los padres[124]. En cuanto el patrimonio que asume la deuda que se deriva de la responsabilidad, será en caso del régimen matrimonial de gananciales los bienes comunes (artículo 1367 del Código Civil)[125], salvo que, uno de los progenitores se exonere de responsabilidad probando su diligencia, siendo, en consecuencia, la deuda privativa (artículo 1373 del Código Civil). Si estamos ante un régimen de separación de bienes, de las obligaciones contraídas por las deudas comunes, responden ambas cónyuges, sin perjuicio del reparto interno entre cada uno en proporción a sus recursos económicos (artículo 1438 del Código Civil); y, en fin, el régimen de participación por la remisión del artículo 1413 del Código Civil se aplica las mismas reglas del régimen separación de bienes; no obstante,

si uno de los cónyuges abona la cantidad que corresponde asumir a ambos, aquél ostentará un crédito contra su consorte que, se computará en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirá del patrimonio del cónyuge deudor (artículo 1426 del Código Civil)[126].

En este contexto, los padres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos 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 (artículo 84.1 de la LOPDYGDD). Lo que forma parte del ejercicio de la patria potestad (artículo 154 del Código Civil) y de la tutela (artículo 269 del Código Civil)[127]; y, por otro, los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades 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 (artículo 92 de la citada LOPDYGDD).

Por lo que, cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes —páginas web del centro educativo o las personas físicas o jurídicas organizadoras de actividad o cualquier otro soporte publicitario digital— deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de la LOPDYGDD.

Ahora bien, con respecto a la responsabilidad penal de los menores de edad, el artículo 19 del Código Penal fija la edad penal en los dieciocho años, por lo que, los menores de dicha edad no serán responsables penalmente conforme tal Código, ni, en coherencia, los padres serán responsables civilmente por los actos delictivos cometidos por sus hijos menores de edad conforme, asimismo, lo previsto en el citado cuerpo legal. La mencionada Ley Orgánica 5/2000 de 2 de enero es la que regula la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años. Así, por un lado, el artículo 3 de esta LORPM dispone que "cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores prevista en el Código Civil y demás disposiciones vigentes". Por lo que, los menores de catorce años serán inimputables penalmente y la eventual responsabilidad civil en que incurran los padres se regirá por lo dispuesto en el Código Civil. Por otro lado, el artículo 61.3 de dicho cuerpo legal establece que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicio causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos"[128]. De forma que, serán imputables penalmente por los delitos o faltas cometidos por los menores mayores de catorce años conforme esta LORPM y, asimismo, se concreta quienes serán responsables civilmente. Como señala YZQUIERDO TOLSADA estamos ante una responsabilidad objetiva de los sujetos enumerados en el mencionado precepto y, añade que, hay varias cuestiones problemáticas "la primera hace referencia al propio diseño del consorcio

de los responsables solidarios, pues, la expresión "por este orden" provoca serias dudas. La segunda se refiere al alcance de la facultad de moderación del juez en los casos en los que no haya contribución dolosa o gravemente culposa de quienes aparecen en la norma respondiendo junto al menor". Ante lo que se pregunta "¿Es una moderación del *quantum* resarcitorio o solo una moderación *ad intra*, exclusivamente referida a la determinación de las cuotas?"[129].

En todo caso, este precepto establece la responsabilidad solidaria del menor mayor de catorce años y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, sin exigir que concurra otra circunstancia y sin perjuicio de la facultad moderadora que corresponde al juez, cuando aquellos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia. Aunque se dispone en el artículo 61.3 que se responde por este orden, la interpretación mayoritaria de la doctrina se inclina por entender que, no estamos ante un orden excluyente de personas, sino que responde en cada caso quien tenga la guarda del menor[130].

En el ámbito de la tutela, el artículo 1903.3 del Código Civil establece que los tutores son responsables "de los perjuicios causados por los menores e incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía". En este caso, la convivencia es el criterio que determina la responsabilidad civil de los tutores, máxime si hay un tutor de la persona y otro del patrimonio (artículo 236.1 del Código Civil). Si son varios los tutores que conviven con el menor responden solidariamente[131]. Si el tutor es una persona jurídica privada el régimen de responsabilidad viene también determinado por lo previsto en el artículo 1903.4 del Código Civil —responsabilidad del empresario por los daños y perjuicio causados por su dependiente—; si se trata de persona jurídica pública les resulta aplicable lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del sector público que, prevé la repetición contra el personal al servicio de la Administración, si hubiera existido dolo o negligencia grave en su actuación.

Por otra parte, al igual que, sucede con la responsabilidad de los padres, el artículo 61.3 de la LORPM prevé también la responsabilidad civil de los tutores, si bien el juez puede moderar su responsabilidad, si no hubieran favorecido la conducta delictiva del menor con dolo o negligencia grave.

Por lo que, los padres y tutores responden civilmente por los daños ocasionados por sus hijos y tutelado sean o no imputables penalmente, tanto si la conducta dañosa ha tenido lugar en un entorno presencial o digital[132].

En todo caso, cabe que ante la intromisión ilegítima al derecho al honor de uno de los progenitores por parte de la hija, pueda estar legitimado pasivamente el otro progenitor y responder civilmente. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3ª, de 12 de diciembre de 2019[133] ante la publicación de la menor (hija del actor) en su cuenta de Instagram que su padre la había maltratado psicológicamente durante nueve años. Acreditado la falsada de la citada publicación y que le había provocado al actor un empeoramiento del trastorno depresivo y sintomatología ansiosa que venía padeciendo, se condena a la madre de la menor que ostenta la guarda y custodia a indemnizar en la cantidad de 1.000 euros por daños morales.

Respecto a los centros docentes de enseñanza no superior, el artículo 1903.5 del Código Civil señala que "las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios

que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias". La responsabilidad se fundamenta en la culpa *in vigilando* o deber de vigilancia que incumbe al Centro sobre sus alumnos menores de edad y en la culpa *in eligiendo* por la elección del personal docente o administrativo[134]. Esta responsabilidad subjetiva o por culpa no opera si logra probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño[135]. Los deberes de vigilancia de los padres de los menores se transfieren a los profesores del centro desde el mismo momento de la entrada en el mismo hasta la salida de él, una vez finalizada la jornada escolar[136]. Por su parte, el artículo 1904 párrafo 2 del Código Civil se refiere al derecho de repetición frente al personal docente "si éstos hubieren incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fueran causa del daño". Esta responsabilidad civil prevista en el Código Civil se aplica a los centros docentes privados y concertados; pues, si estamos ante centros docentes públicos procede la aplicación del régimen de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal o anormal del servicio educativo. El artículo 9.4 de la LOPJ establece en estos casos como jurisdicción competente la contenciosa-administrativa en relación con las pretensiones que se deduzcan frente a la Administración del Estado o autonómica o municipal por el personal a su servicio, incluso si se ejercita frente a sujetos privados (compañía aseguradora).

Respecto a los ilícitos penales cometido por los alumnos menores mayores de catorce años; no obstante, la falta de mención a los Centros Docentes en el artículo 61.3, no impide que se le incluyan en la categoría de guardadores de hecho y, en consecuencia, responsables civiles ante la conducta delictiva de sus alumnos menores de edad[137].

En todo caso, como derechos de la era digital la LOPDYGDD hace referencia en su artículo 83, precisamente, al derecho a la educación digital. Así corresponde al sistema educativo garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje en el uso de los medios digitales que, sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Para ello, la Administración educativa deberá incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital, así como pos elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red. Asimismo, se prevé que, para conseguir la completa implementación de este derecho, el profesorado habrá de recibir las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos fundamentales y particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos. en cuanto a la enseñanza universitaria, se dispone, asimismo, que los planes de estudios de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado habrán de garantizar la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de os derechos fundamentales en internet. Por otra parte, las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquellos en que habitualmente se

desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales, materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y, en particular, en la protección de datos.

En todo caso, recordemos que, la utilización o difusión de imágenes o información personal de los menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, podrá determinar la intervención del Ministerio Fiscal que, instará al respecto las medidas cautelares y de protección previstas en el artículo 84.2 de la LOPDYGDD y el artículo 4 de la LOPJM. Al respecto, los centros docentes pueden limitar o incluso prohibir el uso de dispositivos electrónicos durante la jornada escolar, se trate de actividades escolares, extraescolares o complementarias; o, incluso controlar el uso que se haga de los mismos, previa información a los alumnos menores y sus padres. De no restringir el uso, el centro escolar asume los daños que se puedan derivar del uso indebido de los mismos, y, el acceso a través de los mismos a redes sociales donde se publiquen fotografías o se graben imágenes de otros alumnos o profesores durante la jornada escolar. Asimismo, puede aplicar las medidas tecnológicas precisas para evitar que los medios tecnológicos que los centros docentes aporten a los alumnos para el desarrollo de su actividad escolar, sean utilizados indebidamente mediante los controles adecuados.

Precisamente, en el cumplimiento del deber de proteger a los menores (alumnos) frente a cualquier situación de dañosa que sufra por la actuación de otro alumno y, máxime se trate de una situación de acoso o violencia que sufran aquellos en las instalaciones del Centro docente durante la jornada escolar desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, de 25 de enero de 2019[138] ante la acción de responsabilidad frente al Centro escolar ejercitada por los padres de una alumna, la cual fue grabada desnuda mientras se duchaba en los vestuarios por una compañera con el teléfono móvil, difundiéndose las imágenes de la menor por Internet, considera la Audiencia que, el Centro escolar demandado sí incurrió en responsabilidad por tan lamentable suceso. La sentencia declara probado con la pericial practicada que, la captura y difusión de imágenes se produjo en el seno de una situación de acoso escolar que la hija menor ya venía padeciendo en el Centro escolar, con lo que el suceso que tuvo lugar el 15 de mayo de 2015 en las duchas de los vestuarios no puede calificarse de mera incidencia puntual o aislada. Por el contrario, es la culminación de un proceso de acoso escolar en sentido estricto, prologando en el tiempo aunque no haya presentado rasgos de fuerte o extrema violencia verbal o física, sí que se ha caracterizado por el desarrollo de una serie de conductas llevadas a cabo por algunas compañeras de la menor Lourdes de forma explícita en unos casos y en otros a través de mecanismos más sutiles de fustigación y de desprecio que han ido ocasionando en la afectada confusos y reiterados sentimientos de humillación, discriminación y exclusión precisamente en el patio y lugares de visitas programadas, sin que los responsables del Centro hubiese advertido lo que estaba ocurriendo. Las imágenes difundidas a través de redes sociales son nítidas y permiten identificar perfectamente a la alumna, lo que evidencia que su captación no fue una mera casualidad, sino fruto de ese contexto de acoso que sufría la menor. El suceso implica una total y absoluta negligencia en la actuación del centro escoñar en cuanto al

control del uso de los móviles, pues revela un fracaso total de los supuestos controles que se venían realizando para impedir un uso indebido de los teléfonos móviles, particularmente en un área especialmente delicada, y sensible como son las duchas y los vestuarios. La adopción de medidas que puedan considerarse adecuadas con posterioridad a producirse el suceso revela que las mismas podrán haberse aplicado con anterioridad y haber evitado que se captaran las imágenes de la hija de los demandantes. Concluye la Audiencia que una vez probada la responsabilidad del Centro escolar a la luz del artículo 1903 del Código Civil, debe estimarse la acción contra el mismo ejercitada por cuanto ha quedado acreditado el daño causado a la menor Lourdes y a su entorno, también como consecuencia de la actuación negligente del Centro educativo y se le condena al Centro a abonar a la parte actora la cantidad reclamada en la demanda de 6.320 euros.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ABRIL CAMPOY, J.M. (2003). "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 675, enero-febrero*, pp. 11-54.

ALAMILLO-DOMINGO, I. (2024). "La verificación de edad para el acceso a servicios digitales a la luz del nuevo marco de identidad del reglamento EIDAS 2", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, pp. 18-31.

ALMENAR PINEDA, FCO. (2024). "Nuevos escenarios para el Derecho y el Derecho Penal en la protección de los menores: el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, pp. 65-71.

ANDREU MARTÍNEZ, Mª.B. y GRIMALT SERVERA, P. (2024). "Responsabilidad civil, consentimiento y difusión de datos de menores en entornos digitales", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, pp. 40-49.

ARRELLANO TOLEDO, W. y MERCHÁN MURILLO, A. (2024). "La obligación de conservar registros de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de Inteligencia Artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

ARGELICH COMELLES, C. (2025). "La proyectada Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entonos digitales: del control parental defectivo a las obligaciones del fabricante", *Actualidad Civil, número 5, mayo*, pp. 1-12.

BARRIO ANDRÉS, M. (2024). "Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia artificial". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch.

BRITO IZQUIERDO, N. (2017). "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil, número 5, mayo, 2018*, pp.

— (2017). "Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos", *LA LEY Derecho de Familia, Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, pp. 17-31.

CABALLERO, A. (2024). "Mercantilización de los datos de los menores por las plataformas de redes sociales", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, pp.10-17.

CAMPOS ACUÑA, C. (2024). "Las 15 claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (AI Act) (1)", *El Consultor de los Ayuntamientos, de 15 de julio*, pp.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J (2015). "La patria potestad". En: M. Garrido De Palma (coord.) *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV Familia, vol. 2, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

CASTILLO PARRILLA, J.A. (2024). "Inteligencia artificial de uso general, modelos fundacionales (y "Chat GPT") en el Reglamento de Inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

CERNADA BADÍA, R. "Grandes plataformas y sistemas de inteligencia artificial destinados a la influencia política: la intersección entre la "Ley de Servicios Digitales" y el Reglamento de inteligencia artificial desde la perspectiva del riesgo". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

CHAVELI DONET, E. (2024). "La evaluación de impacto de derechos fundamentales por quienes despliegan sistemas de inteligencia artificial en el Reglamento". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

COTINO HUESO, L. (2024). "¿Qué es "inteligencia artificial" para el Reglamento?. Análisis, delimitación y aplicaciones prácticas". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

— (2024). "Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

DÍAZ ALABART, S. (1987). "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela", *Anuario de Derecho Civil, vol. XL, número 3,* pp. 795-894

DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 154 del Código Civil". En: R. Bervovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* T. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (2024). "El reconocimiento biométrico en el Reglamento de inteligencia artificial: exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

FERNÁDEZ HERNÁNDEZ, C. (2024). "Comentario al artículo 6 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia, tirant lo blanch.

GARCÍA HERRERA, V. (2018). "El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al

supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)", *LA LEY Derecho de Familia, número 20, octubre-diciembre*, pp. 62-71.

GARCÍA MORALES, A. (2024). "Menores *influencers*, regulación legal actual en el ámbito laboral". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson.

GÓMEZ CALLE, E. (2016). "Comentario al artículo 1903 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. IV*, 2ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.

GONZÁLEZ MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2024). "Comentario al artículo 6 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch.

GÓRRIZ ROYO, E.M. (2016). "*On-line child grooming*" desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del artículo 183 ter) 1º CP". En: Mª. L. Cuerda Arnau (dir.), *Menores y Redes sociales,* Valencia: tirant lo blanch.

GUADIX GARCÍA, N. (2024). "Los derechos de la infancia en la era digital", *LA LEY Derecho de Familia, número 44, octubre*, pp. 1-11.

GUTIÉRREZ MAYO, E. (2024), "La figura del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos digitales". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson.

JIMENEZ LÓPEZ, J. (2024). "El Reglamento de Inteligencia Artificial y el Reglamento general de protección de datos". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2024). "El consentimiento en el tratamiento de los datos de carácter personal: un riesgo sistémico para los menores", LA LEY Derecho de Familia, número 44, octubre, pp. 1-16.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2024). "Publicidad digital y menores: una visión integrada de la Ley de Servicios Digitales y el Reglamento de Inteligencia Artificial (manipulaciones y conductas prohibidas, riesgos sistémicos en grandes modelos del lenguaje", *LA LEY Derecho de Familia, nº 44, octubre*, pp. 1-29.

MARTÍN CASALS, M. (2023). "Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial", *Indret, núm. 3*, p.

MARTOS DÍAZ, N. (2019). "Principios (artículos 6-11 del RGPD. Artículos 4-10 de la LOPDGDD)". En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2017). "La protección del honor de los menores en las redes sociales", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, pp. 32-42.

MUÑOZ GARCÍA, Mª.C. (2024). "Comentarios a los artículos 52 a 55 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch.

— (2024). "Taxonomía de los modelos de IA de uso general. Probabilidad de generar riesgos de alto impacto y las necesidades de identificarlos". En: J.A. Mo-

reno Martínez y P.J. Femenía López (coords.), *Inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales*, Madrid. Dykinson

PALMA ORTIGOSA, A. (2024). "Régimen general de obligaciones de proveedores y responsables del despliegue en el Reglamento de inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

PARDO DE VERA, M.M. (2024). "La incidencia de la inteligencia artificial en los derechos de los menores. Regulación legal y problemática actual". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson.

PARRA LUCÁN, Mª Á. (2016). "Responsabilidad por hecho ajeno". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. II Contratos y responsabilidad civil,* Madrid: Edisofer.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). "La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 7ª ed., Madrid: Edisofer.

PEÑA LÓPEZ, F. (2013). "Comentario al artículo 1903 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. IX*, Valencia: tirant lo blanch.

POLVOROSA ROMERO, S. (2017). "El acoso escolar llevado a internet: los smartphone y los smarwatch", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, pp. 85-94.

RAMÓN FERNÁDEZ, FCA. (2024). "Sistemas de gestión de calidad, documentación técnica y conservación en el Reglamento". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

RECIO GAYO, M. (2024). "Comentario al artículo 16 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch.

REYES MÉNDEZ D. (2019). "El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autentificación: la necesidad de una respuesta tecnológica", *Diario La Ley, número 9335, sección Tribunal, 11 enero,* p

RODRIGUEZ, A. (2024). "El derecho de imagen y a la intimidad de los NNA. Derechos de los menores e hijos de padres mediáticos o relevantes en el mundo digital". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson.

SIMÓN CASTELLANO, P. (2024). "El resto de los sistemas de inteligencia artificial prohibidos o inaceptables en el Reglamento de Inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

-(2024). "Los sistemas de gestión de riesgos como obligación específica para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en el artículo 9 del Reglamento". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

TINTORÉ GARRIGA Mª.P. (2017). "Sharenting y la responsabilidad parental", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, p. 43-50.

VALDECANTOS, M. (2018). "El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Actualidad Civil, número 5, mayo*, p.

VIDAL HERRERO-VIOR, Mª. S. (2024). "Casuística y regulación legal de la responsabilidad penal de menores infractores en delitos relacionados con la tecnología". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid: Dykinson.

ZABALGO, P. (2024). "El derecho de la infancia y la adolescencia al acceso a Internet y el derecho a la información contra el derecho a la infancia a la salud y a la seguridad. Interés superior del menor en el entorno digital". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, coordinadora, Madrid: Dykinson.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STEDH, secc. 3ª, de 20 de junio de 2017.
- STC, de 4 de mayo de 1998.
- STC, de 30 de noviembre de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Penal, de 24 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Penal, de 10 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de noviembre de 2016.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de septiembre de 2018.
- STS, Sala de lo Penal, de 15 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Penal, de 15 de septiembre de 2020.
- STS, Sala de lo Penal, de 21 de enero de 2021.
- STS, Pleno de la Sala Segunda, de 2 de junio de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 18 de mayo de 2023.
- STS, Sala de lo Penal, de 10 de julio de 2023.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de diciembre de 2023.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 4 de marzo de 2024.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 6 de noviembre de 2024.

- STS, Sala de lo Penal, de 31 de octubre de 2024.
- ATS, Sala de lo Penal, de 30 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Penal, de 5 de febrero de 2025.
- SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 29 de noviembre de 2018.
- STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de diciembre de 1995.
- ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, de 14 de junio de 2012.
- SAP Murcia, secc. 1ª, de 27 de febrero de 1996.
- SAP Valencia, secc. 6ª, de 22 de julio de 1996.
- SAP Sevilla, secc. 5ª, de 2 de octubre de 1998.
- SAP Vizcaya, secc. 1ª, de 8 de febrero de 1999.
- SAP Ávila, de 18 de junio de 1999.
- SAP Las Palmas, secc. 1ª, de 22 de junio de 1999.
- SAP Murcia, secc. 1ª, de 18 de enero de 2000.
- SAP Asturias, secc. 5ª, de 16 de marzo de 2004.
- SAP Barcelona, secc. 1ª, de 27 de enero de 2010.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, de 2 de febrero de 2010.
- SAP Málaga, secc. 6ª, de 26 de enero de 2012.
- SAP Madrid, secc. 19ª, de 21 de febrero de 2013.
- SAP Alicante, secc. 6ª, de 14 de mayo de 2014.
- SAP Madrid, secc. 24ª, de 4 de junio de 2014.
- SAP Huelva, secc. 3ª, 8 junio 2014.
- SAP Granada, secc. 1ª, de 5 de junio de 2014.
- SAP Cáceres, secc. 1ª, de 3 de mayo de 2016.
- SAP Lugo, secc. 1ª, de 12 de mayo de 2016.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, de 27 de mayo de 2016.
- SAP Barcelona, secc. 1ª, de 1 de marzo de 2017.
- SAP Madrid, secc. 9ª, de 3 de mayo de 2017.
- SAP Madrid, secc. 12ª, de 6 de julio de 2017.
- SAP Valladolid, sección 3ª, de 31 de mayo de 2018.
- SAP Toledo, sección 1ª, de 5 de julio de 2018.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 6 de julio de 2018.
- AAP La Rioja, secc. 1ª, de 5 de diciembre de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 5ª, de 25 de enero de 2019.
- SAP Valencia, secc. 7ª, de 27 de septiembre de 2019.
- SAP Vizcaya, secc. 3ª, de 20 de septiembre de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, de 13 de enero de 2020.
- SAP Navarra, secc. 3ª, de 26 de febrero de 2020.
- SAP Murcia, secc. 1ª, de 27 de abril de 2020.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, de 17 de mayo de 2021.
- SJPII, número 2, de Aoiz/Agoitz de 8 de febrero de 2021.

NOTAS

[1] En esta línea, ZABALGO, P. (2024). "El derecho de la infancia y la adolescencia al acceso a Internet y el derecho a la información contra el derecho a la infancia a la salud y a la seguridad. Interé s superior del menor en el entorno digital". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, coordinadora, Madrid: Dykinson, p. 69.

[2] RODRIGUEZ, A. (2024). "El derecho de imagen y a la intimidad de los NNA. Derechos de los menores e hijos de padres mediáticos o relevantes en el mundo digital". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson, p. 77.

[3] Vid., sobre el concepto de *influencer* o usuario de especial relevancia, vid., GARCÍA MORALES, A. (2024). "Menores *influencers*, regulación legal actual en el ámbito laboral". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson, pp. 97-103.

[4] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1ª, de 27 de enero de 2010 (JUR 2010,82805) responsabilidad del centro docente por acoso escolar a menor. No consta la adopción de ninguna medida de prevención, ni que se ideara un plan de actuación y seguimiento que permitiera conocer y valorar la situación de hostigamiento que estaba sufriendo el hijo de los actos y de la que tenía constancia tras una agresión sufrida por el mismo en el patio por la que fueron sancionados los responsables; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 27 de mayo de 2016 (AC 2016,1329) responsabilidad de los padres y del centro docentes por lesiones causadas por menor a la profesora. Inserción en red social de comentarios vejatorios terriblemente graves contra la citada docente. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1ª, de 1 de marzo de 2017 (AC 2017,607) responsabilidad del centro docente por un supuesto de acoso escolar. No se adoptaran por parte del Centro todas las medidas a su alcance para poner fin a la situación, no constado la vigilancia, atención o cautela no sólo con relación al menor, sino que incluyera a los compañeros que protagonizaron los conflictos con aquél, a fin de frenar la existencia de los mismos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5ª, de 25 de enero de 2019 (JUR 2019,98124) responsabilidad del colegio por los daños derivados de una situación de acoso escolar que culminó con la grabación de la alumna acosada mientras se duchaba en los vestuarios del colegio y la posterior difusión de las imágenes en internet; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, de 27 de septiembre de 2019 (AC 2019,1819) existencia de una fotografía de la menor desnuda mientras se hallaba en los vestuarios duchándose tras un partido de futbol, tomada por otra menor y difundida por vía de WhatsApp. Responsabilidad del club deportivo que no extremo las medidas para que el móvil no se utilizara en los vestuarios y de los padres de las menor infractora.

[5] Unos datos preocupantes: 7 de cada 10 adolescentes consuman pornografía de forma regular en España; y, el primer acceso resulta entre los 9 y los 11 años. Asimismo, según los datos del Ministerio del Interior y del Ministerio de Juventud e Infancia, el acceso a estos contenidos se realiza fundamentalmente a través del teléfono móvil, bien por mensajería instantánea, páginas web o redes sociales.

[6] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, de 20 de septiembre de 2024 (LA LEY 328230,2024) se condena a un menor por difundir por Instagram fotos íntimas de otro menor. La Sala estima acreditado que fue el menor demandado quien, desde la dirección de IP correspondiente al router del domicilio en el que residía con sus abuelos, creó los perfiles de Instagram desde los que se enviaron las fotografías y los mensajes n los que se amenazó a la víctima con difundir fotografías íntimas si no se enviaban más imágenes de él y de terceros. dichos hechos se realizaron de manera continuada y a los lato del tiempo. De las declaraciones d loa agentes que instruyeron las diligencias penales resulta que l único morador de la vivienda que hacía un uso continuado del wifi y que tenía conocimientos suficientes para crear los perfiles era el demandado.

[7] El RGPD se complementa con el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que

se,modifica el Reglamento (UE) 2918/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos), también conocido como Data Governance Act (DGA), es un marco legal que busca facilitar la reutilización de datos en la UE, aumentar la confianza en los servicios de intermediación de datos y promover el uso de datos en la economía y la sociedad. Tienen como objetivos: 1. Facilitar la compartición y reutilización de datos, especialmente aquellos del sector público, bajo ciertas condiciones; 2. Aumenta la confianza n los servicios de intermediación de datos que, ayudan a conectar a quienes necesitan datos con quien los poseen; 3. Promueve el uso de datos para la innovación y el desarrollo económico, impulsando la economía digital europea; 4. Garantiza que los datos se utilicen de manera responsable, respetando los derechos de las personas y cumpliendo con la normativa de protección de datos. Y, asimismo, con Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos) también conocida como "Ley de Datos" o la "Data Act". Se trata de una norma clave en la Estrategia europea de Datos y que, se espera, contribuya significativamente al objetivo de la Década Digital de la Unión Europea (UE), complementando las medidas ya dispuestas de forma previa por la Ley de Gobernanza de datos. Esta nueva norma resulta aplicable tanto a datos no personales como personales y, por consiguiente, interactúa con el RGPD, siendo plenamente aplicable y prevaleciendo en tanto ley especial, el RGPD frente a la Data Act cuando se traten datos de carácter personal. Esta Ley de Datos o Data Act pretende potenciar una distribución justa del valor de los datos mediante el establecimiento de normas claras y justas para acceder a los datos ante la eclosión, sobre todo, del Internet de las Cosas (IoT), los dispositivos conectados y los servicios relacionados en estos casos. Y es que, con este Reglamento, los productos y servicios conectados tendrán que diseñarse y fabricarse de manera que los usuarios (empresas y consumidores) puedan acceder, utilizar y compartir los datos generados (datos de los productos y de los servicios relacionados, incluidos los metadatos pertinentes necesarios para interpretar y utilizar dichos datos) en múltiples sectores de forma fácil y segura, utilizando, por tanto, nuevas bases legales al efecto que lo posibilitan e imponen.

[8] El 2 de febrero empezaron a ser aplicables las disposiciones del Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 (Reglamento de IA) incluidas en los Capítulos I (Disposiciones Generales) y II (Prácticas de IA Prohibidas) del mismo. Así, además de la obligación de alfabetización en materia de IA (artículo 4 del RIA) —que afecta a todos los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA, independientemente de su nivel de riesgo— también resultan ya aplicables las disposiciones del Capítulo II del RIA, cuyo artículo 5 prohíbe ciertas prácticas en materia de IA.

Con la finalidad de esclarecer la interpretación y alcance de las anteriores disposiciones, así como del ámbito de aplicación del RIA, la Comisión Europea ha publicado recientemente los siguientes documentos: 1. Un repositorio vivo sobre prácticas de alfabetización en materia de IA el 16 de abril de 2025: entre las principales prácticas compartidas destacan: A. Realizar sesiones de formación organizadas según la complejidad técnica y el nivel de implicación de los empleados en el uso o desarrollo de sistemas de IA; B. Ofrecer cursos de e-learning; C. Compartir ejemplos de uso real en operaciones diarias; o D. Implementar guías detalladas para el desarrollo, uso y supervisión de sistemas de IA; 2. Unas directrices sobre la definición de los sistemas de IA el 6 de febrero de 2025: que aclaran qué constituye un sistema de IA y por tanto, a qué sistemas resultaría de aplicación el Reglamento de IA; y, 3. Unas directrices sobre prácticas prohibidas aprobadas el 4 de febrero de 2025: En relación con las prácticas prohibidas, la Comisión proporciona en sus Directrices una guía interpretativa detallada sobre los elementos a considerar para determinar si un sistema de IA se encuadra en las prohibiciones establecidas por el artículo 5 del Reglamento de IA. Así, por ejemplo: A. La práctica prohibida del art. 5.1.a): abarca aquellos sistemas que usen técnicas subliminales, manipulativas o engañosas (por ejemplo, el uso de imágenes subliminales, el aprovechamiento de sesgos, la manipulación sensorial para alterar el humor o la creación de mensajes persuasivos altamente personalizados en base a datos personales), que tengan como objetivo

distorsionar, o que puedan resultar en la distorsión del comportamiento de una persona o grupo. Y dicho comportamiento distorsionado debe causar, o ser probable que cause, un daño significativo (incluidos daños físicos, psicológicos o económicos) a esa persona, otra persona o un grupo de personas. Asimismo, la Comisión establece los criterios para valorar el carácter significativo del daño, como el contexto, la intensidad, la irreversibilidad del daño o la vulnerabilidad de las personas afectadas.; y B. En relación con la práctica prohibida del art. 5.1.f), esta se refiere a sistemas de IA utilizados para la inferencia emociones de un individuo en el lugar de trabajo o en instituciones educativas, excepto cuando su uso esté justificado por razones médicas o de seguridad. Según la Comisión el término "lugar de trabajo" debe interpretarse de forma amplia, incluyendo cualquier espacio físico o virtual específico en el que las personas realicen funciones asignadas por su empleador o por la organización a la que estén afiliadas, por ejemplo, en caso de trabajo por cuenta propia. En relación con la "inferencia de emociones", las Directrices también abogan por una interpretación amplia. No obstante, no abarca la inferencia de estados físicos como el cansancio o el dolor, ni aquellos sistemas que se limiten a detectar expresiones o gestos (como una sonrisa o el movimiento ocular) pero que no identifiquen emociones o intenciones.

Ahora bien, el 9 de julio de 2024 entró en vigor el Reglamento EuroHPC JU modificado, que permite la creación de Fábricas IA. El día 10 de diciembre de 2024 se seleccionaron siete consorcios para establecer Fábricas IA, seguidos de seis consorcios adicionales el 12 de marzo de 2025. También se ha aprobado un Plan de Acción del Continente IA por parte de la Comisión Europea el 9 de abril de 2025 con el fin de impulsar la capacidad de innovación en IA en la Unión Europea.

[9] RTC 94,1998.

[10] RTC 292,2000.

[11] El considerando número 48 del RIA establece, a tal efecto que: "La magnitud de las consecuencias adversas de un sistema de IA para los derechos fundamentales protegidos por la Carta es especialmente importante a la hora de clasificar un sistema de IA como de alto riesgo. Entre dichos derechos se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, el derecho a la no discriminación, el derecho a la educación, la protección de los consumidores, los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de propiedad intelectual, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, y el derecho a una buena administración. Además de esos derechos, conviene poner de relieve el hecho de que los menores poseen unos derechos específicos consagrados en el artículo 24 de la Carta y en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que se desarrollan con más detalle en la observación general número 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital. Ambos instrumentos exigen que se tengan en consideración las vulnerabilidades de los menores y que se les brinde la protección y la asistencia necesarias para su bienestar. Cuando se evalúe la gravedad del perjuicio que puede ocasionar un sistema de IA, también en lo que respecta a la salud y la seguridad de las personas, también se debe tener en cuenta el derecho fundamental a un nivel elevado de protección del medio ambiente consagrado en la Carta y aplicado en las políticas de la Unión". Y, el considerando número 76 del RIA dispone que: "el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales debe garantizarse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema de IA. A este respecto, los principios de minimización de datos y de protección de datos desde el diseño y por defecto, establecidos en el Derecho de la Unión en materia de protección de datos, son aplicables cuando se tratan datos personales. Las medidas adoptadas por los proveedores para garantizar el cumplimiento de estos principios podrán incluir no solo la anonimización y el cifrado, sino también el uso de una tecnología que permita llevar los algoritmos a los datos y el entrenamiento de los sistemas de IA sin que sea necesaria la

transmisión entre las partes ni la copia de los datos brutos o estructurados, sin perjuicio de los requisitos en materia de gobernanza de datos establecidos en este Reglamento".

[12] CABALLERO, A. (2024). "Mercantilización de los datos de los menores por las plataformas de redes sociales", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, p. 4 indica que "hay dos etapas claves en el neurodesarrollo. La primera que se produce en la fase de 0 a 2 años, momento de máxima plasticidad neuronal; la segunda tiene lugar gran parte del proceso de sinapsis (interconexión neuronal en base a experiencias vividas con el objetivo de adaptarse de forma óptima al entorno); y, la tercera supone la mielización (en la que se potencian las redes neuronales las utilizadas en función de la información que reciban las neuronas)".

[13] Asimismo, el artículo 15 se refiere a las obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de servicios intermediarios. Así, 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; igualmente notificaran la sospecha de delito cuando un prestador de servicios de alojamiento de datos tenga conocimiento de cualquier información que le haga sospechar que se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito que implique una amenaza para la vida o la seguridad de una o más personas, comunicará su sospecha de inmediato a las autoridades policiales o judiciales del Estado miembro o Estados miembros afectados y aportará toda la información pertinente de que disponga (artículo 18). También, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño detectarán, analizarán y evaluarán con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios. También los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aplicarán medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas, efectivas, y adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales (artículo 34). En cuanto a los sistemas de recomendación los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño que utilicen sistemas de recomendación ofrecerán al menos una opción para cada uno de sus sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles (artículo 38); respecto a la transparencia adicional sobre la publicidad en línea, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño o de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño que presenten anuncios publicitarios en sus interfaces en línea recopilarán y harán público, en una sección específica de su interfaz en línea, a través de una herramienta de búsqueda fiable que permita realizar consultas en función de múltiples criterios, y mediante interfaces de programación de aplicaciones, un repositorio, durante todo el tiempo en el que presenten un anuncio y hasta un año después de la última vez que se presente el anuncio en sus interfaces en línea (artículo 39), Y, en fin, la Comisión y la Junta fomentarán y facilitarán la elaboración de códigos de conducta voluntarios en el ámbito de la Unión para contribuir a la debida aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta en particular las dificultades concretas que conlleva actuar contra diferentes tipos de contenidos ilícitos y riesgos sistémicos, de conformidad con el Derecho de la Unión en particular en materia de competencia y de protección de los datos personales (artículo 45).

[14] El considerando número 46 dispone, asimismo, que: "Los prestadores de servicios intermediarios que estén dirigidos principalmente a menores, habida cuenta, por ejemplo, del diseño o la comercialización del servicio, o que sean utilizados predominantemente por menores, deben realizar un esfuerzo especial para que la explicación de sus condiciones generales pueda ser comprendida con facilidad por los menores".

Para un análisis más detallado de la publicidad digital y menores, vid., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2024). "Publicidad digital y menores: una visión integrada de la Ley de Servicios Digitales y el Reglamento de Inteligencia Artificial

(manipulaciones y conductas prohibidas, riesgos sistémicos en grandes modelos del lenguaje", *LA LEY Derecho de Familia, nº 44, octubre*, pp. 1-29.

[15] Vid., la Propuesta de Guía sobre Generación de datos sintéticos, publicada por la Comisión de Protección de Datos Personales de Singapur (PCPC Singapore) el 15 de julio de 2024, pp. 1-38.

[16] Esta propuesta de Directiva parte de la responsabilidad civil subjetiva o por culpa; si bien, facilta la carga de la prueba de manera muy específica y proporcionada mediante el uso de la exhibición y las presunciones refutables (*iuris tantum*). Asimismo, para aquellas solicitudes de indemnización de daños y perjuicios establece la posibilidad de obtener información sobre los sistemas de IA de alto riesgos que deben registrarse o documentarse de conformidad con el RIA.

[17] Se imponía na necesaria revisión de la Directiva 85/374/CEE, por un lado, ante los avances relacionados con las nuevas tecnologías, incluida la IA; y, por otro, los nuevos modelos de negocio de economía circular y las nuevas cadenas de suministros mundiales, además de la propia carencia del concepto "producto".

En todo caso, para garantizar que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos de la Unión sea exhaustivo "la responsabilidad será objetiva por daños causados por productos defectuosos y deberá aplicarse a todos los bienes muebles, incluidos los programas informáticos, incluso cuando estén integrados en otros bienes muebles o instalados en bienes inmuebles" (considerando número 6).

Si bien, con el fin de lograr un reparto equitativo del riesgo, una persona que reclame una indemnización por los daños causados por un producto defectuoso debe soportar la carga de la prueba del daño, el carácter defectuoso de un producto y el nexo de causalidad entre ambos, de conformidad con el nivel de prueba aplicable con arreglo al Derecho nacional No obstante, para evitar la asimetría informativa "resulta necesario facilitar el acceso de los demandantes a las pruebas que vayan a utilizarse en los procedimientos judiciales. Tales pruebas incluyen los documentos que el demandado deba crear *ex novo* mediante la compilación o clasificación de las pruebas disponibles. Al examinar la solicitud de exhibición de pruebas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar que ese acceso se limite a lo necesario y proporcionado, entre otras cosas, para evitar búsquedas indiscriminadas de información que no sea pertinente para el procedimiento y para proteger la información confidencial, como la información que entra en el ámbito de aplicación del secreto profesional y los secretos comerciales de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional, en particular la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo". Además, "teniendo en cuenta la complejidad de determinados tipos de pruebas, por ejemplo, las pruebas relativas a productos digitales, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder exigir que dichas pruebas se presenten de manera fácilmente accesible y comprensible, siempre que se cumplan determinadas condiciones" (considerando número 42).

[18] El artículo 3 letra g) señala como "servicio intermediario": uno de los siguientes servicios de la sociedad de la información: i) un servicio de "mera transmisión", consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; ii) un servicio de "memoria caché", consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos; iii) un servicio de "alojamiento de datos!, consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este. En cuando al contenido ilícito el citado artículo 3 letra h) lo define como" 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".

[19] Artículo 3 letra i) "plataforma en línea" es: "un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento".

[20] Instagram (Meta) ha hecho desde 2023-2024 cambios en el diseño para menores. En concreto: 1. Cuentas privadas por defecto para menores; 2. Limitación de mensajes directos entre adultos y menores que nos e siguen mutuamente; 3. Reducción del contenido "·potencialmente dañino" en la *feed de Explore* para adolescentes; y 4. Meta ha publicado informes sobre el impacto de sus algoritmos en menores, incluyendo temas relativos a la autoestima o la salud mental.

[21] La Comisión Europea en abril de 2024 inicio una investigación formal contra Tik Tok ante posibles infracciones de la DSA relacionadas, precisamente, con menores. Se comprobó: 1. Una insuficiente verificación de la edad: Tik Tok no garantizaba que los usuarios menores de 13 años no accedieran a la plataforma; 2. Publicidad personalizada: había sospechas que Tik Tok continuaba mostrando anuncios personalizados a menores. Algo que, como bien sabemos, esté prohibido en el Reglamento; y 3. Diseño adictivo: se investigó si el diseño de Tik Tok (*scroll* infinito, recompensar visuales) perjudicaban la salud metal de los menores y adolescentes.

[22] El artículo 3 letra j): "motor de búsqueda en línea" es: "un servicio intermediario que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta de voz, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido que es objeto de la consulta".

[23] En cuanto las grandes plataformas, los sistemas de inteligencia artificial destinado a la influencia política, el DSA y el Reglamento Europeo sobre Transparencia y Segmentación de Publicidad Política (RTSPP), vid, CERNADA BADÍA, R. "Grandes plataformas y sistemas de inteligencia artificial destinados a la influencia política: la intersección entre la "Ley de Servicios Digitales" y el Reglamento de inteligencia artificial desde la perspectiva del riesgo". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 393 señala al respecto que "el tratamiento que realiza el RIA respecto a VLOPs y sistemas destinado a la influencia política resulta adecuado en términos sistemáticos y responde de forma más precisa a la lógica de la normativa aplicable, centrada en el proveedor/responsable del despliegue en el caso del RIA y en el usuario final respecto a la DSA y el RTSPP— estas distintas perspectivas resultan complementarias en la valoración global de los riesgos subyacentes al uso de sistemas de IA en plataformas digitales".

[24] El artículo 3 letra u) define "condiciones generales" como: "todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio".

[25] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. y FERNÁNDEZ HERNÁDNDEZ, C. (2024). "Publicidad digital y menores: una visión integrada de la Ley de Servicios Digitales y el Reglamento de Inteligencia Artificial (manipulaciones y conductas prohibidas, riesgos sistémicos en grandes modelos del lenguaje", *op. cit.*, pp. 4-5 siguiendo a Michael Lavi describen distintos procedimientos de manipulación publicitaria que sustenta la exigibilidad de responsabilidad civil a las plataformas que causan daños a los menores. Las sitúan en el contexto de llamado capitalismo de vigencia y el uso de algoritmos para dirigir contenido a usuarios, incluyendo niños: "1. Personalización a través de algoritmos; (…) 2. Explotación de vulnerabilidades emocionales; (…) 3. "Framig" (encuadre); (…) 4. Sistemas de recomendación; (…) 5. Manipulación del proceso de pensamiento intuitivo; (…) 6. Creación de contexto de vulnerabilidad; (…) 7.

Uso de datos biométricos; (…) 8. Explotación de sesgos cognitivos; (…) y, 9. Influencia en las decisiones".

[26] El artículo 96 relativo a los Códigos de conducta para tratamiento adecuado de menores en noticiarios y programas de contenido informativo de actualidad dispone que. "La autoridad audiovisual competente promoverá entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, lineal y a petición, la adopción de códigos de conducta con el fin de dar un tratamiento adecuado a los menores en noticiarios y programas de contenido informativo de actualidad en los que: a) Se informe de que un menor de edad se ha visto involucrado, de cualquier modo, en una situación de riesgo o violencia, incluso si no llega a ser un hecho constitutivo de delito; b) Aparezcan menores en situaciones de vulnerabilidad".

[27] El artículo 98 bajo la rúbrica de calificación de los programas audiovisuales establece que: "1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, lineal o a petición, están obligados a que los programas emitidos dispongan de una calificación por edades, visible en pantalla mediante indicativo visual y fácilmente comprensible para todas las personas. 2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia firmará un acuerdo de corregulación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2, entre otros, con los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, lineal y a petición y con los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, garantizando la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones representativas de los usuarios de los medios, con el fin de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo; 3. Cuando el acuerdo de corregulación previsto en el apartado anterior pueda afectar a la calificación de los programas y a la recomendación de visionado en función de la edad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia solicitará a la autoridad audiovisual competente, al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales y a los órganos correspondientes de la Comunidades Autónomas con competencia en la materia, la emisión de un informe preceptivo sobre el mismo; 4. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, lineal y a petición, cumplimentarán los campos de los descriptores de forma que las Guías Electrónicas de Programas, previstas en la normativa de telecomunicaciones, y/o los equipos receptores muestren la información relativa al contenido de los programas; 5. Los prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual respetarán y mantendrán la información y los descriptores presentes en las Guías electrónicas de programas, previstas en la normativa de telecomunicaciones, de los servicios que comercializan; 6. Los apartados anteriores no serán de aplicación a los servicios de comunicación audiovisual ofertados de forma exclusiva en otro Estado miembro de la Unión Europea siempre que el prestador haya demostrado a la autoridad audiovisual competente que la protección de los menores frente a contenidos dañinos o perjudiciales se ajusta al nivel de protección establecido en el presente artículo; 7. Las autoridades audiovisuales competentes de ámbito autonómico podrán formalizar acuerdos de corregulación con los prestadores del servicio de comunicación audiovisual autonómico, con objeto de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo".

[28] El artículo 99 añade que: "2. el servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal en abierto tiene las siguientes obligaciones para la protección de los menores del contenido perjudicial: a) Se prohíbe la emisión de programas o contenidos audiovisuales que contengan escenas de violencia gratuita o pornografía. b) La emisión de otro tipo de programas o contenidos audiovisuales que puedan resultar perjudiciales para los menores exigirá que el prestador forme parte del código de corregulación que se prevé en el artículo 98.2 y disponga de mecanismos de control parental o sistemas de codificación digital. c) Los programas cuya calificación por edad "No recomendada para menores de dieciocho años" solo podrán emitirse entre las 22:00 y las 6:00 horas. 3. El servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal de acceso condicional tiene las siguientes obligaciones para la protección de los menores del contenido perjudicial: a) Formar parte del código de corregulación previsto en el artículo 98.2. b) Proporcionar mecanismos de control parental o sistemas de codificación digital. 4. El servicio de comunicación audiovisual televisivo a petición tiene las siguientes obliga-

ciones para la protección de los menores del contenido perjudicial: a) Incluir programas y contenidos audiovisuales que puedan incluir escenas de pornografía o violencia gratuita en catálogos separados. b) Formar parte del código de corregulación previsto en el artículo 98.2. c) Proporcionar mecanismos de control parental o sistemas de codificación digital. 5. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal en abierto y de acceso condicional solo podrán emitir programas relacionados con el esoterismo y las paraciencias, basados en la participación activa de los usuarios, entre la 1:00 y las 5:00 horas, y tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los delitos que puedan cometerse y los daños que puedan causarse a través de dichos programas. 6. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo lineal en abierto y de acceso condicional solo podrán emitir programas de actividades de juegos de azar y apuestas entre la 1:00 y las 5:00 horas, salvo los sorteos de modalidades o productos de lotería cuya comercialización está reservada en exclusiva a los operadores designados al efecto por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, o por la correspondiente legislación autonómica, que podrán ser emitidos sin sujeción a la mencionada limitación horaria.

Quedan igualmente excluidos de la limitación sobre franjas horarias establecida en el párrafo anterior los juegos de concursos emitidos por esos mismos prestadores, según la definición de esos juegos dada por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, o por la legislación autonómica correspondiente, siempre que esos juegos estén conexos o subordinados a la actividad ordinaria de esos prestadores y, además, no se utilice su difusión para promocionar, de forma directa o indirecta, ninguna otra actividad de juegos de azar o de apuestas.

En fin, el artículo 100 referido al contenido audiovisual especialmente recomendado para menores dispone que: "La autoridad audiovisual competente pondrá en marcha actuaciones dirigidas a fomentar la producción y emisión de programas especialmente recomendados para menores de edad, adaptados a su edad, madurez y lenguaje que promuevan su desarrollo y bienestar integral".

[29] JIMENEZ LÓPEZ, J. (2024). "El Reglamento de Inteligencia Artificial y el Reglamento general de protección de datos". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 159-160.

[30] ARGELICH COMELLES, C. (2025). "La proyectada Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entonos digitales: del control parental defectivo a las obligaciones del fabricante", *Actualidad Civil, nº 5, mayo*, p. 9.

[31] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de septiembre de 2018 (Roj. STS 3221/2018; ECLI:ES:TS:2018:3221); y, de 27 de noviembre de 2023 (Roj. STS 5133/2023; ECLI:ES:TS:2023:5133).

[32] Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 7 de febrero de 2018 (Roj. ATS 732/2018; ECLI:ES:TS:2018:732A); y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 de enero de 2019 (Roj. STS 19/2019; ECLI:ES:TS:2019:19); de 22 de junio de 2020 (Roj. STS 2031/2020; ECLI:ES:TS:2020:2031); de 17 de septiembre de 2020 (Roj. STS 4159/2020; ECLI:S:TS:2020:4159); de 27 de noviembre de 2020 (Roj. STS 4016/2020; ECLI:ES:TS:2020:4016); de 21 de diciembre de 2023 (Roj. ST 5992/2023; ECLI:ES:ST:2023:5992); y, de 4 de marzo de 2024 (Roj. STS 1401/2024; ECLI:ES:TS:2024:1401).

[33] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de julio de 2022 (Roj. STS 3207/2022; ECLI:ES:TS:2022:3207).

[34] Vid., el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 adoptado el 13 de julio de 2011 (WP 187), p. 12.

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016,5718); y, de 20 de diciembre de 2023 (Roj. STS 5778/2023; ECLI:ES:TS:2023:5778); y la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2018 (JUR 2019,27374).

[35] En el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, pp. 9-10 y 27 señala al respecto que, el concepto de consentimiento está vinculado a la idea de que el interesado debe controlar el uso que se hace de sus datos. Asimismo, el consentimiento está relacionado con el concepto de autodeterminación y la transparencia es una condición para la posesión del control y de validez del consentimiento. Para ser válido el consentimiento debe estar informado y, la obtención del consentimiento antes del comienzo del tratamiento de los datos constituye una condición fundamental para legitimar el tratamiento de datos. Es fundamental utilizar el consentimiento "en el contexto adecuado". Para ser válido, el consentimiento debe ser específico. Y un consentimiento informado por parte del interesado supone un consentimiento basado en la apreciación y comprensión de los hechos y consecuencias de una acción.

En cuanto a los parámetros de privacidad por defecto de una red social a los que los usuarios no acceden necesariamente al utilizarla, permiten a la totalidad de la categoría "amigos de amigos" hacer que, toda la información personal de cada usuario puede ser vista por todos los "amigos de amigos" señala el Dictamen que, los usuarios que no desean que su información sea vista por los "amigos de amigos" tienen que pulsar un botón. El responsable del tratamiento considera que, si se abstiene de actuar o no pulsan el botón han consentido en que se puedan ver sus datos. Sin embargo, es muy cuestionable que no pulsar el botón signifique que por lo general las personas *consienten* en que su información pueda ser vista por todos los amigos de amigos. Debido a la incertidumbre en cuanto a si la inacción significa consentimiento, el hecho de no pulsar no puede considerarse consentimiento inequívoco. Este ejemplo como aclara el citado Dictamen ilustra el cado de la persona que permanece pasiva (por ejemplo, inacción o "silencio"). Por lo que, el consentimiento inequívoco no encaja bien con los procedimientos para obtener el consentimiento a partir de la inacción o el silencio de las personas: el silencio o la inacción de una parte es intrínsecamente equívoco (la intención del interesado podría ser de asentimiento o simplemente no realizar la acción).

[36] En esta línea, VALDECANTOS, M. (2018). "El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Actualidad Civil, número 5, mayo*, p. 8.

[37] Se aplica a todos los menores que, se encuentren en la Unión Europea —el artículo 3 apartado 2 del Reglamento antes de la corrección de errores se refería a los interesados que residían en la Unión, ahora que tras la misma, la redacción definitiva basta que se encuentren en la Unión Europea—. Los menores son interesados (personas físicas) cuyo tratamiento de datos realizado por los responsables o encargados del tratamiento va a ser objeto de protección.

[38] El Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas) del Grupo de Trabajo del Artículo 29, emitido el 11 de febrero de 2009 (WP 160), pp. 2-6 y 11-12 debe considerarse en el contexto de la iniciativa general de la Comisión Europea que se describe en la Comunicación "Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia", pretende reforzar el derecho fundamental de los niños a la protección de datos personales. El objeto de este Dictamen es analizar los principios generales que se aplican a la protección de los datos de los niños, así como explicar su pertinencia en un sector crítico específico como el de los datos escolares. Se indica que, un niño es una persona mayor de 18 años, salvo si ha adquirido la mayoría de edad legal antes de esa edad. Desde un punto de vista estático, el niño es una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica. Desde el punto de vista dinámica, se encuentra en un proceso de desarrollo físico y mental que le convertirá en adulto. Los derechos del niño y su ejercicio —incluso el derecho de protección de datos— deben expresarse teniendo presente ambas perspectivas. Por otra parte, el principio de interés superior del menor presenta dos aspectos: en primer lugar, el principio que exige que la intimidad de los niños se proteja de la mejor manera posible mediante la aplicación, en la medida de lo posible, de los derechos de protección del niño y su derecho a la intimidad entren en conflicto. En estos casos, los derechos de protección de datos podrán dejar paso al principio del

interés superior. Al ser el niño una persona todavía en desarrollo, el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos, debe adaptarse al nivel de su desarrollo físico y psicológico. Los niños no solo están en proceso de desarrollo, sino que tienen derecho a este desarrollo. La regulación jurídica de este proceso varía según los Estados, pero todas las sociedades deben tratar a los niños según el grado de madurez. Cuando el tratamiento de los datos de un niño haya requerido el consentimiento de su representante legal, al alcanzar la mayoría de edad el niño podrá retirar su consentimiento. Pero si desea que continúe el tratamiento de sus datos, parece que el interesado deberá dar si consentimiento expreso siempre que se le requiera. Finalmente, el derecho de acceso lo ejerce el representante legal del niño, pero siempre en el interés de éste. En función de grado de madurez del niño, este derecho se ejercerá en su nombre y conjuntamente con el niño. En ciertos casos, el niño puede ejercer sus derechos por sí mismo.

[39] El considerando número 58 del Reglamento establece al respecto que "dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender".

[40] El artículo 4 apartado 25 del Reglamento define el servicio de la sociedad de la información como "todo servicio conforme a la definición del artículo 1 apartado 1 letra b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento y del Consejo".

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre, asunto C-108/09 (KER/Optoka), apartados 22 y 28 ha señalado que servicios de la sociedad de la información incluye los contratos y otros servicios que se celebran o transmiten en línea. Cuando un servicio tenga dos componentes independientes desde el punto de vista económico, siendo una el componente en línea, como la oferta y la aceptación de una oferta en el contexto de la celebración de un contrato o la información relacionada con productos o servicios, incluidas las actividades de mercadotecnia, este componente se definirá como servicio de la sociedad de la información. El otro componente, que sería la prestación física o la distribución de bienes, no estará incluido en la noción de servicios de la sociedad de la información. La prestación de un servicio en línea formaría parte del ámbito de aplicación del término servicio de la sociedad de la información que se contiene en el artículo 8 del Reglamento.

[41] El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 "(…) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad".

[42] El auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Massamagrell de 27 de abril de 2020 (JUR 2023,263336) no ha lugar de atribuir la facultad de decidir a ninguno de los progenitores sobre la prestación de consentimiento del menor para la cesión de sus datos personales en redes sociales o la cesión de su propia imagen en la web ixbi.es, pudiendo consentirlo el menor por sí mismo al ser un menor mayor de 14 años.

[43] GARCÍA HERRERA, V. (2018). "El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)", *LA LEY Derecho de Familia, n*úmero 20, octubre-diciembre, pp. 6-7; en esta línea, REYES MÉNDEZ D. (2019). "El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autentificación: la necesidad de una respuesta tecnológica", *Diario La Ley, número 9335, sección Tribunal, 11 enero,* p. 3.

En el Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (WP 160), p. 6 se indica al respecto que "gradualmente, los niños pueden llegar a ser capaces de participar en la toma de decisiones que les conciernen. A medida que crecen deben participar con más regularidad en el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos.

[44] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J (2015). "La patria potestad". En: M. Garrido De Palma (coord.) *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV Familia, vol. 2, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 143.

[45] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009,2788).

[46] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018 (RJ 2018,28).

[47] MARTOS DÍAZ, N. (2019). "Principios (artículos 6-11 del RGPD. Artículos 4-10 de la LOPDGDD)". En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch, p. 340 precisa al respecto que "a día de hoy, hay escasos mecanismos tecnológicos que pueden verificar la identidad jurídica de una persona y los que hay no están accesibles para cualquier ciudadano que utilice los servicios de la sociedad de la información".

[48] Por su parte, GARCÍA HERRERA, V. (2018). "El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)", *op. cit.*, p. 11 plantea la posibilidad que el menor que no puede prestar el consentimiento por sí solo, engañe al responsable del tratamiento, falsificando su DNI o falsificando la firma de sus representantes legales y presentando su DNI sin su consentimiento e incluso, sin su conocimiento. Para evitar esto, propone que "a los mecanismos previos de verificación del consentimiento, se podrían añadir otros aptos para llevar a cabo dicha comprobación *a posteriori*", así señala que "una vez facilitado el consentimiento por parte de los representantes legales, el responsable del tratamiento podría enviar un correo electrónico o un fax a la Dirección de e-mail o número de teléfono-fax facilitado por aquéllos en el formulario de consentimiento, para que respondan ratificando su declaración de voluntad, e incluso podrían hacer una llamada al número de teléfono proporcionado, con el mismo propósito".

[49] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (RJ 1987,5809); de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9223); y, de 9 de julio de 2002 (RJ 2002,5905); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996,358); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6ª, de 22 de julio de 1996 (AC 1996,1313); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, de 2 de octubre de 1998 (AC 1998,2037) ejercicio conjunto y función establecida en beneficio de los hijos; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999,3913) función al servicio del hijo; de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (AC 1999,2279); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1ª, de 22 de junio de 1999 (AC 1999,8394); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000,157); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 26 de enero de 2012 (JUR 2012,329118); y, los autos de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de octubre de 2017 (JUR 2017,308428) donde se sobreseen las actuaciones por no revestir caracteres de infracción penal la revisión de las conversaciones de WhatsApp de su hija en presencia de la propia menor. Tal revisión se ejercita confirme el artículo 154 del CC que contiene, en relación con la patria potestad, la obligación de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral. El desarrollo de las redes sociales —como lo es WhatsApp— requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la intimidad de los menores. Por lo que, hay ausencia de los requisitos típicos del artículo 194 del CP (descubrimiento de secreto), ni puede hablarse de falta de consentimiento, ni calificarse los mensajes como datos "reservados" atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor que ésta no quiera que el padre conociera. Tampoco se da el elemento subjetivo de voluntad del denunciado en descubrir secreto o vulnerar la intimidad de la menor; y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2019 (JUR 2019,150994) oposición de la madre apelante a la publicación de fotos de la niña por parte del padre en redes sociales. El consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil, siendo en otro caso su representante legal quien habría de otorgarlo comunicando previamente al Ministerio Fiscal. La difusión y publicación de fotografías de la menor requiere en este caso el consentimiento de ambos progenitores. Es a sus progenitores a quienes, en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, incumbe llevar a cabo un control parental en el uso de las nuevas tecnologías por parte de sus hijos menores de edad.

[50] Precisamente, en este deber de velar por los hijos y sobre la base de un control parental, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015,6401) se ha considerado lícito el acceso a la cuenta abierta por su hija menor en una red social por parte de su madre sin contar con su anuencia ante la sospecha que pudiera ser víctima de un delito de ciberacoso o *Child Grooming* argumentando la Sala que "estamos hablando de un madre que, es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabría excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en caso como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la padre ante hechos de esta naturaleza, contrariarían los deberes que le asigna por la legislación civil". Además señala la citada resolución que "se trata de una actividad delictiva no agotada sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar" y "la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esta intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia *ex post*), sino que además ha refrendado con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en los que constitutiva una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuridicidad".

[51] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484); de 5 de noviembre de 2003 (RJ 2003,8026); de 9 de julio de 2004 (RJ 2004,5246); y, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700).

[52] Vid., las Directrices sobre consentimiento, p. 29.

[53] Vid., las Directrices sobre consentimiento, p. 30.

[54] BRITO IZQUIERDO, N. (2017). "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil, número 5, mayo, 2018*, pp. 9-11; de la misma autora (2017). "Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos", *LA LEY Derecho de Familia, Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, pp. 7-8. También hace referencia a la normativa COPPA, REYES MÉNDEZ, D. (2019). "El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autentificación: la necesidad de una respuesta tecnológica", *op. cit.,* p. 8.

[55] Como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* pp. 75-76 deducida de la conducta del otro progenitor. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 14 de mayo de 2014 (JUR 2014,219141); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 4 de junio de 2014 (JUR 2014,240175) cotitularidad conjunta. Debe considerarse como la medida más normal de ejercicio de la patria potestad.

[56] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 154 del Código Civil". En: R. Bervovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* T. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 1593 quien añade que "esto no debe impedir que el padre actuante, en un ejercicio correcto y leal comunique inmediatamente su decisión al otro".

[57] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 154 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1599 que, además entiende que "habrá también que valorarse también la naturaleza del acto que se trata, pues no sería lo mismo la que resulta exigida para un acto ordinario o cotidiano que para un acto extraordinario (realizar un acto de disposición)"; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). "La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 7ª ed., Madrid: Edisofer, p. 403; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* p. 94 señalan que, con esta norma se facilita el tráfico jurídico y se evita que se impugnen los actos llevados a cabo por uno de los progenitores.

[58] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 11 de junio de 1993 (AC 1993,1898).

[59] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 13 de enero de 2020 (JUR 2020,51511) se prohíbe la difusión de imágenes de la hija de la pareja en redes

sociales sin el previo consentimiento de ambos progenitores o con la autorización de juez en caso de desacuerdo; y asimismo, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Aoiz/Agoitz de 8 de febrero de 2021 (JUR 2021,142537) se prohíbe a la pareja actual del padre subir imágenes de los hijos de la demandante en redes sociales. Prohibición que se hace extensiva a las futuras parejas que puedan tener cualquiera de los dos progenitores.

[60] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 18 de septiembre de 2000 (AC 2001,37); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 5 de noviembre de 2015 (JUR 2015,297307).

[61] Roj. STS 467/2023; ECLI:ES:TS:2023:467.

[62] TINTORÉ GARRIGA Mª.P. (2017). "Sharenting y la responsabilidad parental", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, p. 2 se refiere, precisamente, a los "Padres Shareng" y señala que "actualmente, varios estudios concluyen que un porcentaje muy elevado de padres sube imágenes de sus hijos a redes sociales diariamente, siendo muy reducido el de aquellos que nunca han colgado ninguna fotografía de sus hijos". Los estudios, añade la autora también advierten que "el 80% de los bebés tiene presencia en internet al cumplir los seis meses de edad y el 25% incluso antes de haber nacido. Las motivaciones de los padres son muy diversas: tener informados a amigos y familiares sobre las actividades de sus hijos un 56%; mostrar el afecto hacia sus hijos un 49%; algunos consideran que es un buen lugar para guardar los recuerdos con un 34%; y otros grupos simplemente por rivalidad con las actividades de los hijos de otros padres, el 25%". Y, respecto a las plataformas más utilizadas y en las cuales se pueden encontrar más fotografías de menores señala la autora son: "Facebook con un 77% de información subida a la red; le sigue Instagram con un 48%; y el resto de plataformas y servicios de mensajería instantánea como Flickr, Twitter, WhatsApp cubren el otro porcentaje". ANDREU MARTÍNEZ, Mª.B. y GRIMALT SERVERA, P. (2024). "Responsabilidad civil, consentimiento y difusión de datos de menores en entornos digitales", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, p. 16 no descartan que un futuro los menores demanden a sus progenitores por esta sobreexposición.

[63] Entre los delitos que se cometen a través de medios tecnológicos podemos citar, el llamado delito de groomimg o Child grooming regulado en el artículo 183 ter del Código Penal en el que un adulto —habitualmente un depredador sexual— contacta con un menor a través de internet, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación con el objeto de crear un vínculo afectivo, intentando ganarse su confianza y concertar un encuentro o una cita con claros fines sexuales. Incluye actuaciones que van desde un acercamiento con empatía y/o engaño, hasta el chantaje para obtener imágenes comprometidas del menor con el objeto de cometer abusos o agresiones sexuales contra el mismo, o de utilizar a los menores con fines exhibicionistas o pornográficos (artículos 183 y 189 del CP); el delito de ciberstalking o acoso reiterado y continuado a través de internet, impidiendo a la víctima desarrollar una vida normal. El delito de stalking o acoso reiterado o insistente no autorizado ni consentido por la víctima que, le impide desarrollar una vida normal, alternando el desarrollo de la misma está previsto en el artículo 172 ter del Código Penal; la usurpación de cuentas en redes sociales y la suplantación de identidad normalmente a través de la creación de perfiles falsos utilizando el nombre e imagen de otra persona que, puede ser un menor para cometer actos delictivos en la red: fraudes, ciberacoso, extorsión; la práctica conocida como "morphing" que es distorsionar, manipular y modificar la imagen de una persona difundida en la red, que puede ser la de un menor, con intenciones sexuales o vejatorias. En fin, las imágenes de los menores se pueden utilizar con fines de pornografía infantil. Vid., sobre tales formas delictivas, TINTORÉ GARRIGA, Mª.P. (2017). "Sharenting y la responsabilidad parental", *op. cit.*, p. 3; GUARDIOLA, M. (2017). "Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, pp. 1-3; POLVOROSA ROMERO, S. (2017). "El acoso escolar llevado a internet: los smartphone y los smarwatch", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, pp. 6 y 8-9; GÓRRIZ ROYO, E.M. (2016).

"*On-line child grooming*" desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del artículo 183 ter) 1º CP". En: Mª. L. Cuerda Arnau (dir.), *Menores y Redes sociales,* Valencia: tirant lo blanch, p. 265; VIDAL HERRERO-VIOR, Mª. S. (2024). "Casuística y regulación legal de la responsabilidad penal de menores infractores en delitos relacionados con la tecnología". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson, pp. 165-173.

[64] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, de 4 de junio de 2015 (JUR 2015,163149) dispone al respecto que "aun encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que, ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrián la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización"; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 12 de mayo de 2016 (JUR 2016,145707) prohíbe el uso de la imagen del menor en redes sociales en contra del criterio de uno de los progenitores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 17 de mayo de 2021 (JUR 2021,183652) condena al padre a pagar 3.000 euros por vulnerar la intimidad y el derecho de imagen de su hija mediante la publicación de fotografías de la menor en internet. La utilización de la menor para exponer su imagen, se considera completamente innecesaria y en apoyo de unas expresiones reivindicativas en el conflicto que mantenía con la madre respecto a la custodia y comunicación con la menor. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 22 de abril de 2015 (JUR 2015,164632) matiza que, cuando la publicación de las fotos de los menores en redes sociales se destinan únicamente a parientes y amigos más cercanos, no se atenta con ello al derecho de imagen del menor. Si bien, recuerda de nuevo que, ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección integral de su hijo, restringiendo la privacidad de las imágenes únicamente a sus familiares y amistades más cercanas. También en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 15 de febrero de 2017 (JUR 2017,82242) pues, ante la falta de prueba que, el acceso a la cuenta fuese pública y el no constar más que la posibilidad de acceso a fotografías realizadas por la abuela a su círculo más íntimo de familiares y amigos entre los que se encontraba la madre y los padres de los niños, no se puede entender que se haya podido vulnerar la intimidad y la propia imagen de los menores por adecuarse el comportamiento de la abuela a los usos sociales más extendidos de publicación de noticias y fotografías de ámbito familiar ente los más allegados; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12ª, de 6 de julio de 2017 (AC 2017,1201) acción de protección del derecho a la propia imagen de su hija menor frente a la conducta del padre y de la abuela paterna consistente en la obtención de determinadas fotografías del menor y su inclusión en los respectivos perfiles de Facebook de los demandados. En dichas fotografías se hace únicamente alarde de cariño y orgullo, en el caso de la abuela por su nieto. Todo ello sin perjuicio que cuando conoció la oposición de la madre, se retiraron las fotografías, por lo que se entiende que no hay intromisión en la intimidad del menor

En un caso de custodia compartida se prohíbe al padre la publicación en las redes sociales de fotografías, hechos o manifestaciones relativos a la intimidad de su hija o de la progenitora, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 6 de julio de 2018 (JUR 2018,273525). Igualmente, se prohíbe para el futuro la publicación de fotografías de la menor en las redes sociales por su padre y la pareja de éste, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 26 de febrero de 2020 (JUR 2020,299802).

[65] Los menores sin tener en cuenta los riesgos que de ello se derivan, han generalizado una práctica de enviarse videos o imágenes con cierto contenido erótico, sexual, lo que puede dar lugar a la sextorsión, esto es, extorsionar a la víctima con la amenaza de difundir o divulgar las imágenes de forma generalizada sin no se cede a determinadas pretensiones económicas. El sexting está regulado en el artículo 197.7 del Código Penal consiste en el envío de contenidos de tipo sexual (fotografías y/o videos) producidos generalmente por el

propio remitente a otras personas por medio de teléfonos móviles; o, en fin, el ciberbullying o el ciberacoso entre escolares. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 1ª, de 5 de junio de 2014 (JUR 2014,258699) señala que, el sexting "supone el envío de imágenes estáticas (folografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consiente en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre (*Fundamento de Derecho Primero*). Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 24 de febrero de 2015 (Roj. STS 823/2015; ECLI:ES:TS:2015:823) en un caso de ciberacoso sexual (grooming); de 27 de marzo de 2017 (Roj. STS 1071/2017; ECLI:ES:TS:2027:1071) y de 15 de enero de 2020 (Roj. STS 69/2020; ECLI:ES:TS:2020:69) en un supuesto de delito sexual a menor de 13 años y child grooming; y, de 31 de octubre de 2024 (Roj. STS 5580/2024; ECLI:ES:TS:2024:5580) en un caso sexting y ciberacoso.

Por su parte, GUARDIOLA, M. (2017). "Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España", *op. cit.,* p. 3 se refiere a un nuevo caso de ciberacoso el llamado "happy slapping" en el que "dos o más acosadores atacan a un menor y en el que además de la agresión física, hay una agresión moral devastadora puesto que esa agresión es grabada y difundida en las redes y a través de Internet". Por su parte, POLVOROSA ROMERO, S. (2017). "El acoso escolar llevado a internet: los smartphone y los smarwatch", *op. cit.,* p. 6 señala que, los últimos estudios sitúan la edad en la que empieza a darse el sexting en niñas de 7 y 8 años; y, como características del ciberbullying señala las siguientes: "1. La víctima sufre un deterioro de la autoestima y dignidad personal dañando su estatus social, provocándole victimización psicológica, estrés emocional y rechazo social; 2. La situación de acoso se dilata en el tiempo: excluyendo las acciones puntuales; 3. El comportamiento por parte del acosador es intencional, no accidental; 4. El medio utilizado para llevar a cabo el acoso es tecnológico: internet y cualquier medio asociados a esta forma de comunicación: telefonía móvil, redes sociales; 5. Puede evidenciarse cierta jerarquía de poder; 6. Es frecuente los episodios de ciberacoso puedan estar ligados a situaciones de acoso en la vida real y de acoso escolar; 7. El alcance 24x7 que hace referencia a que la potencial agresión se puede producir 24 horas al día, los 7 días de la semana; y 8. El anonimato o engaño acerca de la autoría desde el que se puede producir la agresión" (p. 7).

[66] GUARDIOLA, M. "Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España", *op. cit.,* p. 4 se refiere a diversas herramientas de control parental como: Quostodio, Talk Kids, kiddle, Yahoo Kids, Kids place, y Teen Safe entre otras.

[67] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, de 28 de mayo de 2020 (JUR 2020,196683) se sustituye el actual régimen de custodia compartida por guarda y custodia materna del menor, ante la actitud permisiva del padre con las nuevas tecnologías.

[68] Vid., la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 20 de junio de 2017 (TEDH 2017,66); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2015 (RJ 2015,2661); y, de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5324) menores de edad fotografiados en el momento de su recogida por sus padres a la salida del colegio con un ligero difuminado de sus ojos que permiten perfectamente reconocer su rostro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19ª, de 21 de febrero de 2013 (AC 2013,924) fotografía de una menor en una vida al aire libre, siendo una publicación no autorizada por el padre, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3ª, 8 junio 2014 fotografías de una menor junto a sus padres en revista del corazón sin difuminar ni ocultar su rostro; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9ª, de 3 de mayo de 2017 (AC 2017,966) pixelado insuficiente en periódico digital que, no impide el reconocimiento del menor y ausencia de consentimiento; de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 31 de mayo de 2018 (AC 2018,1806); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 5 de julio de 2018 (JUR 2018,265069).

[69] TINTORÉ GARRIGA, Mª.P. (2017). "Sharenting y la responsabilidad parental", *op. cit.*, p. 4 expone dos casos, así señala que "en Austria una joven de 18 años denunció a sus padres por no retirar el álbum de fotos familiares que había colgado en las redes". Y, asimismo, indica que, en Francia el año pasado "las autoridades advirtieron a los padres que la ley prevé

multas de hasta 60.000 euros y hasta un año de cárcel si se difunden fotos de una persona sin su consentimiento". En fin, recuerda la autora que "los menores con la mayoría de edad, también pueden presentar demandas contra sus progenitores por haber subido fotos o videos que consideren denigrantes o dañen su propia imagen".

[70] El Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 5/2006 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, adoptado el 25 de noviembre de 2005 (WP 115), pp. 9-10 señala con respecto a la localización de menores que: "el Grupo ha observado el desarrollo de servicios de localización pata los padres que permiten, por ejemplo, conectarse a un sitio web para conocer el paradero de un hijo al que le han dado un teléfono móvil. Este tipo de servicios plantea una serie de problemas relacionados especialmente con la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos intereses y derechos en juego". Ciertamente, "es muy probable que un servicio por el que se pueda conocer el paradero de sus hijos mediante un teléfono móvil satisfaga los deseos de algunos padres". Por lo que, el Grupo hace un llamamiento para que al menos se vigile la utilización de este tipo de servicios y señala que "se deberían prestar de acuerdo con las normas sobre el tratamiento de datos de localización y de conformidad con la legislación nacional específica relativa a la edad de los menores en cuestión". En consecuencia, señala que "los proveedores de servicios han de introducir los procedimientos apropiados para identificar a las personas que se registren como padres y circunscribir el acceso al servicio a dichas personas".

[71] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996,6722) principio del interés del menor inspirador de todo el régimen; el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, de 14 de junio de 2012 (RJ 2012,8798) interés del menor representa un concepto jurídico indeterminados que se debe precisar en cada caso concreto; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 16 de marzo de 2004 (JUR 2004,106754); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 2 de febrero de 2010 (JUR 2010,186025) principio inspirador de todo el régimen de la patria potestad, y, el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, de 5 de diciembre de 2018 (JUR 2019,37872) cualquier medida que se adopte en relación con el menor tiene presente el interés más digno de protección el del menor.

[72] FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). "Redes sociales y aplicaciones móviles", *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, coordinador J. López Calvo, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 910-911. Para GRIMALT SERVERA P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada: Comares, Granada, pp. 47-48 "no se puede generalizar la consideración de medio de comunicación a los efectos del artículo 4.3 de la LOPJM a toda red social", pero si entiende que aquellas que "tienen vocación de ser públicas y sin fronteras" como por ejemplo Facebook o Twitter pueden ser equiparados, pues, pueden tener el mismo eco que pueda tener un medio de comunicación tradicional, mientras que los que tienen vocación de redes restringidas como whatsapp no responden a criterios de medio de comunicación del artículo 4.3 de la LOPJM, por lo que no les resultará de aplicación".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Segunda, de 2 de junio de 2022 (RJ 2022,3414) considera lugar de la comisión de un delito a los efectos del artículo 48 del CP no sólo a los lugares o espacios físicos, sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en internet.

[73] Vid., el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, p. 5.

En todo caso, como servicios de la sociedad de la información les resulta aplicable el artículo 16.1 de la Ley 34/2002 de 11 de junio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico que, entiende que son responsables de la información almacenada siempre que, tengan conocimiento efectivo que, la información almacena es ilícita. De ahí que, se considere que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución sin perjuicio de los procedimientos de

detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse". Si bien, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2009 (Roj. STS 7684/2009; ECLI:ES:TS:2009:7684) pone de manifiesto que, conocimiento efectivo no solo tiene lugar cuando el órgano competente haya declarado previamente la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y ordenado la retirada de los contenidos, no cabe prescindir que conocimiento efectivo también tiene lugar cuando el mismo se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas el alcance de cualquiera, una afectiva aprehensión de la realidad que se trate. Por lo que, estima que, el propio nombre de la página en la que se incluían los contenidos ya suponía un elemento fáctico de su posible ilicitud y la necesaria actuación del prestador del servicio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 9 de julio de 2009 (JUR 2009,328919) no hay acreditación de connivencia entre los internautas y los administradores de la página. Asimismo, hay una falta de acreditación que los creadores del foro tuvieran un conocimiento efectivo que, la información fuese ilícita. Retirada inmediata de los comentarios tras la comunicación efectuada por la Guardia Civil.

De todas formas, para MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2017). "La protección del honor de los menores en las redes sociales", *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, p. 4 "es obvio que, en estos casos resulta necesario encontrar una posición de equilibrio en la posición del titular de la red social que, se debate entre sus posibilidades de control y la elevada exigencia que ello puede suponer".

[74] El Grupo de Trabajo del Artículo 29 recomienda con respecto a la información que deben proporcional los servicios de redes sociales que: "1. Los proveedores de SRS adviertan adecuadamente a los usuarios sobre los riesgos de ataque a su intimidad y a la de otros cuando ponen información en línea en los SRS; 2. Los SRS recuerden a sus usuarios que poner en línea información relativa a otras personas puede perjudicar su derecho a la intimidad y a la protección de datos; y, 3. Los SRS aconsejen a sus usuarios que no pongan en línea fotografías o información relativa a otras personas son el consentimiento de éstas". Vid., el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, p. 8.

[75] GUTIÉRREZ MAYO, E. (2024), "La figura del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos digitales". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson, p. 83 señala que "según un Estudio Anual de Redes Sociales de la AIB Spain, publicado en mayo de 2023 en España, un 85% de los internautas mayores de edad (entre los 12 y 74 años) utilizan las redes sociales, lo que representa 30,2 millones de usuarios, en el caso de los jóvenes (entre 18-24 años) este porcentaje aumenta hasta el 94%". Y añade la autora que "las redes sociales más visitadas/utilizadas en España son: whatsApp (87%), Facebook (65%), Instagram (65%), Youtube (63%) y Twitter (38%), Telegram (33%), TikTok (32%). Telegram, Linkedln y TikTok son las redes que más crecen en usuarios respecto a 2022".

[76] En esta línea, vid., CABALLERO, A. (2024). "Mercantilización de los datos de los menores por las plataformas de redes sociales", *op. cit.*, pp. 5-7.

[77] Vid., El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, p. 5.

[78] Vid., El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, pp. 31-36.

[79] El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) ha adoptado en su reunión plenaria de abril unas directrices sobre el tratamiento de datos personales mediante tecnología blockchain (*Guidelines 02/2025 on processing of personal dato though blokchain technologies*). Estas directrices están sometidas a consulta pública hasta el 9 de junio de 2025, dando a las partes interesadas la posibilidad de presentar sus observaciones. Blokchain es un registro digital distribuido que permite validar transacciones y garantizar la integridad de los datos sin una autoridad central. También permite esta tecnología manjar y transferir datos de forma segura garantizando su integridad y trazabilidad. Precisamente, en sus directrices, el Comité

explica cómo funcionan las cadenas de bloques, evaluando las diferentes arquitecturas posibles y sus implicaciones para el tratamiento de datos personales. Estas directrices destacan la importancia de aplicar medidas técnicas y organizativas en las primeras fases del diseño del tratamiento. Además, destacan que las organizaciones deben llevar a cabo una evaluación de impacto sobre la protección de datos (EIPD) antes de tratar datos personales mediante tecnologías de blokchain cuando sea probable que el tratamiento suponga un alto riesgo para los derechos y libertades de personas. En fin, las directrices ofrecen ejemplos de diferentes técnicas de minimización de datos, así como de tratamiento y almacenamiento de datos personales. asimismo, el Comité destaca la importancia de los derechos de las personas, especialmente en materia de transparencia, rectificación y supresión de datos personales.

[80] Aclara el considerando número 12 del RIA que: "El término "basado en una máquina" se refiere al hecho de que los sistemas de IA se ejecutan en máquinas. La referencia a objetivos explícitos o implícitos subraya que los sistemas de IA pueden funcionar con arreglo a objetivos definidos explícitos o a objetivos implícitos. Los objetivos del sistema de IA pueden ser diferentes de la finalidad prevista del sistema de IA en un contexto específico". A esto añade que "otra característica principal de los sistemas de IA es su capacidad de inferencia. Esta capacidad de inferencia se refiere al proceso de obtención de resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos y virtuales, y a la capacidad de los sistemas de IA para deducir modelos o algoritmos, o ambos, a partir de información de entrada o datos. Las técnicas que permiten la inferencia al construir un sistema de IA incluyen estrategias de aprendizaje automático que aprenden de los datos cómo alcanzar determinados objetivos y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento que infieren a partir de conocimientos codificados o de una representación simbólica de la tarea que debe resolverse. La capacidad de inferencia de un sistema de IA trasciende el tratamiento básico de datos, al permitir el aprendizaje, el razonamiento o la modelización". En fin, asimismo, se indica que "los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía, lo que significa que pueden actuar con cierto grado de independencia con respecto a la actuación humana y tienen ciertas capacidades para funcionar sin intervención humana. La capacidad de adaptación que un sistema de IA podría mostrar tras su despliegue se refiere a las capacidades de autoaprendizaje que permiten al sistema cambiar mientras está en uso. Los sistemas de IA pueden utilizarse de manera independiente o como componentes de un producto, con independencia de si el sistema forma parte físicamente del producto (integrado) o contribuye a la funcionalidad del producto sin formar parte de él (no integrado)".

Por su parte, COTINO HUESO, L. (2024). "¿Qué es "inteligencia artificial" para el Reglamento?. Análisis, delimitación y aplicaciones prácticas". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 120 aclara a lo expuesto que "hay que partir que no todo sistema informático que permite procesos o decisiones automatizados es *automáticamente* IA. No se consideran "inteligencia artificial" aunque pueden razonar o modelar automáticamente. Ello es importante si el sistema de decisiones automatizado no es un Sistema de IA, aunque se utilices para un caso de uso y finalidades de alto riesgo (anexo III), quedará también fuera de la aplicación del RIA".

[81] Para BARRIO ANDRÉS, M. (2024). "Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia artificial". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 35-36 "la definición no pretende abarcar los sistemas de software o enfoques de programación tradicionales más sencillo y el RIA habilita a la Comisión para que elabore directiva sobre su aplicación que resultarán en este punto fundamentales". A lo que añade que "la definición positivizada en el RIA pretende reflejar el consenso científico que los objetivos de un sistema de IA pueden ser *explícitos* (por ejemplo, cuando están directamente programados en el sistema por un desarrollador humano) o *implícitos*, o cuando el sistema es capaz de aprender nuevos objetivos)". Por su parte, MARTÍN CASALS, M. (2023). "Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsa-

bilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial", *Indret, núm. 3*, p. 61 señala que esta definición "(…) se quiere basar en características clave de la inteligencia artificial, como sus capacidades de aprendizaje, razonamiento o modelado, para distinguirla de sistemas de software o enfoques de programación más simples. Dado que los sistemas de IA están diseñados para operar con diferentes niveles de autonomía, la definición requiere que el sistema tenga al menos cierto grado de independencia de las acciones de los controles humanos y de las capacidad para operar sin intervención humana".

[82] Un análisis de la clasificación y gestión de riesgos previsto en el RIA, vid., CAMPOS ACUÑA, C. (2024). "Las 15 claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (AI Act) (1)", *El Consultor de los Ayuntamientos, de 15 de julio*, pp. 3-5.

[83] Un grupo de investigadores del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) presenta una base de datos denominada "Repositorio de Riesgos de la IA" con 777 riesgos asociados a la IA extraídos de 43 taxonomías. Se describe la iniciativa "adoptar la IA puede estar plagado de peligros. Los sistemas pueden ser tendenciosos, repetir falsedades, o incluso volverse adictivos".

[84] Para un tratamiento más amplio de la materia, vid., FERNÁDEZ HERNÁNDEZ, C. (2024). "Comentario al artículo 6 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia, tirant lo blanch, pp. 184 a 205. En relación con los sistemas de categorización biométrica señala que "es uno de los aspectos en los que el RIA colisiona con el RGPD, en concreto con el artículo 9" (p. 201). Por su parte, ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (2024). "El reconocimiento biométrico en el Reglamento de inteligencia artificial: exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 234 después de analizarlos sistemas de reconocimiento biométrico, lleva a cabo una crítica "por cuanto se refiere al reconocimiento biométrico automatizado, el RIA no pasará a la historia por su grandes aportaciones. Cuanto texto, para decir tan poco y tan mal. Tan pronto parece que entra a regular algún supuestos, inmediatamente se enreda en tanto matices y salvedades que resulta muy penoso llegar a determinar el alcance real de sus preceptos". En esta línea, SIMÓN CASTELLANO, P. (2024). "El resto de los sistemas de inteligencia artificial prohibidos o inaceptables en el Reglamento de Inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 286-287 tas indicar que el Comité Europeo de Protección de Datos ha realizado un cambio interpretativo con sus directrices de 2022 y la AEPD ha exteriorizado ese cambio de criterio en la Guía de Tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos de 23 de noviembre de 2023; a juicio del autor "esta guía de la AEPD supone un freno u óbice insalvable para que las empresas puedan apoyarse en determinados sistemas para cumplir con la obligación legal de mantener un control de jornada horaria, que cabe recordar es un derecho de los trabajadores y una obligación empresarial".

[85] Un análisis más profundo de la materia, vid., GONZÁLEZ MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2024). "Comentario al artículo 6 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 207-227. Por su parte, COTINO HUESO, L. (2024). "Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 313 precisa que "se ha expuesto que ya no hay automatismo por el que si el sistema tiene una de las 25 finalidades del Anexo III pasa a ser automáticamente un SAR. En la evolución del RIA se ha incorporado el requisito que el sistema de IA debe tener una influencia sustancial en la toma de decisiones. Así, se considera que un sistema de IA influye sustancialmente en la toma de decisiones si sus resultados afectan directamente decisiones importantes para las finalidades dl Anexo III". A lo que añade "afortunadamente, este criterio se ha regulado de modo mucho más perfilado que las daciones únicamente automatizada del

artículo 22 del RGPD. Este criterio es esencial para determinar la clasificación de alto riesgo y, por tanto, si aplican las obligaciones correspondientes".

[86] Como precisa en esta línea, CASTILLO PARRILLA, J.A. (2024). "Inteligencia artificial de uso general, modelos fundacionales (y "Chat GPT") en el Reglamento de Inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi., pp. 775-776 "los modelos IA de uso general son modelos IA entrenados con gran cantidad de datos utilizando supervisión a gran escala que presenta un grado considerable de generalidad y son capaces de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas así como integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores. (…) Un modelo IA uso general presenta riesgo sistémico si tiene capacidades de gran impacto (de acuerdo con el Anexo XIII RIA, que podrán actualizarse según la evolución técnica) o si presenta unas repercusiones potenciales considerables en el mercado interior debido a su alcance". En fin, indica que "los modelos de IA generativa, por su parte, presenta ciertos retos relacionados con la responsabilidad civil derivada del uso de la IA, la desinformación, la protección de datos personales y la propiedad intelectual". Respecto al tratamiento de datos personales manifiesta que: "los problemas se refieren a si y cómo deben tratarse los datos personales tanto en el entrenamiento de las herramientas de la IA como posteriormente en su uso".

[87] Los considerandos 99 y 100 del RIA establecen respectivamente: "Los grandes modelos de IA generativa son un ejemplo típico de un modelo de IA de uso general, ya que permiten la generación flexible de contenidos, por ejemplo, en formato de texto, audio, imágenes o vídeo, que pueden adaptarse fácilmente a una amplia gama de tareas diferenciadas" y "Cuando un modelo de IA de uso general esté integrado en un sistema de IA o forme parte de él, este sistema debe considerarse un sistema de IA de uso general cuando, debido a esta integración, el sistema tenga la capacidad de servir a diversos fines. Un sistema de IA de uso general puede utilizarse directamente e integrarse en otros sistemas de IA".

[88] Para un tratamiento más amplio de la materia, vid., RECIO GAYO, M. (2024). "Comentario al artículo 16 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 311 a 322; y, asimismo PALMA ORTIGOSA, A. (2024). "Régimen general de obligaciones de proveedores y responsables del despliegue en el Reglamento de inteligencia artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 447-471; CHAVELI DONET, E. (2024). "La evaluación de impacto de derechos fundamentales por quienes despliegan sistemas de inteligencia artificial en el Reglamento". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 495-533; SIMÓN CASTELLANOS, P. (2024). "Los sistemas de gestión de riesgos como obligación específica para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en el artículo 9 del Reglamento". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 535-564; RAMÓN FERNÁDEZ, FCA. (2024). "Sistemas de gestión de calidad, documentación técnica y conservación en el Reglamento". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 595-611; y, ARRELLANO TOLEDO, W. y MERCHÁN MURILLO, A. (2024). "La obligación de conservar registros de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de Inteligencia Artificial". En: L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 613-626.

[89] El considerando número 93 del RIA señala que: "(…) Los responsables del despliegue se encuentran en una posición óptima para comprender el uso concreto que se le dará al sistema de IA de alto riesgo y pueden, por lo tanto, detectar potenciales riesgos significativos que no se previeron en la fase de desarrollo, al tener un conocimiento más preciso del contexto de uso y de las personas o los colectivos de personas que probablemente se vean afectados, entre los que se incluyen colectivos vulnerables. Los responsables del despliegue de los

sistemas de IA de alto riesgo que se enumeran en un anexo del presente Reglamento también desempeñan un papel fundamental a la hora de informar a las personas físicas y, cuando tomen decisiones o ayuden a tomar decisiones relacionadas con personas físicas, deben, en su caso, informar a las personas físicas de que son objeto de la utilización de un sistema de IA de alto riesgo. Esta información debe incluir la finalidad prevista y el tipo de decisiones que se toman. El responsable del despliegue también debe informar a las personas físicas de su derecho a una explicación con arreglo al presente Reglamento. Por lo que respecta a los sistemas de IA de alto riesgo que se utilizan a efectos de la garantía del cumplimiento del Derecho, esa obligación debe ejecutarse de conformidad con el artículo 13 de la Directiva (UE) 2016/680".

[90] El considerando número 56 señala, en esta línea, que: "El despliegue de sistemas de IA en el ámbito educativo es importante para fomentar una educación y formación digitales de alta calidad y para que todos los estudiantes y profesores puedan adquirir y compartir las capacidades y competencias digitales necesarias, incluidos la alfabetización mediática, y el pensamiento crítico, para participar activamente en la economía, la sociedad y los procesos democráticos. No obstante, deben clasificarse como de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en la educación o la formación profesional, y en particular aquellos que determinan el acceso o la admisión, distribuyen a las personas entre distintas instituciones educativas y de formación profesional o programas de todos los niveles, evalúan los resultados del aprendizaje de las personas, evalúan el nivel apropiado de educación de una persona e influyen sustancialmente en el nivel de educación y formación que las personas recibirán o al que podrán acceder, o supervisan y detectan comportamientos prohibidos de los estudiantes durante las pruebas, ya que pueden decidir la trayectoria formativa y profesional de una persona y, en consecuencia, puede afectar a su capacidad para asegurar su subsistencia. Cuando no se diseñan y utilizan correctamente, estos sistemas pueden invadir especialmente y violar el derecho a la educación y la formación, y el derecho a no sufrir discriminación, además de perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, determinados grupos de edad, las personas con discapacidad o las personas de cierto origen racial o étnico o con una determinada orientación sexual".

[91] ChaptGPT es un modelo de IA desarrollado por Open AI, basado en la arquitectura de modelos del lenguaje (LLM). Su propósito es generar texto de manera coherente y responder preguntas en un lenguaje natural. Desde su lanzamiento en 2022 ha evolucionado con versiones más avanzadas como GPT-4 yGPT-4 o. Con posterioridad se ha desarrollado otras herramientas de IA (copilot —microsft— y gemini —google—).

Todos estos modelos generales se han integrado en diversas aplicaciones y servicios, permitiendo a los usuarios acceder a respuestas rápidas, generar contenido y mejorar la productividad.

Para un tratamiento más profundo de los modelos de uso general, vid., MUÑOZ GARCÍA, Mª.C. (2024). "Comentarios a los artículos 52 a 55 del Reglamento". En: M. Barrio Andrés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia artificial*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 537 a 582; de la misma autora (2024). "Taxonomía de los modelos de IA de uso general. Probabilidad de generar riesgos de alto impacto y las necesidades de identificarlos". En: J.A. Moreno Martínez y P.J. Femenía López (coords.), *Inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales*, Madrid. Dykinson, pp. 787-816.

[92] El considerando número 93 del RIA señala, al respecto, que: "Aunque los riesgos relacionados con los sistemas de IA pueden derivarse de su diseño, también pueden derivarse riesgos del uso que se hace de ellos. Por ello, los responsables del despliegue de un sistema de IA de alto riesgo desempeñan un papel fundamental a la hora de garantizar la protección de los derechos fundamentales, como complemento de las obligaciones del proveedor al desarrollar el sistema de IA. Los responsables del despliegue se encuentran en una posición óptima para comprender el uso concreto que se le dará al sistema de IA de alto riesgo y pueden, por lo tanto, detectar potenciales riesgos significativos que no se previeron en la fase de desarrollo, al tener un conocimiento más preciso del contexto de uso y de las personas o los

colectivos de personas que probablemente se vean afectados, entre los que se incluyen colectivos vulnerables. Los responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo que se enumeran en un anexo del presente Reglamento también desempeñan un papel fundamental a la hora de informar a las personas físicas y, cuando tomen decisiones o ayuden a tomar decisiones relacionadas con personas físicas, deben, en su caso, informar a las personas físicas de que son objeto de la utilización de un sistema de IA de alto riesgo. Esta información debe incluir la finalidad prevista y el tipo de decisiones que se toman. El responsable del despliegue también debe informar a las personas físicas de su derecho a una explicación con arreglo al presente Reglamento. Por lo que respecta a los sistemas de IA de alto riesgo que se utilizan a efectos de la garantía del cumplimiento del Derecho, esa obligación debe ejecutarse de conformidad con el artículo 13 de la Directiva (UE) 2016/680".

[93] PARDO DE VERA, M.M. (2024). "La incidencia de la inteligencia artificial en los derechos de los menores. Regulación legal y problemática actual". En: D. Rodríguez (coord.), *La protección de la infancia en entornos digitales*, Madrid: Dykinson, p. 125 manifiesta que "la UE considera que Meta es responsable de estimular la adicción en los niños mediante el uso de las llamadas "madrigueras de conejo" (*rabbit hole*), un concepto inspirado en Alicia en el País de las Maravillas". Para la citada autora "las "madrigueras de conejo" describen la situación en la que los usuarios, impulsados por el diseño de algoritmos sofisticados y adictivos, se sumergen en una serie interminable de contenidos relacionados, manteniéndose enganchados durante horas generando una clara adicción".

[94] Informe sobre el desarrollo de un entorno digital seguro para la juventud y la infancia en sus páginas 112-113 señala que, los proveedores que ofrecen plataformas, aplicaciones y servicios, tratan datos personales de sus usuarios. En muchos casos, el modelo de negocio de estas entidades las lleva a intentar alargar las sesiones de los usuarios cuando utilizan sus productos, o a incrementar su nivel de compromiso y la cantidad de datos personales que se recogen sobre ellos. Todos estos factores tendrían un impacto positivo en el retorno de la inversión realizada en el desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y servicios que teóricamente se ofrecen de forma gratuita o a un coste muy reducido. Por este motivo algunos proveedores añaden operaciones adicionales al tratamiento de datos personales de sus usuarios para implementar patrones de diseños engañosos y adictivos cuyo objetivo es manipular las acciones y decisiones de los usuarios. El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) ya abordó los patrones engañosos en el documento "Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them". La AEPD ha llevado a cabo una revisión sistemática de la evidencia científica existente acerca de los patrones adictivos en diferentes plataformas, aplicaciones y servicios (redes sociales, pero también plataformas de vídeo o música, de contenido para adultos, juegos, entornos de aprendizaje, aplicaciones de salud y bienestar, etc.) lo que supone abordar, desde una perspectiva complementaria, nuevos casos de uso, en el "Informe sobre la influencia de los patrones adictivos en Internet", y en especial sobre los menores y adolescentes en julio de 2024 completando las directrices del CEPD mediante un enfoque unificado de los patrones engañosos y adictivos. Los patrones adictivos se han definido como características, atributos o prácticas de diseño que determinan una manera concreta de utilizar plataformas, aplicaciones o servicios digitales y persiguen que los usuarios dediquen mucho más tiempo a utilizarlos o con un mayor grado de compromiso del esperado, pudiendo no ser conveniente o saludable para ellos. El análisis en el documento referenciado muestra cómo el tratamiento de datos personales de los usuarios en numerosas plataformas, aplicaciones y servicios incluyen operaciones específicas —todas ellas engañosas— para aumentar su tiempo de conexión o su nivel de compromiso, de manera que se influya en sus decisiones. Esto les permite utilizar sus datos personales con este fin o para generar nuevos datos y realizar focalización (que permite personalizar con un grado muy fino las estrategias adictivas). Todos estos patrones podrían necesitar datos personales como entrada, recoger o generar nuevos datos personales, o influir en el comportamiento y la toma de decisiones del usuario en el marco del tratamiento de los mismos. La incorporación de operaciones que implementan patrones adictivos a

los tratamientos de datos personales tiene importantes implicaciones para diferentes aspectos relativos a la protección de datos, como la responsabilidad proactiva (accountability), la aplicación efectiva de las obligaciones de protección de datos desde el diseño y por defecto, la transparencia, la licitud, la lealtad, la limitación de la finalidad, la minimización de datos, las decisiones automatizadas que afectan significativamente a los usuarios o el tratamiento de categorías especiales de datos. También implica un riesgo para los derechos y libertades de todos los usuarios. En particular, para el derecho a su integridad física y psíquica, pero también pudiendo provocar discriminación, exclusión, manipulación, socavar la autonomía individual, influir en su proceso de pensamiento, sus emociones, su comportamiento, limitar su libertad de información y expresión, generar autocensura y afectar a la autonomía y desarrollo. Estas consecuencias pueden ser especialmente graves para la infancia y los usuarios y las usuarias más jóvenes.

[95] El considerando número 110 del RIA manifiesta, en este contexto, que: "Los códigos de buenas prácticas deben constituir una herramienta fundamental para el cumplimiento adecuado de las obligaciones previstas en el presente Reglamento para los proveedores de modelos de IA de uso general. Los proveedores deben poder basarse en códigos de buenas prácticas para demostrar el cumplimiento de las obligaciones. Mediante actos de ejecución, la Comisión podrá decidir aprobar un código de buenas prácticas y conferirle una validez general dentro de la Unión o, alternativamente, establecer normas comunes para la puesta en práctica de las obligaciones pertinentes si, para el momento en que el presente Reglamento sea aplicable, no ha podido finalizarse un código de buenas prácticas o la Oficina de IA no lo considera adecuado. Una vez que se haya publicado una norma armonizada y que la Oficina de IA la considere adecuada para cubrir las obligaciones pertinentes, el cumplimiento de una norma armonizada europea debe dar a los proveedores la presunción de conformidad. Además, los proveedores de modelos de IA de uso general deben poder demostrar el cumplimiento utilizando medios alternativos adecuados si no se dispone de códigos de buenas prácticas o de normas armonizadas, o si deciden no basarse en ellos".

[96] Los SVE son soluciones que tienen como fin comprobar que quien está accediendo a cierto contenido online es una persona mayor de edad, pudiendo catalogarse en función del modo utilizado: verificación por declaración de edad, basada Por su parte, los sistemas de verificación de edad (SVE) son soluciones que tienen como fin comprobar que quien está accediendo a cierto contenido online es una persona mayor de edad, pudiendo catalogarse en función del modo utilizado: verificación por declaración de edad, basada en la comprobación de documento oficial-como DNI o tarjeta bancaria—, estimación de edad, o a través de certificados digitales o carteras de identidades.

Para un análisis específico de estos SVE, vid., ALAMILLO-DOMINGO, I. (2024). "La verificación de edad para el acceso a servicios digitales a la luz del nuevo marco de identidad del reglamento EIDAS 2", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, pp. 1-22.

[97] PARDO DE VERA, M.M. (2024). "La incidencia de la inteligencia artificial en los derechos de los menores. Regulación legal y problemática actual", *op. cit*, 2024, p. 124 destaca que "en el ámbito educativo, por ejemplo, los programas que utilizan IA están revolucionando la manera en que los niños aprenden, adaptando materiales a las necesidades de cada alumno o monitorizando su progreso de forma que antes ni siquiera podríamos imaginar". Esto, continúa la autora "permite una educación mucho más personalizada y efectiva, ajustándose a los ritmos y estilos de aprendizaje de cada alumno. Además, las herramientas de IA tienen el potencial de facilitar el acceso a una educación de calidad".

[98] Señala IKER NAVARRO en Diario LA LEY 30 de mayo de 2025 que "se está hablando mucho de la utilidad que tienen los sistemas de inteligencia artificial generativa para abordar tareas rutinarias o que exigen el procesamiento de un enorme volumen de datos con el fin de extraer conclusiones. Pero para obtener el máximo rendimiento de la IA es necesario darle las indicaciones necesarias y adecuadas, de forma precisa y con detalles para que pueda ofrecer las respuestas y los resultados más adecuados al escenario que tiene que resolver. De ahí que la mayor parte de las organizaciones que están adoptando esta tecnología empiecen por

formar a sus empleados sobre cómo plantear estas peticiones o instrucciones, más conocidas como prompts". Y se pregunta ¿qué es un prompt?. A lo que contesta "es una instrucción clara, precisa y detallada con la que pedimos al sistema que realice una tarea. La idea es que la IA procese correctamente el mensaje y genere el resultado que se espera de ella". Y concluye se puede decir que hay que especificar la siguiente información: 1. Plantear un objetivo claro y preciso; 2. Ofrecer contexto, es decir, detalles adicionales sobre lo que se necesita para que la respuesta se adapte bien a cada escenario concreto; 3. Incluir parámetros específicos, como estilo, formato o tono, si se trata de un texto; 4. Testeo y ajustes, es decir, repetir las peticiones con nuevas indicaciones para lograr dar con el resultado más preciso".

[99] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de septiembre de 2020 (RJ 2020,3511) ciberacoso sexual: contactos con una menor de 16 años a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la realización de actos dirigidos a embaucarle con la finalidad que facilite al autor material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. No requiere violencia o intimidación; si ben, la conducta del autor admite, por lo general, una mezcla de promesas y amenazas o conductas similares a través de las cuales se pretende conseguir la finalidad típica doblegando la voluntad del menor; de 21 de enero de 2021 (RJ 2021,305); y, de 10 de julio de 2023 (RJ 2023,4519) contracto a través de redes sociales con menor de 16 años para mantener relaciones sexuales; y, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,23477).

GUADIX GARCÍA, N. (2024). "Los derechos de la infancia en la era digital", *LA LEY Derecho de Familia, número 44, octubre*, p. 3 señala que "las tasas de sexting (intercambio de contenidos digitales eróticos autoproducidos) en estudiantes españoles de ESO van desde el 13,8% (sexting activo, productores), al 42% (sexting pasivo, receptores), situándose en el 11,4% el porcentaje de adolescentes que afirma haber sufrido presiones o intentos de chantaje o sextorsión. Aunque el sexting es practicado por ambos géneros, las presiones las sufren generalmente las chicas. En 3º y 4º de ESO las tasas de sexting se duplican. El 57,2% de los estudiantes de ESO reconoce haber aceptado a desconocidos en una red social, y el 21,5% haber llegado a quedar en persona con gente que conoció exclusivamente a través de la Red. 1 de cada 10 adolescentes ha recibido una proporción sexual por parte de un adulto a través de Internet; y alrededor del 90% de los adolescentes dentro 13 y 18 años han consumido pornografía alguna vez en su vida, cifra que supone un incremento del 20% respecto a 2018".

[100] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 5 de febrero de 2025 (JUR 2025,18379).

[101] Según Save The Children: quien graba no suele participar directamente en la agresión física, pero es doblemente culpable: por no intervenir para impedir que suceda y por grabar, subir y compartir las imágenes en otro momento. Los jóvenes no siempre creen que se esté haciendo daño a la víctima: en muchos casos la violencia es únicamente un medio para generar contenido "gracioso" o "entretenido", que sucesivamente se utiliza para ganar popularidad en el entorno *online*.

Está claro que en el *happy slapping* suelen participar múltiples actores que causan daño a la persona grabada, una red extensa de actores que comparten un acto violento para después intentar hacerlo viral y ser más "populares"", Y ofrece como datos que, en España se estima que 76.643 jóvenes sufrieron *happy slapping* durante su infancia. La edad media en la que lo sufrieron por primera vez fue a los 14 años y, tal y como sucede en el ciberacoso, la persona que suele causar la violencia es un compañero o amigo del colegio. Sin embargo, también destacan otras personas responsables, como por ejemplo exparejas o familiares.

[102] Vid, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de mayo de 2023 (RJ 2023,3688); y, de 3 de abril de 2024 (JUR 2024,342014).

[103] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 21 de maro de 2017 (RJ 2017,1263); y, de 24 de noviembre de 2021 (JUR 2021,5680).

Según INCIBE "una vez iniciada esa relación de amistad, ganarán confianza. El objetivo es hacer que el menor se sienta cómodo y comprendido, incluso puede que le engatuse con al-

gún regalo, físico o virtual (un móvil nuevo, dinero, saldo para hablar por teléfono o créditos para su videojuego favorito), o con la promesa de una relación perfecta. De este modo, poco a poco podrán intimar, subir el tono de las conversaciones y conseguir que el menor baje la guardia, para que le confíe una imagen o vídeo comprometido, o algún secreto privado. Esto se utilizará como arma de chantaje: una vez que tiene en su poder material para manipular al menor, le exigirá más imágenes y vídeos, o incluso llegar a un encuentro en persona. Si no cumple con sus deseos, le amenazará con hacer públicos todos esos contenidos comprometidos". Y añade que "las consecuencias para el menor o adolescente pueden ser de diferente gravedad dependiendo del alcance del delito, aunque en cualquier caso, el riesgo de daños para el menor es alto: 1. Abuso y agresión sexual. La petición de imágenes o vídeos de carácter sexual es en sí mismo un abuso. Aunque a veces es el menor el que envía este contenido de forma "voluntaria", manipulando en cualquier caso por parte del agresor, en otras ocasiones la víctima es chantajeada para que facilite los materiales comprometidos. En último término, el agresor podría llevar a cabo agresiones sexuales físicas comprometiendo la seguridad física y emocional del menor; 2. Ansiedad y depresión. Entre las consecuencias psicológicas más habituales aparecen la ansiedad y la depresión, presentándose secuelas muy diversas en función del abuso, su duración, el apoyo recibido y otras variables; 3. Problemas derivados en el rendimiento académico, sociabilidad y afectividad. Enfrentarse a una situación de *grooming* afecta seriamente a todos los ámbitos de la vida del menor, desde daños a su autoestima y la confianza en sí mismo, hasta la disminución de la concentración y la atención en clase, o la pérdida de amistades. También puede aparecer desinterés por sus actividades de ocio favoritas o dificultades a la hora de relacionarse con otras personas, entre otros".

En fin, concluye que "en una situación de *grooming*, las víctimas tienden a ocultar las consecuencias por sentimientos de vergüenza o culpabilidad. Pueden incluso pensar que la relación que mantienen con el agresor es real, y no ser conscientes de que están siendo o han sido víctimas de un abuso".

[104] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de mayo de 2021 (RJ 2022,2734).

[105] BOCG, serie A, número 51-1, de 11 de abril de 2025, pp. 1-37.

[106] Para ALMENAR PINEDA, FCO. (2024). "Nuevos escenarios para el Derecho y el Derecho Penal en la protección de los menores: el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales", *LA LEY Derecho de familia, nº 44, octubre*, pp. 9-10 señala que "desde la perspectiva punitiva, la pena de alejamiento de los entornos virtuales, cuando el delito se comete en estos espacios, da definitivamente entrada al domicilio informático en nuestro ordenamiento penal, cumple con la prevención general y especial, responde a las exigencia doctrinales y jurisprudenciales y lo hace con unos límites precisos de duración". Y respecto, a la inclusión de las ultra falsificaciones considera el citado autor que "constituye una previsión que da cobertura a nuevas modalidades delictivas pluriofensivas, y también se anticipa a las venideras especialmente en el desarrollo de la inteligencia artificial que pueden encontrarse sin respuesta efectiva al no estar actualmente contempladas en el Código Penal, por los límites que el principio de legalidad implica". Asimismo, indica que "la ubicación entre los delitos contra la integridad moral es coherente con los bienes que trata de proteger".

[107] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2024). "El consentimiento en el tratamiento de los datos de carácter personal: un riesgo sistémico para los menores", LA LEY Derecho de Familia, número 44, octubre, p. 13 entiende el autor que "la elevación de edad de consentimiento a los 16 años por el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, o va a suponer ningún cambio sustancial para la gestión del riesgo que afecta a los menores en nuestros días. En este sentido, ofrece un mayor grado de confianza el marco regido por el Reglamento de Servicios Digitales cuando obliga a los grandes operadores a implementar metodologías de análisis de riesgos, permite interpretar la existencia de un mayor nivel de exigencia en la aplicación de las estrategias de protección

de datos desde el diseño y por defecto, limita extraordinariamente la publicidad con destino a los menores y ofrece un blindaje frente a la utilización de algoritmos de perfilado".

[108] El artículo 33.2 l): "l) La prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, por tiempo superior a cinco años".

[109] El artículo 33.3 letra m): "m) La prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, por tiempo de seis meses a cinco años".

[110] El artículo 33.4 letra j): "j) La prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, por tiempo de un mes a menos de seis meses".

[111] Se modifica el primer párrafo del artículo 57.1 que queda redactado: *"1. Las autoridades judiciales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares y los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas; atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave"*.

[112] ALMENAR PINEDA, FCO. (2024). "Nuevos escenarios para el Derecho y el Derecho Penal en la protección de los menores: el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales", *LA LEY Derecho de Familia, número 44, octubre*, p. 7 justifica la necesaria reforma de este artículo 186 "ante el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías y la sobreexposición en muchos casos a visionados potencialmente peligrosos para ese colectivo, se hace necesario que la normativa penal también trate de progresar en la tutela de su libertad sexual". A esto añade que "la conducta tipificada no quedaría circunscrita solo al empleo de un medio inmediato, sino de cualquiera herramienta, dando así cobertura a instrumentos o artificios indirectos por los cuales se hiciera llegar material pornográficos a las citadas personas". Por último, "el elemento "a sabiendas" añade un plus al método empleado, que se identifica con "la clara conciencia que entre el público receptor hay menores de edad o personas necesitadas de especial protección y, de que el consumo por parte de estos sujetos de esta clase de material supone una afectación a un proceso de maduración sexual".

[113] CABALLERO, A. (2024). "Mercantilización de los datos de los menores por las plataformas de redes sociales", *op. cit.*, pp. 5-6 alude a pagar con datos, es pagar "el valor de esos datos y el alcance que tiene el entorno digital para recogerlos es opaco para la mayoría de los usuarios, especialmente para los niños, niñas y adolescentes. Lo que se presenta como servicios gratuitos ofrecidos por estas grandes plataformas, realmente no lo son". También hace referencia al estudio del think tank Epicenter donde señala que "el valor anual por usuario derivado de la explotación de sus datos personales es aproximadamente 81,61 euros, o que equivale a unos 6,80 euros al mes. Esta cifra se basa en el valor añadido del mercado publicitario y la proporción atribuible al uso de datos personales para generar anuncio personalizados", y añade la autora que "existen otros estudios que establece un valor superior. Cabe cita l artículo publicado por Jaron Lanier y E. Glen Weyl en Havard Business Rewiew en el que se estima un valor de 20.000 dólares americanos para una familia americana de 4 miembros".

[114] Vid., la Memora de la AEPD 2024, pp. 1-201.

[115] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1991 (RJ 1991,304) omisión del deber de vigilancia; de 7 de enero de 1992 (RJ 1992/149); y de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999,4576) culpa *in vigilando*; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, de 11 de julio de 1994 (JUR 1994,12678); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000,284); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 4 de abril de 2002 (JUR 2002,163928) culpa *in vigilando*; de la Audiencia Provin-

cial de Alicante, secc. 8ª, de 10 de diciembre de 2009 (JUR 2010,117452) culpa *in educando*; y, de la Audiencia Provincial de león, secc. 2ª, de 11 de julio de 2016 (JUR 2016,210476) omisión del deber de vigilancia.

[116] PARRA LUCÁN, MªÁ. (2016). "Responsabilidad por hecho ajeno". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. II Contratos y responsabilidad civil,* Madrid: Edisofer, p. 440; ABRIL CAMPOY, J.M. (2003). "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 675, enero-febrero*, p. 28; DÍAZ ALABART, S. (1987). "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela", *Anuario de Derecho Civil*, p. 803; PEÑA LÓPEZ, F. (2013). "Comentario al artículo 1903 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. IX*, Valencia: tirant lo blanch, p. 13004. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 1985 (RJ 1985,3968); de 22 de enero de 1991 (RJ 1991,304); de 8 de marzo de 2002 (RJ 2002,1912); y, de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006,7170); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995,9667); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. única, de 29 de noviembre de 2000 (AC 2000,2417) omisión del deber de vigilancia; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2ª, de 5 de diciembre de 2001 (JUR 2002,44482) omisión del deber de vigilancia. Culpa propia del guardador; de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 4 de abril de 2002 (JUR 2002,163928); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5ª, de 28 de abril de 2003 (AC 2003,1779); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, de 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008,133131) culpa *in educando*; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18ª, de 11 de octubre de 2007 (AC 2007,2382); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, de 15 de febrero de 2013 (JUR 2013,177887) responsabilidad por culpa propia; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016,12545) culpa propia de los padres; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1ª, de 3 de mayo de 2016 (AC 2016,2057) responsabilidad por hecho de otro.

[117] Vid, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, de 6 de abril de 2009 (JUR 2009,314010) lesiones causadas por el menor. Moderación judicial de la responsabilidad ante la no concurrencia en el padre de dolo o imprudencia grave que favoreciera la conducta del menor.

[118] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid: Dykinson, pp. 307-309; GÓMEZ CALLE, E. (2016). "Comentario al artículo 1903 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. IV*, 2ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 1376. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1995 (RJ 1995,5272) además de por culpa propia y omisión del deber de vigilancia; de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000,1520) responsabilidad por semiriesgo o cuasiobjetiva; de 8 de marzo y de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006,1076; RJ 2006,7170) responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo. Presunción de culpa de los progenitores; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 8 de octubre de 1997 (AC 1997,2208); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, de 14 de noviembre de 1996 (AC 1996,2386); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2004,33028); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17ª, 29 octubre 2004 (AC 2004/1944); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18ª, de 11 de octubre de 2007 (AC 2007,2382); de la misma Audiencia Provincial, secc. 10ª, de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2011/24867); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, de 23 de enero de 2012 (JUR 2012,171580) responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva. Omisión de los deberes de vigilancia y control de los hijos menores de edad; y de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 23 abril 2018 (AC 2018/1435).

[119] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3ª, de 24 de junio de 1998 (AC 1998,1185); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2ª, de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005,96794).

[120] GÓMEZ CALLE, E. (1992). *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid: Montecorvo, p. 309; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas, p. 349.

[121] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1ª, de 22 de julio de 1999 (JUR 1999,309294) indica que en los casos de separación, nulidad o divorcio la responsabilidad será del progenitor con el que se encuentre el menor en el momento de producirse el hecho dañoso.

[122] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 31 de marzo de 2003 (AC 2003,1801); y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 14 de abril de 2004 (AC 2004,146900).

[123] Vid., la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 9 de enero de 1998 (AC 1998,2816).

[124] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.,* pp. 311-314. En esta línea, GÓMEZ CALLE, E. (2016). "Responsabilidad de los padres y centros docentes". En: L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Bustos Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, 5ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1204 a 1225.

[125] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 1997 (RJ 1997,5576) indica que se trata de una deuda ganancial en cuanto corresponde a ambos padres la responsabilidad.

[126] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.,* p. 316. Vid., asimismo, en relación con el régimen de sociedad de gananciales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1981 (RJ 1981/2047).

[127] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2ª, de 5 de diciembre de 2005 (JUR 2006,129569) responsabilidad de los padres por el acoso realizado por su hijo en internet a otro menor; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 22 de julio de 2013 (AC 2013,1599) responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios materiales o morales ocasionados a los actores por las amenazas verbales vertidas en internet por el hijo de los demandados al hijo de los demandantes.

[128] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1ª, de 10 de septiembre de 2002 (AC 2002,1681) agresión sexual y física de gran violencia cometida por menores. Responsabilidad directa y solidara de sus representantes legales. Daños morales; la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1ª, de 19 de abril de 2006 (JUR 2006,241011); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, de 30 de diciembre de 2008 (AC 2009,270) maltrato de un menor a otro; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, 6 abril 2009 (JUR 2009,314010); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 10 de noviembre de 2015 (JUR 2016,60252).

[129] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.,* pp. 327-328. Vid., también la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, 26 marzo 2010 (JUR 2010/219912).

[130] PARRA LUCÁN, MªÁ. (2016). "Responsabilidad por hecho ajeno", *op. cit.,* p. 445; ATIENZA NAVARRO, Mª.L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada: Comares, p. 493; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.,* p. 329; GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales, op. cit.,* pp. 91 y 93 que señala que "el artículo 61.3 de la LORPM establece un listado de posibles "gestores efectivos del proceso educativo", atribuyendo la responsabilidad al sujeto sobre el que recae la obligación de velar y educar al menor en el momento en el que está cometiendo el delito". Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 1984 (RJ 1984,1193); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1ª, de 10 de septiembre de 2002 (AC 2002,1681); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de

junio de 2005 (JUR 2005,168430); de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de julio de 2006 (JUR 2007,56390); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6ª, de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010,150358) condena por delitos de abuso sexual y violación. Responsabilidad solidaria de los padres de los menores por transgresión de su deber de vigilancia o *"in educando"*, no pudiendo ampararse en la edad y falta de madurez del menor; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 23 de julio de 2013 (AC 2013,1559) acoso por internet. Daños y perjuicios materiales y morales ocasionados a los actores por las amenazas vertidas por la hija menor de los demandados, a través de internet a la hija de los demandantes; de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3ª, de 14 de mayo de 2015 (AC 2015,1005) daño psicológico a cada del abuso sexual; de la Audiencia Provincial de Palencia, de 18 de marzo de 2016 (AC 2016,425) acoso escolar causado a la hija menor de los demandantes por parte de la hija de los codemandados. Continuidad en la acción acosadora e intimidatoria de una menor hacia la otra que responde a una dinámica de actos y menos precios que no pueden ni separarse, ni desvincularse; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 27 de mayo de 2016 (AC 2016,1329) daños psicológicos ocasionados a la profesora por alumna menor de edad.; de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 5ª, de 6 de octubre de 2016 (AC 2018,2056) agresiones sexuales ocasionadas por menor de 13 años, a otro menor de 7 de años. Reconocimiento de la autoría y de los hechos; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, de 21 de abril de 2020 (JUR 2020,180323) lesiones causadas por menor. Responsabilidad de los padres. La menor propinó una bofetada o manotazo en la cara al demandante, que puede calificarse de fuerte, lo que le provocó la lesión; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, de 27 de abril de 2020 (AC 2020,1214) acoso a menor: acreditada la presión o coacción ejercida por el hijo del demandado a la menor para que esta se hiciese fotos desnuda y las publicase en Tuenti. Daños morales en la cantidad de 8.000 euros; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, de 20 de septiembre de 2024 (LA LEY 328230,2024) condena de un menor por difundir en Instagram fotos íntimas de otro menor. La demandante ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de la difusión en Instagram de fotos íntimas de su hijo por otro menor, el demandado. La demanda fue desestimadas en primera instancia por estimar el titular del Juzgado que la acción ejercitada es la civil derivada del delito y que no concurre el requisito de la existencia de una condena penal, pues las diligencias preliminares que se siguieron por los mismos hechos fueron archivadas por prescripción. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Vizcaya revoca la resolución de instancia por considerar que la ejercitada s la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual, tal y como quedó explicado en el acto de juicio por la defensa de la actora, sin que las aclaraciones realizadas en la vista supusiesen una modificación indebida de la causa de pedir. En cuanto al fondo del asunto, la Sala estima acreditado que fue el menor demandado quien, desde la dirección IP correspondiente al router del domicilio en el que residía con sus abuelos, creó los perfiles de Instagram desde lo que se enviaron las fotografías y los mensajes en los que amenazó a la víctima con difundir fotografías intimas si no le enviaba más imágenes de él y de terceros. Dicho hechos se realizaron de manera continuada y a lo largo del tiempo. De las declaraciones de los agentes se instruyeron las diligencias penales resultando que único morador de la vivienda que hacía un uso continuado de la wifi y que tenía los conocimientos suficientes para crear los perfiles era el demandado. Todo ello unid a las diligencias penales, a las averiguaciones realizadas por la Ertzaintza y al hecho que el menor demandado no pusiera su móvil a disposición de los agentes cuando se lo requirieron, son indicios suficientes según el Tribunal para determinar su responsabilidad civil. Por tanto, aunque no exista certeza absoluta, las pruebas constituyen indicios sólidos y suficientes a efectos civiles para considerar responsable y condenarle, junto a su madre, a indemnizar solidariamente a los demandantes pro los daños morales causados, los cuales han quedado plenamente probados, debiéndose añadir a la indemnización el importe de las facturas que fueron abonadas por los tratamientos psicológicos.

[131] DÍAZ ALABART, S. (1987). "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela", *op. cit.*, p. 828.

[132] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 22 de julio de 2013 (AC 2013,1559) acoso en internet; y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1ª, de 18 de marzo de 2016 (AC 2016,425) acoso escolar.

[133] AC 2020,100.

[134] PARRA LUCÁN, MªÁ. (2016). "Responsabilidad por hecho ajeno", *op. cit.,* p. 456. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 1994 (RJ 1004,1308); 29 diciembre 1998 (RJ 1998/9980); de 4 de junio de 1999 (RJ 1999,4286); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, de 20 de noviembre de 1995 (AC 1995,2056); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 23 de abril de 1999 (JUR 1999,447399); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5ª, de 28 de abril de 2003 (AC 2003,1779) culpa *in vigilando* o *in eligiendo*; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7ª, de 26 de diciembre de 2003 (JUR 2004,60420) daños físicos y morales sufridos por in traumatismo. Negligencia de la profesora encargada de la custodia del menor en el tiempo de descanso; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1ª, de 27 de mayo de 2005 (AC 2005,1062) acoso escolar o "bullying": Sufrimiento por la hija de los actores de una persecución física y moral por parte de una serie de alumnos de la ikastola demandada. No adopción por la misma de las medidas de prevención pertinentes en evitación de tales comportamientos. Daños psíquicos constitutivos de daño moral de la menor; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18ª, de 11 de octubre de 2007 (AC 2007,7382) culpa *in vigilando* y responsabilidad cuasiobjetiva; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, de 14 de octubre de 2008 (JUR 2009,122614) daños derivados de los tocamientos realizados a una menor en los aseos del colegio durante el tiempo de recreo por otros dos menores; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10ª, de 18 de diciembre de 2008 (AC 2009.124) responsabilidad prácticamente objetiva. Acoso escolar o "bullying", malestar y sufrimiento experimentado por l hijo de los actores de once años de edad, quien fue objeto de burlas y males tratos en horario escolar; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12ª, de 22 de junio de 2009 (AC 2010,1095) defecto de organización o vigilancia del personal del centro; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1ª, de 27 de enero de 2010 (JUR 2010,82805) coso escolar a menor. No consta la adopción de ninguna medida de prevención, ni que se ideara un plan de actuación y seguimiento que permitirá conocer y valorar la situación de hostigamiento que estaba sufriendo el hijo de los actos y de la que tenía constancia tras una agresión sufrida por el mismo en el pato por lo que fueron sancionados los responsables; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25ª, de 11 de mayo de 2012 (AC 2012,384) acoso escolar o "bullying": situación de acoso u hostigamiento al menor, continuada y reiterada en el tiempo. Actitud omisiva del centro demandado. Falta de adopción de medida alguna con relación a los hechos dura de posponer separa del grupo al menor hostigado, en lugar de separar a sus hostigadores, e incluso deshacer el grupo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11ª, de marzo de 2017 (AC 2017,607) acoso escolar. Responsabilidad por no adoptar el Centro todas las medidas a su alcance para poner fin a la situación. No constando vigilancia, atención o cautela, no solo con el menor, sino que incluyera a los compañeros que protagonizaban los conflictos con aquel, a fin de frenar la existencia de los mismos; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, de 24 de abril de 2017 (JUR 2017,149463) falta de vigilancia directa y presencial; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9ª, de 10 de enero de 2023 (JUR 2023,79379) responsabilidad del centro educativo por acoso escolar sufrido por una menor. Las medidas adoptadas ni fueron adecuadas al adoptarse solo medidas de carácter preventivo insuficientes ante las señales de alarma que enviaba la menor. Indemnización de 10.000 euros. Derecho del centro docente a repetir a los profesores las cantidades satisfechas por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fueron las causantes del daño. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1ª, de 12 de noviembre de 2004 (AC 2004,2085) señala que, la delegación de la educación al centro escolar no elimina la labor de educación de los padres.

[135] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 24 de febrero de 2015 (JUR 2015,947722).

[136] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996,8975); y, de 4 de junio de 1999 (RJ 199974286).

[137] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, *op. cit.,* p. 373. Vid., también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 3ª, de 15 de mayo de 2000 (AC 2000,1178) daños sufridos por un menor de cuatro años a causa de las agresiones producidas por otro menor de once años de edad en los servicios del colegio donde ambos estudiaban; de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 23 de diciembre de 2003 (JUR 2003,30733); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de julio de 2010 (JUR 2011,173357).

[138] LA LEY 22174,2019. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, de 16 de septiembre de 2014 (AC 2015,1056); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11ª, de 1 de marzo de 2017 (AC 2017,607) acoso escolar o ciberbullying; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 7ª, de 27 de septiembre de 2019 (AC 2019,1619) fotografía de una menor mientras se hallaba en vestuarios, duchándose tras un parido de futbol. Fotografía tomada por otra menor y difundida por WhatsApp. Responsabilidad del club deportivo que no extremó las medidas para que el móvil no se utilizara en los vestuarios. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 27 de mayo de 2016 (AC 2016,1329) se condenó conjuntamente a los padres de la menor y al Centro docente al que pertenece la menor ante la inserción en una red social de comentarios vejatorios terriblemente graves. Se acredita una falta de vigilancia de la menor en el uso de las nuevas tecnologías por parte de sus padres, y asimismo, una falta de adopción por el Centro docente de medidas de corrección, prevención y educación exigibles en estos casos.

1.3. Derechos reales

Actualización de las relaciones de vecindad como limitación dominical: su ámbito y eficacia desde la jurisprudencia

Update of neighborhood relations as a limitation on ownership rights: its scope and effectiveness according to case law

por
MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria.

RESUMEN: Las relaciones de vecindad constituyen una limitación dominical clásica derivada de la vida en sociedad del ser humano. El propietario de un inmueble ve limitado el ejercicio del derecho de propiedad cuando este supone molestias exageradas en sus vecinos, debiendo abstenerse de realizar dichos actos dominicales molestos. Desde su origen en el Derecho romano, hasta la actualidad, estas limtaciones han evolucionado (aunque en esencia permanecen igual). En este trabajo se analiza la evolución de su concepto, contenido y ámbito a la luz de la jurisprudencia, examinando con detalle su eficacia y su eficacia y desarrollo en nuevos ámbitos y aspectos hasta ahora no relevantes, con especial atención al arrendamiento turístico como un nuevo tipo de inmisión.

El cambio de una sociedad rural a una urbana e industrializada ha contribuido en gran manera a este cambio que no puede obviarse para su eficaz aplicación por un jurista.

ABSTRACT: Neighborhood relations constitute a classical limitation on ownership rights, arising from the human necessity of living in society. The owner of a property is restricted in the exercise of their ownership rights when such exercise causes excessive disturbances to neighboring properties and must therefore refrain from engaging in such disruptive acts. Since their origins in Roman Law, these limitations have evolved—albeit retaining their essential nature. This paper examines the evolution of their concept, scope, and content in light of case law, with particular attention paid

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.08

to their effectiveness and development in new areas and aspects that were previously considered irrelevant.

The transition from a rural society to an urban and industrialized one has significantly influenced this transformation, a shift that must be acknowledged for the effective application of these limitations by legal professionals

PALABRAS CLAVE: propiedad inmobiliaria, relaciones de vecindad, función social, limitaciones, facultades.

KEYWORDS: Real estate property, neighborhood relations, social function, limitations, faculties.

SUMARIO: I. LAS RELACIONES DE VECIDNAD COMO LIMITACIONES DOMINICALES POR INTERÉS PRIVADO. I.1. Limitaciones dominicales. I.2. Relaciones de vecindad.—II. EVOLUCIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LAS RELACIONES DE VECINDAD.—III. NUEVOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD.—IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS Y LAS RELACIONES DE VECINDAD.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS RELACIONES DE VECINDAD COMO LIMITACIONES DOMINICALES POR INTERÉS PRIVADO

I.1. Limitaciones dominicales

El derecho de propiedad no es absoluto ni omnímodo; el derecho de propiedad decimonónico permitía a su titular actuar sin más limitaciones que las contenidas en las leyes (art. 348 CC), alcanzando su máxima expresión y mínima limitación. Al contrario, hoy en día, su contenido, y las facultades que lo componen, deben fijarse, no positivamente, mediante enumeración de facultades, sino negativamente, mediante la indicación de los extremos a que no alcanza; es decir, fijando los límites. Límites que dibujan su contorno y que deben respetarse; el contenido dominical sigue siendo el mismo, con sus mismas facultades, pero con un contorno que lo delimita, y restringe la posibilidad de actuación del propietario.

La jurisprudencia del TS y del TC se ha manifestado de esta forma, en multitud de ocasiones. Basta por todas lo establecido en las SSTS de 3 octubre 2024, en las que se afirma que al no ser —el derecho de propiedad— omnímodo ni absoluto, puede verse limitado por la función social de la propiedad y la confluencia con los derechos de propiedad y posesión pacífica del resto de los copropietarios; hay que "conciliar los intereses estrictamente privativos con los generales concurrentes inherentes a su naturaleza jurídica".

De igual forma, el TC ha puesto de relieve las limitaciones a las que se puede someter el derecho de propiedad en aras a su función social o interés mayoritario, en SSTS 37/1987, de 26 marzo, 204/2004, de 18 de noviembre, 112/2006, de 5 de abril, 112/2021, de 13 de mayo. Eso sí, esas limitaciones deben respetar siempre el contenido esencial del derecho. De este modo, afirma la STC 5 abril

2006: "Corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable."

Podemos distinguir entre límites y limitaciones, como configuradores del derecho de propiedad:

a) Los límites son las fronteras, el punto normal hasta dónde llega el poder del propietario, es decir, el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder (marcan o demarcan el derecho de propiedad).
b) Las limitaciones reducen, en casos singulares, el poder que normalmente (dentro de los límites) tiene el propietario sobre la cosa.

Pero, el CC no distingue entre límites y limitaciones, y aquí tampoco lo haremos, dando por equivalentes ambos términos en cuanto delimitan el contenido del derecho de propiedad, refiriéndonos únicamente a las limitaciones. Añadiendo y reiterando que no son propias y verdaderas limitaciones del dominio, sino que, más bien, señalan o determinan el verdadero contenido del dominio, en atención a motivos de interés público, o de las propias relaciones de vecindad y convivencia.

Son pues normas o disposiciones que configuran el dominio, no lo restringen, al igual que no es una limitación de la libertad la prohibición de matar.

Por tanto, determinan el contenido del dominio privado o particular, siempre en función de un interés o bien común, o social o de convivencia.

Son generales e iguales para todos, sin fueran particulares estaríamos ante verdaderas limitaciones o prohibiciones del dominio privado que darían lugar a la correspondiente indemnización expropiatoria —en su caso—, pues en la expropiación se vulnera el principio de igualdad.

Por tanto, cuando hablamos de limitaciones dominicales, nos referimos a normas generales que permiten determinar el verdadero contenido del dominio privado, para su perfecta armonización con el resto de los dominios y el bien común.

Dentro de esas limitaciones, podemos distinguir las limitaciones por interés general, que limitan el contenido de propiedad en aras a un interés público, común, superior, de todos los españoles[1], o las limitaciones por interés particular. En este caso, el derecho de propiedad resulta el derecho de propiedad de una persona resulta limitado por el de otra u otras personas concretas y determinadas, donde se enmarcan las relaciones de vecindad como aquellas limitaciones dominicales derivadas del hecho de que el hombre vive en sociedad, comunidad, tiene vecinos a los que debe respetar y no puede molestar con un uso o ejercicio abusivo de su derecho de propiedad.

Además, se ponen de manifiesto con especial calado cuando hablamos de propiedad inmobiliaria, a la que nos vamos a referir en este trabajo.

I.2. Relaciones de vecindad

La vida en sociedad y comunidad y las propiedades contiguas son origen de conflictos y es, la exigencia social, la que impone una serie de limitaciones recíprocas al ejercicio de las facultades correspondientes a cada uno de los propietarios.

Entre dos fundos limítrofes, generalmente, uno invade la esfera del otro, y por eso hay que imponer determinadas limitaciones al ejercicio de la propiedad propia, para que se respete al vecino y este también debe respetar al otro; las limitaciones son mutuas y tratan por tanto de establecer límites al contenido de la propiedad en beneficio y en orden a una convivencia ordenada.

Estos problemas derivados de la convivencia se ponen de manifiesto de forma acusada con relación al derecho de propiedad inmobiliaria. Y es que, efectivamente, el ejercicio del derecho de propiedad de uno puede resultar molesto a otros propietarios, vecinos o colindantes de aquel, debiendo buscar el justo equilibrio entre ambos. Hay que limitar en su caso el ejercicio abusivo del derecho de propiedad en aras del interés particular del otro, o de los otros, propietarios perturbados[2]. Son, precisamente, las relaciones de vecindad las que aparecen como límite del derecho de propiedad, configurando su contenido.

Las relaciones de vecindad han perfilado el contenido del derecho de propiedad desde siempre, mucho antes de que apareciera la función social de la propiedad, como verdadera delimitadora de aquel. En Derecho romano eran el principal límite del derecho de propiedad, pues ya se imponían "límites a los titulares de fincas vecinas o colindantes para hacer posible el mejor aprovechamiento de su derecho"[3]. En él alcanzaron un gran desarrollo, que permanece en nuestros días, con la correspondiente evolución de las diferentes teorías de la inmisión, los actos de emulación, el límite de la normal tolerancia o del abuso del derecho, como límites al ejercicio anormal del derecho de propiedad del vecino propietario en la actualidad. Tal es su importancia que, consolidados autores, incluso proponen hablar de un Derecho de vecindad, como la parte especial del Derecho civil que regula las relaciones de vecindad[4].

Por tanto, cada propietario ha de utilizar normalmente su finca y el propietario contiguo ha de respetar esa normal utilización, como los dueños respetan la suya. Pero, es necesario establecer ciertos límites a esa normal utilización, precisamente para evitar que se extralimiten en su uso, perjudicando el resto; límites que son a veces ciertas obligaciones, y otras veces simplemente límites.

¿Dónde ha de ponerse el límite en el uso en el aprovechamiento de la propiedad? ¿Dónde acaba tu derecho y empieza el derecho del otro?

Distintas tesis a lo largo del tiempo han tratado de dar respuesta a esta pregunta para saber cuál es el verdadero alcance de las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad.

II. EVOLUCIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LAS RELACIONES DE VECINDAD

A lo largo de la historia los límites a la propiedad en base a las relaciones de vecindad han ido cambiando y han existido muchas teorías al respecto.

a) Teoría de la prohibición de actos de emulación

Los actos de emulación son los que se realizan con ánimo de perjudicar al vecino, invadiendo o perturbando su propiedad. Tienen en cuenta la intención del dueño que causa molestias al vecino, precisamente, para perjudicarle. Fue la teoría adoptada por los juristas medievales.

En un primer momento se prohibían todos los actos que realizaba el propietario con el único fin de perjudicar al vecino (actos de emulación-intención dolosa). Por lo tanto, el propietario podía hacer en su finca lo que quisiera, mientras que no se hiciera con intención de causar daño a otro. Ejemplos de estos actos de emulación podrían ser: levantar un muro para delimitar fincas de elevada altura, para quitar luces y vistas, vaciar el agua de un pozo con el único fin de dejarle al vecino sin ella…[5]

Pero, esta primera teoría se superó, ya que no era suficiente para impedir actos que, sin intención de perjudicar, producían perturbaciones en la propiedad vecina o contigua, como empezaba a ponerse de manifiesto en las perturbaciones derivadas de la industria naciente, por ejemplo.

b) Teoría de prohibición de actos de inmisión

La siguiente teoría, en el derecho más moderno, fue la de prohibición de la *inmissio*, en virtud de la cual se prohibía toda injerencia dentro de los límites ajenos mediante la propagación de sustancias corpóreas o sin entidad corporal pero comprobable.

Hay que decir que la teoría de la *inmissio* era anterior, ya que eran los romanos quienes la aplicaron, entendiendo que el propietario no podía perturbar a sus vecinos arrojando en sus fincas elementos extraños, fueran sólidos, líquidos o gaseosos. En Derecho romano se estableció el principio de la prohibición de las inmisiones, que se definen como "toda injerencia de sustancias materiales o inmateriales producidas de la actividad llevada a cabo en el ejercicio del derecho de propiedad, o de cualquier derecho fruitivo, que invaden la esfera jurídica ajena, ocasionando una influencia dañosa o molesta para las personas que la padecen".[6]

De este modo, como recoge LACRUZ[7], un famoso texto de ULPIANO ya aseguraba que el dueño de una quesería no podía emitir sobre los fundos vecinos los humos de la fabricación de los quesos, por las molestias que causaban: "*fumi autem, sicut aquae, ese inmissionem*."

Posteriormente, se matiza y se permiten las inmisiones indirectas, es decir las que se inician en el fundo vecino (por ejemplo, humo excesivo), y se prohíben las directas (por ejemplo, arrojar líquidos, basura, en el fundo vecino etc.), ante la realidad de la casi imposibilidad de prohibir todas las inmisiones, como consecuencia del desarrollo normal de la sociedad y del ejercicio del derecho de propiedad[8].

c) Teoría de la normal tolerancia

IHERING[9] critica la teoría *inmissio* y construye la teoría de la normal tolerancia o influencia. Esta establece que se deben prohibir todos los influjos (influencia) que se inicien en fundo vecino y se deben permitir los que comienzan en el fundo del propietario y prosiguen en el vecino (por ejemplo, sacudidas, ruidos, trepidaciones), siempre que no sean nocivos para las personas o cosas en medida superior a la normal tolerancia.

De esta forma, la normal tolerancia da idea de las inmisiones soportables y, por tanto, el uso de la propiedad es anormal cuando el grado de incomodidad supera el nivel de las molestias ordinarias que suelen acompañar necesariamente a la convivencia.

BONFANTE[10] añade que toda inmisión en fundo ajeno es lícita cuando no choca con la esfera de las garantizadas y absolutas necesidades sociales, porque entonces sería como un equivalente a los supuestos de fuerza mayor (por ejemplo, el humo de la calefacción en invierno).

Esta teoría de la normal tolerancia es acogida por parte de los códigos civiles modernos y por la doctrina de la época.[11]

d)Teoría actual del uso normal del derecho, o del abuso del derecho

A raíz de la entrada en vigor de la CE, de las nuevas actividades industriales que producían molestias, se avanza en las teorías de las relaciones de vecindad.

Se instaura la tesis de que los derechos deben ser ejercitados según su natural uso o destino, de modo normal. Y para fijar "esa normalidad" del uso hay que estar a las circunstancias concretas, costumbres, relaciones de la sociedad, etc.; en todo caso estas deberán ser apreciadas por el Juez. De este modo, habrá que atender al ejercicio normal del derecho de propiedad inmobiliaria en cada situación concreta.

En nuestro CC, tal y como se deduce de los arts. 1908.2 y 590 CC[12], se recoge imperfecta la teoría de las inmisiones, prohibiendo solo las que sean nocivas, sin especificar nocivas respecto a qué: al uso normal del predio, a la normal tolerancia. Es cierto que no aparecen de forma expresa, pero, como afirma la STS 12 diciembre 1980, puede deducirse la teoría del ejercicio no abusivo y normal tolerancia de las inmisiones: "de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 de dicho cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908, pues es regla fundamental que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina, en palabras de la STS 17 febrero 1968".

La cuestión debe resolverse aplicando la doctrina del abuso del derecho, tal y como desarrolló DIEZ PICAZO[13]. Por eso, todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, será abuso de derecho y por tanto se prohíbe.

De esta forma, un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad no tiene que ser soportado, y el límite puede venir establecido por la norma jurídica, o por las costumbres, o por el criterio de la tolerancia normal.

No podrá ser anormalmente molesto para el vecino lo normalmente consentido por la conciencia social, o por la forma en que debería realizarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas. Deberán observarse y analizarse todas las circunstancias que lo rodean: naturaleza física, vecinos, entorno.

Por tanto, para que se determine que ha habido abuso del derecho y, por tanto, deba limitarse ese ejercicio de la propiedad del vecino, hay que tener en cuenta que:

- No importa que la inmisión no sea material (olores, ruidos).
- Lo que determina la responsabilidad es la intolerabilidad y no su culpa.
- La molestia puede ser causada por su actividad o por su negligencia.

Si concurren estas circunstancias, ha habido un ejercicio abusivo del derecho de propiedad por parte del titular que no debe soportarse por el resto de los vecinos y se le podrá poner fin, limitando el ejercicio del derecho de propiedad. Para ello, la tutela frente a la inmisión material puede reclamarse mediante los antiguos interdictos.

La reparación de los daños causados comprende el resarcimiento y, asimismo, medidas tendentes a no volver a causarlo; prevención de aquellos (STS 12 diciembre 1980)[14]. Y esa responsabilidad corresponde a la responsabilidad general

de todo propietario que siempre debe responder por los daños causados por una cosa de su propiedad (1902 CC).

III. NUEVOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

Como ya hemos comentado, la irrupción de las actividades industriales supuso un cambio en la consideración de las relaciones de vecindad como limitadoras del dominio ajeno, pasando de la teoría de los actos de emulación a los de la inmisión.

Es cierto, las nuevas industrias trajeron nuevos problemas, diferentes, a los de la propiedad rural, donde se encuadraban la mayoría de las dificultades entre los vecinos.

Esto, hoy, ha evolucionado todavía más, y el "Derecho de vecindad" puede que tenga su mayor enfoque en relaciones antes impensables, y en actividades novedosas e imposibles para la época romana y medieval.

De este modo, a partir del siglo XIX con la revolución industrial, y a lo largo del siglo XX con su despegue, se han incorporado nuevos ámbitos de aplicación para estas limitaciones dominicales, alcanzando hoy en día a ámbitos tan inimaginables como la domótica, los drones, el ocio digital, derivadas del teletrabajo, etc., como comentaremos a continuación.

No cabe duda de que las relaciones de vecindad han sufrido una evolución como limitaciones dominicales en su sentido más sustantivo, convirtiéndose en una manifestación más de la función social de la propiedad. Además, incluso se ha ampliado el concepto de vecino más allá del lindero físico, extendiendo su aplicación a comunidades de propietarios, actividades económicas, urbanizaciones y, en ocasiones, incluso relaciones virtuales o digitales. Y todo ello consecuencia de la ampliación de su ámbito de aplicación, resultado normal del desarrollo de la sociedad en la que deben aplicarse.

Podemos decir, como hace ALONSO MARTINEZ[15], que las relaciones de vecindad surgieron en el ámbito rural, afectando principalmente a las relaciones prediales agrícolas[16], constituyendo el derecho de vecindad clásico. Junto a él, y con posterioridad, se desarrolló el derecho de vecindad industrial o tecnológico que comenzó a mitades del siglo XIX, y ha continuado hasta hoy, produciendo cambios relevantes en esta materia pues la electricidad, las grandes empresas internacionales, gases y sustancias contaminantes, deterioros químicos, energía nuclear han supuestos nuevas y graves inmisiones. A diferencia de la etapa anterior, y como consecuencia de estas nuevas inmisiones, los daños ocasionados se multiplican, pudiendo convertirse en irreversibles e incalculables y afectan a una pluralidad de personas mucho más elevada. El TS ha manifestado en varias ocasiones que es necesario buscar el justo equilibrio entre el derecho a la reparación del daño y la adopción de medidas conducentes a la reducción de las inmisiones: ambas cuestiones deben ser compatibles, sin que ello suponga ningún problema (SSTS 28 mayo 1913, 14 mayo 1963, 4 diciembre 1972 y 22 diciembre 1972, y posteriormente, las ya citadas de 12 diciembre 1980, 17 marzo 1981 y 14 julio 1982).

Pero, un paso más se ha dado con el desarrollo de la 4ª revolución industrial, la era de internet, de la ciber seguridad, de la IA, donde están apareciendo nuevas

formas de inmisión, hasta ahora insospechadas. El avance tecnológico y la transformación urbana han generado nuevos conflictos que requieren reinterpretar el alcance de las relaciones de vecindad. Ejemplos de estas nuevas inmisiones son:

- Contaminación acústica, lumínica y electromagnética. El uso de dispositivos tecnológicos puede generar molestias a los vecinos, requiriendo una adaptación de las normas tradicionales a estos nuevos supuestos.
- Instalación de infraestructuras tecnológicas (paneles solares, antenas, cargadores eléctricos, etc.). La colocación de paneles solares, antenas o cargadores eléctricos puede afectar a las propiedades colindantes, planteando la necesidad de regular estas situaciones
- Inmisiones derivadas del teletrabajo. Generalizado a partir de la pandemia de COVID-19, ha multiplicado el uso residencial de los inmuebles para fines profesionales. Esto genera nuevos tipos de molestias, como: Ruido derivado de llamadas constantes, videoconferencias o equipos informáticos en funcionamiento prolongado. Aumento del consumo energético y utilización de espacios comunes (ascensores, zonas compartidas), especialmente cuando se convierte en una actividad empresarial encubierta. Entrada y salida frecuente de personas en viviendas convertidas parcialmente en oficinas, contraviniendo normas estatutarias o municipales. En este sentido, por ejemplo, la transformación de una vivienda en sede de una empresa de formación virtual puede generar molestias equiparables a las inmisiones tradicionales, en tanto excede el uso residencial permitido.
- El ocio digital, a su vez, genera nuevas molestias, como los derivados de videojuegos, el *streaming*, que generan ruido constante. Las viviendas actuales son también espacios de ocio intensivo, muchas veces de forma tecnológicamente amplificada que genera nuevas perturbaciones por la utilización de sistemas de sonido, videojuegos o home cinema, a volumen elevado o la iluminación artificial de alto impacto, incluso visible desde exteriores.

  Estas conductas pueden superar el umbral de la tolerancia exigible entre vecinos (criterio del *bonus pater familias*), especialmente cuando son habituales, intensas y técnicamente innecesarias, aunque no superen los estándares administrativos establecidos.

  De este modo, y aunque no sean para los casos expuestos, el TS ha resuelto citando la doctrina del TEDH que el exceso de ruido, que suponga una contaminación acústica, puede vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad y domicilio, encuadrando "la protección frente al ruido en el ámbito de la tutela judicial civil de los derechos fundamentales sin perjuicio de que también quepa dicha protección al amparo de la legislación civil ordinaria". Eso sí, siempre que los ruidos soportados "impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad" (STS 5 marzo 2012)[17]. En este sentido el TS cita las SSTDEH de 9 de diciembre de 1994 (López Ostra contra España), 14 de febrero de 1998 (Guerra contra Italia), 2 de octubre de 2001 (Varios ciudadanos contra el Reino Unido) y 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España). En esta última, el TEDH recuerda que "el individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino tam-

bién a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio" (apdo. 53); que "[e]l atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias" (apdo. 53); que "[s]i la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo" (apdo. 53); que "[a]unque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos" (apdo. 55)".

- Los nuevos sistemas de *delivery* y distribución han traído nuevas molestias, como entradas y salidas constantes de personas ajenas a la comunidad, con potencial afectación de la seguridad. Ruido por tránsito motorizado o patinetes eléctricos, especialmente en horarios intempestivos. Acumulación de residuos y embalajes en zonas comunes o calles.
  Aunque no hay una abundante jurisprudencia específica aún, algunos pronunciamientos menores han abordado indirectamente este asunto, como puede ser la SAP Barcelona, 14 de junio de 2022: en un conflicto por el uso intensivo de una vivienda para actividad logística informal (paquetería), el tribunal señaló que la reiteración de entregas y visitas contravenía el destino residencial del inmueble y generaba inmisiones intolerables.
- Uso de drones sobre propiedades privadas. Con las molestias derivadas de ruido, invasión de la intimidad, del derecho a la propia imagen, interferencias con aparatos electrónicos de otro tipo, y sensación de vigilancia.
- Por último, y en el que nos detenemos en el último apartado, el uso turístico de viviendas es una de las nuevas situaciones de conflicto en la propiedad horizontal y en los barrios en los que se establecen. El alquiler de viviendas para uso turístico a través de plataformas intermediarias en línea, tipo Airbnb, ha generado conflictos en comunidades de propietarios que deben controlarse

Todos estos supuestos exigen criterios actualizados que combinen las reglas clásicas del Derecho de cosas con los principios del Derecho medioambiental, de protección de datos o de sostenibilidad urbana.

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS Y LAS RELACIONES DE VECINDAD

Como acabamos de exponer, uno de los nuevos tipos de inmisión se genera por los arrendamientos turísticos establecidos en pisos de edificios en propiedad horizontal.

Las relaciones de vecindad y las limitaciones que suponen al derecho de propiedad privado y particular se ponen especialmente de relieve cuando existe una propiedad indivisa, compartida, una comunidad de propietarios, en la que las injerencias de unos y otros son mucho más visibles.

Como decía el aforismo romano: "*communio is mater rixarum*" (la comunidad es madre de riñas), pues es evidente que, si se comparte una misma cosa, los conflictos en su explotación y uso serán mayores. Pues bien, la propiedad horizontal es un tipo de propiedad especial con trazos de comunidad en los elementos comunes que se comparten, y propiedad exclusiva en los elementos privativos en los que se está rodeado de vecinos tanto en el suelo como en el techo, izquierda y derecha. Se ha llegado a decir que la propiedad horizontal es un elocuente ejemplo de propiedad "comunitaria e inmisionada"[18]; es decir, fuente de inmisiones, molestias e injerencias.

La comunidad y las relaciones entre los copropietarios generan conflictos en su organización y gestión, debiendo aunarse intereses particulares y colectivos. Las relaciones de vecindad, o "mala vecindad" como afirma DÍEZ PICAZO[19], surgen como delimitadoras naturales del contenido de la propiedad exclusiva sobre los elementos privativos. Hoy, son configuradoras de la propiedad inmobiliaria, y más todavía de la propiedad dividida horizontalmente, formando parte del régimen normal de esta propiedad: se debe soportar siempre un ejercicio normal del derecho de propiedad exclusivo de cada condueño, y puede reprimirse lo que suponga un exceso respecto a la normal tolerancia; es decir, un uso abusivo por parte de un copropietario.

Esto lo ha señalado una y otra vez la jurisprudencia del TS que entiende que las relaciones de vecindad, junto con la función social de la propiedad, son el límite configurador del derecho de propiedad horizontal inmobiliario, afirmando que el interés de la comunidad debe prevalecer y ser delimitador del interés particular de un comunero[20]. En este sentido, y entre muchas otras, la STS 15 junio 2018 afirma que "El derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. No obstante, en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad. Dentro de estas limitaciones se encuentra la prohibición de realizar determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble, pero para su efectividad deben constar de manera expresa y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad".[21] De igual forma el TC ha manifestado en SSTC 301/1993, de 21 octubre y 28/1999, de 8 de marzo, la validez de las limitaciones o prohibiciones de determinadas actividades en los elementos privativos de una propiedad horizontal, por la necesidad de conjugar los intereses de los diferentes propietarios: "la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación legal o estatuaria de distintas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares".

Con estos precedentes, nos preguntamos si el establecer en un piso de un edificio de propiedad horizontal (elemento privativo), un arrendamiento turístico, puede ser considerado como un ejercicio abusivo del derecho de propiedad, debiendo cesar ante el requerimiento del resto de los comuneros o, por el contrario,

se enmarca en las relaciones de vecindad y debe soportarse por el resto de los vecinos.

No cabe duda de que el arrendamiento turístico en un piso en propiedad horizontal puede generar molestias: ruidos, uso intensivo —y mal uso— de los elementos comunes, deterioro o destrucción de elementos comunes… pues la rotación de huéspedes que se encuentran realizando una actividad de ocio en los pisos es favorable a ello.

Ante estas molestias, ¿qué puede hacer el resto de los copropietarios? Considero que lo pertinente es que, si esa actividad genera molestias concretas, los vecinos interpongan la correspondiente acción de cesación, prevista en el art. 7.2 LPH. Se trata de molestias que deben resolverse en sede de relaciones de vecindad.

Sin embargo, primero el Tribunal Supremo, sobre todo en SSTS 1232 y 1233 de 3 octubre 2024[22], y después el legislador con las correspondientes reformas legislativas de 2019, y la mas reciente LO 1/2025, han añadido un nuevo párrafo al art. 17 LPH, facilitando que la comunidad adopte un acuerdo de prohibición del arrendamiento turístico por mayoría de 3/5. Además, se ha establecido una nueva obligación: la de que la comunidad autorice, también por acuerdo aprobado por 3/5, en cada caso, la actividad de arrendamiento turístico. Es decir, han decidido cortar de raíz y de antemano el problema: prohibirlo de forma generalizada.

Discrepo en la herramienta utilizada, la prohibición general. Soy mas partidaria de una prohibición a *posteriori* y particular, consecuencia de las relaciones de vecindad, pues entiendo que los arrendamientos turísticos pueden ser un nuevo tipo de inmisión, pero no una actividad negativa, molesta *per se*, que deba suprimirse siempre, sin dejar lugar a la duda. El problema es que este asunto no se ha resuelto desde esa perspectiva, sino como una muestra de la pugna entre el derecho de propiedad privada y el derecho a la vivienda.

El arrendamiento turístico en propiedad horizontal es un nuevo ámbito donde se deben aplicar las relaciones de vecindad, un nuevo tipo de inmisión, atendiendo, como hemos dicho antes, a las circunstancias concretas, costumbres, tipo de edificio, habitantes…etc. Volver a las relaciones de vecindad y a la teoría del abuso del derecho para ponerles fin una a una, de forma individual.

V. CONCLUSIONES

I. Las relaciones de vecindad, lejos de ser un vestigio de un Derecho civil arcaico, representan hoy una institución viva, en continua adaptación al nuevo contexto social, urbano y tecnológico. El jurista del siglo XXI debe reinterpretarlas no como excepciones a la propiedad, sino como manifestaciones de su dimensión funcional y social.

II. Su tratamiento requiere una hermenéutica flexible, donde el equilibrio entre libertad y respeto mutuo se construya desde la jurisprudencia, con apoyo en principios como la buena fe, la proporcionalidad y el respeto al entorno común.

III. Cuando se convive en propiedad horizontal, y por su especial naturaleza, las inmisiones y molestias entre vecinos y copropietarios se multiplican, llegando a ser este tipo de propiedad comunitaria fraccionada, el "hábitat" idóneo para la generación de estos conflictos que deben solucionarse a través de las relaciones de vecindad.

IV. Dentro de la propiedad horizontal, una de las nuevas inmisiones es el uso turístico de pisos. Este tipo de arrendamiento puede generar molestias al resto de los vecinos debidas principalmente a la gran rotación de huéspedes, el breve espacio temporal en que residen en ellos, y a la finalidad de ocio o turismo con que los utilizan. Ello puede generar ruidos, deterioro de elementos comunes, uso intensivo de estos elementos, molestias, olores, etc.

V. El TS y posteriormente el legislador, ante estas molestias, ha decidido ponerles fin de forma preventiva mediante la posibilidad de establecer una prohibición generalizada, o la necesidad de obtener una autorización expresa para ejercitar esta actividad por parte de los copropietarios.

VI. Considero que la solución adoptada no es la idónea, sino que debía haberse reconducido a las relaciones de vecindad. Analizando caso por caso si la concreta actividad, el específico arrendamiento turístico, causa o no molestias al resto de los vecinos. Y en este caso, a través de la correspondiente acción de cesación, ponerle fin.

VII. Solución *a posteriori*, cuando se pruebe la molestia, y no de forma anticipada, donde parece subyacer la idea de que todo arrendamiento turístico equivale *per se* a una actividad molesta.

VI. ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo: SSTS

- 28 mayo 1913
- 14 mayo 1963
- 17 febrero 1968
- 4 diciembre 1972
- 22 diciembre 1972
- 12 diciembre 1980
- 12 diciembre 1980
- 12 diciembre 1980
- 12 diciembre 1980
- 17 marzo 1981
- 17 marzo 1981
- 14 julio 1982
- 18 julio 1982
- 12 diciembre 1984
- 26 marzo 1987
- 30 mayo 1997
- 29 abril 2003
- 28 enero 2004
- 18 noviembre 2004
- 5 abril 2006
- 27 noviembre 2008
- 24 octubre 2011
- 5 marzo 2012
- 12 septiembre 2013

- 1 octubre 2013
- 9 octubre 2013
- 3 septiembre 2014
- 3 diciembre 2014
- 5 mayo 2015
- 16 mayo 2018
- 15 junio 2018
- 13 mayo 2021
- 27 noviembre 2023
- 29 noviembre 2023
- 3 octubre 2024

Tribunal Constitucional: SSTC

- 21 octubre 1993
- 8 de marzo 1999
- 5 abril 2006

Tribunal Europeo de Derechos Humanos SSTEDH

- 9 diciembre 1994
- 14 febrero 1998
- 2 octubre 2001
- 6 noviembre 2004

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M., (1983). Las relaciones de vecindad, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, nº2, pp. 357-395.

BLANCH NOUGÉS, J.M., (2001). Reflexiones a propósito del régimen de relaciones de vecindad en el Derecho romano*, Anuario jurídico y económico escurialense,* nº 34, pp. 47-64.

BONFANTE, P., (1932). *Las relaciones de vecindad,* Trad. de García Valdecasas, Madrid.

DIEZ PICAZO, L., (1978). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones jurídico reales*, Tecnos, Madrid.

DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., (1998). *Sistema de Derecho civil,* vol. III, Tecnos, Madrid.

HERNANZ CANO, L., (2001). Las relaciones de vecindad en los edificios comunitarios y los edificios de propiedad horizontal, *Diario 5437*, de 11 de diciembre.

JHERING, R. Von, (1863). *Jahrbücher für die Dogmatic des heutigen römischen und deutchen Privatrechts*, pp. 81-130.

JIMENEZ SALCEDO, M.C. (1999). *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano*, Córdoba.

LACRUZ BERDEJO, J.L., (1990). *Elementos de Derecho civil, III*, Bosch, Madrid.

PÉREZ ÁLVÉREZ, P., (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica, *RJUAM*, nº 30, 2014-II, pp. 17-47.

NOTAS

[1] En este sentido, son limitaciones de interés público: Las contenidas en el CC, servidumbres legales (549 y ss), y las contenidas en leyes administrativas, de las que valgan como ejemplo, Ley de navegación aérea, Ley de aguas, minas y montes, Ley de Costas, leyes urbanísticas…

[2] Como señala ALONSO PÉREZ: "Es la vida de relación, en la que nos hallamos inevitablemente sumergidos, la que trae consigo un sinfín de molestias para nuestros próximos y que el Derecho debe reprimir cuando su nivel de intolerancia invoque la aplicación del sacrosanto principio *alterum non laedere*". ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, nº2, p. 358.

[3] PÉREZ ÁLVÉREZ, P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica, *RJUAM*, nº 30, 2014-II, p. 27.

[4] En este sentido ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, nº2, 1983, pp.357-395.

[5] LACRUZ BERDEJO, J.L, (1990). *Elementos de Derecho civil, III*, Bosch, editor, pp.332-334. Recoge las ideas de CINO, y posteriormente de CASSO a este respecto.

[6] JIMENEZ SALCEDO, M.C. (199). *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano*, Córdoba, p. 44.

[7] LACRUZ BERDEJO, J.L, (1990). *Elementos de Derecho civil*, III, ob cit, p. 332, recoge la cita de ULPIANO (D. 8,5,8,5 y 6).

[8] BLANCH NOUGÉS, J.M. (2001). Reflexiones a propósito del régimen de relaciones de vecindad en el Derecho romano*, Anuario jurídico y económico escurialense,* nº 34, p. 53. (págs. 47-64)

[9] JHERING, R. Von (1863). *Jahrbücher für die Dogmatic des heutigen römischen und deutchen Privatrechts*, pp. 81-130.

[10] BONFANTE, P. (1932). *Las relaciones de vecindad,* Trad. de García Valdecasas, Madrid.

[11] La siguen, el CC italiano (art. 844), el BGB (§906) y el CC portugués (art. 1346), de la época.

[12] Art. 590 CC: Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos."

Art. 1908.2 CC: "Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades."

[13] DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Sistema de Derecho civil,* vol. III, Tecnos, p. 165 y ss. Consideran estos autores que "a falta de criterio específico la cuestión debe resolverse ante todo por la aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, caerá en la sanción del art. 7.2 CC". De ahí que "un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad no tenga que ser soportado y el límite lo mismo podrá venir dado por la norma jurídica o por las costumbres, o por el criterio de la tolerancia normal, es decidir, por lo que normalmente es consentido por la conciencia social, o, en fin, por la forma en que debe realizarse, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes".

[14] STS 12 diciembre 1980, afirma que la reparación de los daños causados "no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones

patrimoniales". En el mismo sentido, y sobre la necesidad de reparación del daño causado por las inmisiones, se manifiestan las SSTS 12 diciembre 1984, 17 marzo 1981, y 18 julio 1982, 30 mayo 1997.

[15] ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad… ob. cit., pp. 359-360.

[16] Pone como ejemplos, el excesivo croar de las ranas que causa molestias e impide dormir, los gritos del vecino para espantar la caza del fundo colindante, hortelano que corta los veneros para impedir que llegue el agua a la finca vecina…

[17] Hay que tener en cuenta, también, las importantes sentencias del TS sobre la contaminación acústica de 29 abril 2003, y 28 enero 2004, donde incide en la posibilidad de protección de los derechos subjetivos afectados.

[18] ALONSO PÉREZ, M. (1983), ob. cit., p. 361.

[19] DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones jurídico reales*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 114.

[20] En el mismo sentido ZANON, (citado por HERNANZ CANO, L.: «Las relaciones de vecindad en los edificios comunitarios y los edificios de propiedad horizontal» Diario 5437, de 11 de diciembre,2001), entiende que debe limitarse los derechos de los condueños en interés de la Comunidad, al sobreponer el interés común al particular.

[21] Confirman la tesis de la STS 358/2018 citada las siguientes sentencias: 27 noviembre 2008, 24 octubre 2011, 12 septiembre 2013, 1 octubre 2013, 9 octubre 2013, 3 septiembre 2014, 3 diciembre 2014, 5 mayo 2015, 16 mayo 2018, 27 y 29 noviembre 2023.

[22] La STS 3 octubre 2024 manifiesta que la actividad turística produce molestias al resto de copropietarios, y que los vecinos que las sufren pueden intentar limitar el ejercicio abusivo del otro propietario, como consecuencia de la función social de la `propiedad. Y pueden hacerlo, por supuesto, a través de la acción de cesación del art. 7.2 LPH (que implica que ya se haya realizado el daño o molestia), pero también, y nada obsta a ello, a través de acuerdos "preventivos" que prohíban dichas actividades. "Las restricciones legales o estatutarias al derecho de goce de los pisos en comunidades de vecinos no son, por sí mismas, contrarias al art. 33 CE, siempre que obedezcan a la función social de la propiedad privada (SSTC 301/1993, de 21 de octubre, y 28/1999, de 8 de marzo)". Y continúa afirmando que "Dentro de esta función social, es una aspiración legítima de una comunidad de propietarios la evitación de potenciales molestias para el resto de los vecinos (art. 7.2 LPH) y de posibles conflictos de convivencia entre los propietarios y los indeterminados y ocasionales usuarios de uno o varios de los departamentos". Además, el TS entiende que el alquiler turístico "puede" ser molesto (STS 1232) y en la posterior (STS 1233) afirma que esa actividad "genera molestias". Considera, por tanto, que a priori es una actividad molesta a la que hay que poner fin de forma preventiva y general.

1.4. Sucesiones

Nulidad testamentaria y juicio de capacidad de un testador con alzheimer: hechos y pruebas en fase judicial

Testamentary Nullity and Capacity Assessment of a Testator with Alzheimer´s Disease: Facts and Evidence at Trial

por

JOSÉ LUIS HUERTAS GARCÍA

Abogado, licenciado en Ciencias Económicas y en Ciencias Políticas
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales EIDUNED.

RESUMEN: El curso neurodegenerativo que registran los pacientes de la enfermedad de Alzheimer (EA) representa una casuística específica que les permite, en el estadio que aquí definimos como *"ventana de vulnerabilidad financiera"*, superar fácilmente, en fases no avanzadas de la enfermedad, el juicio de capacidad notarial cuando su capacidad natural volitiva y nolitiva es insuficiente para otorgar testamento, conservándose dicha capacidad natural en dimensiones distintas a la económica, financiera y patrimonial. Concurre en dicha *"ventana de vulnerabilidad financiera"*, además, la dependencia de terceras personas (normalmente, convivientes) y la falta de entendimiento para medir las consecuencias de los actos propios y la capacidad de planificación, por lo que son del juicio de capacidad notarial respecto susceptibles de influencia indebida. Analizamos en este contexto la ineficacia tuitiva de la persona con este tipo de discapacidad a la luz de una sentencia estimatoria dictada en primera instancia en la que el autor ha ejercido la dirección letrada en la impugnación de un testamento otorgado por paciente de EA y la dificultad ínsita a la pretensión anulatoria frente a los principios «favor testamenti» y «in dubio pro capacitate».

ABSTRACT: The neurodegenerative progression experienced by Alzheimer's disease (AD) patients represents a specific case scenario that allows them, during what is herein defined as the financial vulnerability window, to easily meet the notarial capacity assessment requirements in the early stages of the disease. This occurs even when their natural volitional and non-volitional capacities are insufficient to execute a will, as such capacities remain intact only in dimensions other than the economic, financial,

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.09

and patrimonial spheres. During this financial vulnerability window, additional factors, such as dependency on third parties (typically cohabitants) and an impaired understanding of the consequences of one's actions and planning capacity, make them susceptible to undue influence. Within this context, we analyze the protective inefficacy of the notarial capacity judgment regarding persons with this type of disability. This analysis is conducted in light of a favorable first-instance court ruling in a case where the author acted as legal counsel in challenging a will executed by an AD patient. Particular attention is given to the inherent challenges of annulment claims, especially considering the principles of favor testamenti and in dubio pro capacitate.

PALABRAS CLAVE: Enfermedad de Alzheimer. Juicio de capacidad notarial. Testamento. Influencia indebida. Testigos instrumentales

KEYWORDS: Alzheimer's disease. Notarial capacity judgment. Will. Undue influence. Instrumental witnesses

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TEORÍA DEL CASO. 1. ANTECEDENTES FACTUALES. 2. POSICIÓN DE LAS PARTES ANTES DE LA VISTA. *A. Por la parte impugnante. B. Las partes demandadas.* 3. CONTEXTO NEUROLÓGICO DEL CASO. 4. PERICIALES PRACTICADAS EN LA VISTA. *A. Testificales practicadas en el acto del juicio. B. La resolución de la litis: El criterio del juzgador de la instancia y jurisprudencia citada.*—III. CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La capacidad natural bastante del testador no provisto judicialmente de medidas de apoyo o de otras fórmulas legales complementarias de su capacidad jurídica, es cuestión esencial en la validez de sus actos y disposiciones testamentarias. No resulta ajena a la ampliamente conocida controversia de múltiples supuestos en los que el juicio de capacidad notarial se antoja inidóneo y, en su consecuencia, fallido, por falta de herramientas adaptadas a las exigencias que representan ciertas enfermedades neurodegenerativas, de cada vez mayor incidencia, como señala el Informe SEN (2025)[1] «*En España, se calcula que entre 21 y 23 millones de personas padecerán algún trastorno neurológico y, por las características poblacionales del país, es previsible un incremento de la incidencia y mortalidad de todas aquellas patologías neurológicas asociadas al envejecimiento, sobre todo enfermedades cerebrovasculares, Alzheimer y otras demencias y parkinsonismos*».

En este sentido, el particular decurso de la Enfermedad de Alzheimer (EA) es especialmente interesante en tanto conlleva la pérdida gradual pero heterogénea de capacidades, siendo que unas se ven gravemente comprometidas en estadios no avanzados de la enfermedad y otras, por el contrario, se mantienen conservadas hasta estadios avanzados. Así, Peña-Casanova (1999)[2] señala que «*el manejo del dinero es una de las actividades que se pierden rápidamente en los pacientes con Alzheimer*» y, en la función para asuntos financieros, deviene «[I]*ncapaz de funcionar independientemente, aunque puede realizar algunas actividades; puede parecer normal ante una inspección casual*». Son estas últimas las que permiten la

superación sin dificultad del juicio de capacidad notarial por cuanto aparentan un entendimiento natural suficiente del testador, siquiera para expresar sus voluntades, deseos y preferencias básicos y, sin embargo, enmascaran una falta grave de capacidad intelectiva y desiderativa en los ámbitos económico, financiero y patrimonial, así como de planificación y valoración de las consecuencias de los propios actos en dichos ámbitos. Como señala Peña-Casanova (1999), citando a Reisberg (1982) [3], ya en la etapa GDS-4/7 (defecto cognitivo moderado) el «*paciente comete errores muy graves con el dinero*» y muestra incapacidad para la realización de tareas complejas, sin que haya defecto alguno en orientación en tiempo y persona, reconocimiento de personas y caras familiares y para viajar a lugares familiares.

En efecto, en el orden inverso al de adquisición de capacidades de la persona desde el nacimiento, a través de cuatro fases diferenciadas: sensoriomotora (de 0 a 24 meses), preoperacional (de 2 a 7 años), operativa concreta (de 7 a 11 años —donde ya utilizan la lógica y el razonamiento inferencial, pero no el deductivo—) y operativa formal (de 12 años a edad adulta). Pues bien, utilizando dichas fases, Piaget (Berger et al. 2008[4], 43) aplicó, con la EA la llamativa regresión de que la pérdida de capacidades que sigue un canon similar, si bien de forma inversa. En la fase de la escala GDS 4-5 (Reisberg, 1982, 1136-1139), entre leve y moderada, el deterioro cognitivo ya registrado imposibilita al paciente distinguir razonadamente lo que quiere de lo que no quiere, precisamente por grave afectación de sus capacidades volitivas —que le permiten expresar lo que quiere— y nolitivas —que le permiten expresar lo que no quiere— ante la ausencia de comprensión mínima en los ámbitos mencionados. En sentido estricto y de tal suerte se abre una «*ventana de vulnerabilidad financiera*»[5] (Huertas, 2024, 51-54) hasta la pérdida estentórea de capacidades esenciales, especialmente, afasia (dificultad en la construcción del lenguaje), anomia (dificultad en encontrar palabras adecuadas al contexto), agnosia (pérdida del reconocimiento de personas) o amnesia (lagunas de memoria) que, naturalmente, devienen incompatibles con la superación del juicio de capacidad notarial, anudado éste, en actual contexto jurídico-internacional, con la necesaria delimitación conceptual de la «*capacidad jurídica*» a que remite el artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y el sistema de apoyos de la Ley 8/2021 (Moretón, 2022)[6].

En este contexto, se hacen necesarias medidas que permitan garantizar el proceso interno de convicción del notario con el refuerzo de protocolos que aseguren que el testador, paciente de EA, expresa de forma genuina sus prístinas voluntades, deseos y preferencias. Con ello evitamos que se convierta, dentro del marco temporal de la *"ventana de vulnerabilidad financiera"*, en la expresión mediata de terceros que, acaso, ejercen una *influencia indebida* sobre el testador aprovechando la mayor dependencia de la persona enferma respecto de sujetos de su entorno más próximo, consciente ya de las pérdidas cognitivas que registra y, al tiempo, precisamente por causa de éstas.

En un entorno legislativo favorecedor de la autonomía de las personas con discapacidad[7], cuyo referente legislativo vigente lo encontramos en España en 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, inspirada en el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006[8], se hace

necesario implantar un escenario normativo tuitivo del paciente de EA que no esté precisamente comprometido por los principios *favor testamenti* e *in dubio pro capacitate*, auténticas barreras que, de ordinario, conducen al fracaso las iniciativas de impugnación testamentaria amparadas en la pretendida falta de capacidad natural del testador.

Desde el prisma de tal dificultad práctica, acrecentada por el hecho de que suele mediar tiempo entre el otorgamiento del testamento y la fecha del *exitus letalis* del testador —lo que no pocas veces convierte en *probatio diabólica* la acreditación de la invalidante falta de capacidad mínima— el presente artículo analiza una sentencia en la que su autor ha tenido la ocasión de ostentar la dirección letrada de la parte impugnante en proceso judicial en el que, en primera instancia y pendiente la apelación, ha recaído sentencia declarativa de la nulidad del testamento otorgado por paciente de EA en el año 2018, dejando como válido el último otorgado en el año 2008, un año antes de haber sido diagnosticado de la enfermedad.

El caso sometido al proceso de cognición del juez resulta ilustrativo de las dificultades que hay que superar para doblegar el juicio de capacidad notarial, máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, la acompañante del testador, en pretendido refuerzo de la capacidad de su padre, se valió de dos testigos instrumentales y dos facultativos que firmaron el protocolo y depusieron en el plenario a favor de la capacidad natural bastante del testador, como, en idéntica buena lógica, también hizo el propio notario. Tales dificultades hacen tributario a nuestro ordenamiento jurídico de una revisión que acomode el juicio de capacidad notarial a las particulares aristas de intelección que ofrece la enfermedad del Alzheimer mientras se mantiene abierta la *"ventana de vulnerabilidad financiera"*.

II. TEORÍA DEL CASO

1 Antecedentes factuales

Los hechos esenciales que centran el objeto de la *litis* se resumen, ordenados cronológicamente, del siguiente modo:

1) El testador, jubilado, en su día empresario de distintos sectores de actividad, en los últimos años de su vida activa en el de la promoción inmobiliaria, contando con 80 años y un patrimonio empresarial inmobiliario —no personal de forma directa— de unos 6 millones de euros (según se valora, a efectos ilustrativos, el caudal relicto en el escrito rector de la impugnante), otorga testamento en fecha de 06/02/2008. En dicho testamento dispone el legado del tercio de libre disposición a sus hijas D.ª Raquel y D.ª Patricia en la proporción de un 80% para la primera y en un 20% para la segunda, imponiendo a D.ª Raquel una carga modal (entrega de una renta vitalicia en favor de la hermana del testador, D.ª María José), mejorando a su hija D.ª Raquel y nombrando herederas en el remanente a sus tres hijas D.ª Raquel, Doña María y Doña Patricia y a heredero que pudiera haber, siendo que era lo más cierto que D. Raúl,

preterido nominalmente, ya consiguió por sentencia judicial la filiación de su padre en 1995)[9].

2) El causante es diagnosticado de Alzheimer en 2009 y tratado entonces con Rivastigmina (Exelon) 9,6 mg/d y, desde junio de 2010, con Memantina 20mg/d. Las pruebas Mini-Mental arrojan valores por debajo del punto de corte demencial (24) [21, en mayo de 2012; 22 en marzo de 2014 (en informe de consulta de fecha de 30/03/2014 se señala deterioro cognitivo leve-moderado por demencia moderada mixta Alzheimer/vascular); y 15, en fecha de 26/08/2015].
3) Un amigo del testador, a la postre nombrado como uno de los cuatro albaceas en el testamento ahora impugnado, razón por la que es codemandado, D. Diógenes, recomienda a la hija D.ª Raquel (que es la que única que mantiene relación estrecha con el causante) que disponga algún tipo de curatela respecto de su padre («*para que no despilfarrara el patrimonio*», según depone expresamente en la vista).
4) En fecha de 13/10/2015 la notaría de la plaza del domicilio del causante y habitual en las firmas de compraventas y otros negocios jurídicos, autoriza poder otorgado por el causante en favor de su hija D.ª Raquel para que gestione dos de sus cinco empresas, las que mantiene activas y no son de mera tenencia o simple carácter patrimonial.
5) El 10/11/2015, en consulta en la Seguridad Social, se recomienda suspensión de Memantina porque ha perdido su eficacia, lo que suele guardar conexidad con estadios no iniciales de la enfermedad.
6) Entre 2016 y 2017 el causante no supera el juicio de capacidad notarial para otorgar testamento ante la misma notaria que autorizó el antecitado poder (este hecho es conocido en la vista).
7) El 27/11/2017, en informe de consulta de médico privado, consta exploración por el neurólogo Dr. D. Mario, quien examina pruebas radiológicas y resonancias magnéticas y no puede hacer ninguna prueba de medición de deterioro cognitivo (Mini-mental, Cubo de Wais, Eurotest©, etc.).
8) En fecha de 31/05/2018, el causante, con 88 años, vuelve a otorgar testamento, en esta ocasión en plaza distinta a la de su domicilio y ante notario con el que nunca había trabado contacto, acompañado a tal fin de su hija, D.ª María, la sobrina del testador, D.ª Anne (no mencionada, como se ha comprobado, en el testamento de 06/02/2008 y sí, como luego constataremos, en este segundo testamento) y el marido de ésta, D. Mariano (titular del negocio al que se hace referencia, como luego se verá). Otorga el testamento ahora impugnado según las indicaciones de D. Felipe, abogado de D.ª María y, en el proceso de impugnación testamentaria, abogado de D.ª Anna. En virtud de éste, se establecen las siguientes disposiciones:
    a) Nombra albaceas contadores-partidores a D. Ignacio, D. Diógenes (antes mencionado), D. Felipe (antes mencionado) y Don Antonio. Todos renuncian ulteriormente en documento notarial, a excepción de D. Diógenes, que lo hace por correo electrónico y quien se acaba allanando a la demanda.

b) Lega a su sobrina, D.ª Anne, hija de su difunta hermana D.ª María José, la cantidad de acciones de su propiedad que posee en una de las sociedades mercantiles (sociedad A) de las que el causante era propietario en más del 99% del capital social, suficientes y necesarias hasta cubrir el valor estimado de los locales comerciales donde se ubica la tienda de electrodomésticos denominada "Electrodomésticos SL" (aquí, con nombre figurado), regentada por D. Mariano. Este último, en su día, en la representación de esta mercantil, tuvo un pleito con el causante, en tanto que administrador único de la misma sociedad de su propiedad antecitada, donde aportó documento de condonación de deuda firmado por el causante en marzo de 2018 y que ya suscitó para el juzgador «*dudas, más que fundadas, que existen en cuanto a la capacidad* [...] *para prestar válidamente su consentimiento en la fecha del documento en cuestión (marzo de 2018) al padecer desde antes de la misma (SIC) de una demencia senil tipo Alzheimer en grado avanzado, aun cuando no haya sido judicialmente incapacitado, como resulta del informe médico de neurología del Centro Médico OTS Clinic emitido con fecha 27 de noviembre de 2017 (documento nº 1 del escrito de impugnación de la oposición) ratificado por la testifical del autor del mismo, el* [Dr. D. Mario]*, practicada en el acto de la vista del incidente de oposición, y que manifestó que se trata de una enfermedad IRREVERSIBLE Y PROGRESIVA SIN POSIBILIDAD DE MEJORÍA...*».

c) Lega a D.ª Patricia la legítima estricta (a su fallecimiento, por sustitución vulgar, su hija D.ª Nerea, si bien en el momento de otorgar testamento el causante ya conocía del fallecimiento de su hija, D.ª Patricia, a cuyo entierro acudió en 2009, extremos todos estos desconocidos, como luego se comprobó en la vista, por parte de D.ª María, acompañante del causante en el segundo testamento) y, pretiriendo nuevamente a D. Raúl, también relega a éste a la legítima estricta que por derecho le corresponda.

d) Nombra herederas por partes iguales a sus hijas D.ª Raquel y D.ª María.

9) En fecha de 21/02/2019, a instancias de D.ª María y para instar proceso —entonces— de incapacitación, se emite informe por el psiquiatra, D. Jacinto, informe en el que se incorpora, anexado, otro evacuado por el neuro-psicólogo D. Ramón, quien concluye deterioro grave a todos los niveles y que presenta episodios de incontinencia urinaria y fecal, propios, según escala FAST[10] (Reisberg, 1989, 653-659) de últimas etapas de la fase GDS-6. Ambos facultativos exploran físicamente al causante.

En este primer informe, D. Jacinto concluye que «[...] *muestra una evidente incapacidad para la toma de decisiones. Resulta evidente:*

– *La alteración del juicio de realidad que le impide ser consciente de lo que ocurre en su entorno y en su misma persona.*
– *Ha perdido las capacidades cognitivas básicas para retener información y razonar adecuadamente.*

- *No presenta una capacidad volitiva adecuada. Habiendo delegado la toma de decisiones desde hace años, y rehuyendo decidir incluso sobre aspectos mínimos.*
- *No es capaz de anticipar las consecuencias de su conducta; ya no puede planificar, anticipar consecuencias incluso inmediatas de hechos irrelevantes y además mantiene una actitud nihilista incoherente con su situación vital*».

10) El 02/05/2019, consultas externas recomienda suspensión de rivastigmina.
11) El 9/12/2021 se dicta sentencia de curatela en la que, tratando de respetar la voluntad, deseos y preferencias del causante, según lo último que constaba, se nombra a D. Lola, exmujer del causante, curadora personal y a D.ª Raquel, administradora de las cinco sociedades de aquél, como patrimonio total.
12) El causante fallece el 22/01/2022, causando baja en el Registro Mercantil, a instancias de D.ª María y por motivos *mortis causa*, el nombramiento como administradora de D.ª Raquel.
13) Consta, aportado por la representación procesal de D.ª María en su escrito rector de oposición, informe pericial datado en fecha 29/11/2022 (no exploró físicamente al causante), emitido por el neuro-psiquiatra, D. Flavio, que no depuso en juicio (no fue llamado a ratificar por la parte proponente) y que tenía por objeto, según señalaba literalmente, haber sido requerido por D.ª María «*para emitir un Informe Pericial que sirva para contrarrestar la impugnación al último testamento otorgado por su difunto padre*».
14) En fecha de 22/05/2023, ya en el seno del proceso judicial de impugnación del segundo testamento, el psiquiatra, D. Jacinto, evacúa, nuevamente a instancias de D.ª María, nuevo informe pericial, en esta ocasión para demostrar, no obstante el demoledor informe de fecha 21/02/2019 respecto de la falta de capacidad del causante, que en fecha de 31/05/2018, esto es, 8 meses y 21 días después, el causante tenía capacidad natural bastante para otorgar testamento y registraba un deterioro cognitivo, según escala GDS entre 3 y 4 (ninguna referencia hace en su informe anterior a esta escala). Lo expresa en estos términos: «*al 31 de mayo el paciente presentaba una afectación cognitiva, probablemente moderada (GDS 3-4), sin haber perdido la capacidad de conocer la realidad ni de identificar las personas de su entorno*».
15) En aclaración, ya a los efectos del proceso de impugnación testamentaria, el Dr. D. Mario, en nuevo informe de fecha 17/07/2022, fija el deterioro cognitivo del testador en fecha de 27/11/2017, fecha de su primer informe, en nivel GDS 5-6.
16) En fecha de 28 de mayo de 2023 la neuróloga, Dra. Dª. Gervasia, informa sobre la historia clínica obrante en autos del causante y emite juicio sobre la praxis del Dr. D. Mario, validando sus conclusiones y coherencia con dicha historia, estableciendo que el causante no tenía capacidad mínima para otorgar testamento no ya en fecha de 31/05/2018, sino, incluso, dos años antes.

17) En fecha de 31/07/2024 recae sentencia en primera instancia declarando la nulidad del testamento de 31/05/2018 con condena en costas a las partes codemandadas que se opusieron y, tal y como se solicitó en el escrito rector de la parte impugnante, se declara la validez del testamento de 06/02/2008, último otorgado con anterioridad al ahora inválido.

2. Posición de las partes antes de la vista

A. Por la parte impugnante

Tras el análisis de las repercusiones para legatarios y herederas de ambos testamentos, en más o en menos, según de quien se trate, señala el escrito de demanda de impugnación que la voluntad del testador, fue exteriorizada notarialmente en fecha de 06/02/2008 y mantenida incólume tal voluntad a lo largo de los años. En dichos documentos, en los que D.ª Raquel, única de las herederas cercana, física y emocionalmente, a su padre y que, progresivamente, fue dirigiendo el entramado empresarial de aquél —si bien, de todas las sociedades, de un total de cinco, sólo se había mantenido activa y con el giro mercantil que le es propio una de ellas, Sociedad B, y con mínima actividad, otra— la antecitada Sociedad A, (precisamente ambas sobre las que en fecha de 13/10/2015 otorga poder notarial para firmar en representación de ellas a la hija D.ª Raquel), se evidencia, respondían, por una parte, a la realidad de las relaciones del testador con las demás herederas —ora nulas, ora conflictivas, con D.ª Patricia, D.ª María y D.ª Anne en 2008 y años siguientes— y, por otra parte, a la incontrovertible realidad de que únicamente gozaba de la confianza del padre D.ª Raquel, confianza que se mantuvo incólume hasta que el testador perdió consciencia y capacidad para regirse por sí mismo como consecuencia del deterioro cognitivo al que, inexorable y nunca regresivo, le llevaba la enfermedad de Alzheimer.

Así, D.ª Raquel ejercita la acción de nulidad del testamento por cuanto considera que el causante, a la fecha de otorgar el testamento combatido, esto es, el otorgado el 31/05/2018, cuando el causante contaba con 88 años de edad, sufría una enfermedad mental severa que afectaba completamente su entendimiento, encontrándose en una fase avanzada de demencia, de carácter irreversible, causada por la enfermedad de Alzheimer, no hallándose, como se ha señalado, en plena capacidad y lucidez para comprender dicho acto, en rigor, no disponiendo de capacidad intelectiva y volitiva mínima para hacer los más elementales actos de la vida cotidiana. Para ello, acompaña su escrito de un conjunto de informes médicos del causante que D.ª Raquel conservaba y en los que son de ver que los primeros síntomas de la enfermedad se situarían en 2009-2010, lo que cohonestaría, particularmente, con el informe de fecha 27/11/2017 evacuado por el Dr. D. Mario, es decir, más de seis meses antes del otorgamiento del testamento impugnado. En dicho informe se indica que, desde el diagnóstico y primer tratamiento con Aricept (Donepezilo) y Memantina en 2010, en la fecha del informe el causante «*todavía tuvo una función cognitiva muy variable hace dos años, hoy en día no fluctúa más, la función cognitiva ha deteriorado en todos los aspectos de la vida diaria, no puede llevar una conversación sin incongruencias, no puede discernir adecuadamente lo que quiere y lo que no quie-*

re, ha perdido la capacidad de tomar decisiones correctas sobre temas de su interés, no presenta más la capacidad de administrarse, incluyendo la disposición de dinero, la administración de sus asuntos financieros. Él depende de la ayuda administrativa continua de su hija [se refiere a D.ª Raquel] *en todos los aspectos de la vida —incluyendo decisión sobre el lugar de vivir, sus asuntos de salud y económicos—*».

Se incide en la demanda en que, si bien es cierto que el notario autorizante afirma que «*junto con los dos testigos y facultativos aquí presentes juzgo al testador con la capacidad legal necesaria parta testar*», lo más cierto es que, la misma presencia de dos testigos y dos facultativos evidencia elementos objetivos incontestables potencialmente desvirtuadores de tal apreciación sobre la capacidad natural del testador.

Asimismo, sostiene el escrito rector de la demandante una posible *influencia indebida* en los siguientes términos: «*Es fácilmente excogitable del examen comparado de los testamentos de 2008 y 2018 existen diferencias significativas que únicamente se explican si se atiende a un ánimo espurio de enriquecimiento, por un lado, y al necesario deterioro cognitivo del testador que es, precisamente, el elemento propiciatorio de introducción ex novo de aparentes decisiones sólo posibles rendida la capacidad natural del testador*». Se hace hincapié en que D.ª María, de ser relegada a la porción que le corresponde de legítima estricta, esto es, de ser potencialmente titular del 8,3333% del total caudal relicto, pasa en 2018, como coheredera universal, a ser potencial titular de un 41,6666%, supuesto concreto valor estimado del legado ordenado a favor de D.ª Anne (que, en buena lógica, comparte con D.ª María postura procesal contraria a la impugnación), al ser instituida heredera universal junto con D.ª Raquel, lo que supone adjudicación de la mitad del tercio de libre disposición (16,6666%) (el resto equivaldría al legado a favor de D.ª Anne) y del tercio de mejora (16,6666%), más la cuarta parte del tercio de legítima estricta (8,3333%).

En cuanto a las circunstancias que envolvieron el otorgamiento del testamento impugnado, la actora, además de la exteriorización de llamativas prevenciones (dos testigos instrumentales que no conocían al otorgante y dos facultativos, ambos de medicina de familia y sin especialidad en disciplina neurológica) y de referir la indiciaria sospecha (en nada concluyente) de haber hecho testamento en plaza inhabitual para el testador, asevera que Doña María, Dª. Anne y su marido, D. Mariano, se concertaron, con pleno conocimiento del deterioro cognitivo severo del testador y aprovechando éste, para que fuera otorgado un testamento beneficioso a todos los nombrados. Sostiene la afirmación de que el testador había sido llevado subrepticiamente a esa otra plaza en la conversación telefónica que mantiene dicho día, 31/05/2018, con el testador (cuya audio grabación y transcripción de la misma aporta junto con su escrito rector), en la que, más allá de la constatación del deterioro cognitivo que padece, se advierte que aquél no sabía ni dónde estaba, ni con quién (pregunta incluso si D.ª Raquel ha estado con él), ni para qué.

B. Las partes demandadas:

a) Se allanan:
   a') D. Diógenes, abogado de profesión, anteriormente, durante más de dos décadas, oficial de notaría (uno de los albaceas y amigo del tes-

tador, quien dice haberlo acompañado al Hospital Universitario de Navarra en los primeros años de manifestación de la enfermedad y haber aconsejado a D.ª Raquel la provisión de alguna medida de apoyo o curatela en protección del testador).

b') D.ª Nerea, hija de D.ª Patricia, la fallecida hija del testador, que es la nombrada en el título dispositivo de la sucesión. D.ª Nerea refiere en su escrito rector, dentro de la muy escasa relación que mantuvo con su padre, un episodio que sitúa cronológicamente en el año 2017 y en el que quedó patentizada la falta de capacidad de su abuelo.

b) Se oponen:

a') D. Raúl que, aunque preterido nominalmente en el testamento, obtuvo judicialmente filiación respecto del testador, como se ha mencionado anteriormente, en el año 1995. No obstante no trabó contacto directo con su padre a lo largo de su vida, salvo diez minutos repartidos en dos ocasiones, de niño una y, ya de adolescente, la otra, se opone al testamento por las referencias que, sobre la capacidad del padre al tiempo del otorgamiento del testamento, recaba de D.ª María, con quien tampoco mantenía relación alguna pero que traba por acercamiento de esta hermana en los últimos años.

b') D.ª Anne, sobrina del testador (hija de D.ª María José, para la que dispuso el testador en el testamento de 2008 una carga modal a su favor y con cargo a D.ª Raquel) se opone al testamento de 2018 (en el que aparece favorecida, en tanto no existe a su favor disposición testamentaria alguna en el de 2008) sobre la base de un pretendido conocimiento de la capacidad del testador que apoya en conversación telefónica grabada y aportada a autos, en la que no consta —no se aportan los metadatos del archivo de audio—, ni siquiera se menciona, fecha de dicha conversación, así como en la firma del testador en las cuentas anuales de una de las sociedades mercantiles de las que éste era administrador y socio único en fechas de 30/06/2016, 30/06/2017, 30/06/2018, 30/06/2019 y 30/10/2020, atribuyendo a dichas firmas una actividad intelectiva incompatible con la pretendida falta de capacidad del testador que arguye la actora.

c') D.ª María, hija del testador, que inició en 2021 el proceso de incapacitación de su padre que culminó con la declaración de discapacidad del mismo y la atribución de la curatela personal a favor de la conviviente exesposa del causante y la patrimonial a su hija D.ª Raquel, frente a la aspiración de D.ª María, que pretendía fuera nombrado administrador judicial de las sociedades del curatelado a profesional economista de su confianza y, subsidiariamente, a aquél que fuera desginado por insaculación. Reconociendo que no tiene, por graves diferencias con su padre, relación alguna durante veintisiete años, dice retomar la relación con este a principios de 2017. Incide en el hecho de que el testador acomdó en distintas ocasiones sus

disposiciones testamentarias a las concretas relaciones que mantenía con su familia. A dicho efecto, refiere que otorgó testamento el 5 de abril del 2004, cuyo contenido manifiesta desconocer, luego otro posterior de 8 de marzo del 2007, «*en el que no se indica disposición testamentaria alguna*», pero en el que sí se reconoce a su hija D.ª Patricia y los ya conocidos, por nombrados en la demanda, de 6 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2018. Sostiene que la recuperación de la relación con su hija D.ª María, justificaría la voluntad de hacer otro testamento y la mejora de ésta y, de igual modo, fallecida D.ª María José, hermana del testador, que dispusiera legado a favor la hija de ésta, D.ª Anne. En cuanto a la relación entre el testador y D.ª María, manifiesta que llegó a ofrecerle un edificio propiedad de una de sus empresas y que la misma rechazó por entender que no era tal forma apropiada de recibir nada de su padre y que tal decisión había de pasar por el conocimiento de D.ª Raquel, «*rehusando el testador hablar con la misma, pues parece tenerle miedo*». Asimismo, refiere la desatención de su padre de que había sido objeto por parte de la hija D.ª Raquel en los últimos años, salvando la capacidad del padre en fecha de 13 de octubre de 2015, que es cuando le otorga poderes de representación de las dos empresas activas. Por otra parte, combate el rigor profesional del informe del Dr. D. Mario aportado por la actora, restando toda base científica a las conclusiones de dicho facultativo sobre la base de que «*no hace una valoración neuropsicológica, ni aporta estudio de biomarcadores como es el PET-TAC (escáner cerebral con marcador B-Amilloide), tampoco estudio del líquido encefalorraquídeo o estudio de mutaciones genéticas. No presenta tampoco una valoración de fluctuaciones cognitivas (Escala Clínica Mayo)*». En refuerzo de tal consideración aporta los informes periciales del neuropsiquiatra, D. Flavio (quien, como decimos aquí, no fue llamado por la representación procesal de D.ª María a ratificar en el acto de la vista) y del psiquiatra D. Jacinto, al tiempo que hace valer la eficacia probatoria de ciertos testimonios escritos de personas que conocían al testador (que no depusieron en el acto del juicio) y la del matrimonio de guardeses (que sí declararon en juicio). Por último, intenta neutralizar el argumento de hacer uso de notario de distinta plaza sobre la base del «*miedo que le tenía, de influir o alterar su decisión, por el férreo control que ejercía sobre su padre, como se trasluce de las grabaciones que se acompañan a la demanda*». Al fin, sostiene, sin aducir en qué le beneficia, que la actora «*lo que pretende con este procedimiento es dilatar en lo posible la división y partición de los bienes de la herencia*».

d') Los albaceas D. Ignacio, D. Felipe y Don Antonio, únicamente solicitan la falta de legitimación pasiva y la consiguiente condena en costas a la actora por haber sido traídos indebidamente al proceso, toda vez que habían renunciado al cargo de albacea ante notario con anterioridad a la interposición de la demanda.

3. Contexto neurológico del caso

Existen distintas pruebas que permiten medir el alcance del deterioro cognitivo del paciente de EA. Comoquiera que en el caso que nos ocupa, dadas las circunstancias, no se propuso al testador ninguna prueba que determinara su capacidad en el manejo de caudales y en la habilidad o inhabilidad para entender el valor del dinero y, en general, de las cosas, las que naturalmente han sido valoradas por el *iudex a quo*[11] son las pruebas que constan en la documental clínica obrante en autos.

En este sentido, han tenido relevancia en la resolución de la *litis* el llamado test Mini-Mental y las escalas GDS y FAST (esta última no nombrada específicamente en la sentencia pero indirectamente introducida en tanto tuvo su eco en las periciales practicadas en el plenario y deviene fundamental para excogitar el progreso de deterioro cognitivo causado por la EA cohonestable con la realidad reforzadamente probable a la vista de los resultados de las pruebas periciales que, aportadas por la representación procesal de D.ª María, pretendían demostrar retrospectivamente una capacidad natural suficiente del causante en fecha de 31/05/2018 cuando en fecha de 21/02/2019 se informa por el mismo perito, D. Jacinto, la falta de capacidad suficiente para los actos elementales de la vida).

En cuanto a la primera de las pruebas mencionadas, el test Mini-Mental[12], sondea aspectos como la orientación (con preguntas básicas sobre la fecha, el día de la semana, la estación o el lugar y la ciudad donde se encuentra el paciente), la memoria inmediata (se piden tres palabras que el paciente debe repetir inmediatamente), la atención y el cálculo (con tareas simples como como restar 7 de 100 en secuencia o deletrear palabras al revés), la memoria diferida (recordar las tres palabras iniciales tras un intervalo de tiempo), el lenguaje y la comprensión (pidiendo al paciente nombre objetos (por ejemplo, un lápiz y un reloj, repetir frases sencillas o seguir instrucciones para manipular objetos) y la escritura y la praxis (solicitando que escriba una frase o copie un dibujo geométrico simple, como dos pentágonos superpuestos).

Si bien es de uso extendido por su facilidad y rapidez de realización, no resulta, por sí sola, suficiente para determinar el grado de deterioro cognitivo aunque es cierto que, puntuaciones por debajo del punto de corte (24/30 puntos para la demencia, según consta en el informe pericial de la neuróloga, Dra. Dª. Gervasia, propuesta por la representación procesal de D.ª Raquel) evidencian deficiencias cognitivas notables que son más pronunciadas cuanto menor es la puntuación registrada.

En el caso que nos ocupa, el paciente registra en fecha de 26/08/2015 un resultado de 15/30 puntos (no constan datos concretos de cómo realiza el paciente la prueba).

En fecha de 27/11/2017, el neurólogo, Dr. D. Mario, no realizó ninguna prueba por cuanto, según refiere en sus informes y ratifica en sala, el paciente no mostraba capacidad de interacción mínima habilitadora de una evaluación reglada. Sin embargo, en fecha de 19/02/2019, el neuropsicólogo cuyo informe es utilizado por el psiquiatra D. Jacinto, propuesto por la representación procesal de D.ª María, en su informe de fecha 21/02/2019, acredita haber realizado una serie de pruebas cuyos resultados son los siguientes: Prueba Mini-Mental adaptada al español 12

(punto de corte 24/30), incapaz de reproducir con éxito formas geométricas e irregulares sencillas e incapacidad de realizar el TdR (Test del Reloj)[13].

Este informe, según los resultados obtenidos, concluye:

a) En el orden cognitivo: «*Muestra marcados déficits en orientación temporal, no sabiendo día de la semana, mes, año ni estación.* […] *Con respecto a la orientación personal también se evidencian déficits marcados, mostrando dudas o datos erróneos tales como (año de nacimiento "mil ochocientos y algo", "nunca he estado casado", para posteriormente decir que "me he casado 3 o 4 veces, no estoy seguro" …).* […] *Con respecto a las funciones ejecutivas déficits graves, con baja velocidad de procesamiento, memoria de trabajo muy alterada, razonamiento deficitario, así como alteraciones graves en planificación, organización y flexibilidad mental.* […] *alteración grave en memoria a corto plazo. No hay curva de aprendizaje. Aparición de intrusiones.* […] *Respuestas azarosas, con marcado intento de disimular escondiendo sus errores.* […] *A nivel de comprensión presenta dificultad para obedecer órdenes complejas (Ej. "señale el techo después de tocar la mesa"), siendo capaz de realizar correctamente órdenes simples (ej. Señale el suelo" o "toque la mesa")*».

En el orden funcional: «*Para la evaluación funcional se entrevista a Dña. Lola, actual pareja del paciente con el cual convive. Presenta episodios esporádicos de incontinencia urinaria y fecal. Estos episodios han ocurrido mientras duerme. Cuando hay problemas digestivos usa braga pañal que acepta sin dificultad y también utiliza protector para pérdidas leves de orina*».

Respecto de las escalas GDS (no mencionada por el neuropsicólogo en su informe, aunque a los efectos que luego se dirán, afirma que el paciente registraba incontinencia urinaria y fecal) y FAST, ambas atribuibles al profesor de psiquiatría norteamericano Barry Reisberg, interesa señalar aquí que la primera establece siete etapas, las dos primeras asintomáticas o con cuadros leves, compatibles con deterioros no demenciales. Desde la tercera a la séptima y última, en la que habitualmente acontece el fallecimiento del paciente (si bien puede darse en GDS-6), se determinan secuencialmente la pérdida de distintas capacidades. La escala FAST, por su parte, establece dieciséis etapas evolutivas del deterioro cognitivo del paciente de EA, fijando los tiempos medios de cada una de ellas y las concretas capacidades, habilidades o destrezas que se van perdiendo.

Fusionando ambas escalas (Huertas, 2024, 45-49) podemos extraer algunas consideraciones respecto de las etapas GDS 4 (donde el paciente de EA ya registra errores muy graves con el dinero) y siguientes. Así, decía este autor:

«*b. Fase leve (GDS 4)*

GDS-4: Defecto cognitivo moderado: El paciente comete errores muy graves con el dinero o con las operaciones matemáticas más simples. Pregunta repetidas veces las mismas cosas, no recordando las respuestas que ha ofrecido anteriormente ni que ha formulado las mismas preguntas. Se detectan factores objetivos de EA en entrevista clínica adecuada, que se concretan en déficits manifiestos en las áreas que siguen:

- *Disminución del conocimiento de acontecimientos actuales y recientes.*
- *Lagunas en el recuerdo de la propia vida personal.*
- *Déficit de concentración en prueba de sustracción seriada.*
- *Disminución de la capacidad para viajar, controlar su propia economía y otras actividades que impliquen exigencia de capacidades de decisión análogas* […].

c. Fases moderada y moderadamente grave: (GDS 5 y 6).

GDS-5: Defecto cognitivo moderado-grave: El paciente no puede sobrevivir mucho tiempo sin asistencia y ya necesita ayuda para escoger la ropa adecuada, ignora dónde está si se le saca de entorno habitual y olvida ocasionalmente datos muy conocidos.

Manifestaciones propias son:

- *El paciente no es capaz de recordar aspectos relevantes de su vida presente como una dirección o un número de teléfono que no han cambiado en años, nombres de familiares próximos (nietos), el nombre de la escuela o instituto donde estudió.*
- *Muestra, a menudo, desorientación temporal (fecha, día de la semana o estación del año) o espacial (lugar donde se encuentra).*
- *El paciente tiene dificultad para realizar pruebas de sustracción seriada (contar hacia atrás de 4 de 4 o de 2 en 2).*

Pese al grado de deterioro cognitivo que ya registra y, particularmente, en el ámbito económico, patrimonial y financiero, conoce su nombre y, en general, el de su cónyuge hijos (entorno familiar corto) y no requiere asistencia para actividades cotidianas de la vida como aseo o comer. Finalizado el nivel anterior, esta etapa cursa con una duración estimada de 18 meses.

GDS-6: Defecto cognitivo grave: El paciente puede olvidar ocasionalmente el nombre del cónyuge. La dependencia del cuidador alcanza ya el grado de la llamada «necesidad por supervivencia» (requiere de asistencia para actividades personales básicas como lavarse —puede desarrollar miedo al agua— y comer) y aparece la incontinencia.

Grave desorientación espaciotemporal y en el reconocimiento de personas. El paciente olvida hechos y experiencias recientes, si bien conserva cierto conocimiento de las pasadas, que revive de forma muy fragmentaria. Son manifestaciones:

- *El paciente ignora generalmente la estación o el año en que se encuentra.*
- *Puede mostrarse incapaz de contar del 10 al 1, incluso, en ocasiones, del 1 al 10.*
- *Requiere cierta asistencia en las actividades cotidianas:*
  - *Puede presentar incontinencia.*
  - *Precisa asistencia para viajar (puede que se rija por sí mismo para viajar a lugares familiares).*
- *Normalmente recuerda su nombre.*
- *Frecuentemente distingue las personas de su entorno habitual de las que no lo son.*
- *Cambios conductuales y de personalidad.*
  - *Conducta delirante: Hablar con el espejo o acusar al cónyuge de ser un impostor.*
  - *Realización obsesiva de tareas, ansiedad y agitación, llegando a mostrar inopinada conducta agresiva.*
  - *Pérdida de deseos por falta del constructo generador del impulso de consecución de objetivos.*

El curso temporal de este nivel seguiría el siguiente esquema:

- *Gradualmente, se viste de forma incorrecta si no se le asiste o se le hacen indicaciones: 5 meses desde fin tiempo estimado de GDS-5.*

- *Gradualmente, va siendo incapaz de bañarse correctamente: 5 meses desde fin de tiempo estimado del episodio precedente.*
- *Gradualmente, deja de manejar adecuadamente la mecánica del váter (uso de la cisterna), reposición de papel higiénico, limpieza adecuada: 5 meses desde fin de tiempo estimado del episodio precedente.*
- *Incontinencia urinaria progresiva en la frecuencia miccional: 4 meses desde fin de tiempo estimado del episodio precedente.*
- *Incontinencia fecal progresiva en la frecuencia deposicional: 10 meses desde fin de tiempo estimado del episodio precedente.*

d. Fase grave. El final del proceso (GDS 7)

GDS-7: Defecto cognitivo muy grave: Se pierden todas las capacidades verbales y aparece la incontinencia urinaria (si no se ha registrado en GDS-6):

- *El paciente pasa de articular palabras y frases con léxico limitado a emitir simples sonidos.*
- *Pérdida de psicomotricidad básica (deja de poder caminar).*

En este este nivel, la evolución temporal sería como sigue:

- *Reducción de palabras usadas en promedio diario a 12 o menos: 12 meses desde el fin del tiempo estimado en GDS-6.*
- *Reducción de palabras usadas en promedio diario a 1 (inteligible), posiblemente utilizada de forma iterativa: 18 meses desde fin de episodio precedente.*
- *Imposibilidad gradual de andar sin ayuda: 12 meses desde el fin del episodio precedente.*
- *Imposibilidad gradual de sedestación sin brazos en silla: 12 meses desde el fin del episodio precedente.*
- *Pérdida gradual de la capacidad de sonreír: 18 meses desde el fin del episodio precedente.*
- *Imposibilidad gradual de mantener la cabeza erguida sin asistencia: 12 meses desde el fin del episodio precedente.*
- *Esta etapa finaliza con el exitus letalis del paciente, aunque puede producirse en GDS-6*».

En el caso que nos ocupa, el neurólogo Dr. D. Mario, señala en su informe de ampliación, de fecha 17/07/2022, que el grado de deterioro del testador cuando lo examina en fecha de 27/11/2017 era de GDS 5/6, lo que es incompatible con entendimiento y capacidad volitiva y nolitiva suficientes para otorgar válidamente testamento. Por su parte, el informe del psiquiatra, D. Jacinto, sitúa en su segundo informe, de fecha 22/05/2023, que el estado de deterioro cognitivo en fecha de 31/05/2018 estaría en GDS 3/4, confirmando así que el testador registraba capacidad natural bastante para otorgar testamento.

4. Periciales practicadas en la vista

Son manifestaciones relevantes a los efectos de la aclaración y ampliación de los informes periciales obrantes en autos las siguientes:

Dr. D. Mario:

- Preguntado sobre qué medicamentos confirman que el paciente se encuentra en diagnóstico definitivo de la EA: «*Claro, pero todos son medicamentos para la enfermedad definitiva de Alzheimer, la indicación para Rivastigmina para donazepilo y para la Memantina es el diagnóstico definitivo de la enfermedad de Alzheimer y para ninguna otra enfermedad* […]».
- Preguntado sobre la significación de las incontinencia urinaria y fecal y la relación de estas con fase avanzada de la enfermedad, señala: «*En la última fase sí, en la fase definitiva sí, los pacientes no pueden controlar tampoco las funciones vegetativas*».
- Preguntado sobre la posibilidad de regresión de la enfermedad o mejoría en el estado cognitivo del paciente, señala: «*Eso no existe*», añadiendo: «*La demencia en esta fase siempre es una enfermedad progresiva, siempre*».
- Cuestionado en cuanto al rigor de sus informes por cuanto son meramente clínicos y no auténticos informes periciales que, además, no incorporan documentación radiológica, en concreto, resonancias magnéticas que sí informa ha tenido ocasión de examinar en el curso de la entrevista con el paciente y su hija D.ª Raquel, aludiendo a su dilatada experiencia profesional como neurólogo, afirma que, no siéndole posible realizar ninguna prueba de medición de deterioro cognitivo, dice haber conformado su juicio clínico por: «*Mis ojos*». Añade que con sólo ver el cerebro de una persona (se refería, al examen de una resonancia magnética), ya tiene elemento objetivo suficiente para emitir juicio clínico, que es el que le llevó a considerar que el testador no podía distinguir lo que quería de lo que no quería.

Dra. D.ª Gervasia:

- Un paciente de EA con «*un Mini-Mental por debajo de 24 o 23 con un GDS compatible y con una situación avanzada no tiene capacidad para tomar decisiones*».
- Respecto de la posible mejoría del testador, señala que «*Es imposible que vaya a mejor viendo toda la evolución clínica que está con Memantina ya desde 2013 […]*».
- Pregunta: «*Desde la fecha del informe del Dr. D. Mario de noviembre, de 27 de noviembre de 2017, ¿cabe descartar desde un punto de vista neurológicola posibilidad de una ventana temporal mínima de lucidez, siquiera de cinco minutos, que acaso pudieran coincidir con el momento en el que estuvo otorgando testamento ante el notario?*». Respuesta: «*No, porque los momentos de lucidez paradójica son un fenómeno que está fuera de estas situaciones, son ya fases muy finales, terminales y ya aparece cuando no hay comunicación y de repente pueda tener un momento de comunicación verbal pero son excepcionales y en otra situación y en otras fases*».
- Pregunta: «*¿Es posible que en la fase 6, o al final de la fase 6, o incluso al principio de la fase GDS 6 es capaz el paciente de poder expresar su voluntad, deseos o preferencias mínimamente?*». Respuesta: «*No*».
- Pregunta: «*A la vista de la escala FAST que Vd. ha citado, ¿es posible que, como dice el Dr. D. Jacinto en su segundo informe el paciente registrara probablemente, esto es textual, un nivel GDS 3-4 el 31/05/2018?*». Respuesta: «*No*».

- Pregunta: «*A la vista de la escala FAST que Vd. ha citado, ¿es neurológicamente posible que el deterioro registrado en fecha de 19/02/2019 sea compatible con entendimiento para otorgar el testamento de fecha 31/05/2018, que Vd. incorpora a su informe?*». Respuesta: «*No, no es posible haciendo la regresión hacia atrás a nivel temporal por la evolución y los tiempos… no es materialmente, físicamente posible una regresión temporal tan rápido*».
- Pregunta: «*Por tanto descarta Vd. absolutamente la capacidad o entendimiento mínimos para hacer el testamento de 2018 ¿correcto?*». Respuesta: «*Sí*».
- Preguntada por el informe del neuropsiquiatra, Dr. D. Flavio (que no depuso en el acto del juicio), responde que «*Al revisar ese informe claramente se ve un enfoque psiquiátrico, donde hay mucha parte subjetiva de la historia vital de la hija, de Página 29 de 38 la familia y no hay una valoración, ¿no?, valoración neurológica del paciente y no resultados de pruebas ni de test neuro psíquicos, no hay datos objetivos*».
- Preguntada en relación con dicho informe sobre si es un informe neurológico, manifiesta: «*No, es un informe que, además, lo pone, es un informe pericial psiquiátrico*».

Dr. D. Jacinto:

- Preguntado respecto de su segundo informe, en el que sitúa el grado deterioro cognitivo del testador en la escala GDS entre 3 y 4, a los efectos de conciliar la contundencia de su informe de fecha 21/02/2019 con la regresión que sitúa el mencionado grado, por si conoce la escala FAST, admite que no la conoce.

A. Testificales practicadas en el acto del juicio

a) A instancias de la impugnante:

a') *La notaria*. En primer lugar (si bien depuso en diligencia final), la notaría de la plaza que rehusó otorgar testamento por entender que el testador no tenía capacidad bastante para hacerlo:

- Dice no recordar la fecha exacta en la que consideró que el testador no estaba en condiciones de superar el juicio de capacidad notarial, situándola entre 2017 y 2019.La deponente manifiesta, si bien matiza que conoce a la recurrente «no de comer juntas, ni salir juntas», su amistad con D.ª. María en términos que define de «relación social de hace muchos años», lo que no sucede con el caso de D.ª. Raquel, a la que dice «*no la conocía de nada*».
- Preguntada por las actas de comparecencia de 2021 solicitadas por D.ª María, afirma que: «*ahí yo lo volví a ver después de 2, 3 o 4 años*». A mayor abundamiento, para centrar el rango inicial de fechas, dice que llega a la plaza del domicilio del testador en 2015 y que al poco tiempo ocurría que «*venía por la notaría, entonces venía a veces, vengo a firmar un poder, vale pues lo que había encargado Raquel, se lo explicamos estaba de acuerdo y se iba, volvía a lo mejor al día*

siguiente y me decía, vengo a firmar un poder [el testador]*, es que ya lo firmaste ayer, Ah vale, se me había olvidado, venía a firmar una compra y lo mismo, tenía una capacidad, como si dijéramos, no le podíamos preguntar cuál era el precio y los medios de pago y cuántos meses o cuántas letras iban a tener, pero sí sabía el contrato*».

b') *El* (llamado) *Padre Jesús*. Declaró que fue requerido en los primeros meses de 2018 por D. María para ser tutor del testador, declinando éste por consejo familiar). Siendo empleado y amigo de toda la vida y con relación estrecha hasta los últimos años, confirma que, según su criterio, el testador no tenía capacidad para otorgar testamento cuando lo hizo el 31/05/2018.

c') *El contable*. Explicó que «*un año y pico*» después de empezar a principios de 2016 a trabajar como contable para el testador por petición de D.ª Raquel, —2017, en consecuencia— el testador ya no tenía capacidad para entender papeles. Bajo su criterio no era posible que el 31/05/2018 el testador tuviera capacidad natural bastante para testar.

d') *El bancario*. Empleado de la entidad bancaria en cuya oficina una de las empresas del testador mantenía un fondo de inversión de nominal elevado dijo, esencialmente, que había que repetirle las cosas para que pudiera quedarse con ellas, que preguntaba de forma recurrente por haber olvidado lo que se le había explicado y que tenía que visitar al testador en su casa porque quería tener la tranquilidad de que su dinero estaba a buen recaudo. Consideró que el testador no tenía capacidad de entendimiento mínimo para testar en 2018.

e') *El restaurador*. Regente de un restaurante conocido en la plaza del domicilio del testador, afirmó haberlo conocido junto con su hija D.ª Raquel en 2017 y ya entonces lo encontraba desorientado, quería pagar con billetes del Monopoly creyendo que era de curso legal y que, en cuestiones básicas, señaló que tras ir acompañado al urinario no atinaba a subirse la cremallera del pantalón, por lo que tenía que ser asistido en todo momento. De igual forma a los anteriores, declaró que el testador no tenía capacidad para otorgar testamento en el año 2018.

f') *El lotero*. Persona que acudía a la vivienda del testador para venderle importes considerables de lotería desde hacía años, ofreció un relato con olvidos, como reconoció de forma expresa y que dejó de venderle lotería al causante en el momento en que D.ª Raquel, le dijo que no volviera. Situó posible capacidad bastante del testador en 2020, lo que es incontrovertiblemente erróneo en tanto que incompatible con todos los informes periciales obrantes en autos, además de las testificales reseñadas.

b) A instancias de la representación procesal de D.ª María (ninguna de las otras partes en litigio propuso testifical propia):

a') *El notario* (autorizante del testamento impugnado). Resalta de su testimonio:
- Afirma que no recuerda haberse reunido a solas con el testador.
- Le sorprendió al notario que el testador no dijera nada cuando, al leerle el testamento, repasara el legado por la estricta a favor de hija que falleció en 2009 y a cuyo entierro acudió (casualmente, este extremo, el fallecimiento de la madre de D.ª Nerea, era ignorado por D.ª María, como admitió ésta en la vista).
- Ninguna explicación ofreció a la pregunta sobre qué explicó el testador para preterir a D. Raúl, filiado en 1995 en virtud de procedimiento judicial, como acreditó documentalmente el propio D. Raúl en su contestación a la demanda.
- Según manifiesta al principio de su deposición, el recuerdo que tiene de aquel testamento es vago (decía que, del testador, de la cara no se acordaba y otro tanto «*de la escena en particular*», ni de los acompañantes del testador, sólo que «*asistió mucha gente*» pero sí recordaba las personas que él llamó para que intervinieran en el otorgamiento).
- No sabe cómo explicó al testador la disposición testamentaria relativa al legado a favor de D.ª Anne de acciones de una sociedad de la que es prácticamente exclusivo dueño el testador en cuantía económica equivalente al valor futuro —cuando falleciera— de unos inmuebles propiedad de la mercantil, ignorando el propio notario la entidad económica de dicha disposición por cuanto desconoce los criterios de valoración de este tipo de operaciones so pretexto de que «*de valoración y de auditoría entiendo poco*», pero sí afirma, sin ambages y no obstante el vago recuerdo de la escena, que «*el testador sabía muy bien lo que hacía*».
- Preguntado más sobre el particular las acciones y los locales, en cuanto a que, siendo enfermo de Alzheimer, qué cautelas adoptó para asegurarse que lo que había redactado el abogado encargado por D.ª María se correspondía con la voluntad y entendimiento del testador, dice: «*Lo ha entendido, en el momento en que me dice él eso yo entiendo perfectamente lo que me dice y yo no voy con el prejuicio, ¡ah! Pero es que es enfermo de Alzheimer, no sabe lo que me está diciendo, sólo el argumento lo que me dice que quiere dejarle, pero en acciones el valor de los locales es suficientemente complejo el razonamiento como para ver que tendrá Alzheimer o tendrá indicios de Alzheimer, pero en ese momento está absolutamente lúcido y sabe lo que dice*».

b') *Los testigos de la firma en notaría*. En cuanto a los testigos que estuvieron presentes el día de la firma, D.ª Casimira (sin apenas recuerdo) y su hermana D.ª Remigia, y los facultativos D. José y D.ª Carmen, afirman que hablaron con el testador y que, aunque admi-

ten no conocerlo anteriormente, lo vieron en conversación informal con entendimiento suficiente. Las dos primeras testigos son empleadas del abogado que redactó la minuta del testamento a requerimiento de D.ª María, posteriormente, abogado de D.ª Anne en este pleito. Los segundos tienen como especialidad, respectivamente, la medicina comunitaria y la de familia —sin conocimientos en la especialidad de neurología— teniendo uno de ellos, como ocupación principal, la expedición de certificados médicos para la obtención de permisos de conducción y armas. Ambos manifestaron no haber realizado ninguna prueba de determinación de estado cognitivo del testador, aquejado de EA.

c') *La exesposa conviviente*. Ofrece un testimonio vago en cuanto al recuerdo y con poca profusión de detalles. Recuerda los episodios de incontinencia, pero refiere que conservaba capacidad en 2020, lo que, como ha quedado dicho, deviene imposible en atención a la documental clínica y periciales médicas practicadas en el proceso.

d') *Los guardeses*. Encargados del cuidado de la casa donde residía el testador en los últimos años. Reconocieron que fueron despedidos por D.ª Raquel (lo que indudablemente, por posible falta de imparcialidad resta credibilidad subjetiva a su testimonio y, en su consecuencia, eficacia probatoria). Dicen que el testador mantuvo capacidad hasta 2020 (misma consideración que la mencionada hasta ahora sobre la virtualidad de tal afirmación), aclarando oportunamente que lo de los billetes del Monopoly formaba parte del carácter jocoso y bromista del testador, pero que el mismo era consciente de que no eran billetes de curso legal.

c) En cuanto a los testimonios de las partes (depusieron D.ª María, D.ª Raquel, D.ª Nerea, D. Raúl y D. Diógenes). Todos ellos se ajustaron a lo manifestado en sus respectivos escritos rectores. Acaso son dignos de mención, por una parte, el reconocimiento hecho por D.ª María respecto de que la exesposa conviviente era la única persona que se encargaba del cuidado del testador y, particularmente, en cuanto a sus incontinencias (lo que, indirectamente, corroboró) y, por otra, la de D.ª Raquel, que manifestó que las firmas de las cuentas anuales no se hicieron con el rigorismo de convocatorias de Junta General y que se limitaba a firmar lo que se remitía por la asesoría cada año para el depósito de aquéllas en el Registro Mercantil.

B. La resolución de la litis: El criterio del juzgador de la instancia y jurisprudencia citada

Partiendo de que tiene la acción ejercitada su fundamento en los arts. 662, 663 y 666 del Código Civil en relación con el art. 687 del mismo texto legal, señala que «*para la adecuada resolución de la acción entablada, resulta preciso comenzar con el examen de la doctrina jurisprudencial recaída en la materia, de la que es muestra la Sentencia núm. 461/2016, de 7 de julio, de la Sala Primera del Tribunal*

Supremo (Recurso de Casación núm. 836/2014) que establece que "en atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento.[...]

También en relación con las reglas de reparto del *onus* probandi que comportan en este tipo de litigios que tiene la parte impugnante la carga de la prueba, invoca dicha resolución «*la Sentencia núm. 208/20, de 17 de septiembre, dictada por la Sección 6ª de la A.P. de Alicante (Recurso de Apelación núm. 385/2019), que señala que "La STS de 31 de marzo de 2004, expone que "También ha de tenerse en cuenta que era carga probatoria de los recurrentes demostrar que al tiempo de testar o al menos en períodos inmediatos, se había producido una agravación de la enfermedad, que evidenciaría su incapacidad en el preciso momento de hacer la declaración testamentaria. La capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas (Sentencia 8-6-1994)* [...]"».

En el idéntico sentido respecto de la carga probatoria, invoca la Sentencia núm. 117/2020, de 15 de abril, de la Sección 7ª de la A.P. de Asturias (Recurso de Apelación núm. 269/2019), que cita la de dicho Tribunal de fecha 28 de febrero de 2020, que alega a su vez, STS de 26 de abril de 2008, de 30 de octubre de 2012, de 15 de enero de 2013, de 19 de mayo de 2015, y la STS de pleno de 15 de marzo de 2018, así como la STS de 31 de marzo de 2004.

Por lo que respecta a la EA, cita el criterio de la Sección 3ª de la A.P. de Castellón, en la Sentencia núm. 473/2019, de 7 de octubre (Recurso de Apelación núm. 447/2018), que declara «*"la enfermedad de Alzheimer es una enfermedad neurodegenerativa que se manifiesta como deterioro cognitivo y trastornos conductuales. Se caracteriza en su forma típica por una pérdida de la memoria inmediata y de otras capacidades mentales (tales como las capacidades cognitivas superiores), a medida que mueren las células nerviosas (neuronas) y se atrofian diferentes zonas del cerebro. Es criterio jurisprudencial que, si el testador no ha sido incapacitado por resolución judicial, jugará la presunción de capacidad para testar «ex» artículo 662 del Código civil (STS de 18 de marzo y 18 de mayo de 1988)"*».

Menciona, igualmente, la Sentencia núm. 25/15, de 10 de febrero, dictada por la Sección 6ª de la A.P. de Alicante en el Recurso de Apelación núm. 679/2014), en relación con el principio *favor testamenti*, recogiendo la doctrina de la STS de 26 de septiembre de 1988, en el sentido de que «*toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental (SS 25-4-59 y 7-10-82)*».

Por último, se remite a «*la Sentencia núm. 114/2020, de 5 de marzo, de la Sección 4ª de la A.P. de Málaga (Recurso de Apelación núm. 1319/2018), en un supuesto análogo de impugnación de testamento por falta de capacidad del testador, tras recalcar que "la controversia en la instancia queda reducida a una cuestión de prueba"* [...]».

Aplicando la doctrina expuesta al caso analizado, revisando minuciosamente la sentencia recaída en cada una de las pruebas practicadas, resuelve el *iudex a quo* entender que el acervo probatorio desplegado por la parte impugnante ha conseguido desvirtuar el principio *favor testamenti*, otorgando especial fuerza probatoria a tal empresa a las periciales de los neurólogos Dr. D. Mario y de la Dra. Dª. Gervasia, así como a los distintos testimonios que, a su juicio, guardan mayor verosimilitud, no siendo suficientes para vencerlos ni el testimonio del notario autorizante del testamento impugnado ni los testigos de la firma.

III. CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA

De la prueba practicada, desvirtuadora del principio «*favor testamenti*» y de su complementario, «*in dubio, pro capacitate*», cabe extraer las apreciaciones siguientes:

1. Apuntan a que carecía de capacidad ya en 2015, los siguientes elementos de prueba:
   a) El inicio del tratamiento con memantina se sitúa en junio de 2010. Este tratamiento tiene resultados durante un periodo de un año o año y medio [Dr. D. Mario].
   b) En mayo de 2015 y marzo de 2014, el testador registra unos resultados en la prueba Mini-Mental de 21 y 22/30 puntos, respectivamente, estando el punto de corte de la demencia en 24.
   c) En 2014, un amigo del causante, D. Diógenes, recomienda algún tipo de curatela «*para que no despilfarrara el patrimonio*».
   d) El testador registra un resultado en la prueba Mini-Mental de 15/30 puntos. Se trata de un déficit cognitivo natural incompatible con el otorgamiento de testamento, lo que lleva a la neuróloga, Dra. D.ª Gervasia, a estimar que, probablemente en 2015 y el testador, carecía de capacidad natural bastante para otorgar testamento.
   e) El 10/11/2015, por médico privado se recomienda la suspensión de la Memantina, dada la falta de efecto sobre el paciente.
2. Antes del otorgamiento del testamento (31/05/2018), niegan toda posibilidad de capacidad natural bastante en todo momento y, en consecuencia, descartando toda posible ventana de lucidez mínima:
   a) Informe concluyente de falta de capacidad del Dr. D. Mario de 27/11/2017 (ratificado y ampliado el 27/07/2022), previa exploración del paciente y consulta de historial clínico abundante, incluido no obrante en este proceso, como el del Hospital Universitario de Navarra, según menciona —corrobora el codemandado, D. Diógenes, que acompañó al testador a dicho centro hospitalario) y resonancias magnéticas.
   b) Entre 2015 y 2016, máximo en 2017, no supera el testador el juicio de capacidad notarial cuando es sometido al mismo por la notaría de la plaza de su domicilio.
3. Son, *grosso modo*, hechos coetáneos cronológicamente con la fecha del testamento (31/05/2018), que refutan toda posibilidad de capacidad na-

tural bastante, los que se deducen de los testimonios consistentes, revestidos de imparcialidad y sometidos a contradicción en la vista: a) El llamado Padre Jesús, que fue requerido en los primeros meses de 2018 por D.ª María para ser tutor del testador, declinando éste por consejo familiar; b) *El contable*, que explicó que sobre el 2017 el testador ya no tenía capacidad); c) *El bancario*, que dijo esencialmente lo mismo; y d) *El restaurador* que conoció en 2017 al testador y descartó la capacidad mínima del testador ya entonces.

4. Son hechos acecidos con posterioridad al otorgamiento del testamento (31/05/2018), regresivamente incompatibles, según escala FAST y juicio crítico de la neuróloga Dra. D.ª Gervasia, con la capacidad natural bastante del testador en la fecha del otorgamiento:
   a) Informes concluyentes de falta de capacidad, solicitados para instar el proceso de incapacitación judicial por parte de la recurrente, evacuados por el neuropsicólogo, D. Felipe, y por el psiquiatra, Dr. D. Jacinto.
   b) El 02/05/2019, una doctora del INSS recomienda retirar la Rivastigmina, se deduce que por ineficaz. El Dr. D. Mario, según se desprende de su declaración, considerada la duración de su eficacia, lo habría suspendido años antes.

IV. CONCLUSIONES

I. En la suma, y como correlato necesario de cuanto antecede, las pruebas anteriores, coetáneas y posteriores a la fecha de otorgamiento de testamento corroboran que el grado de deterioro cognitivo del causante era incompatible con tal negocio jurídico, con lo que, vencida la presunción *iuris tantum*, procede declarar su nulidad, más allá de que bien parece que las circunstancias envolventes a la firma (hecho controversial interesado por la representación procesal de D.ª María en el acto de la audiencia previa) bien parecen encontrar pleno acomodo en un supuesto de *influencia indebida*. En síntesis, para que haya prosperado la acción, «*todo lo que podía salir bien salió bien y todo lo que podía salir mal salió bien*»[14]. Ahí está la dificultad de este tipo de procesos que, en interés de los pacientes de EA que no han otorgado disposiciones preventivas, bien merecería, a modo de *lege ferenda*, un escenario regulatorio auténticamente tuitivo.

II. Esta necesidad, que debe incardinarse y encontrar pleno acomodo en el espíritu del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006, deviene palmaria a la luz de la más reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, por todas, la recentísima Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10/12/2024, siendo ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, quien defiende la tesis de que unas medidas cautelares por incapacidad para realizar toto tipo de actos *inter vivos* de administración y disposición sobre sus bienes afectantes a una enferma de Alzheimer, acordadas en fecha de 03/02/2011, no presume la falta de capacidad natural bastante para otorgar testamento (lo que hizo dos meses después y apenas dos días antes del dictado de sentencia que acordó privar «(...) *de toda facultad para realizar actos de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses patrimoniales*

de cualquier clase que sean jurídica y socialmente relevantes (...) *pero conservando plenamente la capacidad para el gobierno de su persona, y con sometimiento de la misma a TUTELA en relación exclusivamente a dicho ámbito patrimonial*», toda vez que la capacidad que se requiere para los actos dispositivos *inter vivos* es de mayor intensidad que la del simple discernimiento que se requiere para los actos dispositivos mortis causa, para los que la falta de entendimiento sobre el alcance valorativo de la economía afectada por las mismas no es elemento que haya de considerarse determinante de la invalidez del testamento.

V. BIBLIOGRAFÍA

Berger, K. S. (2008). *The developing person through the life span* (7th edición). Worth. 43.

Carnero Pardo, C. (2005). El Eurotest® Test europeo de detección de deterioro cognitivo. Universidad de Granada. 71-73.

Folstein, M. F., Folstein, S. E., & McHugh, P. R. (1975). "Mini-Mental State": A practical method for grading the cognitive state of patients for the clinician. *Journal of Psychiatric Research*, 12(3), 189-198.

Gago Simarro, C. (2021) La preterición de los descendientes. En VV.AA. Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Derecho de sucesiones. BOE / AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. 2503-2520.

García Rubio, Mª P., (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil, 5*(3), 173-197.

Huertas García, J. L. (2024). Protección patrimonial del testador aquejado de Alzheimer. Propuestas de *lege ferenda*. *Anales de Derecho y Discapacidad*. *Revista científica de Derecho de la Discapacidad* N.º 9, septiembre de 2024, Año IX. 51-54.

Peña-Casanova, J. (1999). *Enfermedad de Alzheimer. Del diagnóstico a la terapia: conceptos y hechos*. Fundación La Caixa. Depósito Legal: B-1584-99. 24, 99.

Moretón Sanz, M. F. (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 687. 70-76.

Moretón Sanz, M. F. (2022). La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones). La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, núm. 33. 163-178.

Reisberg, B. (1982). *The Global Deterioration Scale for assessment of primary degenerative dementia. Am J Psychiatry,* 139, 1136-1139.

Reisberg, B. (1989). Functional Assessment Staging (FAST). *Psychopharmacology Bulletin*, 24. 653-659.

Sociedad Española de Neurología. (2025). Impacto sociosanitario de las enfermedades neurológicas en España. Informe SEN, Ediciones SEN, consultado en fecha de 01/03/2025 en: https://www.sen.es/pdf/2024/Informe_sociosanitario_2024.pdf

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS, 10 de diciembre de 2024, Sala Primera de lo Civil, ECLI:ES:TS:2024:6182.
- STS, 7 de julio de 2016, Sala Primera de lo Civil, ECLI:ES:TS:2016:3123.
- SAP Alicante, 17 de septiembre de 2020, Sección 6, ªE-CLI:ES:APA:2020:2626.
- SAP Asturias, 15 de abril de 2020, Sección 7ª, ECLI:ES:APO:2020:1667.
- SAP Castellón, 7 de octubre de 2019, Sección 3ª, ECLI:ES:APCS:2019:160.
- SAP Alicante, 10 de febrero de 2015, Sección 6ª, ECLI:ES:APA:2015:373.
- SAP Málaga, 5 de marzo de 2020, Sección 4ª, ECLI:ES:APMA:2020:119.
- STS, 22 de julio de 2006, Sala Primera de lo Civil, ECLI:ES:TS:2006:3616[15].

NOTAS

[1] Sociedad Española de Neurología. (2025). Impacto sociosanitario de las enfermedades neurológicas en España. Informe SEN [En línea], Ediciones SEN, consultado en fecha de 01/03/2025 en: https://www.sen.es/pdf/2024/Informe_sociosanitario_2024.pdf

[2] Peña-Casanova, J. (1999). Enfermedad de Alzheimer. Del diagnóstico a la terapia: conceptos y hechos. (1999). Fundación La Caixa. Depósito Legal: B-1584-99. Págs. 24 y 99.

[3] Reisberg, B. (1982). The Global Deterioration Scale for assessment of primary degenerative dementia. Am J Psychiatry. Vol. 139. Págs. 1136-1139.

[4] Berger, K. S. (2008). The developing person through the life span (7th edición). Worth. Pág. 43.

[5] Huertas García, J. L. (2024). Protección patrimonial del testador aquejado de Alzheimer. Propuestas de *lege ferenda*. Anales de Derecho y Discapacidad. Revista científica de Derecho de la Discapacidad N.º 9, septiembre de 2024, Año IX. Págs. 51-54.

[6] Moretón Sanz, M. F. (2022). La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones). La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, núm. 33, págs. 163-178.

[7] *Vid*, también, en cuanto a la tendencia tuitiva ya entonces dimanante del contexto constitucional introducido por el artículo 49 CE y, desde una perspectiva general, del ordenamiento jurídico español y europeo, Moretón Sanz, M. F. (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 687. Págs. 70-76.

[8] *Vid* el preámbulo de la 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, que señala de forma clara que se trata de un hito que supone «*dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*».

[9] *Vid* sobre las dos clases de preterición de hijos o descendientes reguladas en el artículo 814 del Código Civil, y sus efectos *¿nulidad, anulabilidad o rescisión?* Gago Simarro, C. (2021) La preterición de los descendientes. En VV.AA. Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Derecho de sucesiones. BOE / AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Págs.. 2503-2520.

Asimismo, *vid* STS, Sala Primera, de lo Civil, 669/2006, 22 Jun. 2006 (Rec. 4275/2000), por ilustrar la preterición de hijo extramatrimonial del causante concebido y nacido después

de otorgado el testamento que, cuando tuvo conocimiento, no lo modificó, quedando viciado de preterición errónea: la preterición viene referida al tiempo de otorgar testamento y si en éste se produce preterición, aunque sea porque el hijo legitimario nace después, la preterición es errónea y despliega sus efectos como tal.

[10] Reisberg, B. (1989). Functional Assessment Staging (FAST). Psychopharmacology Bulletin, 24(4), 653-659.

[11] La sentencia ha sido apelada por las representaciones procesales de D.ª María y D.ª Anne.

[12] Folstein, M. F., Folstein, S. E., & McHugh, P. R. (1975). "Mini-Mental State": A practical method for grading the cognitive state of patients for the clinician. Journal of Psychiatric Research, 12(3), págs. 189-198.

[13] *Vid* Carnero (2005). El Eurotest® Test europeo de detección de deterioro cognitivo. Universidad de Granada, págs. 71-73. El paciente debe dibujar la esfera de un reloj y poner las horas para, seguidamente, poner las manecillas indicando determinada hora «*en países con habla hispana se suele utilizar las "once y diez", en países de habla inglesa las "cuatro menos veinte"*»).

[14] Licencia del autor que ha venido empleando entre colegas respecto del resultado de este proceso para ilustrar la complejidad de las impugnaciones testamentarias —y esta en particular—.

[15] No invocada en la sentencia analizada.

1.5. Obligaciones y contratos

Responsabilidad civil del proveedor de servicios de pago en casos de fraude y phishing

Civil liability of the payment service provider in cases of fraud and phishing

por

ROBERT REINHART SCHULLER

Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022

Universidad de La Rioja

RESUMEN: La normativa europea y nacional posibilita, ante determinadas situaciones, que un prestador de servicios de pago llegue a responder por hechos de terceros. A lo largo del presente comentario se analizará la normativa, la jurisprudencia, para extraer la posición actual respecto a tal tipo de responsabilidad. Se valorará el concepto de negligencia, la autenticación reforzada y los diferentes deberes de seguridad, así como la diligencia de los participantes en la relación contractual.

ABSTRACT: European and national regulations allow, in certain situations, a payment service provider to be held liable for acts commited by third parties. Throughout this commentary, the legislation and case law will be analyzed to outline the current position regarding this type of liability. The concepts of negligence, strong authentitcation, and various seciruty obligations will be assessed, as well as the diligence of the parties involved in the contractual relationship.

PALABRAS CLAVE: prestadores de servicios de pago, diligencia, negligencia grave, usuario, responsabilidad, carga de la prueba.

KEYWORDS: payment service providers, diligence, gross negligence, user, liability, burden of proof.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. AUTENTICACIÓN REFORZADA—III. CONSENTIMIENTO.—IV. DILIGENCIA Y RIESGOS. 1. Contenido de los mensajes. 2. Jurisprudencia. 3. Diligencia del usuario: *1.A. Sustracción. 2.B. Factores personales.* 4. Supuestos complejos. 5. Diligencia del prestador de servicios de pago. 6. Valor de los avisos y advertencias. 7. Contenido del mensaje del tercero. 8. Supuestos negligentes. 9. Supuestos negligentes.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.10

I. INTRODUCCIÓN

Los llamados delitos informáticos, concepto que engloba una multitud de actos llevados a cabo gracias a los medios tecnológicos, no solo cuentan con una respuesta penal, sino que también se han ido creando normas *ad hoc*. El claro ejemplo de ello es la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE[1].

La Directiva 2015/2366, entre otras cosas, contempla la responsabilidad de las entidades bancarias por defectos de seguridad. Quiere decir esto, al menos en lo que a consumidores se refiere, que esta norma desplaza el régimen de la responsabilidad por bienes o productos defectuosos, del libro tercero del TRLGDCU. En otras palabras, se trata de una norma específica que establece unos requisitos específicos en materia de responsabilidad y carga de la prueba.

Aunque el objeto del comentario se centre en el estudio jurisprudencial de la responsabilidad civil de las entidades bancarias, por phishing y otras prácticas análogas, no deben obviarse una serie de estadísticas. Para ello resulta útil aportar un gráfico del Ministerio del Interior, en el cual se pone de manifiesto la evolución de la cibercriminalidad en los últimos años en España. A continuación, se expone el gráfico[2]:

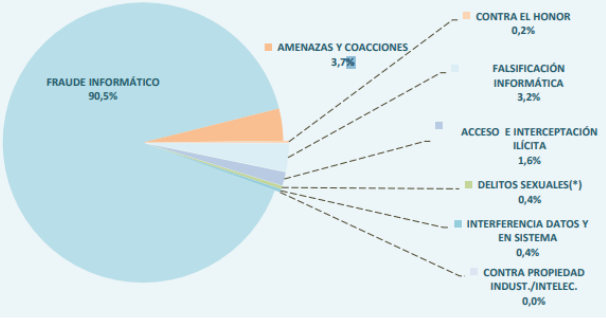
INFORME SOBRE LA CIBERCRIMINALIDAD EN ESPAÑA

3.- DATOS ESTADÍSTICOS DE CIBERCRIMINALIDAD (Fuente de datos: Sistema Estadístico de Criminalidad)

>> 3.1. Evolución de hechos conocidos por categorías delictivas

HECHOS CONOCIDOS	2019	2020	2021	2022	2023
ACCESO E INTERCEPTACIÓN ILÍCITA	4.004	4.653	5.342	5.578	7.367
AMENAZAS Y COACCIONES	12.782	14.066	17.319	15.982	17.472
CONTRA EL HONOR	1.422	1.550	1.426	1.191	1.174
CONTRA PROPIEDAD INDUST./INTELEC.	197	125	137	114	64
DELITOS SEXUALES(*)	1.774	1.783	1.628	1.646	1.804
FALSIFICACIÓN INFORMÁTICA	4.275	6.289	10.476	12.569	15.137
FRAUDE INFORMÁTICO	192.375	257.907	267.011	335.995	427.448
INTERFERENCIA DATOS Y EN SISTEMA	1.473	1.590	2.138	1.662	1.659
Total HECHOS CONOCIDOS	**218.302**	**287.963**	**305.477**	**374.737**	**472.125**

(*)Excluidas las agresiones sexuales con/sin penetración y los abusos sexuales con penetración



Como habrá podido observarse, sin contar con datos actualizados en relación con el año 2025, desde el año 2019 hasta el 2023[3] los casos de fraude informático se duplicaron.

En lo que aquí interesa, del considerando sexto de la Directiva 2015/2366 se extrae que el objetivo consiste en garantizar una elevada protección al consumidor en los servicios de pago[4]. Este considerando debe interpretarse de forma conjunta con el séptimo, que enfatiza la necesidad de asegurar la seguridad en los pagos electrónicos. Todo ello, a pesar de la pluralidad de sujetos intervinientes[5] según los casos.

La utilización de diferentes instrumentos que permiten facilitar la adquisición de diferentes bienes o servicios conllevan una serie de riesgos, entre los cuales están el potencial *hackeo* de dichos terminales. Los consumidores cada vez son más vulnerables, a pesar de que en muchas ocasiones emplean una gran diligencia en la custodia de sus claves, ya que los avances tecnológicos permiten burlar, de diferentes formas, la seguridad tanto de las entidades como de los usuarios.

Se pretende, por tanto, poner de manifiesto la postura jurisprudencial en materia de responsabilidad civil cuando el usuario hubiera sufrido perjuicio económico, como consecuencia del *phishing* y otras prácticas análogas. Para ello, resulta pertinente adelantar que se valorarán dos conductas: la del usuario y, por otro lado, la de la entidad. En cuanto a las entidades[6], en parte, su diligencia se debe reconducir a las medidas de seguridad adoptadas para evitar fenómenos que supongan un perjuicio patrimonial, a causa por terceros, a sus clientes[7].

II. AUTENTICACIÓN REFORZADA

Si bien se distingue entre dos conceptos, autenticación y autenticación reforzada del cliente, este último tiene una gran relevancia para garantizar la legitimidad del usuario ordenante en los pagos por internet. El concepto de autenticación se recoge en el art.4.29 de la Directiva 2015/2366, donde se establece que:

"autenticación: procedimiento que permita al proveedor de servicios de pago comprobar la identidad del usuario de un servicio de pago o la validez de la utilización de determinado instrumento de pago, incluida la utilización de credenciales de seguridad personalizadas del usuario[8]".

Conviene subrayar y tener en cuenta el objetivo, el cual se centra en la comprobación de la identidad del usuario. Esta precisión, como se verá más adelante, cuenta ya con ciertos matices jurisprudenciales.

Por otro lado, se entiende por autenticación reforzada del cliente:

"la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que solo conoce el usuario)[9], posesión (algo que solo posee el usuario[10]) e inherencia (algo que es el usuario[11]), que son independientes —es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás—, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de autenticación[12]".

La autenticación reforzada tiene como objetivo paliar y minimizar situaciones de riesgo. Según el considerando noventa y cinco de la Directiva 2015/2366, se busca que el usuario tenga pleno conocimiento, en todo momento, del importe que vaya a autorizar y del beneficiario de la orden. Este hecho, que implica la uti-

lización de códigos dinámicos de un solo uso, permite que no sea necesario que el sujeto esté físicamente localizado, atribuyendo la confianza en un sistema que permite, en principio, identificar al sujeto con derecho a realizar transferencias. Sin embargo, este objetivo no se cumple únicamente con el empleo de la autenticación reforzada, sino que, para cerciorarse, en la medida de lo posible, de que la solicitud proviene de un usuario legitimado, será también necesario implementar mecanismos de supervisión[13].

En lo que aquí interesa, la autenticación reforzada se menciona en los arts.97 y 98 de la Directiva 2015/2036, y cuenta con una regulación exhaustiva en el Reglamento Delegado 2018/389. No obstante, existen una serie de factores a tener en cuenta, pues en ciertas ocasiones la autenticación reforzada no será necesaria. Estas exenciones se encuentran reguladas en el Capítulo III del Reglamento Delegado 2018/389 y se refieren principalmente a operaciones que no excedan un determinado importe, a un importe concreto tras realizar varias operaciones, o a un número concreto de operaciones. Sin embargo, estas exenciones no constituyen una obligación, sino que corresponde al proveedor de servicios de pago decidir si las aplica y, en consecuencia, si exige o no la autenticación reforzada en dichas situaciones.

Sin embargo, la autenticación reforzada desempeña un papel relevante a la hora de modular, o no, la responsabilidad del ordenante en caso de operaciones no autorizadas. Conviene tener en cuenta que el art.74.2 de la Directiva 2015/2036 establece:

"*2. Si el proveedor de servicios de pago del ordenante no exige autenticación reforzada*[14] *de cliente, el ordenante solo soportará las posibles consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta. En el supuesto de que el beneficiario o el proveedor de servicios de pago del beneficiario no acepten la autenticación reforzada del cliente, deberán reembolsar el importe del perjuicio financiero causado al proveedor de servicios de pago del ordenante*".

A su vez, el art.97 de dicha Directiva contempla una serie de supuestos en los cuales se exige la autenticación reforzada. Sin embargo, este precepto y el anterior deben interpretarse conforme al Reglamento Delegado 2018/389. Es decir, se debe entender que el prestador de servicios de pago, aunque hubiera habido negligencia grave, deberá responder ante el usuario en aquellas situaciones en las que la autenticación reforzada no se hubiera aplicado cuando la norma la exigía de forma imperativa.

Ciertas dudas pueden surgir respecto a los supuestos que abarcan excepciones, ya que el Reglamento Delegado establece estas excepciones como una facultad discrecional del prestador de servicios para decidir su aplicación o no. Resulta sugestivo preguntarse si dicho prestador debería responder en un supuesto contemplado como excepción. En principio, al no tratarse de una obligación, el riesgo de no aplicar la exención, siendo una potestad en tales situaciones, deberá asumirlo el usuario. De este modo, le correspondería responder incluso por negligencia grave, a pesar de no haberse llevado a cabo una autenticación reforzada, pues esta constituía una mera facultad a favor del prestador de servicios de pago.

III. CONSENTIMIENTO

El primer paso para analizar una orden consiste en determinar si hubo consentimiento por parte del ordenante. Para ello, según el art.64 de la Directiva

2018/389, será necesario que el consentimiento se hubiera prestado conforme a la forma acordada entre el ordenante y el proveedor de servicios de pago. En la normativa española, el consentimiento, así como su forma y procedimiento de notificación quedan recogidos en el art.36 del RD-Ley 19/2018. Desde un punto de vista jurisprudencial, la prestación del consentimiento se ha relacionada con el procedimiento de autenticación e identidad del ordenante[15].

El consentimiento supone, según la jurisprudencia, que la manifestación de voluntad se haya llevado a cabo no solo conforme a la forma y procedimiento establecidos, sino también por el verdadero sujeto con derecho de disposición respecto a un instrumento de pago[16]. Asimismo, conforme al art.64 de la Directiva 2015/2036, la falta de este supone que la operación de pago se considerará no autorizada[17]. Además, el consentimiento puede verse modulado y, por tanto, está relacionado con los propios límites de gasto, aplicables al instrumento de pago aplicables al instrumento de pago en virtud del contrato marco. Este aspecto es relevante, ya que el proveedor de servicios de pago podrá reservarse el derecho a bloquear el instrumento de pago, por ejemplo, en caso de un aumento significativo, del límite de gasto[18].

IV. DILIGENCIA Y RIESGOS

Desde un punto de vista subjetivo, es importante tener en cuenta que la jurisprudencia y la normativa objeto de estudio establecen un reparto de riesgos que se relaciona de manera inherente con la diligencia esperada de las partes, conforme al marco normativo establecido. Se observará que la diligencia esperada cuenta con un régimen propio, lo cual permite no tener que acudir a soluciones genéricas del Derecho común.

Uno de los supuestos de hecho más frecuentes donde se valora esta situación consiste en el *phishing* y sus distintas modalidades. Como se verá, antes situaciones en las cuales el cliente recibe un mensaje de correo electrónico o SMS, según el contenido y la situación de hecho, la jurisprudencia ha analizado cuál es la diligencia y riesgo asumido por el cliente y el proveedor de servicios de pago.

1. Contenido de los mensajes

Lo habitual es que, tanto por correo electrónico como por SMS, el contenido de la comunicación indique que un tercero está intentando acceder a la cuenta bancaria del usuario, y que este debe ingresar al enlace proporcionado por motivos de seguridad. En muchas ocasiones, se alega que el motivo se basa en la vinculación de un nuevo dispositivo. La efectividad de estos contenidos radica en su notable parecido con los oficiales que normalmente envían las entidades bancarias.

Ante estas situaciones, las posiciones adoptadas por ambos sujetos se centran, por parte de los prestadores de servicios de pago, el cumplimiento de los requisitos de seguridad y en su diligencia al haber identificado y autentificado que la orden proviene del usuario. Por otro lado, de forma resumida, el usuario sostiene que existió alguna falla en el sistema de identificación del prestador de servicios

de pago. Asimismo, afirma que no obró de manera negligente, y mucho menos fraudulenta o con negligencia grave.

2. Jurisprudencia

La jurisprudencia atribuye a las entidades financieras el papel de custodios y depositarios[19]. Desde un punto de vista jurisprudencial se ha puesto de manifiesto que la responsabilidad, en situaciones como el *phishing* y análogas, al entenderse no autorizadas las operaciones por parte del cliente, es de carácter cuasi-objetiva[20]. Es decir, el prestador de servicios de pago responderá, salvo que demuestre que hubiera habido negligencia grave o actuación fraudulenta por parte del cliente. La carga de la prueba recae en el prestador de servicios de pago, debido a que dispone de la facilidad probatoria[21].

De esta forma, una de las cuestiones esenciales es: ¿se considera negligencia grave por parte del usuario el haber confiado en la apariencia de un enlace aparentemente verídico?

3. Diligencia del usuario

Desde un punto de vista de la diligencia del usuario, se ha valorado su actuación una vez que tuvo conocimiento del fraude cometido por tercero. En este sentido, en la SJPI VALLADOLID, 8/2023 de 11 de enero, se tuvo en cuenta que el cliente acudió a la sucursal al día siguiente de enterarse de lo acaecido. Que contractualmente se estableció, a favor del usuario la facultad de revocar ciertas operaciones. Sin embargo, pese a dicha facultad, la entidad rechazó la solicitud de anulación. Para el Juzgado, este hecho supuso un incumplimiento contractual y una falta de diligencia por parte del prestador de servicios de pago[22].

En la SAP LA RIOJA 49/2023 de 17 de febrero se llega a manifestar que, los diferentes tipos de ataques que captan los datos del cliente son situaciones que poco tienen poca relación con el comportamiento del usuario y que, además, suelen pasar desapercibidos.

1.A. Sustracción

En ocasiones, la posibilidad de uso proviene de una sustracción, que puede haberse perpetrado mediante robo o hurto. En la SAP MADRID 484/2024 de 14 de noviembre, se analiza un supuesto de esta naturaleza. A un sujeto le sustraen sus pertenencias y, mientras tanto, el autor se presenta en varias entidades, logrando en la primera de ellas extraer una cantidad de dinero, presentando el DNI del y realizando su firma[23]. Desde el punto de vista de la actuación del cliente, este, tras sufrir la sustracción, procedió inmediatamente a denunciar. Posteriormente, un día después, al percatarse de la extracción realizada en sucursal por parte del tercero, presentó una nueva denuncia.

Lo relevante de este supuesto de hecho consiste en la interpretación del art.41 del RD-Ley 19/2018. En relación con la diligencia del usuario, el Tribunal sostiene que el precepto se refiere a los instrumentos de pago y no al medio de identificación de este, es decir, el DNI. Esta distinción resulta relevante respecto a la omisión de comunicación por parte del usuario, ya que se infiere que el cliente no incumplió, dado que no está obligado a comunicar la sustracción de su documento de identidad.

El detalle es importante, ya que lo que se utilizó para proceder a la extracción de capital fue del DNI y no del instrumento de pago. De este mod, el tercero aprovechó dicho documento para extraer dinero de dos cuentas en las cuales el afectado era autorizado. Respecto a la negligencia de la entidad, se considera que en otras dos sucursales comenzaron a sospechar del sujeto y lograron detener dos reintegros. Conviene apuntar que de la sentencia citada no se extrae cómo el tercero supo la entidad, que el afectado era beneficiario de dos cuentas, ni otros detalles que pudieran tener interés.

2.B. Factores personales

Puede aseverarse que las circunstancias del cliente pueden valorarse en dos sentidos: tanto en la diligencia esperada de este como en la diligencia que debe de llevar a cabo la entidad. En la SAP LA RIOJA 49/2023 de 17 de febrero, se llega a manifestar: *"Y queremos destacar que, para quedar exento de responsabilidad, el Banco deberá acreditar no sólo que la orden de pago no se vio afectada por un fallo técnico que es en lo que se centra el recurrente, sino tampoco por "otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago." Esto quiere decir que el banco debe actuar con la diligencia exigible, que no es sólo la reglamentariamente prevista sino la adecuada a las circunstancias de personas, lugar y tiempo. Entre estas, cobran especial relevancia datos tales como, el perfil del cliente, los movimientos inusuales, los importes dispuestos, la hora en que se hace la operación, etc"*.

Existe jurisprudencia que, para valorar la diligencia de la entidad y, por ende, la ausencia de negligencia grave del cliente, tiene en cuenta la dirección de IP del atacante. Esto sucedió en la SAP TERUEL 74/2023 de 30 de junio, donde se observó que la dirección de IP desde la que se realizó la orden no coincidió con la IP del domicilio del cliente. Del mismo modo, se tuvo en cuenta que se solicitó a través de SMS la generación de unas claves nuevas, todo ello a través de un dispositivo que no se corresponde con el del titular de la cuenta[24].

Entre los factores personales que se han tenido en cuenta hay que destacar la confianza generada por el tercero hacia el cliente. Cabe mencionar un caso de *caller ID spoofing*[25]. En la SAP CÁCERES 555/2023 de 18 de diciembre[26], un tercero se hizo pasar por la entidad del cliente, ganándose su confianza. Todo comenzó con una llamada en la que se le comunicó que se había realizado una transferencia desde su cuenta hacia la de un tercero[27]. Al aceptar el cliente la ayuda para revertir la transferencia, el supuesto comercial obtuvo acceso a su instrumento de pago al vincular la cuenta de la clienta con otro dispositivo. La AP no aprecia negligencia grave, dado que no se observó la iniciativa del usuario y se valoró la complejidad del método empleado para generar confianza.

En ocasiones, no solo se ha atendido al contenido del mensaje, sino también a los factores personales y circunstancias del sujeto afectado. En la SAP LLEIDA 303/2024 de 19 de abril, se enjuicia un supuesto en el cual el cliente recibe un mensaje en relación con un paquete. Al ser este encargado de un taller mecánico, la AP aprecia que normalmente este recibe muchos paquetes[28]. Es más, se tuvo en cuenta por parte de la AP que el remitente del paquete era una empresa con la que habitualmente trabajaba el encargado del taller, y que también estaba esperando un pedido en ese momento.

Cabe destacar que la entidad no probó si realmente su cliente esperaba un paquete, ni si el cebo fue para apreciar una negligencia grave. Según esta sentencia, los usuarios suelen confiar más en mensajes que en correos electrónicos, de modo que tras hacer *click* y seguir otras pautas, se manifiesta que se instaló un troyano en el terminal.

Nuevamente, se recurre a la iniciativa del usuario como requisito jurisprudencial asentado[29], pero también se añade, teniendo en cuenta el Derecho penal, que estas estafas bancarias, por su naturaleza, conllevan un engaño bastante. Aunque se recurra al Derecho penal, cabe recordar que la jurisprudencia en Derecho penal no sería vinculante en el ámbito de lo civil.

Por último, el llamado deber de supervisión preventivo, según esta AP, supone: "*Pero es que, además, los proveedores de servicios de pago no sólo están obligados a rastrear las páginas web que suplantan su identidad, también están obligados a realizar un análisis de riesgo de las operaciones y a implementar medidas de seguridad acorde a los riesgos presentes*[30]".

4. Supuestos complejos

Existen ciertos supuestos en los que valorar la diligencia del usuario resulta más complicado. Uno de estos ejemplos es el llamado *SIM swapping*. El llamado *SIM swapping* consiste en la duplicación de una tarjeta *SIM*[31]. Para ser más precisos, esta duplicación permite que el defraudador obtengo el control sobre la línea telefónica del usuario sin necesidad de sustraer físicamente la tarjeta. Supondría lo anterior anular la tarjeta del cliente, de modo que podría decirse que se quedaría como un recipiente vacío.

Esto posibilita que el defraudador reciba los mensajes y llamadas destinadas al usuario, así como restablezca las contraseñas en diferentes programas y plataformas. Esta situación representa una vulnerabilidad en el sistema, especialmente cuando muchas entidades utilizan un procedimiento de autenticación reforzada basado en un segundo factor, que suele enviarse en forma de códigos de confirmación vía SMS. En este caso, el defraudador sería quien recibe dichos códigos, poniendo en riesgo la seguridad del instrumento de pago del usuario[32].

La doctrina de la STS 571/2025 de 9 de abril, resulta relevante por cuanto confirma la jurisprudencia menor y aclara una serie de aspectos. De los antecedentes de hecho, interesa destacar que el sujeto afectado compartía la titularidad de dos cuentas bancarias. Que recibió un aviso de *Google*[33], donde se le informaba que había un posible acceso no autorizado. Ese mismo día, recibió en su teléfono móvil mensajes con códigos para realización de diversas órdenes[34]; al no haber

solicitado dichas operaciones, contactó inmediatamente con su entidad bancaria. Sin embargo, la entidad no procedió a realizar ninguna medida.

Posteriormente, el cliente constató que los defraudadores habían conseguido transferir más de ochenta mil euros; cabe mencionar que se consiguieron recuperar casi treinta mil euros. Quien había alterado de las anomalías, debido a un ingreso, fue otra entidad bancaria y no la perteneciente al cliente.

Cabe subrayar que transcurrieron casi dos meses desde que el afectado contactó con su por primera vez con su entidad para informar del percance hasta que esta actuó, y fue únicamente a petición expresa del cliente.[35]

El argumento de la entidad bancaria, con el fin de defender su diligencia, consistió en que las operaciones sean realizaron conforme a la forma y el procedimiento. Es decir, que se cumplió con una autenticación de carácter reforzada[36]. Hecho este que daría lugar a una autenticación de la identidad del cliente, puesto que al prestador no le correspondería verificar si se hizo por un cliente o un tercero, sino comprobar que se realizó conforme a la forma y procedimiento pactado.

Debe destacarse también una cláusula que presenta interés y, si se recuerda la naturaleza de las normas examinadas, sería nula por vulnerar una norma de carácter imperativo. Se dice en la cláusula: *"En última instancia, en los contratos de banca digital y de cuenta corriente y/o depósitos se prevé expresamente (cláusula 8ª) que la demandada queda exenta de los perjuicios que se pudieran derivar por intromisiones ilegítimas de terceros en el sistema elegido por el cliente, fuera del control de Ibercaja Banco"*.

Desde el punto de vista de la normativa nacional, el recurso de casación se funda en el art.36 y los arts.41 a 46 del RD-Ley 19/2018. El TS dilucida el significado del concepto operaciones de pago no autorizadas; las opciones eran: las realizadas por un tercero sin consentimiento del titular o, solo las que no siguiesen el procedimiento legal y contractualmente fijado. De este modo, el TS procede a interpretar la normativa nacional conforme a la Directiva 2015/2366 y el Reglamento Delegado 2018/389.

El TS establece, en lo que aquí interesa, que el marco normativo prevé un régimen de responsabilidad conformado por tres factores vinculados: el deber de notificación por parte del usuario, la atribución de la carga de la prueba al proveedor y, en caso de que no demostrara que hubiera negligencia grave o actuación fraudulenta, la asunción de responsabilidad por hecho ajeno. No obstante, no debe olvidarse la diligencia del usuario, la cual se valora a efectos de determinar si hubo o no negligencia grave o actuación fraudulenta.

El TS manifiesta que el mero hecho de que una operación haya quedado contabilizada la, es decir, registrada cumpliendo la forma y procedimiento de manifestación del consentimiento, no constituye prueba plena de que el ordenante autorizara tal operación, pero tampoco implica que hubiera actuado de forma fraudulenta o con negligencia grave.

De ese modo, una vez notificado, en plazo, que la operación no fue autorizada, el proveedor debe probar, de forma cumulativa, lo siguiente: *"que la operación de pago que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio[37], sin que el simple registro de la operación baste para demostrar que fue autorizada nique el usuario ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio*

afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio, sin que el simple registro de la operación baste para demostrar que fue autorizada nique el usuario ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave[38]".

Entonces serían operaciones no autorizadas aquellas en las cuales se hubiere cumplido con la forma y procedimiento de manifestación de consentimiento, pero que no fueron autorizadas por su titular, siempre que lo niegue. De forma que, si lo negase, corresponderá a la entidad probar la negligencia grave o fraude del cliente, en una operación que desde un punto de vista técnico se registro conforme a la forma y procedimiento.

Concluye el TS que, desde el punto de vista de los hechos, el prestador de servicios de pago no solo no demostró negligencia grave o fraude, sino que actuó de manera negligente una vez que le comunicaron los hechos. Además, pone de manifiesto el TS la necesidad de supervisar operaciones, conforme a diferentes criterios[39], potencialmente anómalas.

5. Diligencia del prestador de servicios de pago

La diligencia de los prestadores se relaciona con su labor de autentificar la operación y la entidad del ordenante, tarea que puede llevarse a cabo mediante diferentes procedimientos. Sin embargo, existe un matiz relevante: la normativa atribuye el riesgo de la falsedad de una transferencia realizada por un ordenante no titular de la cuenta al propio prestador de servicios. Desde el punto de vista del Derecho común, el argumento y sustento de la normativa se encontraría en que: *"el deudor sólo se libera pagando al verdadero acreedor por lo que, si el banco cumple una orden falsa, habrá de reintegrar en la cuenta correspondientes las cantidades cargadas*[40]". Presunción esta *iuris tantum*, que se desvirtuará si el prestador probara la negligencia o actuación grave por parte de su cliente. Asimismo, se ha dicho que los prestadores asumen ese riesgo porque el sistema digital implica un ahorro de costes y representa un negocio rentable para las entidades bancarias[41].

La complejidad de este asunto, como se evidenciará en sentencias posteriores, consiste en que, salvo que exista negligencia grave o actuación fraudulenta por parte del cliente, cuando un defraudador consigue obtener acceso al instrumento de pago, se establece una presunción que casi tiene una naturaleza *iuris et de iure*. Esto significa que, más que en problemas de seguridad del sistema, lo que debe demostrar el prestador es un factor conductual del cliente, es decir, que este haya actuado con negligencia grave o de forma fraudulenta. Si bien es cierto que el factor seguridad tiene su relevancia, ningún sistema es infalible. Si se observan las cosas con detenimiento, para que un tercero realice su propósito, en ciertas ocasiones, debe buscar al cliente como sujeto vulnerable, puesto que la acción directa contra el proveedor sería harta complicada, obviamente, debido a las capas de seguridad existentes.

Si bien es cierto que el cliente, al igual que la entidad, tiene unas obligaciones de custodia, su falta de diligencia se reconduce por la norma a la presencia de una negligencia grave[42]. Es decir, bien puede probar que cuenta con un sistema robusto, pero al haber conseguido un tercero llevar a cabo operaciones, sin consentimiento del titular, se presupone, salvo que se probara la negligencia grave o actuación fraudulenta, que hubo un fallo en el sistema de seguridad[43].

En otras ocasiones ha de atenderse a la diligencia del proveedor, pero esta puede resultar insuficiente a efectos de eximirse de la responsabilidad por hecho ajeno. El supuesto de hecho enjuiciado por la SAP ISLAS BALEARES 132/2023 de 17 de febrero permite observar tal hecho. En la configuración del sistema de seguridad de la entidad, al producirse una serie de operaciones se preveía un bloqueo preventivo[44]. Si bien en Primera Instancia se otorgó la razón a la entidad, la AP revoca dicho pronunciamiento. El motivo de fondo tiene que ver con uno de los principales argumentos de estos proveedores. Es decir, estima la AP que no es suficiente, conforme a la normativa, que la entidad hubiera probado que los movimientos fueran autenticados, registrados con exactitud y contabilizados sin fallos técnicos ni deficiencias[45]. Para no responder por un hecho ajeno, sumado a lo anterior, debió de probar la negligencia grave o actuación fraudulenta de su cliente.

A veces, para valorar la diligencia del prestador de servicios se han valorado una serie de hechos[46]. En la SAP LA RIOJA 49/2023 de 17 de febrero se analiza una situación en la cual, una vez que la clienta se percató de que su instrumento de pago se encontraba comprometido, contactó con la entidad bancaria. Esta consiguió revertir dicha orden, conceptuando la reversión como: "devolución posible fraude". Sin embargo, a pesar de tal actuación, sí que se consolidaron unos pagos. La AP aprecia una inconsistencia en la actuación, pues primeramente se reconoce el fraude, pero llegado el procedimiento se niega debido a la consolidación del pago[47]. Sumado a lo anterior, la falta de diligencia también se aprecia porque se tiene en cuenta, que una vez que accedió el tercero a la cuenta del cliente este elevó el límite de gasto en un trescientos por cien.

Una falta de diligencia se apreció, por parte del prestador de servicios de pago, en la SAP CÁCERES, 29/2024 de 24 de enero. Se pondera y tiene en cuenta la actitud del cliente, quien al percatarse del fraude contacta inmediatamente con la entidad para proceder al bloqueo de la cuenta. Sin embargo, una hora después, se extrae dinero mediante la tarjeta supuestamente bloqueada[48]. Hay que tener en cuenta que dicho proveedor incumplió con la obligación del art.42.1.e (RD-Ley 19/2018[49]), precepto en el cual se dice que, una vez recibida la notificación del supuesto ilícito, debe impedir la utilización del instrumento de pago. La notificación al proveedor de servicios de pago también tiene un efecto en cuanto al alcance de responsabilidad del cliente. Es decir, se minoran las exigencias de diligencia cuando el usuario hubiera notificado, pero la entidad no hubiera impedido la utilización del instrumento de pago. La norma establece que, ante tal inacción, el usuario no responderá si posteriormente se utilizara el instrumento de pago aunque hubiera habido negligencia grave por su parte. La norma reduce la responsabilidad posterior del cliente, dejando a salvo su responsabilidad posterior solo cuando hubiera actuado de manera fraudulenta[50].

Respecto de la prueba de la falta de diligencia, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la necesidad de esta, y no que la entidad aporte unas meras conjeturas. Esto último resultaría insuficiente para demostrar una negligencia grave[51].

6. Valor de los avisos y advertencias

Las entidades suelen remitir avisos y advertencias relacionados con diversos instrumentos de pago, cuyo objetivo es minimizar los riesgos de fraude. Sin

embargo, la jurisprudencia ha mostrado reticencia a otorgar a estos mensajes un valor suficiente, manifestando en multitud de ocasiones la necesidad de implementar medidas de control y seguridad efectivas. Puesto que no son suficientes las medidas genéricas, mediante las cuales se remiten mensajes y avisos estereotipados de cuidado, de modo que se ha llegado a decir que tales avisos son: *"fórmulas predispuestas vacías de contenido*[52]". De esta forma, si se atribuyera el valor que las entidades alegan, el riesgo se trasladaría hacia los clientes, y no son estos quienes tiene que prevenir o averiguar las diferentes modalidades de riesgos de su sistema.

7. Valor de los avisos y advertencias

En relación con supuestos de *phishing* y sus derivados, uno de los argumentos traídos por las entidades ha consistido en el contenido del mensaje. En la SAP CÁCERES 531/2023 de 28 de noviembre se enjuicia un supuesto donde se presta atención al contenido del mensaje. La entidad demandada alega que hubo negligencia grave por parte de su cliente debido a que, en el mensaje recibido, de su lectura se deduce que el objeto consistía en el registro de un nuevo dispositivo, y no para poder seguir siendo usuario de banca online[53].

Para la entidad la negligencia grave debe apreciarse por no detenerse a la lectura del mensaje, de cuyo contenido se desprende, de forma sencilla, el objeto de este. Es decir, que de haberlo leído sabría que la introducción de las credenciales tendría por objeto el cambio de dispositivo de confianza.

La AP, refrenda el pronunciamiento de primera instancia y aprecia que no hubo un grado significativo de falta de negligencia. En relación con el concepto de negligencia se dice que: "*la negligencia que determina la responsabilidad del cliente es la que se deriva de una conducta caracterizada por un grado significativo de falta de diligencia, lo que supone que la misma surge o se produce por iniciativa del usuario, no como consecuencia del engaño al que haya podido ser inducido por un delincuente profesional. Pero es más, tomando como parámetro del actuar negligente el artículo 1104 del Código Civil, que exige la diligencia asociada a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias personales, de tiempo y lugar, tampoco cabría calificar de negligencia grave la conducta seguida por Dña. Isabel en atención al método fraudulento empleado, de complejidad y grado de perfección difícilmente detectable por un cliente de las características de la demandante, pues el mensaje que recibe el usuario imita perfectamente el diseño utilizado por su entidad bancaria, por lo que ni siquiera el texto del mensaje (vas a registrar un nuevo dispositivo) tiene entidad suficiente para detectar el engaño o fraude, pues una vez generada la confianza en el usuario de que se trata y encuentra ante su entidad bancaria, la propia dificultad del texto (que la propia recurrente subraya) induce a cliquear el enlace*[54]".

Ante un supuesto de hecho idéntico al anterior, una valoración diversa puede encontrarse en SAP A CORUÑA 17/2023 de 25 de enero[55]. El contenido del mensaje era el siguiente: "*Carmelo Un dispositivo no autorizado está conectado a su cuenta online. Si no reconoce este acceso, verifique inmediatamente: https://s.id/EJKaN*". El cliente una vez pulsó en el enlace fue dirigido a una página web que simulaba la correspondiente a ABANCA, introduciendo de este modo sus datos bancarios.

También recibió una llamada, de un sujeto que se hizo pasar por empleado de ABANCA, solicitando los códigos que este recibió mediante SMS. Al cortarle este la llamada de forma abrupta se percató de que algo no andaba bien, de modo que llamó a la entidad bancaria.

El encaje y lectura del supuesto de hecho se hace por remisión a dos preceptos del RD-Ley 19/2018. En concreto, el art.41 sobre obligaciones del cliente y el 46, sobre la responsabilidad del ordenante en operaciones de pago no autorizadas. Se aprecia que en este caso la negligencia grave proviene de una reiteración de una conducta. Es decir, el cliente no adoptó todas las medidas razonables con el fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas. La clave y la puesta en conexión con esta obligación y el atributo de la gravedad proviene de varios hechos. En primer lugar, no se leyó el mensaje de forma completa. Ahora bien, a lo anterior debe sumarse la llamada del supuesto empleado de la entidad, quien solicitó al cliente los códigos que recibió mediante SMS. En relación con esto último, antes de proceder al envío de las claves, el cliente hubo de leer que la clave tiene por objeto la autorización para una transferencia de 9.132 euros.

En definitiva, en este supuesto de hecho, para apreciar la gravedad, la AP refiere la aparición de tres negligencias. La primera, relativa a pinchar un enlace (cuestión que lo entiende más o menos comprensible), la segunda, que consistió en facilitar el usuario y contraseña (hecho este al cual atribuyen mayor gravedad), y la tercera, la confirmación de la operación (acto este considerado temerario por la AP).

La valoración de la AP merece tener en cuenta el factor del impulso psicológico. Es decir, los ataques de *phishing* y sus variantes, buscan aprovechar impulsos y reacciones rápidas y casi automáticas. La propia configuración del mensaje, tanto en web o correo, mediante su apariencia de realidad dan lugar a un impulso de actuar lo más rápido posible. La supuesta alerta y la apariencia, sin realizar un análisis detallado el cliente, lo empujan a actuar lo antes posible, dada la confianza generada y la dificultad de identificar, en muchas ocasiones, el fraude que se pretende llevar a cabo. De este modo, debe ponderarse hasta qué punto la técnica de ingeniería social ha ido más allá de un mero impulso, de forma que hubiera indicios suficientes para decir que hubo más fases o contenido para no actuar con un mero impulso. Los seres humanos son impulsivos por naturaleza, sin embargo, para contemplar la negligencia grave, no basta con tener en cuenta dicho factor, sino que debe ponderarse junto con otras circunstancias del caso. Circunstancias estas que debe ponerlas de manifiesto y probarlas el proveedor de servicios de pago.

Tal es así, que sin tener en cuenta otros posibles detalles no manifestados, en SAP CÁCERES 267/2024 de 1 de julio o SAP ASTURIAS 372/2024 de 9 de julio[56], se dice que no hubo negligencia grave del cliente por no leer que el contenido del mensaje consistía en la vinculación de un nuevo dispositivo[57].

Respecto a correos electrónicos, también conviene tener en cuenta la valoración, en relación con situaciones en las cuales el mensaje contiene fallos gramaticales. En la SAP PONTEVEDRA 539/2021 de 21 de diciembre, se manifiesta que el usuario a través de una lectura se hubiera dado cuenta o, al menos, podría haber sospechado, con relación a esa imprecisión textual. No obstante, debido a la participación de un tercero, llevando a cabo un engaño previo, ganándose su confianza, sostiene la AP que ese hecho le llevó al cliente a que no llevara a cabo una lectura atenta. Sin embargo, del contenido de la sentencia, se extrae que la participación del tercero únicamente

consistió en el envió del correo. Es decir, a diferencia de otros supuestos de hecho, donde la confianza se va ganando paulatinamente, aquí no sucedió eso.

De la sentencia se extrae también, que la entidad al proporcionar el SMS para la vinculación al sistema de *Samsung pay*, la clienta no pudo prestar atención porque la marca de su terminal coincidía con la del sistema de pago. Es más, se envía el código, pero tampoco se dice desde que terminal se pretendía acceder. Es decir, la ubicación del terminal, la marca, el número de teléfono etc.; datos estos que podrían haber sido útiles para valorar una posible negligencia grave.

8. Supuestos negligentes

Existen, quizás, pocos casos claros en la jurisprudencia donde se manifieste de forma clara que la operación cumplió con todos los requisitos y que hubo negligencia del cliente. Un ejemplo de ello lo constituye la SJPI Nº14 de VALLADOLID 324/2022 de 25 de octubre, en la que para valorar la posible responsabilidad de las entidades bancarias se dice que es necesario ponderar de forma conjunta si existió negligencia grave por parte del cliente, hecho este que deberá probar el proveedor, y, por otro lado, si este último cumplió con todas las exigencias de seguridad que le vienen impuestas. En este caso las operaciones fueron realizadas por la sobrina del titular, el cual se encontraba hospitalizado. Cabe destacar que el mismo le proporcionó la tarjeta y las claves secretas. De este modo, ante tales hechos, la entidad bancaria no tiene responsabilidad alguna.

Con anterioridad se puso de manifiesto que la carga de la prueba corresponde al prestador de servicios de pago. Sin embargo, en determinadas ocasiones, una serie de hechos pueden genera indicios que eximen a la entidad de responsabilidad. En la SAP CUENCA 224/2024 de 30 de septiembre se analiza un caso interesante desde el punto de vista fáctico. Cabe destacar que el cliente exige responsabilidad a su entidad, pero el detalle relevante consiste en que hubo movimientos reiterados en su cuenta con anterioridad a cinco meses de la reclamación. Refiere la AP que hubieron reiterados ingresos a favor del usuario, lo que supondría un conocimiento de este respecto de las entradas y salidas. Además, consta probado que el usuario solicitó la consulta de extractos, lo que indicia que estaba al tanto de los movimientos realizados. De esta forma, para la AP, si bien no hay una prueba exhaustiva de la entidad, los hechos mencionados la conducen a sostener que no hay indicio alguno de actuación fraudulenta por parte de tercero. Los hechos traídos a colación deben suponer, según la AP, un conocimiento del usuario y consentimiento respecto a los movimientos que se fueron realizando durante los últimos cinco meses.

A diferencia de otros supuestos de hecho, en la sentencia mencionada, se observa que el usuario no actuó con la celeridad vista en otros casos. Como bien se dijo antes, es cierto que la norma establece que el usuario cuenta con un plazo de trece meses, desde la fecha del adeudo[58] para notificar una operación no autorizada. Sin embargo, hechos como la consulta de los movimientos[59], mediante petición, supone que este tuvo ya conocimiento. Parece ser que para la AP incluso podría tratarse de una actuación fraudulenta. El supuesto mencionado ha permitido observar una cierta flexibilidad en la interpretación normativa y en la carga de la prueba.

V. CONCLUSIONES

I. La Directiva 2015/2036, el RD-Ley 19/2018 y el Reglamento Delegado 2018/39, establecen un conjunto de normas orientadas a reforzar el mercado único europeo. La utilización de diferentes instrumentos de pago digitales es una realidad consolidada. No obstante, a pesar de la neutralidad tecnológica que caracteriza a la norma, existen otros riesgos frente a los cuales se debe combatir.

II. A pesar de la seguridad implantada por los proveedores de servicios de pago y otros sujetos, persiste la posibilidad de que terceros logren vulnerar dichas medidas, ya sea a través de dicho prestador o de forma indirecta, mediante ataque dirigidos al cliente.

III. La jurisprudencia interpreta el requisito de seguridad de manera amplia, estableciendo que los proveedores no solo han de implantar medidas eficaces y seguras, sino que también están obligados a un deber de seguridad preventiva que les permita detectar situaciones anómalas.

IV. Hoy en día, a gran parte de la población no les es ajeno el concepto *phishing*. Las estafas informáticas se multiplican con el avance tecnológico, ya que, a medida que evoluciona la tecnología, también lo hacen los métodos de los delincuentes. Sin embargo, en numerosas ocasiones surge la pregunta: ¿ante tales situaciones, qué responsabilidad asume el proveedor hacia su cliente?

V. Tal como se ha expuesto a lo largo de este análisis, la jurisprudencia interpreta la responsabilidad de estos proveedores como un supuesto de responsabilidad cuasi-objetiva. Esto significa que corresponderá probar a la entidad ciertos aspectos. Estos aspectos no se limitan únicamente a demostrar que cuenta con herramientas eficaces y que la operación fue registrada conforme a la forma y procedimiento establecidos, en algunos casos empleando un segundo factor de autenticación

La norma establece que, en caso de que el cliente niegue haber autorizado una operación, además de probar esa exactitud de la operación, corresponde a la entidad demostrar la negligencia grave o intención fraudulenta del cliente. Esta interpretación implica que, si el proveedor no logra acreditar lo anterior, deberá responder ante el cliente, al atribuirse el fraude ocurrió debido a un fallo en su sistema de seguridad.

VI. De este modo, existe una doble valoración de la diligencia: más flexible a favor del cliente y más rigurosa respecto al proveedor. La negligencia grave, si bien deberá apreciarse caso por caso, no puede basarse en meras conjeturas ni en una simple falta de diligencia, sino que la gravedad exige algo más. La respuesta no es única, sino que se basa en un sistema casuístico de suma y resta, en función de la diligencia y actuación de ambos sujetos.

VII. La responsabilidad por hecho ajeno implica para los proveedores una necesidad constante de mejorar sus sistemas de seguridad, especialmente en el ámbito preventivo, debido a la más que favorable interpretación jurisprudencial hacia el cliente. Por otro lado, la forma en que se valora la diligencia de ambos partes dificulta que se reconozca una concurrencia de culpas y, por ende, un reparto del riesgo económico derivado del perjuicio.

VI. JURISPRUDENCIA

- STS 571/2025 de 9 de abril
- SAP MADRID 112/2025 de 17 de marzo
- SAP SALAMANCA 173/2025 de 11 de marzo
- SAP ASTURIAS 24/2025 de 28 de enero
- SAP MADRID 484/2024 de 14 de noviembre
- SAP NAVARRA 1217/2024 de 18 de octubre
- SAP ASTURIAS 463/2024 de 1 de octubre
- SAP CUENCA 224/2024 de 30 de septiembre
- SAP LUGO 307/2024 de 10 de septiembre
- SAP CÁCERES 267/2024 de 1 de julio
- SAP BARCELONA 501/2024 de 26 de junio
- SAP ASTURIAS 372/2024 de 9 de julio
- SAP BALEARES 342/2024 de 19 de junio
- SAP LA RIOJA 253/2024 de 30 de mayo
- SAP NAVARRA 702/2024 de 27 de mayo
- SAP MADRID 236/2024 de 21 de mayo
- SAP LLEIDA 303/2024 de 19 de abril
- SAP CÁCERES 64/2024 de 20 de febrero
- SAP CÁCERES, 29/2024 de 24 de enero
- SAP CÁCERES 555/2023 de 18 de diciembre
- SAP CÁCERES 531/2023 de 28 de noviembre
- SAP TERUEL 74/2023 de 30 de junio
- SAP ISLAS BALEARES 132/2023 de 17 de febrero
- SAP LA RIOJA 49/2023 de 17 de febrero
- SAP ZARAGOZA 55/2023 de 17 de febrero
- SJPI PAMPLONA 59/2023 de 6 de febrero
- SAP ZARAGOZA 34/2023 de 1 de febrero
- SAP A CORUÑA 17/2023 de 25 de enero
- SJPI VALLADOLID 8/2023 de 11 de enero
- SAP CÁCERES 555/2023 de 18 de diciembre
- SJPI Nº14 de VALLADOLID 324/2022 de 25 de octubre
- SAP MADRID 184/2022 de 20 de mayo
- SJPI TORRENT 105/2022 de 11 de abril
- SAP PONTEVEDRA 539/2021 de 21 de diciembre

NOTAS

[1] En adelante, Directiva 2015/2366. Por otro lado, esta norma se ha visto transpuesta en el ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera; en adelante RD-Ley 19/2018. Tampoco cabe olvidar la importancia del Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros; en adelante, Reglamento Delegado 2018/389.

[2] Llama la atención que no exista una gran diferencia numérica respecto de los fraudes informáticos, en cuanto a la edad de los perjudicados se refiere. Informe sobre la criminalidad en España (2023). Sistema estadístico de criminalidad, pg.32.

Disponible en:

https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf.

[3] Por ejemplo, debe tenerse en cuenta que gracias a la IA también están aumentando los casos de *pig butchering*, donde se utilizan personalidades famosas gracias a la IA para entablar una relación de confianza.

Desde un punto de vista terminológico interesa remitirse a la siguiente publicación de INTERPOL: https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2024/INTERPOL-insta-a-acabar-con-el-uso-del-termino-pig-butchering-ya-que-ahonda-en-el-dano-que-sufren-las-victimas-en-linea.

Aunque muchos de estos conceptos son susceptibles de un reproche penal, conviene tener en cuenta la posible responsabilidad de la entidad bancaria, según los casos.

[4] La referencia en este comentario, sobre la base del estudio jurisprudencial, se centrará en el concepto de consumidor. Cabe manifestar que la Directiva 2015/2366 prevé diferente alcance según la condición subjetiva del cliente. Puede afirmarse que la protección tiene un contenido imperativo cuando se trata de un consumidor, y un carácter más o menos dispositivo según otros tipos de sujetos. El ejemplo para mencionar lo constituye la posibilidad, según la Directiva 3025/2366, de ampliar la protección de las microempresas. En el considerando cincuenta y tres (así como el art.38) y 61 se menciona la posibilidad de otorgar un nivel de protección equivalente al de los sujetos que son consumidores. En lo que aquí interesa, dicha elevación aparece en el preámbulo del RD-Ley 19/2018, así como también, por ejemplo, el art.28 y 34 de dicha norma.

[5] A lo largo de la Directiva 2015/2366 y el RD-Ley 19/2018 aparecen una pluralidad de sujetos que llevan a cabo diferentes prestaciones. Un ejemplo podría ser los proveedores de servicios de pago y los proveedores de servicios de iniciación de pagos. Los primeros, por ejemplo, se reconduciría, según el caso, a una entidad bancaria (BBVA). Mientras que, a modo de muestra, un proveedor de servicios de iniciación de pagos lo sería, BIZUM. Las diferencias conceptuales establecidas por la normativa son relevantes, puesto que, dependiendo de cada tipo de prestación, el sujeto será responsable únicamente respecto de las partes de la operación que estén bajo su control. Esta mención aparece, por ejemplo, en el considerando setenta y cuatro de la Directiva 2015/2366. Véase también el art.61.1 del RD-Ley 19/2018.

[6] Entiéndase este concepto en sentido amplio, abarcando a todos los sujetos que se designan en la Directiva 2015/2366, en su art.1, como proveedores de servicios de pago.

[7] El término seguridad aparece en multitud de ocasiones en la Directiva 2015/2366, así como también en las otras dos normas objeto de estudio. Véanse, por ejemplo, los considerandos noventa y uno, noventa y cinco y noventa y seis, donde se hace referencia a los responsables de las medidas de seguridad y al objetivo perseguido, que consiste en minimizar el riesgo de fraude.

[8] Concepto este relevante a efectos de realizarse operaciones. Se recomienda consultar los considerandos treinta, noventa y cinco, así como el art.4.31, que se refiere a credenciales de seguridad personalizadas, de la Directiva 2015/2366.

[9] Un PIN.

[10] Un teléfono móvil concreto e identificado.

[11] Por ejemplo, una huella dactilar o un mecanismo que permita el reconocimiento facial.

[12] Los tres elementos contemplados en la definición son relevantes, ya que el art.4 del Reglamento Delegado 2018/389 establece que, para que se considere que existe autenticación reforzada, deben emplearse al menos dos de la definición citada *ut supra*.

[13] Considerando primero del Reglamento Delegado 2018/389, así como el art.2 de dicha norma.

[14] La prueba de que hubo autenticación reforzada corresponde al proveedor de servicios de pago. SAP BALERARES 169/2025 de 10 de marzo.

[15] La SJPI PAMPLONA 59/2023 de 6 de febrero, SJPI TORRENT 105/2022 de 11 de abril, SAP SALAMANCA 173/2025 de 11 de marzo, abordan, respecto del consentimiento, la aparición de tres sujetos dentro del proceso de ordenación de una transferencia. Asimismo, esta última sentencia enfatiza la relación del consentimiento y el deber de identificación de la identidad del cliente, de manera que se entienda autorizada la operación. Por su parte, SAP NAVARRA 702/2024 de 27 de mayo presenta interés por cuanto, en relación con el certificado REDYS, manifiesta que no verifica la identidad real del usuario ordenante. En el mismo sentido: SAP NAVARRA 1217/2024 de 18 de octubre.

[16] Idea esta que se deduce, de forma nítida, de la reciente STS 571/2025 de 9 de abril; sentencia que se analizará con posterioridad.

[17] La misma postura y consecuencia se repite en el art.36 del RD-Ley 19/2018.

[18] Esta facultad respondería a cuestiones de seguridad, así como a la necesidad de cerciorase, en determinadas situaciones, de que es realmente el cliente quien propone una modificación significativa respecto al gasto en operaciones. Véanse, a este respecto, el art.40 del RD-Ley 19/2018 y el art.68 de la Directiva 2015/2036.

[19] SJPI Nº3 de Torrent 105/2022 de 11 de abril. Además, se recuerda en esta sentencia que de la normativa de la UE ser derivan una serie de obligaciones para el prestador de servicios, encaminadas a la detección de transferencias de pago no autorizadas o fraudulentas.

[20] También, dicho de otro modo, una responsabilidad por culpa *in vigilando*, SAP SALAMANCA 173/2025 de 11 de marzo. Por otro lado, el significado atribuido a este tipo de responsabilidad consiste en que se presume que el titular de la cuenta no ha autorizado la operación, SJPI VALLADOLID 8/2023 de 11 de enero.

[21] La jurisprudencia argumenta que el motivo de fondo respecto a dicha distribución establecida por la norma reside en ese hecho. SAP ZARAGOZA 34/2023 de 1 de febrero.

[22] Sobre la exención de responsabilidad, si bien en la sentencia se menciona que constituiría una cláusula abusiva, conviene matizar que su nulidad proviene por vulnerar una norma de carácter imperativo. Sobre la nulidad por vulnerar norma imperativa, véase la SAP ZARAGOZA 34/2023 de 1 de febrero o SAP TERUEL 74/2023 de 30 de junio.

[23] Según parece, el autor se parecía al titular de la cuenta; pero también su firma coincidía.

[24] Supuesto de hecho de *SIM swapping*. Es relevante lo manifestado en esta sentencia por cuanto se otorga importancia a la comprobación de que se trata de un dispositivo de confianza.

[25] Se caracteriza por una situación en la cual un tercero se hace pasar por la entidad del cliente. A continuación, se proporciona un enlace del INCIBE explicando en qué consiste dicho concepto: https://www.incibe.es/ciudadania/blog/spoofing-telefonico-cuando-la-llamada-parece-legitima.

[26] Véase también en la SAP CÁCERES 64/2024 de 20 de febrero.

[27] Por una cantidad cercana a los 5.000 euros. Véase también un supuesto cuyo inicio se dio a través de una llamada en: SAP BALEARES 342/2024 de 19 de junio.

[28] Debe recordarse la protección hacia el microempresario, y que el RD-Ley 19/2018, haciendo uso de la facultad prevista en la Directiva 2015/2036, ha elevado la protección hacia estos sujetos.

[29] Concepto este que aparece en la Directiva 2015/2036 en su considerando setenta y dos. Y a raíz de ello manifiesta la AP: *"Así pues, la negligencia grave debe surgir como consecuencia de la iniciativa del usuario, no como consecuencia de la iniciativa de un delincuente profesional, porque el engaño típico de la estafa excluye la negligencia grave. Si el phishing está caracterizado por el "engaño bastante", que es algo más que un burdo engaño, en el que caen multitud de personas, la víctima nunca puede haber actuado con negligencia grave, que es la más grave falta de diligencia"*.

[30] Con relación a este aspecto, es útil recordar el considerando primero, art.2, art.18 del Reglamento Delegado 2018/389. Se habla en la SAP MADRID 184/2022 de 20 de mayo de la necesidad de implantar tecnología *antiphishing*. En el mismo sentido, SAP PONTEVEDRA 539/2021 de 21 de diciembre. Hecho este que para las AP impediría al defraudador utilizar las credenciales del usuario.

[31] STS 571/2025 de 9 de abril.

[32] De modo que la utilización de alternativas como segundo factor, a través de las cuales el mensaje se envía a la propia aplicación de la entidad o a una aplicación específica de autenticación, dicho riesgo debería reducirse de forma notoria.

[33] Con posterioridad, dicho aviso también lo recibió otro familiar; cuya cuenta, *Google,* la bloqueó.

[34] Resulta extraño que le llegase un SMS de confirmación, por cuanto hay que tener en cuenta que el *sim swapping* da lugar a que la víctima se quede sin servicio telefónico. Véase para ello la explicación de INCIBE: https://www.incibe.es/ciudadania/blog/sim-swapping-como-evitar-esta-estafa. Quizás pudo ser un caso de *phishing*, pero del relato fáctico no queda muy claro que ocurrió desde un punto de vista tecnológico.

[35] Este hecho puede resultar relevante respecto al deber de previsión, diligencia y conocimiento de un potencial problema de seguridad respecto de un cliente concreto, con precedencia, y que ninguna pesquisa se realizó por la entidad. Además de que se comunicó, con anterioridad a los movimientos cuantiosos, otro cargo en *Google Play* y *Google Ads*.

[36] Con mayor precisión, se tuvo acceso a la cuenta, pero también se recibió el segundo factor que consistió en una clave dinámica que se envía al teléfono móvil facilitado por el titular.

[37] Que se refiere a que abarca cualquier falta de diligencia o mala praxis en el servicio prestado, según el tipo de actividad.

[38] Misma idea en: SAP MADRID 112/2025 de 17 de marzo.

[39] Por ejemplo, en SAP MADRID 236/2024 de 21 de mayo, se enjuició un caso de *sim swapping*, donde se probó que la demandante se encontraba en Murcia y que la operación se realizó desde Gibraltar. Cabe manifestar que la entidad bancaria no demostró cómo los autores obtuvieron la duplicación de la tarjeta, lo que pudiera haber incidido en una posible negligencia grave. Aunque se debe reconocer en estos supuestos, que en no pocas ocasiones, será fácil demostrar la falta de diligencia del cliente y el cómo se produjo el duplicado. Véase también SAP BARCELONA 501/2024 de 26 de junio, donde se expone que: *"No pudiendo interpretarse una ingerencia de tercero como negligencia grave de la usuaria, siendo negligente BBVA que no utilizó las medidas de Seguridad adecuadas para asegurar la identidad del ordenante y autenticación de la operación, pues las nueve transferencias se ordenaron desde Varsovia (Polonia)"*. Donde no se acreditó ninguna conexión entre la titular y el tercer sujeto ubicado en Polonia, ni tampoco se hizo un examen del terminal de la afectada, ni solicitado.

[40] SJPI PAMPLONA, 59/2023 de 6 de febrero.

[41] SAP ZARAGOZA 55/2023 de 17 de febrero.

[42] Es el art.41 del RD-Ley 19/2018 el que establece las obligaciones del usuario. Ahora bien, el significado y alcance de esta obligación se completa, por un lado, con el art.43 y, por otro, con el 44 que refiere al concepto de negligencia grave.

[43] Se llega a manifestar en la SAP ZARAGOZA 55/2023 de 17 de febrero: "*Es decir que la seguridad o inseguridad en el canal de comunicación prestador y cliente opera a cargo y riesgo del proveedor*".

[44] Desde el punto de vista de los hechos, puede resultar controversial la SAP LUGO 307/2024 de 10 de septiembre, donde la entidad afirma que realizó de oficio un bloqueo preventivo. Sin embargo, dicho hecho parece contradecirse a través del certificado de la entidad *Redys*.

[45] Obligación esta, en materia de prueba de autenticación, recogida en el art.44.1 del RD-Ley 19/2018. Obligación esta cuyo sentido y significado se tiene que completar con el apartado segundo y tercero de dicha norma.

[46] Es más, se ha dado que una sustracción fraudulenta de los datos de una entidad fuera tenida en cuenta en un posterior supuesto de hecho en el que el titular se ve afectado a raíz de un SMS. SAP ASTURIAS 24/2025 de 28 de enero.

[47] Si bien en el contrato se estipuló: "*otorgar plena validez jurídica a las operaciones realizadas mediante cualquier tipo de claves y/o códigos que permitan la identificación personal del mismo, dando como válidas y propias las operaciones que sean realizadas empleando las claves o códigos previstos en este contrato*". Hay que recordar el carácter imperativo de la norma objeto de estudio, cuando de consumidor se trate.

[48] Hay que tener en cuenta que el cliente cumplió con la obligación prevista en el art.61.1. b de la Directiva 2015/2036, comunicando sin demora indebida en cuanto tuvo conocimiento del ilícito. Obligación esta transpuesta al RD-Ley 19/2018 en el art.41. Sobre el plazo de notificación para operaciones no autorizadas, téngase en cuenta que el art.71 de la Directiva 2015/2036 establece un plazo de notificación, en caso de operaciones de pago no autorizadas, de un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo. En el RD-Ley 19/2018, dicho plazo se recoge en el art.43.

[49] Obligación esta que en la Directiva 2015/2036 se encuentra recogida en el art.70.1. e.

[50] RD-Ley 19/2018 art.46.3; Directiva 2015/2036 art.74.3.

[51] SAP LA RIOJA 253/2024 de 30 de mayo.

[52] SAP LA RIOJA 49/2023 de 17 de febrero.

[53] Cabe añadir que en esta sentencia se manifiesta que las entidades gozan de una doble condición, la de beneficiario, pero también de generadoras de riesgo.

[54] El mismo argumento sobre la necesidad de iniciativa se encuentra en: SAP CÁCERES 555/2023 de 18 de diciembre o SAP LLEIDA 303/2024 de 19 de abril.

[55] Compárese esta sentencia con la en SAP CÁCERES 64/2024 de 20 de febrero. Decisión esta última, con cierto parecido, pero en la que no se apreció negligencia grave debido al método empleado, su complejidad y la necesidad de ser un experto en la materia para detectar la ingeniería del fraude del caso.

[56] *Idem* SAP ASTURIAS 463/2024 de 1 de octubre o SAP ASTURIAS 24/2025 de 28 de enero.

[57] En otras sentencias se ha puesto de manifiesto, que si bien se certificó el envió de código mediante SMS, no se hizo así respecto al número que se ha enviado ni tampoco el terminal. SAP NAVARRA 702/2024 de 27 de mayo. Hecho este que también podría servir para probar la identidad real del ordenante.

[58] Art.43 RD-Ley 19/2018.

[59] Movimientos realizados, tanto activos como pasivos.

1.6. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y el interés casacional del artículo 45 del TRLRCSCVM

Civil liability in the circulation of motor vehicles and the appealability of article 45 of TRLRCSCV

por
ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*
Profesora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El extenso estudio a lo largo de la historia tanto de la responsabilidad civil como de la circulación de los vehículos a motor nos ha llevado a disponer de una gran diversidad de normativas que, aún a día de hoy, no pueden abarcar todos los supuestos de daños que se generan en la actualidad. En los casos de daños en accidentes de tráfico podemos hablar tanto de responsabilidad civil como de responsabilidad penal, pero hemos querido centrarnos en las dificultades en la determinación de la responsabilidad civil según los elementos que debemos encontrar necesariamente en cada caso. Hemos querido aprovechar este tema para hacer mención a una cuestión de especial interés como es la aplicación por el Tribunal Supremo del artículo 45 del TRLRCSCVM en la STS 69/2025 que hemos analizado a lo largo del presente artículo, hablando de cuestiones como la transmisión de derechos de crédito y la reducción de la indemnización establecida por daños personales en accidentes de tráfico a los herederos.

ABSTRACT. The extensive study throughout history of both civil liability and the circulation of motor vehicles has led us to have a great diversity of regulations that, even today, cannot cover all the cases of damage that are generated today. In cases of damage in traffic accidents, we can speak of both civil and criminal liability, but we wanted to focus on the difficulties of determining civil liability according to the elements that must necessarily be found in each case. We wanted to take advantage of this subject to mention an issue of special interest, namely the Supreme Court's

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

application of article 45 of the TRLRCSCVM in STS 69/2025, which we have analysed throughout this article, discussing issues such as the transfer of credit rights and the reduction of compensation established for personal injury in traffic accidents to the heirs.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil. Circulación de vehículos a motor. Derecho de crédito. Interés casacional.

KEYWORDS. Civil liability. Circulation of motor vehicles. Credit Law. Interest of the court.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE PÚBLICO. A. Relación con el código civil y normativa sectorial de transporte b. precedentes jurisprudenciales relevantes.—III. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS.—IV. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD. A. Acción u omisión b. daños sufridos. c. la relación de causalidad. d. factores de atribución.—V. EL ARTÍCULO 45 DEL TRLRCSCVM.—VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FALLO.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la responsabilidad civil ha llevado a hacer distinción en supuestos especiales, entre ellos encontramos la responsabilidad civil que surge de la circulación de vehículos a motor, aunque dentro de ello existen multitud de supuestos. En el presente trabajo analizamos la reciente STS 69/2025, de 14 de enero, sobre el recurso de casación interpuesto contra la SAP 510/20 de Madrid, Sección 9ª en el recurso de apelación nº 540/2020, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 759/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº19 de Madrid. En el presente caso es objeto de recurso la casación de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia de las lesiones sufridas el 16 de febrero de 2016. El demandante era pasajero del autobús 8906 de la línea C1 de la EMT, propiedad del Ayuntamiento de Madrid, en ese momento el conductor frenó bruscamente por no ir debidamente atento a las circunstancias del tráfico, lo que provocó la caída del demandante y lesiones.

En el ámbito del transporte público, la seguridad de los pasajeros es una obligación primordial de los operadores y conductores. Por ello, en los casos en los que se provoque un daño a los pasajeros, se debe esclarecer cómo ha sido causado ese daño y por ende de quién es la responsabilidad para ver si existe o no obligación de indemnización. En este estudio analizaremos el tipo de responsabilidad que surge en este supuesto, así como la indemnización que debe fijarse.

Por otro lado, se cuestiona la aplicación del artículo 45 del TRLRCSCVM ya que, interpuesta la demanda por el lesionado y celebrada la audiencia previa en noviembre de 2018 el mismo fallece en fecha 14 de junio de 2019 y en fecha 25 de junio del mismo año se tienen por personadas en el procedimiento la viuda e hijas

del demandante en su condición de herederas. En fecha 3 de julio de 2019 se celebró el juicio y la parte demandada alegó la aplicación del artículo mencionado en donde se fija la indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización, por lo que se discute si será o no de aplicación en este caso.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE PÚBLICO

La disciplina legal en materia de circulación de vehículos a motor está constituida por normas de todo rango, por eso entendemos necesario analizar el derecho comunitario e internacional para poder ver al completo el derecho español y sus normas aplicables[1].

En el Derecho de la Unión Europea sobre este asunto vamos a destacar cinco Directivas por orden cronológico. En primer lugar, la Directiva 72/166/CEE, de 24 de abril 1972 en la cual se impuso la instauración en todos los vehículos de un sistema obligatorio de aseguramiento de la responsabilidad civil de los vehículos de motor. En segundo lugar, la Directiva 84/5/CEE, de 30 de diciembre 1983 por la que se obliga a que ese seguro cubra tanto los daños corporales como los materiales, además de una cuantía mínima para cubrir cada tipo de daño. A su vez, obligaba a los Estados miembros a crear un Organismo de Garantía, que interviniera en ciertos tipos de accidentes. En tercer lugar, la Directiva 90/232/CEE, de 14 de mayo, llamada a resolver ciertas carencias de las dos Directivas ya mencionadas. En cuarto lugar, la Directiva 2000/26/CE, de 16 de mayo, que se fundamenta en los daños sufridos por personas en país distinto al de su residencia, ya que estas personas encontrarán mayor dificultad para reclamar sus daños que las víctimas residentes. Y, en quinto lugar, la Directiva 2005/14/CE, de 11 de mayo de 2005 que se desarrolla para una mejor protección de las víctimas de los accidentes de tráfico y de los asegurados, con ella se actualizan las cuantías mínimas fijadas en 1983 así como la ampliación de las coberturas del seguro obligatorio, es especialmente importante que en ella se veda la introducción de franquicias y se sientan los pilares de un sistema comunitario uniforme de seguro obligatorio.

Además de dichas Directivas, vamos a destacar el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, esto es especialmente importante en materia de responsabilidad en circulación de vehículos de accidentes a motor. Debemos destacar además que, como consecuencia de la pluralidad de normas de distinto origen que regulan esta materia, puede producirse lo que se ha denominado concurrencia de normas como ocurre con la norma de conflicto en el Derecho Internacional Privado, debiendo identificarse cuál es la norma aplicable a la cuestión jurídica que se plantee[2].

En el Derecho Internacional vamos a destacar el Convenio de La Haya, de 4 de mayo de 1971, sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, cuyo precepto fundamental es el artículo 3[3] que determina que la ley aplicable será la del Estado en cuyo territorio haya acaecido el siniestro.

A. Relación con el código civil y normativa sectorial de transporte

Una vez vista la normativa comunitaria e internacional aplicable a este supuesto, debemos adentrarnos en el derecho español, destacando en primer lugar el Código Civil que establece los principios fundamentales sobre la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. En primer lugar, vamos a destacar el artículo 1101[4] que regula la responsabilidad contractual estableciendo que quien incumple una obligación responde por los daños y perjuicios causados. Este artículo se apoya en un criterio básico de responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

En segundo lugar, el artículo 1902[5], que es la base de la responsabilidad extracontractual, estableciendo que quien causa daño a otro por acción u omisión culposa o negligente está obligado a repararlo. Y, en tercer lugar, el artículo 1903[6] que regula la responsabilidad por hecho ajeno, aplicable a empresas de transporte que deben responder por sus empleados. Estos dos artículos hacen referencia a la responsabilidad por hecho ajeno que responde en primera instancia a una responsabilidad por culpa y, a continuación, permite reclamar la responsabilidad directa de la persona responsable y, en su caso, la responsabilidad solidaria de todos los autores materiales del daño o perjuicio ocasionado.

Analizado el Código Civil como norma base de la responsabilidad, debemos acudir a las normas en materia de transporte. En España, la normativa sobre la responsabilidad civil y el seguro obligatorio en este ámbito ha estado en permanente evolución, como hemos podido prever al analizar la normativa comunitaria. La primera norma que reguló esta materia fue la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor que regulaba en su Título III la responsabilidad civil y el seguro obligatorio con motivo del resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por las posibles víctimas. Posteriormente, se aprobó el Decreto 632/0968 que refundía la norma anterior y redujo a dos títulos la norma incluyendo en el primero tres capítulos relativos a: la responsabilidad civil, al seguro obligatorio y al fondo nacional de garantía de riesgos de la circulación.

Posteriormente, debemos destacar la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres para este caso concreto en donde se determina que, en todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos estarán cubiertos por el seguro obligatorio de viajeros, además, en los transportes en autobús, el transportista responderá de las obligaciones establecidas frente a los viajeros en los términos previstos en el Reglamento (UE) n.º 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004. Además de establecer la responsabilidad de las empresas de transporte por los daños sufridos por los pasajeros, se presume la responsabilidad de la empresa salvo prueba de caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva del pasajero. Y, a continuación, se transpone en España a través del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros que cubre a los pasajeros en caso de accidente, independientemente de la culpa del conductor.

En el año 2003 se aprueba el Reglamento General de Circulación que establece las normas de conducción segura para evitar así maniobras peligrosas como frenazos bruscos, tal como ocurre en la sentencia que venimos analizando[7]. Los conductores deben mantener una conducción prudente y evitar así acciones que puedan poner en peligro la seguridad de los pasajeros[8].

Independientemente de todas estas normas de las que hemos hablado, la responsabilidad civil y el seguro en la circulación de vehículos a motor se regulan en España tras diversas modificaciones en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, de ahora en adelante TRLRCSCVM, en el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros y en el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

B. Precedentes jurisprudenciales relevantes

Una vez analizada la normativa, debemos mirar hacia la jurisprudencia que entendemos ha sido clave en la evolución de la responsabilidad en accidentes de transporte público. En primer lugar, destacamos el estudio de la responsabilidad objetiva en el caso que nos ocupa y la obligación de seguridad que tiene el transportista ya que todo vehículo a motor que circula por la red de carreteras del Estado, deberá responder con carácter cuasi-objetivo del riesgo generado por su actuación. Destacamos aquí la Sentencia del Tribunal Supremo 627/2011 en donde se concede la indemnización con cargo al seguro obligatorio de viajeros y además se replantea la responsabilidad tanto de las empresas como de los conductores en el caso de este tipo de accidentes. La empresa de transporte responde objetivamente por los daños sufridos por los pasajeros, salvo prueba de caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. El Tribunal Supremo reafirma así que el contrato de transporte impone al transportista una obligación de seguridad hacia los pasajeros. No basta con que el conductor no haya cometido una infracción de tráfico; si se produce un daño y no hay una causa externa inevitable, la empresa debe responder. Se considera que el transporte de pasajeros es una actividad que genera riesgo inherente, lo que justifica la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Esto se apoya en el artículo 21.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio[9] que, junto con lo dispuesto en el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros[10] se entiende que el seguro de viajeros funciona como subsidiario para aquellos supuestos en que el evento no se halle cubierto por el sistema de responsabilidad civil de automóvil y su seguro, siempre que se den los presupuestos que se indican en la normativa[11].

La Sentencia del Tribunal Supremo 1116/2008 establece una serie de pautas que permiten interpretar el concepto genérico del riesgo en la circulación. La resolución entiende que se debe considerar como hecho de la circulación toda situación en la que el vehículo que causa el daño se encuentre en movimiento o en el caso de estar parado esté desarrollando alguna función propia del transporte

colectivo de turistas, estas situaciones se encuentran incluidas en el ámbito del seguro contratado.

En segundo lugar, se cuestiona la negligencia del conductor en maniobras bruscas o en ocasiones en las que no actúe con la debida diligencia. El transportista no solo debe evitar riesgos, sino que debe prever la posibilidad de maniobras bruscas y minimizar su impacto en los pasajeros. En el caso de maniobras bruscas, un frenazo puede considerarse riesgo normal del transporte, pero si es evitable o desproporcionado para el caso en cuestión, entendemos que genera responsabilidad, esto ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2009 en donde la negligencia del conductor de un camión obstaculizó el avance del autobús y eso provocó la caída en el mismo.

Sin embargo, si el daño se produce como consecuencia de una distracción del conductor o una reacción tardía, se presume su negligencia. Aunque la indemnización será procedente con independencia de la culpabilidad del conductor, por el mero hecho de sufrir la recurrente un accidente cuando viajaba a bordo del autobús[12].

Otra cuestión que se plantea en la jurisprudencia es si la conducta del pasajero puede influir en la determinación de la responsabilidad y en la cuantía de la indemnización, es decir, la víctima contribuye a la producción del daño se entiende que habrá una concurrencia de culpas. Acudimos en este supuesto a la SAP de A Coruña 90/2024 en donde un monitor de niños viajaba de pie en un autobús resultó lesionado tras un frenazo y que se apoya en la STS 609/2021[13] para analizar la concurrencia de culpas distribuyendo las responsabilidades al 50% entre conductor, propietaria y aseguradora del vehículo.

En todos los supuestos en los que se reclama responsabilidad extracontractual, se analizan determinados requisitos entre los que encontramos la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, es decir, el nexo causal. Es clave en estos asuntos que, para reclamar una indemnización, la víctima del daño debe probar que la lesión fue consecuencia directa del frenazo[14]. Se debe determinar la compatibilidad entre las lesiones sufridas en un accidente de circulación y el tipo de impacto sufrido en el siniestro por los ocupantes y el propio vehículo, por lo que es un concepto médico y, a su vez, jurídico-legal ya que para determinarlo se deben tener en cuenta pruebas médicas e incluso de ingeniería que establezcan el mecanismo de colisión, los daños materiales y los personales.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS

El TRLRCSCVM instituye un doble régimen de responsabilidad según se generen daños a las personas o a los bienes. Los daños a las personas están sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva, que es la que se produce cuando una persona tiene obligación de responder, resarcir o indemnizar a otro por un daño, sea o no culpable o negligente del mismo[15]. Y, por otra parte, los daños a los bienes están sometidos al régimen general de responsabilidad por culpa, que es aquella en la que la persona que directamente ha ocasionado el daño es la culpable de reparar el mismo, en este caso, sólo hay responsabilidad si queda probada la culpa del responsable[16].

La responsabilidad civil se regula en el TRLRCSCVM en su artículo 1.1 en donde se determina que el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. Esto determina que la responsabilidad en la circulación de vehículos de motor se fundamenta en el riesgo creado por la conducción del vehículo. En estos supuestos se debe delimitar en primer lugar qué es un vehículo de motor, que serán todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre e impulsados a motor; y, en segundo lugar, qué es hecho de la circulación, entendiendo que serán todos los accidentes derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor.

Una vez definido esto, debemos delimitar la aplicación del régimen de responsabilidad y para ello debemos tener en cuenta dos cuestiones: en primer lugar, que el hecho dañoso se haya verificado dentro de la circulación de un vehículo a motor y, en segundo lugar, que exista una relación de causalidad material entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad de la persona de quien se reclama.

Debemos analizar las posibles personas o figuras implicadas en un accidente de tráfico y por ello debemos empezar por el conductor por ser el primero a quien se hace referencia en el artículo 1.1 del TRLRCSCVM. El conductor que ha actuado de manera negligente o imprudente y ha causado el accidente, será considerado el responsable civil por los daños y perjuicios ocasionados a terceros. Los comportamientos que se incluyen dentro de esta actuación negligente pueden ser no respetar las normas de tráfico, conducir bajo los efectos de alcohol o drogas, distraerse, exceder los límites de velocidad…

El TRLRCSCVM menciona a continuación la figura del propietario del vehículo en su artículo 1.3 para aquellos casos en los que el conductor no sea el propietario del vehículo, determinando que el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Otras figuras que debemos analizar son la empresa de transporte, entendiendo que la empresa propietaria puede ser considerada la responsable civil por los actos de sus conductores durante su jornada laboral. O la Administración Pública quien puede tener responsabilidad en un accidente de tráfico si el accidente es el resultado por ejemplo de una negligencia en el mantenimiento de la vía pública.

Incluso debemos analizar en este punto la culpa del pasajero o la víctima, aunque no sea pasajero. El TRLRCSCVM habla de negligencia del pasajero lo que nos lleva a lo mencionado ya por la concurrencia de culpas o incluso a determinar una culpa exclusiva de la víctima. Analizada la concurrencia anteriormente, vamos a centrarnos en la culpa exclusiva de la víctima lo que nos lleva a la posibilidad de que esto exonere de responsabilidad a cualquier otro sujeto, pero para ello deben concurrir los siguientes supuestos: que la única conducta culpable sea la de la víctima, que la conducta del conductor sea irreprochable y que la conducta de la víctima sea imprevisible para el conductor del vehículo.

IV. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD

Los elementos de la responsabilidad civil son aquellos que deben analizarse para determinar si existe y qué responsabilidad será aplicable. Estos elementos son la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución porque para que exista responsabilidad civil es necesario que una acción u omisión guarde en relación con un daño una relación de causalidad a lo que se añade el adecuado factor de atribución[17].

En ambos terrenos de la responsabilidad civil es necesario que se den estos elementos, por lo que vamos a analizarlos en relación con la STS 69/2025 en donde se indica que es objeto del presente recurso de casación la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el demandante D. Marco Antonio como consecuencia de las lesiones sufridas, el 16 de febrero de 2016, cuando ocupaba como pasajero el autobús 8906 de la línea C1 de la EMT, matrícula NUM000 , propiedad del Ayuntamiento de Madrid, al frenar bruscamente su conductor, por no ir debidamente atento a las circunstancias del tráfico, lo que provocó la caída del demandante y lesiones padecidas.

A. Acción u omisión

En la responsabilidad extracontractual contemplada en el artículo 1902 CC, la acción u omisión consiste en la agresión injustificada de un bien, derecho o interés de otro. Para que exista responsabilidad es necesario que se haya producido un acto humano, bien por acción bien por omisión. Si lo estudiamos desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, la acción u omisión dañosa consistirá en cualquiera de las formas de incumplimiento de la obligación que se haya establecido en el contrato.

Dentro de estos elementos entraría la discusión de si la antijuridicidad es un elemento de la responsabilidad civil, cuestión controvertida entre diversos autores, aunque no la incluimos como elemento porque consideramos que la antijuridicidad es un elemento indispensable en el ámbito de la responsabilidad penal y no de la responsabilidad civil la cual puede surgir independientemente de si se ha violado una norma jurídica con la acción u omisión[18].

Aunque el Código Civil no determina que deba intervenir la antijuridicidad en el artículo 1902, sí se especifica que deba intervenir culpa o negligencia. En el caso de la STS 69/2025 encontramos que la acción es el frenazo como consecuencia de la omisión de su obligación principal laboral que es ir atento a las circunstancias del tráfico. No existe antijuridicidad en el presente supuesto como ya hemos adelantado al estar hablando de responsabilidad civil, sin embargo, sí que encontramos que interviene negligencia en la actuación del conductor del autobús además de culpa como consecuencia de los daños ocasionados al demandante.

En este caso no se cuestiona si existió concurrencia de culpas o culpa exclusiva de la víctima por hacer un uso inadecuado o haber actuado sin la debida diligencia.

B. Daños sufridos

No se origina responsabilidad civil por una conducta culposa si no se causa daño, entendiendo el daño como el perjuicio que soporta el sujeto de un derecho subjetivo, por la perturbación, menoscabo o pérdida de éste o de un interés propio. Además, independientemente de la culpa o negligencia en la responsabilidad civil, el daño constituirá siempre el elemento principal de la responsabilidad.

Aunque existe una amplia clasificación de los daños en atención al objeto o bien agredido, la clasificación que nos interesa en este punto es la diferenciación entre daño patrimonial, que recae en la esfera de los bienes y derechos que integran el patrimonio; daño corporal, como resultado de un atentado a la integridad física y psíquica; y, daños morales, que incluyen los perjuicios causados en la esfera espiritual de la persona.

En materia de circulación de vehículos el TRLRCSCVM alude a dos tipos de daños, como hemos dejado entrever con anterioridad, los cuales son el daño a las personas y el daño en los bienes. La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, LOSSP, incorporó un Anexo al TRLRCSCVM en donde se incluye un sistema de valoración de daños, sistema que recoge los criterios de valoración de daños tradicionalmente utilizados por los tribunales en materia de daños en accidentes ocasionados por la circulación de vehículos a motor.

En la valoración de estos daños en lo relativo a los ocasionados a las personas no sólo se aluden a los daños psicofísicos, sino también determinados daños patrimoniales como puede ser el lucro cesante e incluso a los daños morales por lo que encontramos en un mismo concepto, como es el daño a las personas, daños de diferente naturaleza. Estos daños están sometidos a un mismo régimen de responsabilidad según el artículo 1.1.II del TRLRCSCVM y su cuantificación se basará en lo dispuesto en el Anexo de la LOSSP. Por otro lado, encontramos el daño en los bienes del TRLRCSCVM que abarca todos los demás daños que no entren en la categoría anterior, es decir, a todo tipo de daños materiales que no se deriven de un daño corporal.

El daño debe ser probado por el demandante según determina el artículo 217.2 LEC[19] aunque esta regla no quita para que en ocasiones la ley se ocupe de presumir el daño en determinadas situaciones. En el supuesto de la STS 69/2025 no se discute por parte de la compañía aseguradora demandada si el daño se produjo en el autobús, por lo que se presume que el daño es consecuencia de la acción por la negligencia del conductor del autobús.

C. La relación de causalidad

Entre la acción u omisión y el daño debe darse una relación de causalidad, es decir que entre el hecho del agente y el daño producido debe existir una relación de causa a efecto[20]. Se reputará causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado.

En este punto de la relación de causalidad en relación con los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor, debe tenerse en cuenta el criterio del riesgo general de la vida ya que la vida comporta riesgos por sí misma los cuales deben asumir las personas, y, en el caso de la circulación de vehículos a motor, el conductor debe asumir su responsabilidad en virtud del riesgo que se crea por la conducción de éstos.

El TRLRCSCVM establece un régimen de responsabilidad objetiva para los daños personales y para delimitar la aplicación de dicho régimen se debe atender a dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, que el hecho dañoso se haya verificado dentro del ámbito material definido por esta Ley; y, en segundo lugar, que exista una relación de causalidad entre el daño cuya reparación se reclama (en caso de accidentes de tráfico hemos determinado que serían personales o a bienes y, concretamente, en el caso de la STS 69/2025 las lesiones ocasionadas al demandante) y la actividad de la persona de quien se reclama (en el caso de la STS 69/2025 la exigencia de la actuación diligente por parte del conductor del autobús).

En el supuesto en el que se realice un acto y se produzca un daño por causas externas que actúan como interferencias del nexo causal, se rompe la relación de causa a efecto. En estos supuestos encontramos el caso fortuito y la fuerza mayor; la acción de un tercero; y, la acción del propio perjudicado. En el caso de la STS 69/2025 no se alude a que haya interferencia de circunstancias extrañas, por lo que se entiende que existe relación de causalidad entre la acción y el daño sufrido.

D. Factores de atribución

Este punto determinará si, una vez analizados y encontrados todos los elementos anteriores en un supuesto, debe decidirse si existe una razón suficiente para atribuir la responsabilidad. En el caso de los accidentes de tráfico, se analizan múltiples factores los cuales pueden ser atenuantes o agravantes de la responsabilidad que surja por la circulación de estos vehículos. Estos factores incluyen la velocidad a la que circulaban los vehículos, el cumplimiento de las señales de tráfico, el uso de dispositivos de seguridad, el estado de los vehículos, la diligencia de los conductores como si estaban distraídos, bajo los efectos del alcohol o si realizaban maniobras imprudentes.

En la STS 69/2025 se determina que los daños se producen como consecuencia de un frenazo brusco del conductor del autobús por no ir debidamente atento a las circunstancias del tráfico, cuestión que es un factor de atribución de la responsabilidad por las lesiones ocasionadas al pasajero al mismo conductor que no ha actuado con la debida diligencia.

V. EL ARTÍCULO 45 DEL TRLRCSCVM

El artículo 45 TRLRCSCVM establece cómo deben calcularse las indemnizaciones cuando un lesionado de un accidente de tráfico sobrevive lo suficiente para que sus lesiones se estabilicen, sin embargo, fallece antes de que se fije la

indemnización. En estos supuestos los herederos del mismo perciben la suma de las cantidades que resultan de la indemnización por las lesiones conforme a unas reglas determinadas que analizaremos a continuación.

En primer lugar, debemos fijar lo que significa la estabilización de las lesiones. Esto hace referencia a la consolidación, es decir, ya no es posible cambio o mejora, este hecho no supone volver al periodo previo al siniestro, sino el fin de la evolución de la lesión producida. Esto nos lleva a que el estado del lesionado deja de mejorar con tratamiento médico y en ese momento se pueden evaluar las secuelas permanentes que queden.

Y, en segundo lugar, analizamos los criterios en base a los cuales los herederos del fallecido recibirán la compensación. El primero indica que, en concepto de daño inmediato, es decir el daño que ha tenido su origen inmediata y directamente en la producción del siniestro, se otorgará a los herederos el 15% del perjuicio personal básico que correspondía al lesionado de acuerdo con las tablas del TRLRCSCVM, la 2.A.1. relativa al baremo médico y la 2.A.2. relativa al baremo económico.

El segundo hace referencia al resto de perjuicio personal básico, es decir, los daños corporales sufridos desde el accidente de tráfico hasta su curación, los cuales no deben limitar el día a día de la víctima y le deben permitir continuar con su vida laboral y personal. Indica que las cantidades que correspondan al porcentaje restante de estos daños y a la aplicación de las tablas del TRLRCSCVM, la 2.B referente al perjuicio personal particular y la 2.C referente al perjuicio patrimonial en lo relativo al lucro cesante, en proporción al tiempo que haya pasado entre la estabilización de las lesiones y el fallecimiento, teniendo en cuenta la esperanza de vida del fallecido en la fecha de la estabilización que se calcula según la tabla TT2 de la TRLRCSCVM a excepción de la esperanza de vida de víctimas de más de 80 años que será siempre de ocho años.

Estos dos criterios van a llevar a un resultado de indemnización evidentemente menor a la que percibiría el lesionado, aunque con este artículo se protegen los derechos de los herederos, se evitan perjuicios económicos e introduce criterios que llevan a una compensación justa en cada caso.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FALLO

En la cuestión de responsabilidad de la STS 69/2025 analizada, se estimó en primera instancia parcialmente la demanda condenando a la aseguradora a abonar en concepto de responsabilidad por los daños personales ocasionados la cuantía de 119.680,95 euros. La estimación es parcial porque se solicitaba por el actor la indemnización de 171.441,59 euros. En este asunto, tras la celebración de la audiencia previa, falleció el demandante por causas ajenas al accidente, por lo que el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda en favor de los herederos del demandante.

En segunda instancia, la compañía aseguradora fundamenta su recurso en la vulneración del artículo 45 del TRLRCSCVM. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de Juzgado de Primera Instancia modificando en el fallo

únicamente la cantidad correspondiente a perjuicio personal particular, fijando la indemnización correspondiente al demandante en el importe de 112.680,95 euros.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso por la compañía aseguradora recurso de casación fundado igualmente en la vulneración del artículo 45 del TRLRCSCVM alegando que dicho artículo llevaba menos de 5 años de vigencia a la fecha de interposición del recurso de casación, por lo que no existía jurisprudencia que lo interpretase y este fundamento tenía interés casacional. En este punto las herederas de la víctima, adquirieron *ex iure heriditatis*, como un derecho de crédito que se integra en el patrimonio hereditario de la víctima y por ello es susceptible de transmisión a los herederos.

Habiendo estudiado por el Tribunal Supremo dicho asunto estima el recurso y determina el montante indemnizatorio en función de lo establecido en el artículo alegado resultando: que se abone en concepto de daño inmediato el 15% del perjuicio personal básico que corresponde al lesionado, lo que resultó un total de 14.997,44 euros; y, las cantidades que correspondían al porcentaje restante del perjuicio personal básico en proporción al tiempo transcurrido desde la fecha de la estabilización de las lesiones hasta el fallecimiento, resultó un total de 32.353,86 euros; a esto debe sumarse la cantidad de 4.698 euros en concepto de gastos médicos no cuestionados, por lo que el Tribunal Supremo revocó la sentencia de segunda instancia con el único objetivo de rebajar la indemnización a recibir por las demandantes según las reglas aplicables del artículo 45 del TRLRCSCVM, lo que fija jurisprudencia para casos posteriores.

VII. CONCLUSIONES

I. La responsabilidad en los accidentes de tráfico se fija como objetiva según lo dispuesto en TRLRCSCVM aunque hemos observado que no es la única responsabilidad posible al entender que en el uso del transporte público dicha responsabilidad puede ser subjetiva al suscribir un contrato de transporte. Además, hemos de señalar que los elementos de dicha responsabilidad son necesarios para determinar su existencia tanto si esta es contractual como si es extracontractual.

II. Como cuestión especialmente reseñable en la STS 69/2025, queremos destacar el interés casacional de la misma según lo dispuesto en el artículo 477 de la LEC al haber resuelto la cuestión de la aplicación del artículo 45 del TRLRCSCVM ya que no existía doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a dicha norma.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Edersa, T.1, vol. 2, 2ª ed. Madrid. 1995, pp. 842-880.

GOÑI URRIZA, Natividad: "La convivencia entre el Reglamento "Roma II" y el Convenio de LA Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carre-

tera en la práctica judicial española" en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ISSN 1989-4570, Vol 16, Nº 2, 2024, pp. 823-839.

REGLERO CAMPOS, L.Fernando: "Lección 9ª: Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor" (Actualizada por Fernando Peña López), en *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Aranzadi, 2013, pp. 253-295

ROMERO MATUTE, Blanca: "Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera", en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, nº4*, ISSN-e: 2345-3456. Universidad de Cádiz, 2021, pp. 129-178

XIOL RIOS, Juan Antonio: "Criterios de imputación en la Responsabilidad Contractual", Estudio doctrinal en *Boletín del Ministerio de Justicia*, ISSN: 1989-4767, Año LXV, núm. 2132, 2011.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Ed. Dykinson. 2ª Edición. 2016. Madrid.

IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 02 de diciembre de 2008. Número Sentencia: 1116/2008. Número Recurso: 4017/2001. Ponente: María Encarnación Roca Trías. STS 6718/2008 – ECLI:ES:TS:2008:6718
- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 17 de marzo de 2009. Número Sentencia: 149/2009. Número Recurso: 467/2004. Ponente: Jose Ramón Ferrándiz Gabriel. Numroj: STS 1465/2009 - ECLI:ES:TS:2009:1465
- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 8 de octubre de 2010. Número Sentencia: 618/2010. Número Recurso: 2145/2006. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana. Numroj: STS 4988/2010 – ECLI:ES:TS:2010:4988
- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 19 de septiembre de 2011. Número Sentencia: 627/2011. Número Recurso: 1232/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Rios. Numroj: STS 5838/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5838
- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 20 de septiembre de 2021. Número Sentencia: 609/2021. Número Recurso: 4723/2018. Ponente: Jose Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 3428/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3428
- SAP de Córdoba, Sala Primera, Sección: Primera, de 25 de noviembre de 2004. Número Sentencia: 495/2004. Número Recurso: 469/2004. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: SAP CO 1549/2004 – ECLI:ES:APCO:2004:1549
- SAP de Zaragoza, Sala Primera, Sección: Quinta, de 22 de julio de 2005. Número Sentencia: 444/2005. Número Recurso: 361/2005. Ponente: Pedro Antonio Pérez García. Numroj: SAP Z 2047/2005 – ECLI:ES:APZ:2005:2047
- SAP de Cáceres, Sala Primera, Sección: Primera, de 19 de septiembre de 2005. Número Sentencia: 342/2005. Número Recurso: 387/2005. Ponente: Juan Francisco Bote Saavedra. Numroj: SAP CC 515/2005 – ECLI:ES:APCC:2005:515

- SAP de Madrid, Sala Primera, Sección: Decimocuarta, de 17 de marzo de 2006. Número Sentencia: 227/2006. Número Recurso: 507/2005. Ponente: Juan Uceda Ojeda. Numroj: SAP M 3957/2006 – ECLI:ES:APM:2006:3957
- SAP de Zaragoza, Sala Primera, Sección: Quinta, de 22 de diciembre de 2006. Número Sentencia: 718/2006. Número Recurso: 563/2006. Ponente: Javier Seoane Prado. Numroj: SAP Z 2618/2006 – ECLI:ES:APZ:2006:2618
- SAP de A Coruña, Sala Primera, Sección: Sexta, de 26 de marzo de 2024. Número Sentencia: 90/2024. Número Recurso: 190/2023. Ponente: Jose Gómez Rey. Numroj: SAP C 875/2024 – ECLI:ES:APC:2024:875

X. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española de 1978
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. (Primera Directiva)
- Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles.
- Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles
- Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles).
- Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.
- REGLAMENTO (CE) No 864/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971.

- Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor.
- Reglamento (UE) n.º 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Reglamento (UE) n.º 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004
- Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros.
- Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.
- Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
- Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.
- Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.
- Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros.
- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

NOTAS

[1] Para desarrollar este análisis de fuentes legislativas hemos acudido a REGLERO CAMPOS, L. Fernando: "Lección 9ª: Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor" (Actualizada por Fernando Peña López), en *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Aranzadi, 2013, pp. 253-295 en donde vamos a diferenciar entre derecho comunitario y convenios internacionales para poder ver las normas españolas y los precedentes jurisprudenciales que sean relevantes en el presente caso.

[2] Podemos encontrar cómo se determinará la normativa aplicable en el siguiente artículo: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Edersa, T.1, vol. 2, 2ª ed. Madrid. 1995, pp. 842-880.

[3] Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971. Artículo 3: La Ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.

[4] Artículo 1101 del Código Civil: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

[5] Artículo 1902 del Código Civil: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

[6] Artículo 1903 del Código Civil: La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

[7] Artículo 11 del Reglamento General de Circulación: 1. El conductor deberá efectuar las paradas y arrancadas sin sacudidas ni movimientos bruscos, lo más cerca posible del borde derecho de la calzada, y se abstendrá de realizar acto alguno que le pueda distraer durante la marcha; el conductor y, en su caso, el encargado, tanto durante la marcha como en las subidas y bajadas, velarán por la seguridad de los viajeros.

[8] Artículo 3 del Reglamento General de Circulación:1. Se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía. Queda terminantemente prohibido conducir de modo negligente o temerario (artículo 9.2 del texto articulado). 2. Las conductas referidas a la conducción negligente tendrán la consideración de infracciones graves y las referidas a la conducción temeraria tendrán la consideración de infracciones muy graves, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.4.a) y 5.c) del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, respectivamente.

[9] Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su artículo 21.1 con la modificación del año 2000 se indicaba: En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos deberán estar cubiertos por un seguro, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia, en la medida en que dichos daños no estén

indemnizados por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria previsto en la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, pero este fue modificado por el artículo 1.8 de la Ley 9/2013, de 4 de julio indicando que: En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos estarán cubiertos por el seguro obligatorio de viajeros, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia.

[10] Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, en su artículo 2.3: El Seguro Obligatorio de Viajeros no libera a las Empresas transportistas, a los conductores de los vehículos, o a terceros de la responsabilidad civil en que, dolosa o culposamente, pudieran incurrir por razón del transporte de personas, ni las prestaciones satisfechas por razón de dicho Seguro reducen el importe de la expresada responsabilidad.

[11] Así lo entienden las: SAP Zaragoza n.º 444/2005; SAP Madrid, n.º 227/2006; SAP Córdoba, n.º 495/2004; y, SAP Cáceres, 342/2005.

[12] Así lo apoya la STS 618/2010 en su fundamento de derecho tercero: El Seguro Obligatorio de Viajeros, dice el artículo 1 del RD 157/1989, tiene por finalidad indemnizar a éstos o a sus derechohabientes, cuando sufran daños corporales en accidente que tenga lugar con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte público colectivo de personas, siempre que concurran las circunstancias establecidas en este Reglamento. Se trata de un seguro obligatorio establecido, según el artículo 2 , en relación con el artículo 4 , en favor de todo viajero que utilice medios de locomoción destinados al transporte público colectivo de personas, incluyendo los autocares, que en el momento del accidente esté provisto del título de transporte, de pago o gratuito (art.6), en virtud del cual el transportista responde siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo, de tal forma que bastará acreditar la condición de viajero con el correspondiente título de viaje y que los daños corporales deriven de alguna de las causas previstas en el artículo 7 : "choque, vuelco, alcance, salidas de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquiera otra avería o anormalidad que afecte o proceda del vehículo", para ser indemnizado. Como se ha hecho notar por los intérpretes de esta disposición, el Reglamento, emplea una doble técnica para determinar el ámbito de cobertura de este seguro, enumerando las hipótesis que pueden considerarse accidentes, sin que esta constituya numerus clausus, porque añade una cláusula abierta que incluye eventos ocurridos por otras averías o anomalías que afecten o procedan del vehículo (STS 27 de febrero 2006).

[13] En efecto, esta sala ha venido admitiendo, como señaló la sentencia 724/2008, de 17 de julio , que cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad (sentencias de 7 de octubre de 1988 y 5 de octubre de 2006), de manera que, si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el quantum (Sentencias de 1 de febrero , 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo la moderación de responsabilidades prevenida en el artículo 1103 del Código Civil , aplicable tanto a los casos de responsabilidad civil contractual como extracontractual

[14] El Seguro Obligatorio de Viajeros también será de aplicación en el supuesto en que exista un nexo causal, así lo determina la STS 627/2011: Es un seguro de responsabilidad civil, de los comprendidos en los artículos 73 y 75 LCS, cuyo asegurado no es el pasajero sino el propietario del vehículo a motor, que debe responder por la conducta del conductor. No es un seguro de accidentes que venga a cubrir el daño personal, con independencia de la causa del siniestro, sino que atiende únicamente a la responsabilidad en su causación, de tal modo que sí se atenderá a la responsabilidad (extracontractual) de quien lo cause.

[15] Artículo 1.1 de TRLRCSCVM: En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del

vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

[16] Artículo 1.1 de TRLRCSCVM: En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley.

[17] Así lo señala y estudia detenidamente YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Ed. Dykinson. 2ª Edición. 2016. Madrid.

[18] Como bien indica YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Ed. Dykinson. 2ª Edición. 2016. Madrid, página 160, "Existen innumerables actos dañosos que engendran responsabilidad civil sin que exista un mandato legal específico que los reglamente, prohíba o condene".

[19] El art. 217.2 LEC: Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

[20] Como bien indica YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Ed. Dykinson. 2ª Edición. 2016. Madrid, página 214, "aparece la relación de causalidad como un problema que debe resolverse antes que ningún otro, esto es, habrá que dilucidar primero si tal efecto dañoso se ha debido a tal o cual antecedente para con posterioridad investigar en si sus consecuencias patrimoniales son o no imputables a su autor por concurrir un adecuado criterio de atribución. […] pero en la mayoría de los casos sucede que, sin llegar a confundirse, los juicios de causalidad y de imputación tienen que realizarse a la vez, pues los múltiples matices que la relación causal ofrece no reclaman un tratamiento objetivo y aséptico, sólo basado en el curso regular y ordinario de los acontecimientos, sino un análisis simultáneo de las condiciones y circunstancias subjetivas de los intervinientes en la secuencia."

1.7. Concursal

Concurso de acreedores, dación en pago y extinción de arrendamientos con arreglo al artículo 13 LAU[1]

Bankruptcy proceedings, dation in payment and termination of leases in accordance with article 13 of the LAU

por
TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la solución dada por el Tribunal Supremo en sentencia 1374/2024, de 21 de octubre, sobre el efecto de una dación en pago liquidativa, realizada en el marco de una ejecución colectiva en concurso de acreedores, sobre los arrendamientos existentes en las fincas adquiridas por el acreedor hipotecario con privilegio especial sobre dichos bienes. Si bien el Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 13 LAU 1994, en la versión dada por ley 4/2013, y entiende que procedió la resolución de tales contratos por resolución del derecho del arrendador (producida con la transmisión de propiedad al acreedor hipotecario), cabe considerar que el acreedor hipotecario se subrogó en los contratos de arrendamiento dado el principio general de subsistencia de los mismos deducible de los artículos 225.1 TRLC, 1571 CC y 34 LH, siendo susceptible de valoración la posición que respecto de los mismos tuviese un subadquirente posterior con arreglo al artículo 14 LAU (que regula la enajenación voluntaria de la vivienda arrendada) y 34 LH.

ABSTRACT: This article analyses the solution given by the Supreme Court in judgment 1374/2024, of October 21, on the effect of a dation in payment carried out within the framework of a collective execution in bankruptcy proceedings, on the existing leases on the properties acquired by the mortgage creditor with special privilege over said assets. Although the Supreme Court considers article 13 LAU 1994 applicable, in the version given by law 4/2013, and understands that the termination of such contracts was due to the termination of the landlord's right (produced with the

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.12

transfer of property to the mortgage creditor), it can be considered that the mortgage creditor was subrogated in the lease contracts given the general principle of their subsistence deducible from articles 225.1 TRLC, 1571 CC and 34 LH, being necessary to assess the position that a subsequent sub-purchaser had with respect to them in accordance with article 14 LAU (which regulates the voluntary alienation of the rented property) and 34 LH.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores, dación en pago, extinción del arrendamiento

KEYWORDS: Bankruptcy proceedings, dation in payment, forced termination of the lease

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA 1374/2024 DE 21 DE OCTUBRE DE 2024.—III. LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL TRAS LA LEY 16/2022. ¿CABE LA DACIÓN EN PAGO COMO FORMA DE ENAJENACIÓN DE LOS BIENES INTEGRADOS EN LA MASA ACTIVA? 1. Novedades en la liquidación concursal introducidas por la Ley 16/2022 y LO 1/2025. 2. Las reglas de enajenación de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (Capítulo III del Título IV del Libro Primero TRLC). 3. En concreto, la dación en pago de bienes afectos a privilegio especial.—IV. DACIÓN EN PAGO LIQUIDATIVA Y CANCELACIÓN DE CARGAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analiza el pronunciamiento vertido por la STS 1374/2024, de 21 de octubre, que interpreta el artículo 13 LAU en relación con una dación en pago liquidativa realizada en concurso de acreedores a favor del acreedor con privilegio especial sobre los bienes dados en pago. La cuestión debatida se centra en si tal dación en pago permite la extinción de los arrendamientos que el arrendadador concursado tenía suscritos con diversos arrendatarios, a los cuales se pretende expulsar de las viviendas mediante un procedimiento de desahucio por precario, por considerar que habrían perdido el justo título para poseer de acuerdo con el art. 13 LAU.

II. LA SENTENCIA 1374/2024 DE 21 DE OCTUBRE DE 2024

Majoro Reo II Spain S. L. interpuso demanda de juicio verbal en el ejercicio de la acción de desahucio por precario contra los ignorados y desconocidos ocupantes de una serie de fincas de las que era titular registral, solicitando el desalojo de las mismas. Los demandados contestaron a la demanda solicitando la desestimación íntegra de la misma.

En primera instancia se desestimó la demanda, declarándose no haber lugar al desahucio de los demandados por precario.

Recurrida la sentencia en apelación por Majoro Reo II Spain S. L., la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia.

Majoro Reo II Spain S. L. interpuso recurso de casación alegando dos motivos: Infracción del art. 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en redacción dada por la ley 4/2013) en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 1571 del Código Civil e infracción del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en redacción dada por la Ley 4/2013) en relación con los artículos 155.4 y 188 de la Ley Concursal 22/2003 (actuales 211 y 518 TRLC) *en cuanto al concepto de enajenación forzosa de la adquisición producida en sede concursal en virtud de autorización judicial*.

En el desarrollo de ambos motivos se alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y la falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la equiparación de la dación en pago autorizada en sede concursal a los supuestos de venta forzosa del artículo 13 Ley de Arrendamientos Urbanos (en la redacción dada por la Ley 4/2013). Igualmente se alega que el contrato de arrendamiento existente entre los arrendatarios y el anterior propietario queda extinguido cuando este nuevo propietario desconoce la preexistencia de arrendatarios en la vivienda y por lo tanto es un tercero del artículo 34 LH.

Los antecedentes de hecho de que parte la sentencia de casación son los siguientes:

Obras y Construcciones Casas del Campo S.L.U. era propietaria de diversos pisos que arrendó entre enero de 2014 y enero de 2019.

La arrendadora fue declarada en concurso de acreedores por auto de 27 de junio de 2019. En el concurso se dictó auto aprobatorio de la liquidación concursal, *conforme a la oferta vinculante de SRODAC, resultando esta adjudicataria por dación en pago de los pisos arrendados con cancelación de todas las garantías hipotecarias que recaían sobre ellos*.

Posteriormente, el 30 de octubre de 2020, SRODAC vendió los activos adquiridos, entre ellos los pisos litigiosos, a Majoro Reo II Spain, S. L.

Majoro formuló demanda de desahucio frente a los ocupantes de los pisos por entender que carecían de justo título, dado que los contratos de arrendamiento suscritos con la primitiva arrendadora no habían sido inscritos en el Registro de la Propiedad.

En primera instancia se entendió que los contratos de arrendamiento solo quedan extinguidos si la transmisión del inmueble se hace en el ámbito de los supuestos mencionados en el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (lo que no incluye la venta efectuada en un procedimiento concursal). Por el contrario, sería de aplicación el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que permite al adquirente la posibilidad prevista en el artículo 1571 del Código Civil. Por lo que entendió que los demandados no estaban en situación de precario.

En apelación, la Audiencia Provincial consideró igualmente que no resultaba aplicable el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la consiguiente extinción de los contratos de arrendamiento, dado que pese a no estar inscritos los contratos en el Registro de la Propiedad, no hay previsión normativa para equiparar la adquisición por la sociedad apelante con una enajenación forzosa producida en un procedimiento de ejecución hipotecaria o mediante sentencia judicial, sin que quepa una interpretación analógica o extensiva a supuestos no previstos en el

precepto. Para que resultase aplicable el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y se extinguiesen estos, las fincas tendrían que haber sido ejecutadas hipotecariamente, aun en el seno del concurso, como permiten los artículos 148 y 149 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

El Tribunal Supremo considera que sobre la cuestión litigiosa no existe ningún pronunciamiento de la Sala, lo que por sí mismo justifica la existencia de interés casacional, rechazando la inadmisibilidad del recurso planteada por los recurridos.

Señala el Alto Tribunal que la cuestión litigiosa se circunscribe a decidir si la adquisición de la propiedad de las fincas por la recurrente debe considerarse un supuesto de enajenación forzosa, incluible en el artículo 13 Ley de Arrendamientos Urbanos, al ser asimilable a la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, o, por el contrario, debe considerarse un supuesto de enajenación voluntaria de la vivienda arrendada del artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no da lugar *per se* a la extinción del arriendo.

Siendo de aplicación la redacción dada por la Ley 4/2013 a los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos[2], y el artículo 155.4 Ley 22/2003 Concursal, la Sala señala que ha interpretado anteriormente el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos respecto de su literalidad referida a la ejecución forzosa en STS 577/2020, de 4 de noviembre, 109/2021, de 1 de marzo y 379/2021, de 1 de junio, en las que declaró que cuando se produce la enajenación forzosa de una finca arrendada con arrendamiento no inscrito, se daría el supuesto contemplado de la pérdida por extinción del título que legitimaba la posesión de los ocupantes que, en consecuencia, se hallarían en situación de precario.

Ahora bien, cuando el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos "utiliza el término o concepto amplio de resolución del derecho del arrendador, debemos entender por tal la desaparición del patrimonio del arrendador, por un acto o negocio jurídico no dependiente de su voluntad, del derecho que posibilitó el arrendamiento (en este caso, la propiedad de los inmuebles) y su consiguiente ingreso en el patrimonio jurídico de un tercero. Por lo que el derecho del arrendador "se resolverá" no sólo en los cuatro casos específicamente previstos en la redacción aplicable del precepto (retracto convencional, sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial y opción de compra), *sino en otros que supongan la pérdida del derecho sobre el inmueble que permitía arrendarlo, por un acto o negocio jurídico ajeno a su voluntad"*. Así pues, la enumeración del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no sería taxativa o exhaustiva sino simplemente ejemplificativa.

"En este contexto, la dación en pago a que se refería el artículo 155.4 de la Ley Concursal y se refiere actualmente el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley Concursal, *es funcionalmente similar a la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria. Y ello, porque se produce en el marco de un proceso universal en el que se da lugar a la enajenación de activos, por lo que realmente no tiene carácter voluntario* (la LC la trata como una modalidad de "realización" lo que en nuestro Derecho es sinónimo de procedimiento de apremio) y aunque se plantee como una alternativa a la ejecución forzosa, reúne los requisitos implícitos en el art. 13.1 LAU en cuanto que supone la transmisión con aprobación judicial del derecho sobre el inmueble que permitía a su titular darlo en arrendamiento".

En consecuencia la Sala estima el recurso de casación, y recupera la instancia, estimando el recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia y estimación de la demanda.

III. LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL TRAS LA LEY 16/2022. ¿CABE LA DACIÓN EN PAGO COMO FORMA DE ENAJENACIÓN DE LOS BIENES INTEGRADOS EN LA MASA ACTIVA?

1. Novedades en la liquidación concursal introducidas por la Ley 16/2022 y LO 1/2025.

Mediante la liquidación concursal se pretenden realizar los bienes y derechos incluidos en la masa activa para el pago a los acreedores con arreglo al sistema de clasificación y graduación de 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 [elaborado por el juez] 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)"[3].

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"[4], 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)[5].

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"[6].

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"[7].

"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"[8].

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 —señala BUIL ALDANA— 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"[9].

No obstante, con mejor criterio señala SHAW MORCILLO que "las reglas que se establecen en los artículos 422 y siguientes TRLC son reglas no obligatorias. Como su nombre indica, son reglas meramente supletorias y el Juez podrá no observarlas en el establecimiento de las reglas especiales de liquidación. *Pero eso no significa que no existan unas reglas legales que forzosamente deberán ser observadas, en cualquier estado del procedimiento. Lo que ocurre es que en este caso las reglas deben ser las contenidas en la Sección Segunda del Capítulo III del Título IV del Libro Primero, que se ocupa de la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, en general"*[10].

"En el ámbito de las reglas meramente supletorias… se prescinde de la regla del procedimiento de apremio y se añade una regla de la subasta, más un nuevo art. 423 bis, manteniéndose la regla del conjunto, si bien con alguna modificación"… "El nuevo art. 423 TRLC… introduce una nueva regla de la subasta. Según el anterior precepto, la realización, durante la fase de liquidación de la masa activa de cualquier bien o derecho o conjunto de bienes o derechos que, según el último inventario presentado por la Administración Concursal, tuviera un valor superior al cinco por ciento del valor total de los bienes y derechos inventariados, se realizará mediante subasta electrónica, salvo que el Juez, al establecer las reglas especiales de liquidación, hubiera decidido otra cosa.

Como se puede observar, el legislador se refiere exclusivamente a la subasta electrónica y ya no a la subasta judicial o extrajudicial (que incluía la electrónica). Este precepto ha de relacionarse con el nuevo art. 209 TRLC que, al tratar el modo de realización de los bienes afectos, también se remite a la subasta electrónica.

En efecto, tomando en consideración en conjunto los arts. 209, 215 y 423 TRLC tras la reforma, podemos deducir que la regla general pasa a ser la de la subasta electrónica, en un intento de agilizar las labores liquidatorias.

El segundo apartado del anterior precepto ordena que la subasta electrónica de los bienes y derechos se realice mediante la inclusión de esos bienes o derechos o parte de ellos, bien en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado o bien en cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos. Así, estamos ante un abanico amplio de posibilidades a la hora de configurar la subasta electrónica, dando entrada a las llamadas entidades especializadas… quienes suelen gestionar dichos portales especializados.

Las anteriores reglas relativas a las subastas se complementan con un nuevo art. 423 bis, según el cual, si en la subasta de bienes o derechos hipotecados o pignorados realizada a iniciativa de la Administración Concursal o del titular del derecho real de garantía, *no hubiera ningún postor, el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien o el derecho en los términos y dentro de los plazos establecidos por la legislación procesal civil*.

En este caso, sí que el TRLC se remite a las reglas establecidas en la legislación procesal civil (básicamente la LEC). De todas formas, se trata de una norma especial que *solo aplicará para los casos de bienes hipotecados o pignorados en supuestos de falta de postores*.

Según el nuevo apartado del anterior artículo, en el caso de que no ejercitase ese derecho, si el valor de los bienes subastados, según el inventario de la masa activa, fuera inferior a la deuda garantizada, el Juez, oídos la Administración Concursal y el titular del derecho real de garantía, los adjudicará a éste por ese valor, o a la persona natural o jurídica que el interesado hubiera señalado. Si el valor del bien o del derecho fuera superior, ordenará la celebración de nueva subasta sin postura mínima"[11].

Este artículo 423 bis TRLC resulta de difícil coordinación con el nuevo artículo 671 LEC en la versión que le da la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia[12].

En todo caso, pese a la remisión que dicho artículo 671 LEC verifica al también reformado artículo 640 LEC, hay que entender que en el ámbito concursal no procedería tal remisión, dada la existencia de unas normas imperativas sobre enajenación de los bienes integrados en la masa activa con arreglo a los artículos 204 a 225, tal y como indica el artículo 421 TRLC[13].

Es más, el propio juez del concurso al establecer reglas especiales de liquidación "no podrá obviar estas reglas legales sobre la forma o modo de realización de los bienes afectos y de unidades productivas"… "pues las mismas han de primar en todo caso por la propia singularidad de éstas y por el principio de especialidad normativa"[14].

2. Las reglas de enajenación de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (Capítulo III del Título IV del Libro Primero TRLC)

Los artículos 205 y ss. TRLC establecen una serie de normas sobre la enajenación de bienes y derechos de la masa activa con carácter previo a la adopción de

una solución al concurso, o sea, antes de que se apruebe un convenio o se abra la liquidación, si bien estas normas se aplicarán en cualquier estado del concurso, y por lo tanto, también en fase de convenio y de liquidación[15].

Así pues, en cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (art. 210)[16] y la dación en pago o para pago de los bienes afectos (art. 211 TRLC)[17], así como la enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen (art. 212 TRCL)[18], a solicitud de la administración concursal o del acreedor con garantía hipotecaria, según los casos.

Cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos, el acreedor privilegiado tendrá derecho a recibir el importe resultante de la realización del bien o derecho en cantidad que no exceda de la deuda originaria, cualquiera que fuere el valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en el TRLC, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 213 TRLC), si bien de acuerdo con el artículo 211.3 TRLC *mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial.*

3. En concreto, la dación en pago de bienes afectos a privilegio especial

En la dación en pago el bien se entrega al acreedor como subrogado del cumplimiento con una función solutoria (datio *pro soluto*). La dación en pago en el seno del concurso de acreedores solo puede realizarse a favor del acreedor que tiene un privilegio sobre dicho bien "pues si se hiciera para satisfacer otro crédito concursal se estaría beficiando a un acreedor en perjuicio de los restantes, alterándose con ello la regla de la *par conditio creditorum"*[19] y la propia preferencia de cobro sobre el bien que implica el privilegio especial.

De acuerdo con el artículo 211 del TRLC el Juez en la liquidación podrá autorizar la dación en pago de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en pago al acreedor hipotecario o a la persona que él designe. La solicitud de dación pago la debe presentar el propio acreedor hipotecario o la Administración Concursal con el consentimiento "expreso y previo de aquél". "La solicitud se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de las autorizaciones judiciales", o sea, con arreglo a lo previsto en el artículo 518 TRLC[20].

Con la dación en pago queda completamente satisfecho el crédito con privilegio especial, pasando el bien a propiedad del acreedor y "desapareciendo de la masa pasiva" la deuda. Ello con independencia del valor asignado al bien en el inventario (art. 201 TRLC) y del límite del privilegio especial (arts. 272, 273 y 275 TRLC)[21].

Teniendo presente que el juez puede establecer la dación en pago como regla especial de liquidación y que de no existir reglas especiales, el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que las establecidas en los ar-

tículos 422 a 423 bis TRLC, y en el Capítulo III, del Título IV, Libro I (arts. 204 a 2225 TRLC), si la administración concursal entendiere que conviene al interés del concurso la dación en pago de los bienes afectos a privilegio especial inmobiliario puede solicitar del juez, con el consentimiento expreso y previo del acreedor privilegiado, la autorización para verificar la dación en pago y con ello extinguir la deuda originaria.

"En lo relativo a la extensión de la deuda originaria, comprenderá tanto el capital adeudado como los intereses remuneratorios y los de demora, pero siempre hasta el límite cuantitativo que para cada uno de esos conceptos venga establecido en la inscripción registral, es decir, con la cuantía máxima que ahí se establezca a tales efectos. … Y en todo caso habrá de tenerse en cuenta que tras la declaración de concurso no se devengan intereses moratorios"[22].

Por lo tanto, la dación en pago es una operación liquidatoria más que implica un acto de ejecución colectiva del patrimonio del deudor. Desde este punto de vista, es equiparable a una realización del bien en subasta electrónica.

IV. DACIÓN EN PAGO LIQUIDATIVA Y CANCELACIÓN DE CARGAS

El artículo 225.1 del TRLC indica que "en el decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate o en el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes y derechos ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas *a favor de créditos concursales*. Los gastos de la cancelación serán a cargo del adquirente". Y el artículo 225.2 TRLC precisa que "por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá acordar la cancelación de cargas cuando la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial se hubiera realizado con subsistencia del gravamen".

El problema que se plantea en la sentencia que comentamos es si producida la transmisión del bien a un tercero, puede éste ejercitar con éxito una acción de desahucio por precario respecto de los arrendatarios que viven en los inmuebles que el arrendador (deudor concursado) ha transmitido en dación en pago al acreedor hipotecario. Dicha acción parecería proceder si considerando que la transmisión por dación en pago es un acto de ejecución colectiva, puede ser incluida en al ámbito de aplicación del artículo 13 LAU en la versión dada por la Ley 4/2013, según la cual, el arriendo que no conste inscrito en el Registro de la propiedad con anterioridad al gravamen que se ejecuta, se extingue por la ejecución al producirse la resolución del derecho del arrendador.

Esta interpretación presenta algunas dificultades. En primer término, la consideración de las causas de resolución del derecho del arrendador como *numerus clausus* y no como *numerus apertus*. No obstante, cabe entender que cualquier acto de ejecución colectiva producida en un concurso de acreedores tiene naturaleza equivalente a una ejecución singular (a efectos de este artículo 13 LAU) y por lo tanto, entraría dentro del espíritu del precepto el que diera lugar a la resolución del derecho del arrendador, y consecuentemente, del derecho del arrendatario, en los términos indicados.

A este argumento cabe objetar que el artículo 225.1 TRLC, aplicable al supuesto por razón de especialidad, habla de que la dación en pago producirá la cancelación de todas las *cargas* [parece que garantías] *anteriores a la declaración de concurso* constituidas a favor de *créditos concursales*. Sin embargo, el supuesto del contrato de arrendamiento en que el concursado es arrendador es subsumible en los artículos 156 a 159 TRLC, señalando en este sentido el artículo 157 TRLC que "en los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, *el crédito o la deuda que corresponda al concursado [obligación de tracto continuo de proporcionar el goce pacífico de la cosa arrendada] se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso"*. Indicando el artículo 158 TRLC que *"la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado"*.

Parecería entonces que el adquirente mediante la dación en pago (teniendo presente también la regla contenida en el artículo 1571 del Código Civil, según el cual "venta quita renta si lo pide el comprador"), se subrogaría en el contrato de arrendamiento existente sobre el bien, puesto que lo que se cancelan son las garantías (hipotecas, anotaciones de embargo) constituidas e inscritas antes de la declaración de concurso en favor de créditos incluidos en la masa pasiva, pero nada se indica en relación con los contratos de arrendamiento vigentes sobre inmuebles del concursado en que éste es parte arrendadora.

Si el acreedor que se convierte en propietario por la dación en pago pasa a ostentar la posición de arrendador como consecuencia de la aplicación del artículo 225.1 *a contrario sensu*, en relación con el artículo 1571 CC, no siendo tercero hipotecario de los artículos 14 LAU[23] y 34 LH, pues no ignorará la existencia de los arrendamientos al aceptar la transmisión del bien (pese a su no inscripción pues figurarán en el concurso de acreedores como deuda del concursado en el inventario de la masa pasiva), habrá que examinar la posición en que se encuentra respecto de tales arrendamientos el subadquirente posterior (quien compra al acreedor privilegiado que recibió los bienes hipotecados en dación en pago). Siéndole aplicable, no el artículo 13 LAU, sino el artículo 14 LAU (enajenación voluntaria de la vivienda arrendada) y dependiendo su posición respecto del arrendamiento de que cumpla o no con los requisitos del artículo 34 LH, incluido el desconocimiento de la existencia de los arrendamientos no inscritos en el momento de inscribir su título adquisitivo. La buena fe del comprador justificaría un desahucio por precario ya que la actuación de la fe pública registral habría privado de justo título para poseer a los arrendatarios. Por el contrario, la ausencia de cualquiera de los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, incluido el requisito de adquirir de titular registral, justificaría la subsistencia del arriendo por todo el periodo de prórroga forzosa.

Desde esta perspectiva, parece que el razonamiento de la STS 1374/2024 de 21 de octubre de 2024 no sería del todo acertado.

V. CONCLUSIONES

I. La dación en pago de bienes afectos a privilegio especial es un mecanismo más de ejecución colectiva del patrimonio del concursado realizable en el marco de la liquidación concursal.

II. Siendo esta la naturaleza de la dación en pago, el Texto Refundido de la Ley Concursal no prevé (en cuanto norma especial) la extinción (cancelación registral) del crédito que ostenta el arrendatario frente al arrendador consistente en mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, derivado del contrato de arrendamiento concertado con el deudor concursado.

III. Por este motivo y porque el acreedor privilegiado que adquiere la propiedad de las viviendas arrendadas no puede ignorar la existencia de los arriendos (que figuran como deuda en la masa pasiva del concurso, o sea, en la lista de acreedores), consideramos que no siendo tercero hipotecario, se subroga en el arrendamiento existente por ser el principio general que rige en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

IV. En cuanto al subadquirente posterior, siéndole de aplicación el artículo 14 LAU, la extinción o no de los arriendos no inscritos posteriores a la hipoteca que se realizó mediante la dación en pago, depende de su condición de tercero hipotecario con arreglo al artículo 34 LH, de forma que ostentando tal condición, el arrendatario perdería el justo título para poseer por efecto de la fe pública registral y podría ser desahuciado.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS 577/2020, de 4 de noviembre de 2020
- STS 109/2021, de 1 de marzo de 2021
- STS 379/2021, de 1 de junio de 2021
- STS 1374/2024 de 21 de octubre de 2024

VII. BIBLIOGRAFÍA

BUIL ALDANA, I. (2022). Liquidación concursal, transmisión de unidad productiva y << pre-pack >> concursal. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Manual de Derecho Concursal.* Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer-La Ley (pp. 431–457).

COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2023). Comentario al artículo 205 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Prohibición de enajenación. En: J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Tomo II, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), pp. 1102–1105.

SHAW MORCILLO, L. (2023). Capítulo 14. De la liquidación de la masa activa. En P. Prendes Carril (Dir.). *Practicum Concursal 2023.* Libro electrónico. Cizur Menor: Navarra. Aranzadi. (pp.1–31)

NOTAS

[1] 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.

[2] Artículo 13 LAU en redacción dada por Ley 4/2013, de 4 de junio. *Resolución del derecho del arrendador*. 1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento. Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9. 2. Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley. Artículo 14. *Enajenación de la vivienda arrendada*. 1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca. 2. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

[3] BUIL ALDANA, 2022, 434.

[4] BUIL ALDANA, 2022, 435.

[5] BUIL ALDANA, 2022, 435–437.

[6] BUIL ALDANA, 2022, 437–438.

[7] BUIL ALDANA, 2022, 438.

[8] BUIL ALDANA, 2022, 439.

[9] BUIL ALDANA, 2022, 439. "Antes de la reforma operada por la Ley 16/2022, el Plan de Liquidación era la norma rectora que guiaba esta fase, distinguiéndose, tanto en la LC como en el TRLC entre: Reglas generales de liquidación (antiguo artículo 415, que se venían a condensar en lo que estableciera el Plan de liquidación). Reglas especiales, para bienes o derechos sujetos a privilegio especial y venta de unidades productivas (artículos 209 y siguientes). Reglas supletorias, para aquello que el plan no preveía (artículos 421 y 422)". Con la reforma operada por Ley 16/2022, se prescinde del Plan de liquidación (elaborado por la Administración Concursal) y se "hace gravitar … la liquidación en la posibilidad de que el Juez, al acordar por Auto la apertura de la liquidación de la masa activa, o en resolución posterior, previa audiencia o informe de la Administración Concursal, que debe evacuar en el plazo máximo de diez días naturales, pueda establecer *las reglas especiales de liquidación que considere oportunas, así como bien de oficio bien a solicitud de la Administración Concursal, modificar las que hubiera establecido*. … En otro caso, serán de aplicación las reglas generales en materia de liquidación. Así, la Administración Concursal realizaría los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que las establecidas en los arts. 422 y siguientes TRLC (las propias reglas generales supletorias) y en el Capítulo III del Título IV del Libro Primero, relativo a la conservación y enajenación de la

masa activa y donde se establecen las especialidades en cuanto a la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial y de unidades productivas … (art. 422 TRLC). En definitiva, salvando las reglas especiales que puede establecer el Juez, se amplía notablemente la autonomía y la libertad de la Administración Concursal en la realización de la masa activa (SHAW MORCILLO, 2023, capítulo 14, 6).

[10] SHAW MORCILLO, 2023, capítulo 14, 7.

[11] SHAW MORCILLO, 2023, Capítulo 14, 7–8.

[12] El título II, Capítulo II, de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, reforma el artículo 671 LEC que ahora indica lo siguiente: "Si en la subasta no hubiere ningún postor, el letrado o letrada de la Administración de Justicia, a instancia del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo. No obstante, desde la finalización de la subasta desierta, el ejecutado, por sí o a propuesta del ejecutante, puede designar a una persona que esté dispuesta a adjudicarse el bien por un importe que sea igual o superior al 50 por ciento de su valor de subasta. También se podrá adjudicar por la cantidad suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, sin que pueda ser inferior al 40 por ciento del valor de subasta. En este caso, la adjudicación del bien supondrá la terminación de la ejecución por completa satisfacción del ejecutante, quedando liberados el resto bienes que pudieran garantizar el pago reclamado. Si la petición de adjudicación fuera por importe inferior, el letrado o letrada de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, la posibilidad de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación o no aprobación del remate suponga para el deudor, para el propio ejecutante o para terceros acreedores con sus derechos inscritos, y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Contra el decreto que apruebe o deniegue el remate cabe recurso directo de revisión ante el tribunal que dictó la orden general de ejecución. *En todo caso, las partes de la ejecución puede solicitar, de común acuerdo, la celebración de nueva subasta, o proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante, conforme a lo previsto en el artículo 640".*

[13] Artículo 640 TRLC en redacción dada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. *Convenio de realización aprobado por el letrado o letrada de la Administración de Justicia.* 1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución, *incluida la realización por persona o entidad especializada.* 2. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta ley, lo aprobará el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo si incluyere la conformidad expresa de los sujetos, distintos de ejecutante y ejecutado, a quienes afectare. En el supuesto de que la realización sea mediante subasta extrajudicial, por persona o entidad especializada, el letrado o letrada de la Administración de Justicia aprobará la transmisión tras verificar el cumplimiento de la normativa de ordenación del comercio minorista, reguladora de la venta en pública subasta. *Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad expresa de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.* 3. Cuando se acredite el cumplimiento del acuerdo, el letrado de la Administración de Justicia sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese. Si el acuerdo no se cumpliere dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograse la satisfacción del ejecutante en los términos convenios, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se procederá a la subasta, en la forma prevista en esta ley. 4. *Las disposiciones de esta ley sobre subsistencia y cancelación de cargas serán aplicables también cuando se transmita la titularidad de inmuebles hipotecados o embargados.* Las enajenaciones que se produzcan

deberán ser aprobadas por el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, mediante decreto, previa comprobación de que la transmisión del bien *se produjo con conocimiento, por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas, y con el consentimiento expreso de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta*. Aprobada la transmisión, se estará a lo dispuesto para la subasta de inmuebles en lo que se refiere a la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas. Será mandamiento bastante para el Registro de la Propiedad el testimonio del decreto por el que se apruebe la transmisión del bien". Tanto la redacción de este precepto como la del artículo 671 LEC (modificadas ambas por el artículo 22 de la LO 1/2025, ubicado en el Capítulo II, Título II de la Ley), entraron en vigor el día 3 de abril de 2025, por lo que serán aplicables a los procedimientos que se inicien a partir de dicho día 3 (incluido) según se desprende de la Disposición Final trigésimo octava.1 y 2, en relación con la disposición transitoria novena. Disposición transitoria novena. *Régimen transitorio aplicable a los procedimientos judiciales*. "1. *Las previsiones recogidas por la presente ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor*. 2. En los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor de esta ley, las partes de común acuerdo se podrán someter a cualquier medio adecuado de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil" (Pero *vid.*, artículo 19 LEC en su nueva redacción dada por la LO 1/2025 en relación con el art. 3.2 LO 1/2025 que excluye del ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias la materia concursal).

[14] SHAW MORCILLO, 2023, Capítulo 14, 10.

[15] COLINO MEDIAVILLA, 2023, 1104.

[16] Artículo 210 TRLC. *Realización directa de los bienes afectos*. "1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. 2. La solicitud de realización directa deberá ser presentada al juez por la administración concursal o por el acreedor con privilegio especial y se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales. 3. El juez concederá la autorización solicitada si la oferta lo fuera por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía, con pago al contado. El juez podrá autorizar excepcionalmente la realización directa por un precio inferior si el concursado y el acreedor o los acreedores con privilegio especial lo aceptasen de forma expresa, siempre y cuando se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. 4. Concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella".

[17] Artículo 211 TRLC. *Dación en pago o para pago de los bienes afectos*. "1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la dación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe. 2. La solicitud de dación en pago o para pago deberá ser presentada por el acreedor con privilegio especial o por la administración concursal con el consentimiento expreso y previo de aquél. La solicitud se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales. Cualquier interesado podrá efectuar alegaciones sobre la pertinencia de la dación o sobre las condiciones en las que se haya propuesto su realización. 3. Mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial. 4. La autorización de la dación para pago deberá exigir que la posterior realización del bien o derecho afecto al crédito con privilegio especial se efectúe por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. Si

hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda".

[18] Artículo 212 TRLC. *Enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen*. A solicitud de la administración concursal, el juez, previa audiencia de los interesados, podrá autorizar la enajenación de bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Subrogado el adquirente, el crédito quedará excluido de la masa pasiva. 2. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente, a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social.

[19] SHAW MORCILLO, 2023, Capítulo 14, 14.

[20] Artículo 518 TRLC. *Autorizaciones judiciales*. "1. En los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales la consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito. 2. De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. 3. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento. 4. Contra el auto que conceda o deniegue la autorización no cabrá más recurso que el de reposición".

[21] SHAW MORCILLO, 2023, Capítulo 14, 14.

[22] SHAW MORCILLO, 2023, Capítulo 14, 14. Artículo 152 TRLC. *Suspensión del devengo de intereses*. "1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales. 2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior los créditos salariales, que devengarán intereses conforme al interés legal del dinero y los créditos con garantía real, que devengarán los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía".

[23] Artículo 14 LAU: "El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador *si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca"*.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

Comunidades de bienes, sociedades y concurso de acreedores

Co-ownership, corporates and bankruptcy proceedings

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: El reciente Auto de 3 de diciembre de 2024 de la Audiencia Provincial de Huesca nos ofrece la oportunidad de volver, en su justa medida, sobre la tan debatida cuestión concerniente a la posibilidad de desarrollo de actividades empresariales por parte de comunidades de bienes, así como la incidencia que dicha cuestión tiene en la solicitud del concurso de acreedores por estas entidades.

ABSTRACT: The recent Ruling of December 3, 2024 of the Provincial Court of Huesca offers us the opportunity to return, in its proper measure, to the much-debated issue concerning the possibility of development of business activities by co-ownership, as well as the impact that this issue has on the request for bankruptcy by these entities.

PALABRAS CLAVE: Comunidades de bienes, sociedades civiles, sociedades irregulares, concurso de acreedores.

KEYWORDS: Co-ownership, partnerships, irregular corporates, bankruptcy proceedings.

SUMARIO: I. UN BREVE EXCURSO SOBRE EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA.—II. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS SUSCITADAS POR EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.810.13

I. UN BREVE EXCURSO SOBRE EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA Y EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024

Bastantes han sido los intentos de dotación de fuerza vinculante a la Jurisprudencia en los últimos tiempos (ej. artículo 32 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Consejo de Ministros de 4 de abril de 2014)[1], aunque no es menos cierto que los intentos venían de atrás.

De hecho, recordamos las palabras del Profesor Díez-Picazo [2] sobre un previo Anteproyecto en el mismo sentido, cuando nos advertía de lo siguiente: <Lo primero que hay que decir es que la pretendida (o supuesta) reforma es un ataque despiadado a la independencia de los jueces y tribunales (tal como ésta se encuentra reconocida en la Constitución), lo que, dicho sea de paso, haría la reforma inconstitucional. Se sustituye la susodicha independencia, que no es otra cosa que una directa vinculación de cada juez con el ordenamiento jurídico, por una férrea dictadura jerárquica, lo que sólo se comprende por el gusto por la simetría o por el monolitismo, olvidando un sistema que es policéntrico…Nadie había dudado nunca del valor que puede tener la jurisprudencia, ni de su eficacia, como recuerda el anteriormente mencionado precepto del Código Civil [art.1.6 CC], para integrar el ordenamiento jurídico. Todos los abogados hemos estado siempre dispuestos a sacrificar lo que consideramos brillantes construcciones a la simple cita de una buena sentencia que nos viniera al pelo y todos los jueces han estado siempre dispuestos a resolver sus asuntos con una sentencia que les viniera como anillo al dedo. Pero una cosa es el valor de la integración que la jurisprudencia puede tener, y otra cosa muy distinta es su eficacia coactiva, pues, como también dijo Costa en la misma señalada ocasión, la jurisprudencia no es una decisión de un tribunal, sino una obra colectiva de toda la comunidad jurídica en la que todos los juristas estamos embarcados, porque es una obra racional y, en cuanto tal, con el valor de la autoridad que le da la convicción y la persuasión. Otra cosa, por supuesto, es una eficacia coactiva que puede, a su vez, producir efectos perversos o efectos que conduzcan las cosas hacia prácticas desviadas>.

Estas palabras y múltiples pareceres análogos a buen seguro se han venido teniendo en cuenta por Jueces y Tribunales. Así recordamos, que en la Sentencia de Pleno de nuestro Tribunal Constitucional núm. 37/2012, de 19 de marzo de 2012 (Cuestión de inconstitucionalidad 9689-2009) al pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el derogado art. 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa [3], acertadamente nos razonó que la Jurisprudencia no es vinculante ni es Fuente del Derecho, al decirnos expresamente: *"Conforme a lo expuesto, la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver*

el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la «doctrina legal correctora» que fije el Tribunal Supremo (STC 111/1992, FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA (SSTC 308/2006, FJ 7, y 82/2009, FJ 8)."

Pese a dicho razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional, observamos que la postura de nuestro legislador es reincidente sobre la cuestión. Una vuelta sobre el carácter vinculante de la Jurisprudencia, lo tenemos sin duda en el nuevo artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reformado por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio), que establece la devolución de la causa a la instancia por parte del Tribunal Supremo para que ésta falle de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, cuando prescribe que:

Artículo 487. Sentencia. Efectos.

1. El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

Se ha dicho por algunas voces que la intención del legislador no ha sido la creación de la Jurisprudencia vinculante, pero la luz del precepto deja pocas dudas sobre la posible inconstitucionalidad del mismo, por vulneración del artículo 117 de la Constitución española.

Pues bien, ¿por qué comenzamos estas líneas recordando el verdadero valor y sentido de la Jurisprudencia? Lo hacemos en cuanto a uno de los temas que nos ha suscitado la lectura del Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 3 de diciembre de 2024, (Roj: AAP HU 487/2024 – ECLI:ES: APHU:2024:487A), a saber, la realización de actividades que podríamos denominar empresariales, por parte de las comunidades de bienes.

Así, el referido Auto de la Audiencia Provincial de Huesca, desestima el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Huesca, que rechazó la solicitud de concurso de acreedores de una comunidad de bienes (dedicada al comercio al por menor de pan, pastelería, confitería y similares y de leche y productos lácteos), por no tener personalidad jurídica ex. 1.1 TRLC (La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica), encontrándonos con pasajes como el siguiente:

"*Por tanto no cabe confundir ni equiparar sin más comunidad de bienes y sociedad, pudiendo coexistir en el tráfico una y otra modalidad, y sin perjuicio de que puede darse también supuestos patológicos de sociedades irregulares sobre la base de simples comunidades de bienes, que pretendieren operar sustrayéndose a la normativa imperativa societaria que le sea propia y con fines ilícitos o ilegales de defraudación publica o de terceros acreedores, lo que ha de ser objeto de acreditación en cada caso y sobre la base, en todo momento, de una voluntad societaria igualmente inequívoca y acreditada, reacia a su formalización legal debida (que en ello mas sencillamente consiste la irregularidad), pues no con otra finalidad distinta cabria considerar cabalmente tales supuestos.*

La ley no obliga a que toda actividad económica lucrativa haya de adoptar ineludiblemente la forma de sociedad y además mercantil, sino que permite una variedad de formas jurídicas de actuación plural en el tráfico y con distinto alcance como hemos visto. Puede haber y hay empresarios agrupados no societarios, como individuales tampoco societarios, sin ser por ello sociedades irregulares ni colectivas o ni unipersonales.

De modo que reputando consagrada tal posibilidad legal, de actuación en el tráfico mercantil de diversos operadores y regímenes de actuación y entre ellos la de la comunidad de bienes, no cabe hacerla objeto de reprobación alguna sin más."

Razonamientos como el anterior, suponen al menos, una práctica contraria al dictado de la Sentencia de Pleno núm. 469 de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020 (RJ/2020/3294), que vino a establecer como doctrina jurisprudencial que la llamada comunidad funcional (comunidad de usuarios constituida para la explotación de un negocio de generación de energía solar, huertas solares), no constituida como comunidad estática para la mera administración de unos bienes, trasciende de la mera copropiedad y merece la consideración de sociedad mercantil colectiva, mediante el siguiente razonamiento (FJ Quinto):

"Una entidad de estas características, aunque revista la forma de comunidad de bienes, por haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil, la explotación en común de unos huertos solares, y actuar en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva. Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho. De tal forma que la entidad demandante, aunque no cumpla las exigencias legales para su inscripción en el Registro Mercantil, goza de cierto grado de personalidad jurídica para que se le pueda reconocer capacidad para ser parte activa, de acuerdo con el art. 6 LEC."

Como podemos observar, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca al que atendemos en este trabajo, se aparta de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo antes citada y pronunciamientos como éste, a buen seguro, no le auguramos un futuro prometedor y con éxito (con el texto del citado artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero no dejan de ser convincentes en algunos extremos a la par que conformes con el principio de independencia judicial. Otra cuestión, será el devenir de estas resoluciones jurisprudenciales independientes y sometidas *"…únicamente al imperio de la ley"*, ex. art. 117 de la Constitución española con la aplicación del referido artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS SUSCITADAS POR EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024

La discusión acerca de la distinción entre comunidad y sociedad, viene de lejos en nuestra Jurisprudencia y parece haber sido el ánimo del Tribunal Supremo terminar con la misma, tras la referida sentencia plenaria de 16 de septiembre de 2020.

De hecho, se nos viene a la memoria la conocidísima sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940 —donde en realidad no se rechaza que la

comunidad de bienes pueda tener un ánimo de lucro— que tanta atención ha merecido en nuestra doctrina, destacando sobremanera el comentario a la misma de Díez-Picazo.[4]

En este caso el demandado había adquirido un café-bar y el demandante le hizo un préstamo y más tarde, cancelado dicho préstamo, decidió destinar la cantidad del mismo en el negocio del bar para participar en él, por lo que la actora requirió al demandado para que otorgara una escritura pública de sociedad civil, a lo que se negó la parte demandada. La actora interpuso demanda solicitando la declaración de existencia de sociedad civil en la que ambas partes participaban al cincuenta por ciento. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia, revocó la sentencia de primera instancia y declaró que existía una comunidad de bienes sobre el negocio en la que participaban por mitad las partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Díez Picazo opina sobre esta sentencia y el particular debatido lo siguiente: <El tema de la distinción entre la comunidad de bienes y contrato de sociedad es uno de los temas clásicos del Derecho civil. Prescindiendo de exponer aquí los diversos criterios para establecer tal distinción ha seguido la doctrina, nos limitaremos a señalar que esta sentencia coloca la línea divisoria en la "finalidad perseguida por los interesados", de tal manera que en la sociedad existe el propósito de obtener un lucro común, mientras que en la comunidad se trata de llevar a cabo la mera conservación y aprovechamiento de un bien.

Con otras palabras, la misma idea se ha expresado diciendo que la comunidad es una situación estática, mientras que la sociedad es una situación dinámica dirigida a la realización o acometimiento de una empresa. En rigor, se piensa que en la comunidad hay simplemente la puesta en común de unos bienes, mientras que en la sociedad hay una empresa en común. No es éste el momento de discutir el acierto de este criterio. Aunque lo he acogido y aceptado en otro lugar, no deja de suscitar abundantes dudas, la experiencia cotidiana nos demuestra que la comunidad de bienes puede ser también un cauce para llevar a cabo la realización de una empresa (verbigracia, entre los coherederos de un empresario fallecido o entre los que adquieren en común los bienes constitutivos de un negocio mercantil o industrial). Por esta razón quizá sea preferible la idea de Heck, según sociedad y comunidad son simplemente dos regímenes jurídicos diferentes o dos diversas disciplinas normativas.

El problema es entonces, como en el caso de la sentencia, más que nada un problema de interpretación: decidir en presencia de una determinada situación no definida por las partes, si ésta constituye sociedad o constituye comunidad. Creo que éste es un problema que debe resolverse aplicando las reglas generales de la interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1.281 y siguientes.

Habría que indagar, en primer lugar, la voluntad real de los contratantes, a través de las palabras y a través de los actos coetáneos y posteriores al contrato. Pero la interpretación podrá ser también una interpretación objetiva atendiendo al criterio del artículo 1.284 —variante más adecuada para que el negocio produzca los efectos pretendidos— y al artículo 1.287, con su criterio del uso de los negocios. En particular, este último criterio de interpretación objetiva puede llevarnos a pensar que, efectivamente, en todos aquellos casos en que se trata de

llevar a cabo en común la explotación de un negocio mercantil o industrial, lo más adecuado y lo usual es que exista un contrato de sociedad.>

Girón Tena [5]al abordar el tema de la "comunidad societaria" se decanta como hace la sentencia plenaria del Tribunal Supremo por el criterio estático de la comunidad y el dinámico de la sociedad, con especial incidencia en la normativa imperativa societaria mercantil, cuando opina que: <Cuando se habla de Comunidad para la explotación de una industria mercantil se dice algo que, en realidad, tiene un contenido contradictorio. El sentido dinámico de la explotación comercial no es casable con el concepto de Copropiedad romana de nuestro Código Civil, que está pensado para una simple actividad conservativa y no para una explotación esencialmente dinámica. Estas ideas no están ligadas al origen de la Comunidad. Ciertamente que el carácter de incidental es lo que suele coincidir con la finalidad de uso de las cosas, bienes o derechos respecto de los cuales se da la cotitularidad. Pero el que la Comunidad surja por convenio no quiere decir que su fin haya de ser dinámico. Mas, al admitirse tal origen, se acepta la Comunidad como organización de una actividad común. Ese origen convencional suele disimular una aplicación deforme de la figura y un error técnico: dejar la naturaleza de la figura a la calificación que le hayan dado las partes. Pero no hay sólo una desviación respecto de los conceptos de Derecho Civil. Sucede que, antes de entrar en juego los conceptos de Derecho Civil, opera la subsunción bajo un concepto de Derecho Mercantil, que es el de la sociedad colectiva. En efecto, si la actividad económica de la Comunidad, por principio —es decir, por los términos de planteamiento del problema—, es una industria o empresa mercantil, éste es el objeto propio de las figuras de Sociedad Colectiva. Cuando se trata de conservar la aplicación del concepto de Comunidad, lo que hay realmente es la permisión de la voluntad negocial contra los preceptos de ius cogens implícitos en la aplicación general al tráfico mercantil de la Sociedad colectiva. Esas normas de derecho necesario son las referentes a la responsabilidad y al rigor en materia de representación. No puede admitirse, pues, tanto por razones conceptuales como de política jurídica, que las formas de Comunidad actúen en el tráfico mercantil.>.

No pretendemos avivar la discusión, máxime con el dictado jurisprudencial plenario al que hemos hecho referencia, pero ya nos pronunciamos en su momento (sin que los razonamientos de la sentencia plenaria nos hayan hecho cambiar de parecer) que en nuestra opinión, sí consideramos que puede admitirse que la comunidad y la sociedad son dos fenómenos en los que puede atisbarse una diferencia inicial, como es la naturaleza contractual de la sociedad frente a la situación jurídico-real propia de la comunidad de bienes. No obstante, dicha diferencia tampoco nos ayuda a esclarecer definitivamente ante cuál de las dos instituciones nos encontramos en el caso que nos ocupe, puesto que es cierto que en determinadas situaciones la comunidad de bienes también puede tener su regulación mediante un determinado contrato entre los comuneros, pactos entre los mismos que pueden ser de muy diversa índole, como por ejemplo, los relativos al uso sobre el objeto en condominio.

La personificación de la figura mediante el recurso a las categorías de sociedad interna o sociedad externa impide el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la misma que debe ser realizado *a priori* y no como resultado de dicha personificación. Igualmente, consideramos que no puede predicarse una *vis atractiva*

de carácter imperativo de la normativa mercantil societaria para aquellas comunidades que se encuentren en explotación de actividades comerciales, ya que no estamos contraponiendo la existencia de una sociedad civil frente a una sociedad mercantil, donde sí tendría sentido dicha dicotomía de tipos sociales en función del objeto de las actividades a las que se dedica el ente social; admitiéndose en este caso hipotético caso que si dichas actividades tienen carácter mercantil estaríamos ante una sociedad mercantil (colectiva e irregular). [6]

Si embargo, existen dos cuestiones sobre lo que sí cabe reparar y que nos suscitan claros interrogantes a la luz del Auto de la Audiencia Provincial de Huesca que nos ocupa, al igual que al hilo del dictado plenario jurisprudencial citado.

Si encontrándonos ante una comunidad de bienes, como parece ser y sin entrar en un análisis más pormenorizado sobre las notas distintivas entre comunidad y sociedad en el caso concreto al no contar obviamente con los datos suficientes, ¿qué hubiera ocurrido u ocurrirá si efectivamente el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca hubiera seguido el criterio de la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo y hubiera "reconducido" la comunidad denominada "funcional" a la irregularidad societaria con aplicación del tipo general de la sociedad colectiva?.

En este caso, contamos con precedentes jurisprudenciales también al respecto bien considerando que el expediente de suspensión de pagos había de referirse a los socios integrantes de la comunidad de bienes por ausencia de personalidad jurídica de la mima, o bien, directamente afrontando la cuestión desde la propia existencia de una comunidad de bienes en ejercicio de actividades económicas, destacamos los siguientes:

(i) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 19 noviembre de 1982 (RJ\1982\6549)

En un caso en que a pesar de girar bajo la fórmula de sociedad irregular, se estima la solicitud de suspensión de pagos de los tres integrantes de la misma, al considerar que no existía personalidad jurídica propia, entendiéndose por tanto que la actividad empresarial era llevado a cabo a través de la fórmula comunitaria, razonó lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Que el origen de las actuaciones de las que trae causa el presente recurso es la demanda interpuesta por la entidad que ahora figura como recurrente, pidiendo la nulidad de lo actuado en el expediente de una suspensión de pagos tramitada en el Juzgado de 1.ª Instancia de Tolosa (núm. 58 de 1977) que fue solicitada y admitida, por los tres comerciantes individuales que aparecen como recurridos en este trámite, apoyando la petición de nulidad en que la solicitud de suspensión se había hecho a nombre de «una sociedad irregular llamada Carpintería Amondaráin» que era la denominación con la que mercantilmente giraban los referidos comerciantes, sociedad, que, por carecer de personalidad jurídica independiente al ser secretos sus pactos, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 119 y 120 del C. Com., en relación con el 1669 del C. Civ., no estaba en condiciones de ser declarada suspensa, debiendo ser separada e individual la responsabilidad de cada uno de sus componentes, que es el argumento que repite el recurso en sus dos primeros motivos donde por el cauce del núm. 1 del art. 1692 de la L. E. Civ. se denuncia respectivamente violación del 1669 de nuestro primer Código sustantivo y aplicación indebida de los citados preceptos del de comercio; motivos ambos, que deben ser desestimados porque insisten en el

defecto que ya señaló la sentencia recurrida, siendo válido lo que ésta dijo de que se parte de un supuesto fáctico que no se corresponde con la realidad, puesto que la solicitud de suspensión se hizo «en nombre y representación de los comerciantes individuales» que giran bajo aquella denominación, provistos de las correspondientes licencias fiscales, que realizaban actos de comercio con habitualidad y en nombre propio, aunque a veces actuaban como apoderados unos de los otros, habida cuenta su vinculación societaria, carente ciertamente de repercusión frente a terceros al no tener personalidad jurídica, pero eficaz internamente, de acuerdo con lo establecido en el C. Civ. al que es preciso acudir en virtud de las normas de remisión de los arts. 2 ***y*** *50 del C. Com., ante la falta de una normativa específica en éste, según reiteró la doctrina jurisprudencial de este T. S., especialmente recogida en las SS. 5 julio 1940 (RJ 1940\684), 3 mayo 1960 (RJ 1960\1711), 29 septiembre 1961 (RJ 1961\3585), 26 enero 1967 (RJ 1967\250) y 30 junio 1972 (RJ 1972\2865), entre otras; y el artículo 1669 del Código Civil, en su párrafo 2.º se remite, a su vez, a las normas de la comunidad de bienes, contenidas a partir del artículo 392, en cuyo también párr. 2.º se permite el establecimiento por los interesados de los pactos por los que la comunidad podrá regirse, siempre con la posibilidad de aquellos apoderamientos que el recurso discute, para la administración (art. 398), para la disposición de la parte individual (art. 399) e incluso para la alteración del objeto común (art. 397), sin que por supuesto se produzca la insensibilidad recíproca de los patrimonios, típica de las sociedades con personalidad propia, justo por lo cual fueron los tres socios quienes solicitaron conjuntamente la suspensión, aportando a la masa del activo la totalidad de sus respectivos patrimonios, lo que justifica la tramitación en un expediente conjunto afectante a todos los que estaban y actuaban en un negocio común, con independencia de la indudable razón de economía procesal a que se refiere la Sentencia recurrida.*

(ii) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9741), que enjuició una demanda por una comunidad de bienes en ejercicio de daños y perjuicios contra un Banco, previa demanda de éste que había motivado la solicitud de suspensión de pagos de la referida comunidad de bienes.

(iii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de marzo de 1996 (AC/1996/2473), que razonó en el sentido expuesto del siguiente tenor:

TERCERO.— No otra puede ser la solución que se dé al presente juicio, desde el momento que las Comunidades de Bienes, si bien tienen reconocida personalidad fiscal o tributaria, e incluso laboral, como empleadores, sin embargo, a los meros efectos civiles, cabría considerarlas como sociedades civiles o mercantiles irregulares, por lo que la capacidad procesal la ostentarían, no la sociedad en cuanto tal, como persona jurídica, sino todos los socios integrantes de ella, pues son éstos en quienes recae la condición de comerciante y, por tanto, quienes, en el supuesto concreto que nos ocupa, incurren o no en la situación de suspensión de pagos y, en su caso, de quiebra de modo y manera que puede decirse que la suspensión de pagos o la quiebra de una Comunidad de Bienes o de una Sociedad mercantil irregular lo es también de todos sus socios; consiguientemente, son éstos los declarados en esas situaciones, con sus consiguientes efectos de no poder iniciarse procedimientos ejecutivos contra ellos una vez que hubiesen sido admitidas, por providencia, sus declaraciones de suspensión de pagos.

En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal ("TRLC"), no encontramos una referencia explícita al problema del concurso de acreedores de la sociedad irregular.

Para un primer acercamiento a la línea de actuación, hemos de estar al artículo 36.2 TRLC, que prevé lo siguiente:

2. Si el concursado, persona natural o jurídica, fuera sujeto inscribible en el Registro mercantil, se anotarán y, una vez el auto devenga firme, se inscribirán en la hoja que esa persona tuviera abierta la declaración de concurso, con indicación del órgano judicial que la hubiera dictado, del carácter de la resolución y de la fecha en que se hubiera producido; la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integren la masa activa, así como la identidad del administrador o de los administradores concursales. Cuando no constase hoja abierta al concursado, se practicará previamente la inscripción de este en el Registro mercantil.

En consonancia con lo anterior, contamos con que el artículo 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil, establece el mecanismo registral de la situación de la siguiente forma:

3. Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia.

Con respecto a esta inscripción se ha comentado con acierto que no es la inscripción a la que obedece la propia de una sociedad, sino que es la relativa a un trámite concursal registral y que no implica por tanto que la sociedad colectiva irregular mute en regular con causa en la misma. [7]

Por lo tanto, tenemos respuesta a la primera cuestión que nos proponíamos, a saber, si se hubiera estimado por tanto que la comunidad de bienes que solicitó el concurso en este caso propuesto era en realidad una sociedad colectiva irregular tal y como propone el Pleno del Tribunal Supremo, sí se podría haber admitido el concurso de acreedores de la misma tramitado como sociedad colectiva irregular.

Y el segundo problema que queremos apuntar es el siguiente: ¿ineludiblemente la "reconducción" de la comunidad de bienes que desarrolla una actividad empresarial nos ha de llevar necesariamente como sociedad irregular a la sociedad colectiva tal y como afirma el Tribunal Supremo? ¿Por qué no a la sociedad civil?

Con referencia a la legislación histórica aplicable, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012/5268), resolvió con acierto la personalidad jurídica de las sociedades civiles realizando el siguiente análisis histórico, afirmando rotundamente la inexistencia de ningún requisito de publicidad registral para el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil en función de lo dispuesto en el artículo 1669 del Código Civil y sobre la base de la no incorporación de lo dispuesto en el artículo 5 del Anteproyecto de 1882-1888 en el texto definitivo del Código Civil, cuando razona lo siguiente:

"6. La personalidad y regularidad de la sociedad civil no inscrita.

38. A diferencia de las sociedades mercantiles, cuya actividad exigía algún tipo de publicidad por razones de seguridad del tráfico económico, las sociedades civiles

no requerían su inscripción en registro alguno ni siquiera cuando adoptaban "formas mercantiles" —de ahí que no existiese obstáculo a la inscripción del inmueble a nombre de SOCIEDAD DE AMIGOS en el Registro de la Propiedad—.

39. El texto definitivo del Código Civil no incorporó el art. 5 del primero de los títulos dedicados a la sociedad en el Anteproyecto de 1885-1888 a cuyo tenor "[l]a sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados", de tal forma que de conformidad con lo previsto en el art. 1669 CC *"[n]o tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros", cabe concluir a contrario sensu con el reconocimiento de la personalidad de las sociedades civiles como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico, aunque no se haya inscrito, salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior y su existencia se mantenga secreta (en este sentido la sentencia 778/2006, de 14 de julio (RJ 2006, 4716)*, afirma que la sociedad *"ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art. 1669) caso de la que no trasciende a terceros"), sin necesidad de inscripción.*

40. A tal conclusión no se opone que el art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 admitiese su inscripción, al disponer que "[e]n el libro de sociedades se inscribirán: (...) 2º Las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1670 del CC «, lo que también admitía el 84.1º del de 14 de diciembre de 1956, al permitir la de las sociedades que se constituyan *"con arreglo a las disposiciones o formas del CCom". —en dicha fecha el art. 16 del CCom se refería a la inscripción de "las sociedades" sin otras precisiones—.*

41. Tampoco se contenía referencia alguna a la inscripción de sociedades civiles con forma mercantil en el art. 81 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (RCL 1989, 2762 y RCL 1990, 29), que, al identificar los sujetos y actos de inscripción obligatoria, en el art. 81 dispone que *"[s]erá obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: (...) b) Las sociedades mercantiles",*

42. Finalmente, el Reglamente aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (RCL 1996, 2112), tampoco se refería a las sociedades civiles, lo que fue determinante de que la *disposición adicional Única* del *Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2381 y RCL 1999, 431),* añadiese un apartado 3 al art. 81, con el siguiente tenor *"[p]odrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil", y el art. 269 bis cuyo apartado 1 disponía que "[l]as sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubiera adoptado", no obstante lo cual, habida cuenta de que el art. 16.1 CCom, en la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio (RCL 1989, 1660),* dispone que *"[e]l Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: (...) 2º) Las sociedades mercantiles (...) 5º) Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley", por elementales razones de jerarquía normativa y reserva de Ley fueron anulados por la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2888)* (Recurso contencioso-administrativo 526/1998).

43. En definitiva, a diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles aparece

vinculado a la inscripción de la sociedad y hasta que esta se produce rige la regla "il n'y a que des associés point de société" (tan solo existen asociados, no sociedad), al disponer el art. 1842 del Código de Napoleón que "Les sociétés (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation..." (Las sociedades (...) gozan de la personalidad moral a partir de su inscripción)—, al margen de su conveniencia o no, nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el art. 1669 del CC ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados." [8]

Entendemos con Paz-Ares, [9] que la dotación de la personalidad jurídica a la sociedad civil en interpretación del artículo 1669 del Código Civil, requiere la inexistencia de las denominadas "cláusulas de ocultación" así como de cláusulas que no permitan la utilización de la denominación en el tráfico.

Tras muchos avatares, la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, previó la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, del siguiente modo:

Disposición adicional octava. Sociedades civiles.

1. Las sociedades civiles por su objeto que no tengan forma mercantil constituidas conforme al derecho común, foral o especial que les sea aplicable podrán inscribirse en el Registro Mercantil con arreglo a las normas generales de su Reglamento en cuanto le sean aplicables.

Obviamente se trata de una inscripción potestativa para sociedades civiles con objeto civil y la inscripción no supone requisito constitutivo para la adquisición de su personalidad jurídica, por lo que no puede predicarse el concepto de irregularidad societaria a estas sociedades civiles susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, tal y como lo conocemos en el ámbito mercantil. [10]

Realmente, existen bastantes ocasiones en la práctica donde la delimitación de la mercantilidad de la sociedad en cuestión no resulta una labor sencilla. Así, Paz-Ares, [11] colaciona, entre otros casos, unos que se dan con bastante frecuencia en el tráfico y por eso nos referimos a ellos concretamente, como son el de los *pequeños negocios*, cuando dice lo siguiente: <e) La jurisprudencia acostumbra también a considerar sociedades civiles aquellas que tienen por objeto la explotación de *pequeños negocios* (bares, cafeterías, etc.) (v., entre otras, STS 5-II-71, 24-V-72, 15-V-73, 30-III-74, 7-X-76, 2-VI-81, etc.). Las razones de la calificación no son siempre fáciles de escrutar (v., para una explicación parcial, supra com. art. 1670 I, I). A nuestro juicio, esta orientación debe descartarse de *lege data*, pues tratándose de actividades genuinamente mercantiles no pueden encajarse en el ámbito de la sociedad civil (v. Capilla, Com. Edersa, XXI-1, p. 147; Garcia Mas, RCDI, 1990, p. 160, etc). Se trata, sin embargo, de una orientación que ha de auspiciarse *de iure condendo*, puesto que tiene poco sentido someter al rigor mercantil a la pequeña empresa, escasamente organizada, en la que prevalece la idea del lucro profesional sobre el cálculo del capital. De hecho, la valoración que se hace en relación con el artesano el pequeño agricultor, debe extenderse a otros ámbitos en los que prima el factor trabajo sobre el factor capital (v. Broseta, Manual, pp. 75-76)> [12]

¿Qué ocurriría en supuestos discutidos sobre la mercantilidad o no de la sociedad (ej. pequeños negocios) u otros como los relativos al sector artesanal de los que se predica la no mercantilidad de los mismos? ¿Debería en este caso, también reconducirse la solicitud del concurso de acreedores de la comunidad de bienes instante al supuesto de la irregularidad societaria propia de la sociedad colectiva mercantil? A nuestro juicio, no debería ser así, sino que dicha reconducción nos debería llevar ineludiblemente a la aplicación del contrato de sociedad civil, si la misma estuviera dotada de personalidad jurídica ex. artículo 1669 del Código Civil y conforme al artículo 1 TRLC, [13] lo cual resulta de suma importancia en cuanto al distinto régimen de responsabilidad personal de los socios en la sociedad colectiva (solidaridad, ex. art. 127 del Código de Comercio) [14] y en la sociedad civil (mancomunidad, ex. art. 1698 del Código Civil), ejercitable tras la declaración de concurso de acreedores en los términos del artículo 131 TRLC.

En cuanto a la cuestión registral, entendemos igualmente aplicable el artículo 36.2 TRLC dada la susceptible inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, pese a que la inscripción de la sociedad civil sea potestativa, ya que el artículo 36.2 TRLC hace referencia al carácter *"inscribible"*, sin distinguir entre obligatoriedad o potestatividad de la inscripción.

Todo lo anterior, dicho sea de paso si hubiera que efectuar la reconducción de comunidad a sociedad que ordena el Tribunal Supremo, ya que en el ámbito de la independencia judicial, entendemos respetable *a priori* la postura del Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 3 de diciembre de 2024 que manteniendo en este caso (conforme a los elementos de juicio que se le hayan sometido a la Audiencia Provincial, si efectivamente de una comunidad de bienes tratáramos y no de un contrato de sociedad, en función de lo convenido por los interesados y resto de circunstancias aplicables al caso reveladoras de su voluntad, y sin dejar de reconocer por nuestra parte que lo más apropiado probablemente hubiera sido la determinación de la existencia de una sociedad y no de una comunidad) la individualización de la comunidad de bienes que ejercita la actividades de comercio al por menor de pan, pastelería, confitería y similares y de leche y productos lácteos no acepta la solicitud del concurso de acreedores de dicha comunidad de bienes, por ausencia de personalidad jurídica de la misma, sin dejar de reconocer que esta opinión supone ir a contracorriente de otras muchas que celebraron la imposible coexistencia de las denominadas comunidades de bienes con las sociedades, así como de la doctrina de la meritada sentencia plenaria del Tribunal Supremo.

III. BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO. Estudios sobre la Jurisprudencia civil. Tecnos, 3ª edición, Vol. II, 1981

DÍEZ-PICAZO. Jurisprudencia y Seguridad Jurídica. *Diario ABC* de 31 de julio de 2002

ESTEBAN RAMOS. El presupuesto subjetivo del concurso. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 10, enero 2009, Wolters Kluwer.

GANDÍA PÉREZ. La inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo. Vol. 2, Tomo 2, 2024.

GIRÓN TENA. Derecho de Sociedades. Tomo I, 1976.
MENÉNDEZ MENÉNDEZ. Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).
PAZ-ARES. Comentario del Código Civil. Tomo II, Boletín Oficial del Estado, 1993.
REDONDO TRIGO. Condominio "versus" Sociedad: el ánimo de lucro en las comunidades de bienes. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731, 2012.
REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 736, 2013.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional núm. 37/2012, de 19 de marzo de 2012
- Sentencia de Pleno núm. 469 de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 19 noviembre de 1982
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1991
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de marzo de 1996
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 6 de octubre de 2017
- Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 3 de diciembre de 2024.

NOTAS

[1] *1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.*

Los poderes públicos están obligados a observar la doctrina jurisprudencial vinculante en sus actuaciones.

Cuando un interesado invocare una doctrina jurisprudencial vinculante ante los poderes públicos, éstos podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión.

[2] Díez-Picazo. <Jurisprudencia y Seguridad Jurídica>. *Diario ABC* de 31 de julio de 2002.

[3] El 22 de julio de 2016 ha entrado en vigor la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo, introducida en la Ley 29/98 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley Orgánica 7/2015. Se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante (acuerdo de la sección de admisión de 22 de julio de 2016). La nueva regulación del recurso de casación supone un cambio estructural en la configuración del mismo, ya que se ha introducido por el legislador el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como criterio para decidir la admisión del recurso. Desaparecen los recursos de casación para unificación de doctrina y en interés de ley.

[4] Díez-Picazo. *Estudios sobre la Jurisprudencia civil.* Tecnos, 3ª edición, Vol. II, 1981, páginas 290-292.

[5] Girón Tena. *Derecho de Sociedades.* Tomo I, 1976, páginas 83 y 84.

[6] Redondo Trigo. <Condominio "versus" Sociedad: el ánimo de lucro en las comunidades de bienes>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 731, 2012.

[7] Esteban Ramos. <El presupuesto subjetivo del concurso>. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 10, enero 2009,* Wolters Kluwer, se pronuncia así: <Esta inscripción no es la propia constitutiva de una sociedad mercantil. En este sentido, hay que destacar que la misma se practica en virtud de mandamiento judicial, tal y como se establece en el art. 24.5 LC. No se inscribe la escritura de constitución que, por otra parte, no tiene por qué existir en el caso de las sociedades irregulares (189). De esto deriva una importante especialidad: al no existir escritura pública, se está prescindiendo de un importante control de legalidad. Además, falta también la calificación registral, con lo que se elimina otro importante elemento de control. Por otra parte, si tenemos en cuenta los datos que, conforme al 322.3 RRM deben constar en el mandamiento judicial, es obvio que en la inscripción no constan todos los datos que el art. 209 del mismo texto legal exige para la primera inscripción de una sociedad colectiva. De las circunstancias de no practicarse en virtud de escritura, de que no existe calificación y de no contener las menciones exigidas para una primera inscripción, deriva el que no se trate de una verdadera inscripción (190). Es un simple trámite que debe de cumplirse para que pueda quedar constancia de la declaración del concurso y puedan acceder al registro todos los datos legalmente exigidos. En definitiva, la inscripción no implica regularización de la sociedad irregular (191).

Al no tratarse de una inscripción en sentido propio, hay quien entiende que una vez concluido el concurso de la sociedad irregular, conforme al art. 325 RRM, habría que cancelar los asientos relativos al mismo lo que llevaría, a su vez, a la cancelación de los asientos relativos a la sociedad (192)>.

[8] Redondo Trigo. <De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012> *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 736, 2013, págs. 1258-1291.

[9] Paz-Ares. *Comentario del Código Civil.* Tomo II, Boletín Oficial del Estado, 1993, págs. 1360 y 1361: <aa) La sociedad civil cuyos *pactos se mantengan secretos entre los socios* no es la sociedad que se desarrolla en la realidad fáctica del tráfico sin darse a conocer, sino aquella

sociedad que contiene una cláusula contractual, en virtud de la cual se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros o, mejor dicho, que los pactos sociales no modifican la posición de los socios frente a terceros (…). bb) Consideraciones similares merece el inciso final del precepto comentado. La sociedad *en que cada socio contrate con su propio nombre con los terceros*, no es la sociedad que objetivamente, y tal vez por razones de oportunidad, desarrolla su actividad mediante el mecanismo de la representación indirecta, sino aquella sociedad que contiene una cláusula contractual que impide la utilización del nombre del grupo —el expender *nomen societatis*— en el tráfico (la utilización —como dice el art. 241 C de C— de una "razón comercial común a todos los partícipes>.

[10] Vid. Gandía Pérez. <La inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil>. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo.* Vol. 2, Tomo 2, 2024, págs. 351-385.

[11] Vid. op. cit. página 1395.

[12] Vid. otros ejemplos puestos por Paz-Ares: sector agrícola, ganadero, pesquero y forestal, como sociedades excluidas de la mercantilidad; así como, sector artesanal, sociedades mineras. En otros casos, se ofrece también por este autor, la discusión habida sobre mercantilidad o no de las sociedades editoriales y de prensa e incluso de sociedades que explotan espectáculos, sociedades instructivas y educativas, sociedades inmobiliarias (vid. op. cit. págs. 1395 y 1395).

[13] Un ejemplo de concurso de sociedad civil, nos lo ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 159/2017 de 6 de octubre de 2017 (JUR\2017\301233), en relación con una sociedad civil constituida para la explotación de una oficina de farmacia, considerando que debe distinguirse entre la titularidad administrativa de la farmacia y la titularidad patrimonial a efectos civiles (o mercantiles), afirmándose por la Audiencia Provincial que una oficina de farmacia, en cuanto negocio o actividad, puede ser propiedad de una sociedad o ser desarrollada por una sociedad, con cita en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 (ROJ: STS 7405/2005 – ECLI:ES:TS:2005:7405).

[14] Especialmente significativas sobre este asunto nos parecen las afirmaciones de Aurelio Menéndez al exponer lo siguiente: <…Por lo demás, ninguna duda parece ya posible en estos supuestos de «irregularidad» acerca de la vinculación y responsabilidad de la sociedad con los terceros por las obligaciones debidamente contraídas por sus gestores. Es más, la «irregularidad» de la sociedad generará también la responsabilidad directa, y al mismo nivel, de los gestores (art. 120 del C. de C). En cuanto a los socios, por razón de la misma aplicación del régimen de la sociedad colectiva, si bien responderán de forma personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales, se tratará de una responsabilidad de segundo grado; a nuestro juicio, no existen argumentos válidos para negar a los socios el beneficio de excusión que el artículo 237 concede a los socios colectivos>. Menéndez Menéndez. <Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil>. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).

3. URBANISMO

Incumplimiento de deberes legales, cambio de sistema de actuación y registro de la propiedad

Breach of legal duties, change of implementation system, and land registry

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: el cambio del sistema de actuación por parte de la Administración urbanística en ámbitos sujetos a actuaciones integradas plantea, a los efectos de su constancia en el Registro de la Propiedad, la cuestión de las causas determinantes de tal decisión teniendo en cuenta que no siempre se corresponden con incumplimientos de los deberes y obligaciones propios del sistema y que, además, no todo incumplimiento constituye necesariamente una infracción urbanística

ABSTRACT: the change of the implementation system by the urban planning authority in areas subject to integrated development actions raises, for the purposes of its record in the Land Registry, the issue of the grounds justifying such a decision, bearing in mind that these grounds do not always stem from breaches of the duties and obligations inherent to the system and that, moreover, not every breach necessarily constitutes a planning infringement

PALABRAS CLAVE: Sistema de ejecución, sustitución, constancia registral

KEYWORDS: Implementation system, substitution, registration

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2015. 1. Los hechos más relevantes de la resolución de 1 de abril de 2025. 2. La fundamentación de la resolución.—II. ANTECEDENTES DEL MARCO LEGAL AUTONÓMICO SOBRE CUMPLIMIENTO DE DEBERES URBANÍSTICOS. 1. La sustitución del sistema de actuación por incumplimiento en la Ley del Suelo de 1976 y su Reglamento de Gestión de 1978 por incumplimiento de deberes y obligaciones. 2. La exacerbación del régimen de incumplimiento de deberes con motivo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.—III. LA SUSTITUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—IV. SOBRE

LA CALIFICACIÓN COMO ILÍCITO URBANÍSTICO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL DE CESIÓN, EQUIDISTRIBUCIÓN Y URBANIZACIÓN EN EL MARCO DE LOS SISTEMS DE EJECUCIÓN. 1. Antecedentes de la cuestión. 2. La distinta naturaleza de las circunstancias determinante del cambio de sistema.—V. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES Y DEL CAMBIO DE SITEMA.

I. LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2015.

1. Los hechos más relevantes de la resolución de 1 de abril de 2025.

Los hechos sobre los que versa la resolución tienen como punto de partida la práctica en el Registro de la Propiedad de Granada número 2 de la nota marginal prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, expresiva de la iniciación del procedimiento reparcelatorio correspondiente al sistema de compensación en desarrollo de un Plan Parcial a la que siguió la inscripción del correspondiente proyecto de compensación.

Siete años después de la anterior inscripción, se presenta en el Registro de la Propiedad un acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Granada por el que se declaran incumplidos los deberes legales y las obligaciones propios del sistema de compensación del ámbito objeto de reparcelación, se acuerda su sustitución por el sistema de cooperación y se da inicio a un procedimiento de infracción urbanística y sanción a causa de dicho incumplimiento.

La presentación del anterior acuerdo, que se realizó con la finalidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad el inicio del cambio de sistema, dio lugar a la suspensión de la inscripción por defectos relativos a la necesidad de dar audiencia a los propietarios afectados y a la falta de anotación preventiva de la declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos sobre las fincas de resultado, a la constatación registral del cambio de sistema de actuación urbanística y a la falta de expresión de su firmeza en vía administrativa.

2. La fundamentación de la resolución.

La fundamentación de la resolución, que empieza recordando la regulación de los artículos 125 y 126 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía en los que se contempla la posibilidad de sustituir el sistema de compensación por el de cooperación por incumplimiento de los plazos o dificultades planteadas por los propietarios que pongan en peligro la ejecución de una determinada actuación urbanística, destaca a continuación que tal sustitución ha de venir precedida de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo del que resulte el efectivo incumplimiento de los deberes y obligaciones del sistema de compensación (artículos 109 y 110).

Si bien con la ausencia del desarrollo reglamentario al que se remitía el artículo 110, así resulta de la previsión por el artículo 109.2 de la declaración de incumplimiento como presupuesto del cambio de sistema, lo cual exige la audiencia previa

de los propietarios afectados a fin de precisar su alcance y los deberes pendientes, incluyendo entre estos los que pudieran referirse a las obras de urbanización y edificación. Resalta al efecto la resolución la relevancia del trámite de audiencia al disponer el artículo 109.1 que en él "*habrá de oírse a todos los propietarios afectados*".

Dice al respecto la resolución que, "*en esencia, el procedimiento de sustitución del sistema de compensación por el de cooperación*" es susceptible de iniciarse de oficio o a instancia de parte, requiriendo este segundo supuesto la verificación por la Administración del cumplimiento de los de requisitos legales, el requerimiento de subsanación de la solicitud cuando fuera preciso y la comprobación de la existencia del incumplimiento, pudiendo presentar los interesados alegaciones, aportar documentos y solicitar la práctica de la prueba.

Tras exponer la resolución el régimen de calificación del documento administrativo en relación con el examen de los trámites esenciales del procedimiento para comprobar el cumplimiento de las garantías establecidas en el ordenamiento para los particulares conforme a lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario respecto de, "*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 los obstáculos que surjan del Registro*", se ocupa aquella del alcance de la afirmación del Ayuntamiento sobre la tramitación del procedimiento de declaración de incumplimiento de deberes y obligaciones del sistema de compensación y su sustitución por el de cooperación teniendo en cuenta a la totalidad de los propietarios afectados incluidos en la unidad de ejecución a fecha de inicio del mismo.

A tal fin, la resolución destaca que el Ayuntamiento no instó la constancia registral del inicio del expediente para la declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos inherentes al sistema de compensación y no solicitó certificación registral de dominio y cargas de las fincas incluidas en la unidad objeto de reparcelación mediante el sistema de compensación, por lo cual "*tampoco se practicó ningún asiento, ya fuera de nota marginal o de anotación preventiva, que cumpliera la finalidad legal de que los ulteriores titulares registrales que accedieran al registro con posterioridad a tal constancia registral pudieran entenderse legalmente notificados, por virtud del mismo contenido del Registro, de la iniciación de tal expediente*".

De lo anterior se desprende, dice la resolución, la insuficiencia de la afirmación del Ayuntamiento según la cual fueron tenidos en cuenta la totalidad de los propietarios al inicio del expediente "*pues los titulares registrales que debieron haber sido notificados, para salvaguardia de sus derechos, no son sólo los propietarios, sino también los demás titulares de otros derechos reales inscritos o anotados en el registro, como tampoco debieron ser sólo los existentes al inicio del expediente, sino también, precisamente por la falta de constancia registral del inicio del mismo, todos los que ulteriormente hubieran accedido al Registro y con anterioridad a la presentación del documento ahora calificado negativamente*".

Adicionalmente, la resolución plantea si el procedimiento de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación "*debe tener o no reflejo registral de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997*", lo cual responde afirmativamente a partir de las dos siguientes consideraciones:

a) Se destaca, en primer lugar, que la expresión "*disciplina urbanística*" de los artículos 51.1.c del texto refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008 (actual artículo 65.1.c del TRLSRU de 30 de octubre de 2015) y 56 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, "*debe ser objeto de interpretación en el sentido amplio que tiene en el lenguaje urbanístico comprendiendo tanto los expedientes relativos a medidas de protección de la legalidad urbanística como los expedientes disciplinarios por infracción urbanística propiamente dicha*".

b) En segundo lugar, la resolución hace referencia al régimen de venta y sustitución forzosa cuya regulación vigente figura en los artículos 49 y 50 del TRLSRU de 30 de octubre de 2015 a fin de destacar que el primero "*habilita a la Administración actuante para llevar a cabo las actuaciones previstas en el citado precepto en caso de «incumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley»*", cuya declaración es "*requisito previo y esencial para solicitar su constancia registral*" por nota al margen de la última inscripción de dominio.

En otro orden, la resolución establece la diferenciación entre el reflejo registral de la declaración de incumplimiento de deberes y obligaciones y el correspondiente al cambio de sistema de compensación por el de cooperación.

En el primer caso el reflejo registral se efectúa mediante nota marginal con los efectos del artículo 73 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, lo que quiere decir que "*tales notas no surtirán otro efecto que el de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine, salvo los casos en que la legislación aplicable prevea un efecto distinto*".

En el segundo caso también constará por nota marginal si bien con el alcance dispuesto en el artículo 5 del mismo Real Decreto 1083/1997 por referencia a la aplicación del sistema de cooperación con arreglo en todo caso a la inscripción posterior del proyecto de reparcelación de acuerdo con los artículos 19 y 20 siguientes.

Finalmente, la resolución se ocupa de dos cuestiones adicionales como son, de un lado, la viabilidad de la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación cuando habiéndose inscrito el proyecto de reparcelación quedaran todavía por cumplir deberes urbanísticos en ejecución del planeamiento como es el caso de "*los deberes de llevar a cabo materialmente y costear las obras de urbanización*" y, de otro, la necesidad de que la constancia registral de dicha sustitución haya de referirse a la totalidad de las fincas del correspondiente ámbito reparcelatorio incluidas las parcelas de resultado afectas a redes públicas así como aquellas otras en las que se localiza el aprovechamiento que corresponde a la Administración por ministerio de la ley.

II. ANTECEDENTES DEL MARCO LEGAL AUTONÓMICO SOBRE CUMPLIMIENTO DE DEBERES URBANÍSTICOS.

1. La sustitución del sistema de actuación en la Ley del Suelo de 1976 y su Reglamento de Gestión de 1978 por incumplimiento de deberes y obligaciones.

La previsión por parte de la legislación urbanística del cambio de sistema de actuación por incumplimiento de obligaciones por los propietarios de suelo estuvo inicialmente prevista en los artículos 119.4 de la Ley del Suelo de 1976 y

156 del Reglamento de Gestión Urbanística referida al sistema de expropiación como sustituto del de compensación or relación a las obligaciones propias de la Junta de Compensación o del propietario único, lo que así expresaba el segundo de los artículos citados precisando que su declaración había de tener lugar *"previo expediente en el que se señalen las causas del incumplimiento y se dé audiencia a la Junta o al propietario único"*.

Los artículos 158.2 y 183 siguientes contemplaban igualmente la sustitución del sistema de compensación no sólo por el de expropiación sino también por el de cooperación cuando la Junta de Compensación incurriera, según expresaba el segundo de dichos artículos, en infracciones calificadas *"de graves según lo preceptuado en la Ley"*, considerando como tales el artículo 227 de la Ley del Suelo de 1976 las *"que constituyan incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcela"*.

Según lo anterior, aun cuando el Reglamento de Gestión Urbanística configuró como causa para el cambio del sistema de compensación la comisión de infracciones graves, ninguno de los hechos tipificados como tales por la Ley del Suelo de 1976 era posible relacionarlo con las obligaciones propias del sistema de compensación al estar principalmente previstas en relación con el proceso edificatorio.

2. La exacerbación del régimen de incumplimiento de deberes con motivo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

Justificado por un marco legal entonces vigente considerado como *"insuficiente por la excesiva permisividad de que disfrutan los propietarios del suelo que son los llamados en primer término a realizar las tareas de urbanización y edificación, y por la rigidez, cuando no ausencia, de los instrumentos de que dispone la Administración para hacer frente al incumplimiento por los particulares de los plazos señalados para la ejecución de dichas tareas"* (apartado I del Preámbulo), la Ley 8/1990, de 25 de julio, instauró un sistema por el que, ante tal *"incumplimiento de la función social de la propiedad"*, se impedía la adquisición de las facultades de urbanización y materialización del aprovechamiento acudiendo a la expropiación forzosa o, de decidirlo así la Administración, al régimen de venta forzosa.

Así se efectuó supeditando la valoración de los bienes expropiados o sujetos a venta forzosa a *"las facultades urbanísticas efectivamente adquiridas en el momento de producirse el incumplimiento"*.

La operatividad del anterior esquema quedaba así ligada al cumplimiento en plazo de los deberes de urbanización, cesión y equidistribución como condición para la consolidación del derecho a urbanizar, la solicitud de licencia de edificación para poder patrimonializar el aprovechamiento correspondiente y de edificación en plazo para consolidar el derecho a edificar, llegando el propietario a ver reducido su derecho al aprovechamiento hasta el 50 por 100 en suelo urbanizable programado y el 75 por 100 en suelo urbano.

Tal reducción tenía lugar en caso de incumplimiento de los plazos previstos en el planeamiento o, en su defecto, en la propia Ley, los cuales, justificadamente

representativos de lo que vino a llamarse como urbanismo a toque de corneta, eran de tres y dos años en relación con los deberes de cesión, equidistribución y urbanización respectivamente para suelo urbanizable y suelo urbano, de dos años para la conversión de la parcela en solar y de un año para solicitar licencia de edificación.

En todos los anteriores supuestos la declaración de incumplimiento debía ir necesariamente precedida de la correspondiente audiencia del interesado y, en todo caso, se trataba de una declaración igualmente sometida a plazo de tal modo que, a falta de notificación del expediente de incumplimiento de deberes urbanísticos, los propietarios mantenían el derecho a iniciar o proseguir el proceso de urbanización y edificación adquiriendo las correspondientes facultades en orden a la patrimonialización del derecho a edificar.

A su vez y salvando los drásticos efectos ligados al incumplimiento de los deberes en el rígido marco temporal señalado consistentes en la reducción del aprovechamiento susceptible de apropiación, el condicionamiento de la *"patrimonialización de la edificabilidad"* a su *"realización efectiva"* conforme *"al cumplimiento de los deberes y cargas propias del régimen que corresponda"* ha sido en todo caso una constante en la legislación en materia de suelo y urbanismo tal y como actualmente continúa contemplando el artículo 11.2 del TRLSRU.

Por lo demás, el anterior esquema era igualmente aplicable en relación con el desarrollo de los sistemas de ejecución al prever la Ley del Suelo de 1992 la sustitución, en caso de incumplimiento de los correspondientes plazos, de los que denominaba *"sistemas de gestión privada"* por *"otro de gestión pública"* que, de ser el de expropiación, llevaba igualmente aparejada una reducción de su valor urbanístico a efectos de determinación del justiprecio conforme a los porcentajes antes indicados.

III. LA SUSTITUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

Siguiendo la estela de la anterior legislación estatal y respecto de aquellas Comunidades Autónomas en las que se mantiene la regulación de la ejecución del planeamiento para las actuaciones integradas mediante sistemas de ejecución, las leyes autonómicas prevén su sustitución siempre desde sistemas de carácter privado hacia sistemas públicos cuando se dan los supuestos de incumplimiento de deberes en ellas previstos.

De las Leyes que forman parte de este primer bloque y que se pronuncian sobre esta cuestión se destacan las siguientes por ser las más levantes en cuanto contienen particularidades al respecto:

a) La Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, contempla el cambio del sistema de compensación por incumplimiento de plazos tanto en el caso de que no estuviera establecido, lo que no parece tener sentido pues no se ve cómo sustituir un sistema no establecido previamente, como en el caso de que sí estuviera establecido, siendo el sistema sustituto uno público en el primer

caso o una modalidad de gestión indirecta, sustitución del agente urbanizador o también un sistema público en el segundo (artículo 104.1 y 2). En cuanto al incumplimiento como presupuesto del cambio de sistema, su declaración exige la tramitación de un procedimiento con sometimiento a información pública y audiencia a los propietarios afectados (artículo 104.3) sin plantear constancia registral alguna ni de tal declaración ni del nuevo modo de gestión elegido en sustitución del sistema de compensación.

Por otro lado, la ley andaluza no identifica el incumplimiento de los plazos del sistema de compensación como infracción urbanística, con lo cual quedaría más bien comprendida, en los mismos términos previstos en el Preámbulo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, como un supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad al que, sin perjuicio de lo que resulta de la legislación estatal, no sería propiamente de aplicación la regla común prevista en su artículo 159.2 sobre la constancia registral del inicio de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada.

Finalmente y salvo en el caso del sistema de compensación ya establecido cuya sustitución sólo es posible por el ya aludido incumplimiento de plazos y, además, por poner los propietarios en peligro la ejecución de la actuación, la concurrencia de un incumplimiento no es condición necesaria para le cambio de sistema pues, como dice el artículo 100.3, basta a tal fin con que el acuerdo correspondiente se adopte "*de manera justificada*".

b) El texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, de 22 de abril de 2004, del Principado de Asturias, tiene un alcance análogo al anterior en cuanto a las reglas de procedimiento, incluyendo la sujeción al trámite de información pública por la remisión a la aplicación del procedimiento de delimitación de unidades de actuación.

Adicionalmente, amplía los supuestos legitimadores del cambio de sistema pues, además de los correspondientes a incumplimientos graves del Proyecto de Actuación, prevé también como presupuesto la existencia de grandes dificultades para su cumplimiento, y, como particularidad relevante a los efectos del presente comentario, califica como infracción urbanística grave "*los incumplimientos en materia de gestión urbanística*", lo que situaría esta actuación en el ámbito de aplicación de los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

c) El texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, de 8 de julio de 2014, se limita a prever el cambio de sistema por el transcurso de los plazos fijados en el planeamiento conforme al procedimiento de aprobación de los estudios de detalle, lo cual procederá si el Ayuntamiento lo considerara ajustado al interés público "*sin perjuicio de las penalizaciones y otras medidas que pudieran proceder*".

La anterior previsión se recoge igualmente en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, si bien con

una adición realmente singular pues la admisión del cambio del sistema de compensación por incumplimiento en plazo de los deberes legales imputable a los propietarios de suelo dice el apartado 3 de su artículo 132 que "*no regirá (...) cuando (...) fuera imputable a la Administración actuante*".

Curiosa diferente vara de medir las consecuencias del incumplimiento según quién sea su causante al permitir su consolidación cuando corresponde a la Administración sin habilitar fórmula alguna de corrección como podría ser, por ejemplo, el carácter vinculante de una posible iniciativa privada precisamente para salvaguardar, como reconocen todas las leyes incluso al referirlo a la fase de gestión, el cumplimiento efectivo de la función social de la propiedad

d) De la Ley 5/2022, de 15 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo, de Cantabria, cabe destacar la referencia general al cambio de sistema de gestión privada sin hacer mención ni al sistema sustituido ni al que le sustituye, expresando únicamente como causa su falta de desarrollo conforme a lo previsto en el planeamiento o, en su defecto, por el transcurso del plazo de cuatro años desde la delimitación de la unidad de actuación sin que se hubiera concluido la urbanización la ejecución (artículo 158.2).

   No obstante, más adelante la propia Ley concreta el supuesto de cambio de sistema de compensación a cooperación en caso de incurrir, dicho de forma genérica, en "*incumplimientos*" (artículo 172), cambio que comporta "*la anotación de la aplicación de dicho sistema en las inscripciones registrales de las fincas comprendidas en su ámbito*" (artículo 173.1).

e) La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, de Castilla y León contempla la sustitución del sistema por incumplimiento de plazos, por la pérdida por el urbanizador de las condiciones que le hubieran habilitado para serlo o por su solicitud por concurrir las circunstancias para el desarrollo del ámbito por otro sistema.

   Lo anterior, no obstante, siempre que concurran determinadas condiciones entre las que destaca la garantía a los propietarios no responsables del incumplimiento de los derechos vinculados a la gestión urbanística, lo que en el caso de que el nuevo sistema fuera el de expropiación supone la aplicación para ellos del régimen sobre liberación de expropiaciones.

f) En el caso del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, de 3 de agosto de 2010, su artículo 110 se refiere a la utilización de la expropiación forzosa por razones urbanísticas, entre otras por el incumplimiento de la función social de la propiedad con motivo, a su vez, de la falta de cumplimiento de los deberes que comportan las diversas modalidades del sistema de reparcelación.

   Con un alcance análogo se pronuncian la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia y la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

g) La Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, contempla una supuesto inédito en la legislación autonómica que, más allá en todo caso de su posible articulación aun en tal situación, consiste en la posible sus-

titución del sistema de compensación no por razón del incumplimiento de los plazos de ejecución o de los deberes propios del mismo sino por la falta de iniciativa para su aplicación cuando los propietarios ejercitaran su derecho a no participar en el proceso de gestión, lo que es posible conforme al carácter voluntario del sistema.

h) La Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, contempla la sustitución del sistema de compensación por uno de ejecución pública por desistimiento de la iniciativa beneficiaria de la ejecución, por el transcurso del doble de los plazos previstos en ella sin llevar a cabo la iniciativa para la aplicación del sistema, por el incumplimiento de los deberes, obligaciones y compromisos del sistema de compensación cuando con ello se impidiera o dificultara la conclusión de la ejecución del planeamiento con grave perjuicio para el interés público o para los intereses de terceros y por la comisión, en el curso de la actividad de ejecución, de una infracción urbanística muy grave o de dos o más infracción graves (artículo 103). En correspondencia con este último supuesto, considera como infracción grave los incumplimientos, con ocasión de la ejecución del planeamiento, de los deberes y obligaciones legales (artículo 204.3.c).

i) El texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 26 de julio de 2017, reitera lo ya advertido respecto de las leyes catalana y murciana en relación con la aplicación de la expropiación forzosa en caso de incumplimiento de los deberes propios de la fase de ejecución del planeamiento y añade, como se ha señalado que hace la asturiana, la consideración de los incumplimientos en materia de gestión como infracciones graves, salvo que fueran subsanados tras el primer requerimiento de la Administración, supuesto en el que tendrían la consideración de leves (artículo 125.6).

IV. SOBRE LA CALIFICACIÓN COMO ILÍCITO URBANÍSTICO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL DE CESIÓN, EQUIDISTRIBUCIÓN Y URBANIZACIÓN EN EL MARCO DE LOS SISTEMS DE EJECUCIÓN.

1. Antecedentes de la cuestión.

Según resulta del apartado precedente, el legislador autonómico no se manifiesta de modo uniforme en el tratamiento de los supuestos determinantes del posible cambio de sistema de ejecución del planeamiento de uno de carácter privado por uno público.

Así, mientras en algunos supuestos limita tal justificación al incumplimiento de los plazos previstos en la ley o en el planeamiento apelando a la necesidad de garantizar la función social de la propiedad como principio justificador, en otros se añaden los incumplimientos producidos en el curso de la fase de ejecución del planeamiento en cuanto se refiere a los deberes de cesión, equidistribución y urbanización conforme a su consideración como ilícitos urbanísticos cuya resolución ha de tener lugar en el ámbito de las normas propias de la disciplina urbanística.

A este respecto, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, se planteó por la doctrina[1] la consideración de los incumplimientos como un acto de gravamen impuesto por una autoridad administrativa dictado *"con finalidad represiva"* al tratarse de *"un comportamiento que se considera reprobable y contrario a Derecho"* como respuesta *"a la realización de un ilícito"*, a partir de lo cual se concluía afirmando que *"la expropiación por incumplimiento (...) es una medida de carácter sancionador"*.

Frente a lo anterior, la asimilación del término expropiación-sanción deducido de la citada Ley con la concurrencia de un ilícito fue considerada según un sentido meramente analógico que incluso exigiría matizar la extensión de la tipificación como infracción urbanística del incumplimiento de los deberes y obligaciones propios de un sistema de ejecución privado actualmente presente en parte de la legislación autonómica según queda expuesto.

Tal sentido meramente analógico fue, en efecto, apreciado a partir de las siguientes consideraciones[2]:

a) Por cuanto, en el especificó contexto de dicha Ley, para que la asimilación fuera procedente, *"tendría que existir formalmente una tipificación legal, que no existe en el capítulo de las infracciones, y a la que no pueden equipararse los mandatos contenidos en la Ley sobre los deberes"*.

b) Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 305/1993, de 25 de octubre, señaló cómo en su propia doctrina venía recordando que *"el derecho fundamental contenido en el art. 25.1 de la C.E., extensible al ordenamiento administrativo sancionador, incorpora una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto el término «legislación vigente» contenido en el dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora. De ahí que este Tribunal haya señalado que, si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan riguroso en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto —bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter, en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987)— no lo es menos que aquel precepto constitucional determina «la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal (STC 77/1983), habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan». En definitiva, el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de Ley, sin que sea*

posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra norma de rango legal".

c) Junto a ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 319/1993, de 27 de octubre, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, se planteó, con validez plena a los presentes efectos aun cuando se refiere al ámbito agrario, si "*la afirmación expresa de (que) la llamada «expropiación-sanción» por incumplimiento de la función social de la propiedad supone, en efecto, una «sanción» en el sentido del citado art. 25.1 (y) que queda sujeta, por lo mismo, a las exigencias (lex scripta, praevia y certa) de él derivadas*", señalando al respecto que "*con la expresión «sanción» (expropiación-sanción», en expresión doctrinal de cierto arraigo) a las expropiaciones por «incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra» no prejuzga, por sí sola, la cuestión de si este tipo especial de expropiaciones merece la calificación jurídico-constitucional de «sanción» a los efectos de lo establecido en el art. 25.1 C.E.*".

d) A su vez, la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 no contemplaba una aplicación ni general ni automática de la declaración de incumplimiento allí donde se superaban los plazos previstos por el planeamiento o, en su defecto, los contemplados en ella, permitiendo de este modo que la Administración tolerara indefinidamente el estado de incumplimiento sin anudar de modo imperativo reacción alguna frente al comportamiento ilícito del infractor contraviniendo el deber de promover la restauración del orden urbanístico perturbado como efecto inherente a toda infracción.

e) Por fin, la coherencia de la calificación del incumplimiento como infracción había de llevar a la aplicación de los correspondientes efectos favorables al infractor como es el caso de la prescripción.

2. La distinta naturaleza de las circunstancias determinantes del cambio de sistema y sus efectos.

La distinción de las posibles circunstancias que pueden dar lugar a la sustitución de un sistema privado de ejecución por otro de carácter público resulta pertinente en cuanto, en función de cuál sea su alcance, puede resultar justificada la aplicación de unas consecuencias de distinto régimen.

Así, por ejemplo, estando elegido el sistema de ejecución desde un instrumento de planeamiento, no parece que deba tener iguales efectos que se atienda a fenómenos tan dispares como pueden ser la falta de formalización de la iniciativa para su aplicación como expresión de la libre decisión de los propietarios de no protagonizar su ejecución por tratarse de un sistema caracterizado por operar *inter volentes*, la falta de constitución de la Junta de Compensación después de tal formalización, una defectuosa confección del proyecto de reparcelación que imposibilitara la equidistribución, el incumplimiento del deber legal de urbanizar en plazo en un contexto de crisis económica o la efectiva ejecución de las obras de urbanización apartándose del planeamiento urbanístico.

La unificación de tales fenómenos a fin de atribuirles unas consecuencias de igual naturaleza resulta claramente inadecuada pues así como en el primero ni siquiera puede decirse que exista incumplimiento, difícilmente puede entenderse que, salvo el último, los restantes debieran ser constitutivos de una infracción urbanística por asimilación a la ejecución de obras de edificación en contra del planeamiento.

V. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES Y DEL CAMBIO DE SITEMA

Según se dice al inicio de este comentario, de la resolución de 1 de abril de 2015 resulta que la sustitución del sistema de compensación por un sistema de carácter público por incumplimiento de los deberes legales y las obligaciones propias de tal sistema exige la previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo con audiencia de los propietarios y titulares de otros derechos reales afectados del que resulte tal incumplimiento y de cuyo inicio se deje constancia registral informando a los titulares posteriores de su tramitación.

A tal fin la resolución invoca una interpretación extensiva de la expresión "*disciplina urbanística*" comprensiva de los expedientes sobre medidas de protección de la legalidad urbanística y de los disciplinarios por infracción urbanística propiamente dicha, lo que así realiza a fin de concluir con la integración en tal expresión de los incumplimientos de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación a los efectos de la aplicación de lo previsto en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, para las anotaciones preventivas dictadas en los procedimientos administrativos de disciplina urbanística.

De este modo, la resolución, que acierta al situar en un mismo plano jurídico a los expedientes sobre medidas de protección de la legalidad urbanística alterada y a los disciplinarios[3], al remitirse de manera indiferenciada a los referidos artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a los efectos de la constancia registral de los incumplimientos de los deberes y obligaciones en el caso de las actuaciones sistemáticas omite que no todo incumplimiento puede ser calificado como infracción urbanística de acuerdo con lo expuesto en el apartado precedente.

Concluir que, por ejemplo, el mero transcurso del plazo de terminación de las obras de urbanización previsto en el planeamiento, más allá de que pudiera determinar una decisión de cambio de sistema de actuación, constituya un incumplimiento encuadrable en el marco de la disciplina urbanística no parece del todo correcto según lo ya expuesto sin perjuicio de aquellos supuestos en que la propia norma pudiera llegar a tipificarlo como infracción urbanística.

En este sentido, la apelación por la propia resolución a los artículos 49 y 50 del TRLSRU, los cuales, aunque referidos en particular a la venta y sustitución forzosa, se refieren al incumplimiento de los deberes legales y a la constancia registral de la resolución declaratoria del incumplimiento por nota al margen de la última inscripción de dominio resulta más acorde con aquellos supuestos de

incumplimientos ya advertidos cuya integración en el ámbito de la disciplina urbanística no resulta posible.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 1 de abril de 2025
- RDGRN de 11 de junio de 2012
- STC 319/1993, de 27 de octubre
- STC 305/1993, de 25 de octubre

NOTAS

[1] Suay Rincón, J., La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 123, págs. 71 y siguientes.

[2] Laso Martínez, J. L. y Laso Baeza. V., El aprovechamiento urbanístico, Ed. Marcial Pons, 1995, págs. 275 y 276.

[3] La unificación de los expedientes de restauración de la legalidad y disciplinarios bajo el concepto genérico de disciplina urbanística, en el caso de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, la regulación sobre el régimen de protección de la legalidad y sancionador se regula en los Capítulos II y III del Título V denominado "Disciplina urbanística". El mismo criterio es seguido, entre otras, en las leyes andaluza (Título III), aragonesa (Título VI), cántabra (Título VI), etc.

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.