REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO

Año C • Septiembre - Octubre • Núm. 811

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 • Septiembre - Octubre 2025 • Núm. 811

REVISTA BIMESTRAL

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
Esta obra cuenta con Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

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*

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: La serventía: una comunidad funcional de uso / *The private rural service road: a functional community of use*..... 2361

NASARRE AZNAR, Sergio; SIMÓN MORENO, Héctor y ARISTE CASTAÑO, Santiago: El cálculo del control de renta de la Ley 12/2023 atenta contra los derechos constitucionales de propiedad privada e igualdad / *The calculation of rent control of Act 12/2023 breaches the constitutional rights to private property and equality*..... 2409

BARBA, Vincenzo: Las cláusulas penales en la propuesta reformada de modernización de obligaciones y contratos de 2023 / *Penalty Clauses in the 2023 Revised Proposal for the Modernization of Obligations and Contracts* 2465

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

CANDELARIO MACÍAS, MarÍa Isabel: Acercamiento a la implementación de las nuevas tecnologías en la reciente legislación europea de dibujos y modelos industriales / *An approach to the implementation of new technologies in recent European design legislation.* 2535

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 2575

Págs.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— La gestación por sustitución en España, en la legislación internacional y los derechos de las partes intervinientes / *Surrogacy in Spain, international law and the rights of the intervening parties,* por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA..... 2661

1.2. Derecho de familia

— El ejercicio de la patria potestad: desacuerdos entre los progenitores y conflicto de interes con el hijo menor de edad / *The exercise of parental authority: disagreements between parents and conflicts of interest with the minor child*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 2679

— El "derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo" en la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo / *The "woman's right to self-determination with respect to the termination of pregnancy" in Constitutional Court ruling 44/2023 of may 9,* por Miguel GÓMEZ PERALS..... 2801

1.4. Sucesiones

— Los derechos *post mortem* del cónyuge viudo en la España actual / *Postmortem entitlements of the surviving spouse*, por Lourdes GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR 2833

1.5. Obligaciones y contratos

— Naturaleza jurídica de las plataformas digitales como meras intermediarias o como prestadoras del servicio principal subyacente: *Uber vs. Airbnb* / *Legal nature of digital platforms as mere intermediaries or as providers of the underlying main service: Uber vs. Airbnb*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 2863

Págs.

1.6. Responsabilidad Civil

— Vicios de habitabilidad o simples defectos de acabado: incertidumbre jurisprudencial en la aplicación de la LOE / *Habitability Defects or Mere Finishing Flaws: Jurisprudential Uncertainty in the Application of the Spanish Building Act (LOE)*, por María A. ESTEBAN VILLAR 2881

1.7. Concursal

— Desahucio arrendaticio urbano y concurso de acreedores / *Urban tenant eviction and bankruptcy proceedings*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2907

2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

— Asistencia financiera, contrato prohibido e irrelevancia causal. *Exceptio doli* y *iura novit curia / Financial assistance, prohibited contract and causal irrelevance. Exceptio doli and iura novit curia*, por Francisco REDONDO TRIGO 2933

3. URBANISMO

— Conflictos sobre la titularidad de fincas afectadas por un expediente de equidistribución: fincas dudosas, litigiosas y controvertidas / *Conflicts over the ownership of properties affected by a land readjustment procedure: doubtful, litigious, and contested parcels*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 2951

ESTUDIOS

La serventía: una comunidad funcional de uso

The private rural service road: a functional community of use

por

MIKEL MARI KARRERA EGIALDE

Profesor Titular (acreditado CU) de Derecho Civil

RESUMEN*:* La serventía es una figura jurídica consuetudinaria, principalmente arraigada en zonas rurales de todo el territorio español, que se refiere a un camino que atraviesa terrenos de propiedad particular y es utilizado por los propietarios de las fincas colindantes para acceder a sus propiedades o a vías públicas. A diferencia de la servidumbre de paso, la serventía no implica predios dominantes y sirvientes, sino que establece un uso común y compartido del camino entre los propietarios colindantes que han cedido parte de sus terrenos para su creación. Su origen suele estar motivado por la configuración topográfica del terreno y la propiedad minifundista, buscando una colaboración para el aprovechamiento eficiente de las fincas. Jurídicamente se constituye por el acuerdo voluntario, tácito o expreso, entre los propietarios colindantes, siendo la ejecución del camino la prueba más significativa de dicho acuerdo. Se configura como una comunidad funcional de uso de carácter germánico, donde los partícipes tienen un derecho de uso colectivo sin asignación de cuotas. Su régimen de funcionamiento se basa en la buena fe y la necesidad de voluntad colectiva para la administración y conservación del camino, requiriéndose generalmente la unanimidad para su modificación o extinción. Aunque no es obligatoria, la inscripción en el Registro de la Propiedad otorga mayor seguridad jurídica. La serventía tiene un reconocimiento legal específico en Galicia, y está compilada como costumbre en Asturias, además de ser reconocida jurisprudencialmente en otras comunidades autónomas como Canarias, Andalucía, Castilla y León o Navarra.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.01

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

ABSTRACT: The private rural service road is a customary legal figure, mainly rooted in rural areas throughout the Spanish territory, which refers to a path that crosses privately owned land and is used by the owners of adjacent properties to access their properties or public roads. Unlike a right of way (servidumbre de paso), the serventía does not involve dominant and servient estates; instead, it establishes a common and shared use of the path among the neighboring owners who have ceded part of their land for its creation. Its origin is usually motivated by the topographical configuration of the land and small landholdings, seeking collaboration for the efficient use of the properties. Legally, it is constituted by the voluntary, tacit, or express agreement between the neighboring owners, with the execution of the path being the most significant evidence of said agreement. It is configured as a functional community of use with Germanic characteristics, where the participants have a collective right of use without the assignment of quotas. Its operating regime is based on good faith and the necessity of collective will for the administration and conservation of the path, generally requiring unanimity for its modification or termination. Although not mandatory, registration in the Property Registry grants greater legal certainty. The serventía has specific legal recognition in Galicia, and it is compiled as custom in Asturias, in addition to being recognized jurisprudentially in other autonomous communities such as Canarias, Andalucía, Castilla y León, and Navarra.

PALABRAS CLAVE: Serventía. Camino privado. Comunidad germánica. Colindantes. Derecho de paso. Derecho de uso. Contrato de sociedad civil. Derecho consuetudinario. Derecho civil autonómico.

KEYWORDS: Private rural service road. Private path. Undivided co-ownership. Neighboring landowners. Right of way. Right of use. Civil partnership agreement. Customary law. Autonomous community civil law.

SUMARIO: I. UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA.—II. SU ENUNCIACIÓN CONCEPTUAL: CONTEXTO Y FUNCIONALIDAD.—III. LA CALIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN CONVENCIONAL DE LA SERVENTÍA: 1. El consenso de los partícipes tiene naturaleza contractual. 2. El medio instrumental utilizado es el contrato de sociedad civil sin ánimo de lucro ni personalidad jurídica. 3. El objeto del contrato es constituir una comunidad funcional de uso de carácter germánico. 4. La causa de contrato es el beneficio mutuo basado en el principio de actuación colectiva. 5. La calificación jurídica de la serventía como gravamen real de la propiedad.—IV. EL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA SERVENTÍA: 1. Los principios básicos del ejercicio de la serventía. 2. El ejercicio de la facultad de uso. 3. Las decisiones sobre actos de

ADMINISTRACIÓN. 4. LA CONSERVACIÓN DEL CAMINO. 5. LA MODIFICACIÓN DE LA SERVENTÍA. 6. LA DEFENSA DE LA SERVENTÍA.—V. SU EXTINCIÓN.—VI. SU PUBLICIDAD.—VII. SU PRESENCIA EN LOS DERECHOS AUTONÓMICOS: 1. NORMATIVA LEGAL: GALICIA. 2. NORMATIVA CONSUETUDINARIA COMPILADA: ASTURIAS. 3. CONFIGURACIÓN COMO COMUNIDAD ESPECIAL: NAVARRA. 4. DERECHO CONSUETUDINARIO EN OTROS TERRITORIOS AUTONÓMICOS: *A) Andalucía. B) Castilla y León. C) Cataluña. D) Castilla La Mancha. E) Comunidad Valenciana. F) Extremadura. G) Islas Baleares. H) Islas Canarias.*—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

La serventía se designa, dependiendo de los contextos territoriales, mediante otras unidades léxicas acaso más expresivas y orientadoras de su significado, tales como «camino serventío», «camino servidero», «camino de serventía», «ramal de serventía», «camino de explotación» o «senda de servicio», que nos aproximan al elemento físico que conforma el objeto de ordenación jurídica; la doctrina se refiere al «espacio de terreno con singularidad propia y distinto a las fincas que colinda» (REBOLLEDO VARELA, 1999, 348). En efecto, la demarcación del área y las características objetivas del ramal, camino o senda sobre la que opera la serventía son fundamentales para determinar su alcance y limitaciones.

La existencia de serventías (espacio terrestre) como linde de terrenos ya se documenta en los diarios oficiales en descripciones de fincas agrarias realizadas durante el proceso desamortizador en Toledo (1856) y en las Islas Canarias (1859)[1]. Posteriormente, la relevancia jurídica de estas figuras queda manifestada en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1870, donde ya se deliberaba sobre su configuración material[2].

Curiosamente, a pesar de su uso arraigado en muchas regiones, el término «serventía» no fue recogido en el Diccionario de la RAE, ni en otras obras lexicográficas españolas de referencia, hasta el año 1914. La Real Academia la delimitó entonces, y aún hoy sigue siendo definida, como «camino que pasa por terrenos de propiedad particular, y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos»[3]. La definición ofrecida, si bien es útil como aproximación, resulta aproximativa e imprecisa, pues podrían englobarse en dicha enunciación tanto las serventías como las servidumbres de paso ordinarias, figuras jurídicas distintas que, como más adelante se comentará, no deben ser objeto de confusión.

Avanzando en el tiempo hasta la actualidad, la georreferenciación de las fincas registrales ha impulsado un aumento significativo en el número de resolucio-

nes gubernativas relativas al Registro de la Propiedad que hacen referencia a la existencia de serventías en distintas comarcas del territorio nacional, marcando un nuevo hito en la visibilización de esta figura jurídica y su incipiente configuración por la doctrina oficial.

Aunque no está recogida de forma específica en el Código Civil común, su existencia y validez son reconocidas por la jurisprudencia y por algunos Derechos civiles autonómicos. Ciertamente, la serventía, si bien no ha gozado de una amplia atención sistematizadora por parte de la doctrina legal y científica, ha pervivido como figura jurídica consuetudinaria practicada en muchas regiones españolas, siendo reconocida y regulada legalmente a día de hoy por el Derecho civil de Galicia, y compilada como costumbre en Asturias[4]. Esta circunstancia pone de manifiesto la importancia de las costumbres y tradiciones jurídicas en la configuración del ordenamiento jurídico agrario e inmobiliario, así como la necesidad de una mayor atención a estas figuras por parte de la doctrina científica y la jurisprudencia. Efectivamente, este trabajo pretende analizar esta institución jurídica con gran arraigo, particularmente, en muchos territorios del mundo agrario español donde la actividad agraria ha introducido relaciones jurídicas apropiadas al entorno y ha modelado con ello incluso el propio paisaje rural y natural.

II. SU ENUNCIACIÓN CONCEPTUAL: CONTEXTO Y FUNCIONALIDAD

Los dos factores principales o ejes cardinales que motivan la aparición de serventías son, fundamentalmente (no exclusivamente), la configuración topográfica del territorio (áreas montañosas) y la disposición jurídica del espacio inmobiliario (propiedad minifundista). Normalmente, la existencia de serventías se explica por la interacción de esos dos elementos clave: por un lado, las características geográficas del territorio, como la presencia de zonas accidentadas o desiguales que dificultan el acceso a las fincas; y, por otro, la configuración jurídica de la propiedad, marcada por la proliferación de pequeñas parcelas rústicas. Efectivamente, la configuración topográfica en zonas montañosas o de difícil acceso propicia que la serventía sea la única forma de comunicar fincas aisladas con caminos públicos; y la existencia de pequeñas propiedades favorece dicha solución para proporcionar el acceso a las distintas parcelas. Los caminos servideros, con su arraigo en la tradición rural, no solo facilitan el acceso a las tierras de cultivo, sino que también contribuyen a la identidad y singularidad del paisaje rural porque moldean, no solo la distribución de las fincas agrarias, sino también la percepción y experiencia del entorno.

La confluencia de esas razones geográficas y jurídicas de configuración dominical de la propiedad inmobiliaria rural explican que los titulares de la propie-

dad de los terrenos que sufren dichas condiciones busquen fórmulas de colaboración para conseguir la mayor eficiencia posible en el aprovechamiento de sus fincas agrarias. La servidumbre representa una solución práctica y colaborativa para garantizar el acceso a vías públicas en zonas con características topográficas y estructurales dificultosas, basada en el consenso y la cooperación entre propietarios rurales. En opinión de la doctrina, se trata de una institución mucho más ágil que la servidumbre de paso y dotada de un mejor servicio, evitando así numerosos pleitos (Vaamonde Fernández, 2003, 2278).

No obstante, además de esos factores habituales que determinan la conveniencia de instaurar una servidumbre, otras condiciones geográficas menos adversas también pueden justificar la misma solución para el acceso más eficiente a las fincas. De hecho, la servidumbre ha tenido una gran tradición popular y una tipificación social debido a su frecuente aparición en distintos espacios de la realidad agraria cotidiana a lo largo de todo el territorio y, luego, en múltiples contiendas judiciales sobre la propiedad inmobiliaria. La constitución de esta figura jurídica está marcada por las disparidades territoriales derivadas, en esencia, de las necesidades particulares que justificaron su origen en cada contexto específico y de las singulares condiciones y estructura del régimen agrario.

De esta manera, las servidumbres son aquellos caminos que, bordeando diversas zonas enclavadas o no, o conduciendo a ellas, se utilizan exclusivamente para la comunicación entre ellas o para su explotación. En la fijación y conceptuación de la institución de la servidumbre fue trascendental y orientadora la pionera STS de 10 de julio de 1985 (supuesto ubicado en Canarias) que constituye el punto central de referencia jurídica posterior para delimitar la servidumbre y fijar su aplicación práctica: camino que discurre por terrenos de propiedad particular y que es utilizado por los habitantes de otras fincas para acceder a sus propiedades o para comunicarse con vías públicas[5].

Los caminos de servidumbre se utilizan exclusivamente para la comunicación entre las tierras a las que sirven o para su explotación, ya sea que discurran junto a ellas, las crucen o desemboquen en ellas. De esta manera, estos caminos «sirven» para facilitar la explotación, normalmente agrícola o forestal, de una propiedad y están destinados, principalmente, al uso del propietario o explotador de las tierras adyacentes, y a las personas que trabajan o colaboran en esa explotación. Para ello, los propietarios perfilan y materializan el trazado «físico» de un camino. En este sentido, la RDGSJFP de 22 de julio de 2024 manifiesta que, «desde un punto de vista material, la servidumbre es la franja de terreno existente, generalmente, entre fincas colindantes cedida voluntariamente y de mutuo acuerdo por los propietarios de las mismas para crear un camino de servicio particular, formada a partir del retranqueo de los linderos de dichas fincas». De modo análogo al realizado en las edificaciones urbanas, se refiere a ese espacio libre para

el tránsito que se genera entre la finca aprovechable y el límite real propio de la finca; en todo caso, ello no excluye los supuestos de servентía con un camino que atraviesa una determinada finca y no discurre a lo largo de ella, lo bordea o termina en ella.

Dicho trazado, no solo es de mero acceso físico a las distintas fincas de las cuales son titulares, sino que también ha de ser «funcional» para el aprovechamiento de las mismas, lo que determina que esté vinculado al uso de las tierras a las que sirve (tradicionalmente paso de carros, ganados y tránsito peatonal); el camino puede ser una ruta utilizada para conducir animales a los pastos, para transportar cultivos o para llegar a edificios agrícolas y parcelas cultivadas (función económica). Este camino se diseña para cumplir con todas las necesidades de transporte y movilidad, asegurando una conexión eficiente y segura entre las propiedades y las vías públicas principales. Atendiendo a esa funcionalidad convencional, todos los dueños de los predios limítrofes tienen derecho a ejercitar el paso, no siendo óbice a esto el hecho de que alguno de los predios pudiese tener otra salida a la vía pública, porque puede convenirse constituir la servентía para una mayor comodidad y mejor explotación de los fundos, aunque no sea indispensable para darles dicha salida (así lo recalcaba ya la STSJ de Galicia de 24 de junio de 1997).

De inicio, existe la doble posibilidad a favor de los propietarios de fincas que deseen establecer servicios de paso: se puede optar por la constitución de una servidumbre de paso o por el establecimiento de una servентía. Aunque próxima a la servidumbre de paso, la servентía se diferencia de ésta porque no existen predios dominantes y sirvientes (ausencia de tal dualidad), sino que el paso es común a todos ellos[6]. Si bien tanto la servidumbre de paso legal como la servентía convencional tienen como objetivo garantizar el acceso a un camino público, esta última se caracteriza por una mayor eficiencia, derivada de la libertad de los propietarios involucrados para diseñar dicho camino adaptándolo a las necesidades comunes y peculiares de todos los titulares.

Para ello, los propietarios-colindantes conciben reglas de comportamiento que pretenden, esencialmente, prevenir los conflictos en el uso de sus terrenos, y a la vez operan previendo el aprovechamiento y beneficio que obtienen mediante dicho acuerdo de configuración jurídica consensuada. Precisamente, enlaza con la idea extendida de que la propiedad, en realidad, es el sujeto titular en acción (actividad) conforme a una mentalidad que determina la razón misma del derecho. En ese sentido, se distingue de las relaciones de vecindad que delimitan legalmente el contenido del derecho de propiedad por razones de interés público o privado.

El requisito fundamental para establecer una servентía es el acuerdo entre los propietarios de los terrenos colindantes por donde pasará el camino. Este acuerdo

es la base para la creación de la serventía y debe incluir la voluntad de los propietarios de ceder parte de sus terrenos para tal uso común[7]. Aunque este acuerdo puede ser y suele ser verbal, es muy recomendable formalizarlo por escrito para evitar futuros malentendidos o disputas. El convenio debe ser alcanzado por los propietarios de las fincas que se beneficiarán del paso, y ellos son quienes configuran el trazado del camino; precisamente, esta ejecución del camino se constituye en la prueba más significativa del acuerdo (intención creadora fundamental), en su caso verbal o incluso tácito, de constitución de la serventía[8].

Este camino servidero constituye una vía física y funcional compartida por todos los usuarios interesados, quienes poseen derechos comunes sobre ella. No se trata de propiedad individual ni exclusiva, sino de un espacio común gestionado colectivamente por los propietarios afectados. Esta característica impide que cualquiera de los titulares pueda reclamar su extinción unilateralmente, limitándose únicamente a renunciar al derecho de uso (RDGRN de 10 de abril de 2019).

Desde esa vertiente genética, la serventía se presenta como una institución consuetudinaria arraigada en la práctica y el sentir de los colindantes, quienes la reconocen y respetan como un derecho vigente; por ello, en ausencia de título expreso, se presume que la serventía pertenece a los propietarios colindantes, cada uno en derecho propio, pero uso en común a todos los interesados. Se trata de un derecho que surge de la necesidad común para establecerla y se mantiene mediante la interacción diaria de los colindantes conforme a los usos y prácticas tradicionales.

En consecuencia, la prueba de la existencia de una serventía no se basa únicamente en referencias históricas, sino en su realidad y vigencia actual. La serventía se concibe como una institución activa y presente, no como un mero vestigio del pasado[9]. Por lo tanto, para acreditar su existencia, se debe demostrar su aplicación y reconocimiento actual, no solo su origen histórico[10].

De esta manera, una vez constituida y acreditada, el servicio de paso pertenece en común a todos los usuarios del camino trazado. Se trata, por tanto, de una senda comunal constituida voluntariamente por los propietarios de los terrenos por los que discurre (signo aparente) y cuya finalidad es obtener aquel derecho (servicio) de paso desde una vía pública hasta cada una de las fincas que atraviesa conforme a la necesidad de acceso (uso discontinuo). La serventía se muestra en ese camino que se establece sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, y estos colindantes tienen la facultad de usarlo, disfrutarlo y poseerlo en común, a los efectos del paso. En suma, la serventía es una figura jurídica constituida por un paso o acceso para servicio de fincas colindantes, viniendo a constituir un camino particular de similar configuración a un camino comunitario, pero para uso único de las fincas a que se refiere. En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia al definir la serventía como la vía

que pasa por terrenos de propiedad particular, que se constituye por voluntad de los propietarios colindantes, que han cedido terreno en la proporción adecuada a fin de comunicarse con caminos públicos[11].

Desde el polo opuesto, hay que recalcar que no se trata de un camino de carácter público, ni de un camino privado de uso público; la servent*ía* nada tiene que ver con un camino público, sino que más bien lo excluye. La servent*ía* se refiere exclusivamente a camino privado al servicio común de los propietarios colindantes.

Como ya se ha señalado, hay que diferenciar la servent*ía* de la servidumbre de paso predial[12]. Se trata de un derecho de paso común entre los propietarios de las fincas colindantes, y, además, sin la existencia de predios dominantes y sirvientes como en las servidumbres reales inmobiliarias[13]. La servent*ía* es una institución distinta de la servidumbre propiamente dicha como derecho real limitado, dotada de un valor jurídico del que carece la servent*ía*, que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de un predio dominante y sirviente, consustanciales a la servidumbre y que, al hallarse constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos de paso.

Efectivamente, la servidumbre de paso y la servent*ía* son dos figuras jurídicas distintas que, aunque comparten el objetivo de facilitar el acceso a las propiedades, se diferencian en su naturaleza, titularidad del terreno, modificación del trazado y origen. Ambas comparten la finalidad común de otorgar a sus titulares el derecho de paso a través de propiedades ajenas, es decir, la facultad de transitar por el predio sirviente para acceder a su propia finca[14]. Sin embargo, la servidumbre de paso es un derecho real que grava una propiedad, conocida como predio sirviente, en beneficio de otra propiedad, denominada predio dominante, y se encuentra regulada tanto en el Código Civil como en varios Derechos civiles autonómicos, que establecen las condiciones para su constitución, ejercicio y extinción. La servent*ía*, por otro lado, se basa en una práctica negocial y consuetudinaria sin una regulación legal tradicional. Quiere decirse que no es necesario probar la existencia de una costumbre para la creación de servent*ías*, sino que éstas se basan en la autonomía de la voluntad de los propietarios colindantes al crear un derecho de paso. A diferencia de la servidumbre de paso, la servent*ía* no grava una propiedad en particular, sino que recae sobre un terreno cuyo uso pertenece en común a todos los usuarios del paso. Este terreno, indivisible y no modificable por voluntad unilateral de uno de los usuarios, se destina al tránsito de los propietarios de las fincas colindantes. Al constituir dos realidades jurídicas distintas, puede existir una superposición de la base de una servidumbre de paso sobre la de una servent*ía*, ya que los dos regímenes no son incompatibles, es de-

cir, la existencia de servidumbres de paso no excluye la calificación del camino como serventía.

Ello nos lleva a la siguiente cuestión crucial: determinar la naturaleza jurídica del «servicio de paso» que nos ocupa, con el fin de esclarecer la titularidad y el régimen jurídico aplicable al camino en cuestión, es decir, la calificación determinante para establecer quiénes son los titulares del camino, qué derechos pueden ejercer sobre él y cómo se dirimirán posibles conflictos en relación a su uso y mantenimiento.

III. LA CALIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN CONVENCIONAL DE LA SERVENTÍA

Esta configuración jurídica que adoptan los propietarios que requieren acceso a sus fincas solo puede entenderse en el marco de un acuerdo voluntario entre las partes, donde se establecen los términos de la serventía. De partida, la naturaleza de la serventía presenta un desafío insalvable para su conceptualización como derecho real limitado sobre propiedad ajena. En aquellos segmentos donde la titularidad de la propiedad coincide con el derecho de paso, se produce una confusión entre el dominio pleno y la imposición de un gravamen sobre propiedad ajena. Esta ambivalencia impide la constitución de un derecho real limitado como tal porque la esencia de este tipo de derecho radica en gravar una propiedad distinta a la del titular del derecho, no la propia. En este caso, el derecho de paso sobre terreno propio se considera inherente al derecho de propiedad y el acuerdo en cuestión no tiene como objetivo ni efecto la creación de un nuevo derecho real limitado de goce.

1. El consenso de los partícipes tiene naturaleza contractual

En la serventía, habitualmente, las partes se limitaron a establecer un derecho de paso concretando el lugar de ejercicio (camino trazado), sin otras especificaciones expresas sobre los derechos y obligaciones asumidas por los partícipes. La doctrina legal tiene establecido que el consentimiento también se puede manifestar mediante actos concluyentes independientemente de su forma: «Hay consentimiento cuando se realizan ciertos actos llamados concluyentes, que puede serlo incluso el silencio, no importando la forma (expresa o tácita), siempre que sean claros e inequívocos y la determinación de si existe o no, como, cuestión de hecho, compete al juez» (STS de 18 de febrero de 1987). El acto jurídico contractual se perfecciona mediante la convergencia de las voluntades de las partes intervinientes. Es menester, en todo caso, establecer una clara distinción entre

el consentimiento, entendido como la concurrencia de la oferta y la aceptación, y los tratos preliminares porque estos últimos se caracterizan por su naturaleza condicional, donde la falta de aceptación de los requisitos establecidos obsta la formación del contrato: «Un acto equivalente a un contrato, lo que supone una voluntad concorde o una coincidencia en los quereres de todos los intervinientes, no otros que los interesados. Pero no cabe confundir el concurso de la oferta y la aceptación (consentimiento) con los meros tratos preliminares, en los que aquellos se manifiestan de manera condicional, sometiéndose a una serie de requisitos que si no se asumen por todos implican ruptura o falta de consenso» (STS de 15 de febrero de 1996).

En términos generales, la interpretación del negocio jurídico que da lugar a la calificación debe indagar la intención común de las partes que han constituido el gravamen y qué necesidades se han pretendido satisfacer con su constitución. En ese sentido, los actos posteriores al otorgamiento del título constitutivo son una evidencia clave para discernir la intención original de los partícipes y determinar su voluntad: «Para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores» (art. 1282 CC). Este ejercicio habitual de la servентía determina su ejecución regular, considerando la forma, manera e intensidad de su uso consuetudinario.

Habitualmente la calificación como camino de servентía depende de un estado de hecho (actos reiterados). Es por ello que su reconocimiento como acuerdo vigente refuerza su naturaleza consuetudinaria (existe por la costumbre de su práctica) y su aceptación continua por parte de los afectados (colindantes del camino). En ese sentido, el uso continuado de la servентía a lo largo del tiempo no consolida su contenido definitivo, ya que se considera una situación de hecho que puede ser modificada por acuerdo de los propietarios o, en su caso, por resolución judicial.

En suma, la base de toda servентía se ubica en esa voluntad de los propietarios de los predios afectados, quienes deciden poner en común una franja o porción de sus fincas para que sirva de paso a todos ellos, de modo que el uso pase a ser titularidad en mancomún, constituyendo para ello una vinculación *ob rem* del espacio cedido por cada propietario para trazar el camino. La institución de las servентías se fundamenta en la proyección de derechos sobre bienes propios, no ajenos, lo que da lugar a una dinámica particular. El establecimiento de un camino de servicio emerge de las contribuciones y acuerdos entre los propietarios involucrados, creando así una especie de comunidad de uso que, en última instancia, define y moldea la disciplina reguladora de esa servентía, consolidándola como una regulación de lo propio, no de propiedad ajena.

2. El medio instrumental utilizado es el contrato de sociedad civil sin ánimo de lucro ni personalidad jurídica

En toda comunidad social se han configurado «acuerdos» para superar las naturales limitaciones individuales mediante la unión del esfuerzo de varios miembros constituyendo grupos que pretenden trabajar conjuntamente (colaborar) para alcanzar un objetivo común[15]. Inevitablemente, también en la práctica agraria es frecuente encontrar estos grupos y colectivos que ejercitan una actividad en común, sea lucrativa o no, por razones de oficio, vecindad o colindancia para ejercer o favorecer distintas actividades agrícolas, ganaderas o forestales. Estos acuerdos de colaboración se someten al principio de autonomía privada de manera que el mínimo denominador común de todos estos fenómenos societarios se ubica en su «origen negocial» para definir el acuerdo (contrato) de organización y su fin común (objeto social). A este respecto, el artículo 1665 CC establece la definición fundamental del contrato de sociedad, describiéndolo como un acuerdo por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con el ánimo de partir entre sí las ganancias. La esencia de este contrato radica en su carácter consensual, lo que significa que se perfecciona por el mero acuerdo de las partes involucradas, es decir, por el consentimiento mutuo de los socios. Además de la voluntad de los socios, el artículo 1666 CC exige que la sociedad tenga un objeto lícito y que se establezca en interés común de los socios.

Si bien la definición legal menciona explícitamente el «ánimo de partir entre sí las ganancias», la aplicación de esta figura a entidades sin ánimo de lucro requiere una interpretación particular de este elemento. En este contexto, el «ánimo» puede entenderse como la intención de alcanzar un beneficio o un resultado compartido que no necesariamente implica una distribución de ganancias económicas entre los socios, sino más bien la consecución de cualquier objetivo social de índole no lucrativa. La flexibilidad inherente a la naturaleza consensual del contrato de sociedad civil permite que se adapte a diversas finalidades, incluyendo aquellas donde el beneficio común se centra en un propósito altruista en lugar de la obtención de lucro personal. En todo caso, en el contenido del «ánimo de partir entre sí las ganancias» debe integrarse la consecución de algún tipo de ganancia o beneficio para el grupo (y para sus integrantes), provecho que puede obtenerse mediante el mero uso y aprovechamiento de cosas determinadas y de sus frutos (art. 1678 CC). Concretamente, de las actividades civiles explicitadas por el Código Civil, el «ejercicio de una profesión o arte» (art. 1678 CC) en el ámbito agrario dará lugar a constituir modalidades muy diversas de sociedades civiles[16].

De esta manera, en la serventía la «naturaleza del negocio» a la que alude la ley (art. 1705.1 CC), cuya dinámica siempre se somete a la «buena fe» (art. 1705.2 CC), se instrumenta mediante un contrato de sociedad civil para la constitución de una comunidad funcional de uso. Esta *affectio societatis* es el elemento subjetivo fundamental que define la esencia de la serventía. Se refiere a la intención genuina y la voluntad de los socios de colaborar activamente para alcanzar el fin común propuesto. Este concepto va más allá de un simple acuerdo contractual; implica un compromiso mutuo de los socios para colaborar juntos, aportando sus recursos y esfuerzos en un espíritu de cooperación y confianza. Precisamente, la *affectio societatis* distingue la sociedad civil de otras figuras jurídicas donde puede existir una titularidad compartida de bienes o una relación contractual, pero sin la intención de crear un escenario jurídico con vocación de permanencia y cooperación entre sus miembros. En el contexto específico de la serventía constituida para trazar y conservar el camino de acceso a las distintas fincas, esa motivación principal de unión y colaboración constituye la esencia de su *affectio* y, de hecho, su ausencia puede constituir causa para la disolución de la comunidad, lo que subraya la importancia de mantener esta voluntad de colaboración para la estabilidad y continuidad de la serventía.

Por último, la ley establece de forma explícita las consecuencias de la falta de publicidad de los acuerdos confidenciales existentes en una serventía: la ausencia de personalidad jurídica y la sujeción al régimen de la comunidad de bienes. En ese sentido, el Código es muy claro al determinar que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios… Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes» (art. 1669 CC). Se busca así proteger la seguridad del tráfico jurídico y a los terceros que pudieran relacionarse con estas agrupaciones sin conocer la naturaleza y alcance de sus acuerdos internos.

3. El objeto del contrato es constituir una comunidad funcional de uso de carácter germánico

Según se ha señalado, una de las características principales de la serventía es que el derecho de paso se materializa a través de un camino que no es propio o exclusivo de cada propietario de los terrenos por los que discurre, sino «común» de todos los titulares de las fincas colindantes a las que sirve de acceso, de manera que la serventía crea una especie de comunidad sobre el espacio ocupado por el camino del que forman parte esos titulares, sin que, como se ha señalado, pueda hablarse de relación de predio dominante y sirviente. El camino que atra-

viesa terrenos particulares es utilizado colectivamente por los propietarios de fincas colindantes.

En el contexto de toda comunidad funcional, resulta crucial discernir si su naturaleza jurídica se enmarca dentro de una comunidad de dominio o una comunidad de uso: en la comunidad de dominio, los miembros ostentan la titularidad compartida de los bienes; en contraste, la comunidad de uso se caracteriza por el derecho de los miembros a utilizar y disfrutar de los bienes comunes, sin ostentar la titularidad del dominio. Esta distinción es fundamental, ya que determina los derechos y obligaciones de los miembros, así como la forma en que se administran y utilizan los bienes comunes.

A falta de título explícito que delimite el margen de la linde de cada finca, se presume que pertenecen a los propietarios colindantes, cada uno por derecho de su propiedad. Estos caminos son por tanto caminos privados y los derechos de propiedad individuales de los titulares se aplican a la parte que limita con sus tierras hasta el eje medio de estos caminos. Cada propietario mantiene su derecho de propiedad sobre el terreno cedido al uso de la serventía en función de ese límite objetivo (por título acreditado o por presunción) de su derecho dominical previo. De todos modos, la presunción cederá en caso de que expresamente se acuerde ceder dicho terreno a una comunidad de copropietarios en régimen semejante al de la propiedad horizontal. Salvo prueba en contrario, el acuerdo no busca establecer una copropiedad sobre el camino como la que existe en el régimen de la propiedad horizontal, donde hay elementos comunes y privativos, que se origina por la propia configuración del edificio o de la urbanización. Ni siquiera a modo de comunidad de bienes ordinaria de copropietarios mediante la cesión, por cada propietario, del tramo correspondiente.

Su fundamento jurídico se encuentra en el principio reconocido de *numerus apertus* de derechos reales en el régimen civil español, especialmente en materia de servidumbres, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad[17]. Hay que tener en cuenta, además, que no se contraviene ninguna prohibición legal y que no se puede imponer a los otorgantes el régimen de otras configuraciones que no han convenido, como pueda ser la aludida propiedad horizontal o conjunto inmobiliario, porque la existencia de fincas sirvientes y dominantes, o de elementos comunes y privativos, o un régimen de medianería, conllevaría un resultado que no se ajusta a lo querido por las partes.

Como derecho real de uso constituido, en caso de ausencia de título expreso (lo normal en la serventía), la vía jurídica más directa para formalizar una serventía reconocida y respetada por los propietarios anteriores será el recurso a la usucapión. Si, conforme a las normas generales aplicables a la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, se demuestra un uso continuado, aparente, pacífico, público y en concepto de dueño (o titular del uso) durante los plazos

legales, puede acreditarse (y consolidarse) este derecho real de uso por el mecanismo de la prescripción (usucapión). En todo caso, al requerirse la concurrencia de todos los beneficiarios y que el contenido posesorio se ajuste al destino de la servентía, la situación posesoria representativa de la servентía mediante actos inequívocos de su existencia es difícil que provenga del mero uso natural sin que haya participado el conocimiento y consentimiento (acuerdo) de todos los afectados. No es posible, en ningún caso, que un comunero adquiera mediante usucapión, en perjuicio de los demás, una parte de la servidumbre, incluso si esta es adyacente a su finca y alegue tal título de adquisición. Esta imposibilidad deriva de la naturaleza de la comunidad germánica, donde no existen cuotas individualizadas y la posesión de uno de los comuneros aprovecha a todos. Asimismo, el principio de inherencia predial impide la usucapión de un trozo del camino de servidumbre entre los propios cotitulares. Ahora bien, sería posible, aunque difícilmente factible, que algún comunero posea durante el tiempo preciso en concepto, no de comunero, sino de dueño único del camino, y que esta mutación del título posesorio inicial se manifieste al exterior mediante actos concluyentes que excluyan la posibilidad del derecho de uso por parte del resto de los titulares.

El régimen legal sobre la comunidad ordinaria engloba no solamente la comunidad del derecho de propiedad, sino también, en general, la cotitularidad de otros derechos, como en el presente caso, derecho de uso y disfrute del camino entre fincas, a los efectos del paso. De este modo, la servентía representa, no una copropiedad plena sobre el espacio ocupado por el camino (o medianería en el sentido tradicional), sino una forma especial de «comunidad de uso» por parte de los titulares de los derechos que permiten la posesión de las fincas con las que se formó. Efectivamente, hay comunidad cuando un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas y se regirá por las prescripciones del régimen de la comunidad de bienes a falta de contratos o de disposiciones especiales (art. 392 CC) en lo que sean compatibles con la estructura convencional creada por los partícipes.

La solución adoptada se fundamenta en una síntesis de argumentos tanto objetivos como subjetivos. En primer lugar, de las dos opciones consideradas, la comunidad de uso emerge como la configuración más pragmática y sencilla de implementar, fundamental en el contexto de la idiosincrasia minifundista. Su simplicidad radica en la menor complejidad que implica al evitar la necesidad de establecer figuras jurídicas más extremas como la copropiedad indivisa o la propiedad horizontal. Esta simplicidad minimiza significativamente el riesgo de futuros litigios que a menudo surgen en escenarios de propiedad compartida debido a desacuerdos sobre el uso, el mantenimiento o la toma de decisiones.

En segundo lugar, esta opción se alinea de manera óptima con el interés original y prioritario de los partícipes: mantener la integridad de sus pequeñas explotaciones porque así se requiere una cesión mínima de terreno, estrictamente

la indispensable, pero suficiente para garantizar la funcionalidad común deseada. Esta estrategia evita la dilución de la propiedad y el sentimiento de pérdida de control sobre el patrimonio, aspectos especialmente sensibles en el colectivo de los pequeños propietarios.

En tercer lugar, el arraigado espíritu de los pequeños agricultores (minifundistas), históricamente caracterizado por una fuerte defensa de su limitado patrimonio y una marcada autonomía en la gestión de sus tierras, favorece naturalmente la menor transmisión posible de derechos, menos aún al dominio pleno de la franja correspondiente a cada partícipe[18]. La comunidad de uso se presenta como una solución respetuosa con ese espíritu, apela a la colaboración puntual para un beneficio mutuo sin alterar la estructura de propiedad y tiene una mayor probabilidad de aceptación y adhesión por parte de los partícipes.

Además, y con una visión de futuro, en un eventual proceso de concentración parcelaria, la superficie destinada a la servентía o a la zona de uso común adquiere una importancia estratégica. La distribución de las nuevas parcelas se realizará, como es habitual, en proporción a la superficie y calidad de las parcelas aportadas por cada propietario. En este sentido, la superficie de terreno cedida para el uso común se considerará como una aportación de cada partícipe, y su extensión influirá en la superficie de la nueva parcela que se le asigne. Esto asegura que aquellos que facilitan la funcionalidad común no se vean perjudicados en un futuro proceso de reordenación territorial, sino que su contribución sea reconocida y compensada de manera equitativa en la distribución de las nuevas parcelas, garantizando así la justicia y la proporcionalidad en la asignación de derechos tras la concentración. Esta consideración a futuro refuerza aún más el atractivo de la comunidad de uso como una solución inteligente y previsor para los intereses de los minifundistas.

La servентía establece una cotitularidad indivisa sobre el derecho de uso del camino, compartido por los propietarios colindantes que han cedido parte de sus terrenos para el beneficio común sin renunciar a su propiedad. Esta figura jurídica implica que los partícipes son titulares de un derecho de uso pleno y conjunto, sin la división o asignación de cuotas ideales. Esta característica distintiva se debe a que la comunidad se constituye con el propósito de facilitar la utilización eficiente de las fincas, en consonancia con una concepción colectiva de soluciones en el aprovechamiento de los terrenos agrícolas y forestales. Se configura, por tanto, una comunidad en mano común o «comunidad especial con caracteres germánicos»[19].

En Galicia, sin embargo, la configuración tradicional de la servентía, reconocida inicialmente por la jurisprudencia gallega como una comunidad de uso, ha evolucionado hacia una configuración de «comunidad de copropietarios» desde que constituye la opción legal vigente en la actualidad. Es por ello que en

la doctrina antecedente al régimen vigente actual, se declaraba que la servent*ía* «supone la existencia de un camino o vía de acceso privado a dos o más fincas colindantes, constituidas, con independencia de lo que cada uno de los usuarios o causantes hubieran cedido para su establecimiento, sobre terreno de propiedad particular de éstos, para su uso, disfrute y goce en común, que aunque originariamente vinculado al agra o vilar no lo está necesariamente, y que se traduce en un tipo de comunidad germánica, sin cuotas, de naturaleza indivisible, en la que no es concebible el derecho individual a pedir su extinción»[20]. La opción por la cotitularidad de un derecho que no es el de propiedad, sino de uso, fue la línea inicial de la jurisprudencia gallega hasta la regulación más extensa de la servent*ía* formulada por la Ley en 2006, criterio que se ve respaldado por la jurisprudencia dominante en las demás regiones españolas.

Por ello, para el resto de territorio nacional, estimamos que se trata de una cotitularidad de un derecho de uso del camino trazado sobre la propiedad (que mantienen) de los usuarios[21]. En esta comunidad no hay cuotas, sino una condición o posición del comunero como miembro cotitular del derecho de paso, es decir, mero copartícipe sin estar afectado por criterios de proporcionalidad o medida de participación en la comunidad[22].

En este sentido, la RDGSJFP de 22 de julio de 2024 señala que la servent*ía*, «más bien, es manifestación de una relación de vecindad, al constituirse sobre terrenos de propiedad particular de cada colindante». Puntualiza que es una franja de terreno entre fincas colindantes cedida voluntariamente por los propietarios para crear un camino de servicio particular, es decir, se constituye sobre terrenos de propiedad particular de todos los colindantes, obligando a cada uno a respetar el paso de los demás por el camino. En definitiva, determina que la servent*ía* implica una comunidad de uso y disfrute sin asignación de cuotas, donde los propietarios de las fincas que han cedido terreno tienen derecho a usar el camino.

4. La causa de contrato es el beneficio mutuo basado en el principio de actuación colectiva

El acuerdo de los partícipes en la constitución de la servent*ía* tiene como objetivo garantizar un acceso estable y permanente a los terrenos (recursos propios) mediante una modalidad colectiva económicamente ventajosa para todos. Esta cooperación efectiva se fundamenta en el principio del mutualismo, donde el beneficio es compartido de manera equivalente entre las partes involucradas (beneficio mutuo). Precisamente, esta reciprocidad, característica del mutualismo, lo diferencia de los intercambios basados en favores, que suelen generar asimetrías y obligaciones (naturales).

De esta manera, el principio mutualista se erige como un pilar fundamental para el establecimiento de un régimen convencional sólido y equitativo en la toma de decisiones relativas a la administración y conservación del camino de servicio. Este principio, basado en la reciprocidad y la cooperación, promueve la participación activa de todos los actores involucrados, fomentando un sentido de responsabilidad compartida y asegurando que las decisiones tomadas reflejen los intereses colectivos. La participación activa y la toma de decisiones consensuadas favorece la identificación de las necesidades y el establecimiento de las prioridades que contribuyan a la sostenibilidad a largo plazo del camino de servicio y promuevan la distribución equitativa de las responsabilidades entre los diferentes usuarios (sinalagma plural).

El interés compartido se define como la convergencia de objetivos en la actividad y el aprovechamiento del bien o recurso que facilitan los terrenos, configurando una finalidad común que encuentra explicación jurídica y se sustenta en principios de razonabilidad y equidad.

Sin embargo, sí que existe una aportación a una comunidad de interés mutuo en la que se ceden recíprocamente el uso de cada tramo a toda la colectividad. El objeto del acuerdo de sociedad son las prestaciones mutuas o recíprocas que sirven de base para alcanzar el común y colectivo por parte de los miembros de dicho convenio de asociación. De hecho, las fórmulas de colaboración han sido habituales y necesarias en el mundo agrario tradicional con multitud de prácticas que generan facultades y deberes en el uso y aprovechamiento de los terrenos agrarios, en muchas ocasiones creando sociedades civiles que atienden a distintos tipos de necesidades colectivas.

Criterio fundamental es, en ese sentido, satisfacer esas necesidades con el menor perjuicio posible al terreno afectado, es decir, un principio de moderación e interpretación restrictiva que equilibre las relaciones de convivencia entre los partícipes.

5. La calificación jurídica de la serventía como gravamen real de la propiedad

Los partícipes, en el ejercicio de su autonomía privada, componen una situación dominical de imposición de un gravamen real al derecho de propiedad de cada comunero del derecho de paso convencionalmente establecido, por tanto, una limitación legalmente constituida y reconocida porque «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos» (art. 1091 CC)[23]. La forma de afectación del bien lleva consigo la legitimidad para obtener la utilidad del paso a la finca de

cada partícipe; es decir, este gravamen implica que los propietarios de las fincas afectadas están obligados a permitir el paso de los demás partícipes por sus respectivos terrenos de manera recíproca. Se trata de un límite de carácter convencional, establecido de forma instrumental, cuya función es regular la convivencia ordenada y pacífica entre propiedades vecinas; en definitiva, un elemento accesorio que depende de la obligación subyacente de permisión del paso generada en el marco del contrato de sociedad para constituir el derecho real de uso en cotitularidad. Precisamente, este derecho real preexistente es el que impone limitación sobre la propiedad, una limitación en los derechos del propietario del bien gravado, de acuerdo con la naturaleza del derecho real que origina el gravamen. Un gravamen recíproco que determina el régimen sustantivo para regular el ejercicio del derecho de propiedad, atendiendo a la necesidad de un acceso eficiente a todas las fincas implicadas. Dado que el gravamen real deriva de un derecho real, comparte con este su oponibilidad *erga omnes* y puede hacerse valer frente a cualquier persona que perturbe o desconozca el derecho del titular.

Es importante diferenciar el gravamen real del derecho real limitado. El derecho real limitado es el derecho sobre una cosa ajena que otorga a su titular un poder específico y limitado sobre esa cosa, e implica una restricción al derecho de propiedad de otra persona. Por su parte, en el caso del derecho de paso, las facultades de uso colectivo se integran como un componente del derecho de propiedad de cada partícipe, sin constituir una limitación excepcional a su derecho de propiedad. En este sentido, la obligación de permitir el paso se configura como un gravamen o afección inherente a la cosa, que recae sobre el terreno utilizado como camino. Este gravamen real no es un derecho en sí mismo, pero tiene consecuencias jurídicas derivadas del acuerdo de creación. La principal consecuencia es que la afección queda vinculada a la cosa, no al titular del derecho como tal, por lo que el gravamen persiste, aunque cambie la titularidad de la propiedad. Por ello, el incumplimiento de los deberes de uso y conservación del camino puede dar lugar a acciones legales para exigir su cumplimiento s todo nuevo titular.

Precisamente, este gravamen real es oponible a terceros por el principio de reipersecutoriedad. Aquellos deben respetar la servентía porque, aunque su uso sea discontinuo, su configuración material tiene carácter aparente (principio de cognoscibilidad). Esta oponibilidad a terceros es una característica fundamental del derecho real y del gravamen real, y se debe, en este caso, a su adherencia a la cosa que, luego, pasa a ser inherencia predial para la seguridad del tráfico jurídico.

De este modo, el acuerdo involucra y envuelve un gravamen real que afecta al derecho de propiedad de los partícipes, obligándoles a permitir el paso de los demás, sin configurar un derecho real limitado sobre la propiedad ajena. En la

otra cara de la moneda, por el contrario, aparece el derecho anejo y vinculado a la propiedad misma como el polo positivo de la configuración convenida.

En definitiva, la serventía se constituye por la voluntad de los propietarios colindantes que ceden el uso de una parte de sus terrenos para crear un camino común a los efectos de acceder a las fincas desde una vía pública. Por tanto, es una forma de uso común de un camino privado en el que la propiedad del suelo afectado no se transfiere a una comunidad de copropietarios[24]. Cada propietario mantiene la propiedad de su terreno, pero todos comparten el derecho de uso del camino para el paso y, en ese sentido, es un gravamen real de uso impuesta sobre el objeto del derecho de propiedad configurado como una comunidad sobre el aprovechamiento del espacio ocupado por el camino.

Partiendo de esta base de la necesidad de construir una voluntad colectiva en el régimen de la serventía, la doctrina oficial de la RDGSJFP de 22 de julio de 2024 arroja luz sobre la dinámica específica de este tipo de derecho real. En concreto, la doctrina aborda los derechos de los propietarios de los terrenos colindantes que, en su momento, cedieron parte de su propiedad para la constitución del camino de servicio que conforma la serventía. Estos propietarios ostentan el derecho de utilizar dicho camino para sus necesidades, al tiempo que se les reconoce la facultad de cerrar sus respectivas fincas, delimitando sus linderos de manera que coincidan con los límites exteriores o la caja del propio camino de servicio. No obstante, se establece claramente que estos propietarios colindantes no pueden, de forma unilateral, llevar a cabo alteraciones o modificaciones en la serventía sin contar con el consentimiento unánime del resto de los partícipes. Asimismo, se explicita que ningún propietario puede exigir individualmente la extinción de la serventía, si bien se les concede la posibilidad de renunciar a su derecho de uso de la misma. Finalmente, la resolución apunta a las causas de extinción de la serventía, que se producirá bien cuando todos los propietarios colindantes acuerden de forma unánime su finalización, con la consiguiente reintegración a cada uno de la franja de terreno que originalmente cedieron, o bien cuando la titularidad de todas las fincas colindantes por las que discurre la serventía se concentre en un único propietario. Estas importantes precisiones doctrinales sientan las bases para la comprensión detallada del funcionamiento y las vicisitudes del régimen de la serventía, aspectos que son objeto de un desarrollo más preciso en los apartados siguientes.

IV. EL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA SERVENTÍA

1. Los principios básicos del ejercicio de la serventía

El régimen jurídico de la serventía se caracteriza fundamentalmente por el gran peso del elemento comunitario, un factor determinante que moldea las nor-

mas aplicables y las que no. Dada su naturaleza intrínsecamente comunitaria y, a menudo, sustentada en acuerdos informales, la buena fe en las actuaciones de los copartícipes se erige como un principio rector esencial. Asimismo, considerando su carácter convencional y mutualista, los principios propios de la mutualidad sirven para delimitar el contenido de las facultades y deberes de los propietarios colindantes, quienes, como titulares de la serventía, comparten el derecho de usar, disfrutar y poseer en común el camino de paso, debiendo en todo caso respetar los términos del acuerdo inicial que estableció su uso y mantenimiento.

Sin embargo, una de las principales problemáticas que aquejan a la serventía reside precisamente en su frecuente informalidad y la consecuente falta de seguridad jurídica. En la mayoría de los casos, este derecho de paso no se formaliza mediante un documento, teniendo un origen puramente verbal, lo que genera una profunda incertidumbre legal. Esta ausencia de un título claro impide definir con precisión elementos cruciales como el alcance exacto del derecho de paso (si es peatonal, para vehículos agrícolas, etc.), su duración (si es perpetuo o temporal), y las condiciones específicas para el uso y el mantenimiento del camino. Esta indefinición puede ser fuente de significativos conflictos entre los usuarios, especialmente cuando se produce un cambio en la titularidad de las fincas afectadas o cuando las circunstancias originales que dieron lugar a la serventía sufren alteraciones.

Los desacuerdos más habituales suelen surgir en relación con la amplitud del derecho de paso, las responsabilidades en el mantenimiento del camino (reparaciones, limpieza, limitaciones temporales de acceso), y la duración del propio derecho. Ante esta falta de formalización, la costumbre emerge como una fuente de Derecho clave para intentar resolver las controversias (Derecho consuetudinario). En este contexto, los tribunales se ven en la necesidad de valorar la intención negocial original de las partes que establecieron la serventía, así como las pruebas existentes sobre la costumbre local, para poder dictar una resolución justa. La «intención negocial» se refiere a la voluntad tácita o expresa de los propietarios iniciales al permitir el paso, mientras que la «prueba de la costumbre» implica demostrar la existencia de un uso continuado, público, pacífico y reconocido como obligatorio en la comunidad, transmitiéndose esta práctica de generación en generación como algo obligatorio y no opcional. Esta prueba puede sustentarse en testimonios vecinales, documentos históricos, peritajes u otros medios probatorios que acrediten la práctica consuetudinaria. No obstante, recurrir a la costumbre presenta limitaciones significativas, ya que su prueba puede ser compleja y costosa, y su interpretación puede resultar ambigua y sujeta a la valoración subjetiva del tribunal. Además, la costumbre, por su naturaleza informal y local, puede no adaptarse completamente a las necesidades y dinámicas sociales y económicas actuales. Probar la existencia de una norma consuetudina-

ria en el Derecho español requiere rigor y la presentación de pruebas sólidas que demuestren tanto la práctica reiterada y uniforme (elemento material o *inveterata consuetudo*), pública, notoria y generalizada en el tiempo, como la convicción jurídica de su obligatoriedad (elemento espiritual u *opinio iuris seu necessitatis*), es decir, la creencia de que se está actuando conforme a derecho y no por mera cortesía o conveniencia.

Finalmente, cabe destacar que el régimen de comunidad se constituye como el mecanismo habitual para gestionar la servidumbre, donde las decisiones se toman de forma conjunta por todos los usuarios, buscando la igualdad y la corresponsabilidad en el mantenimiento y uso adecuado del camino. Si bien este sistema puede ser eficaz en comunidades pequeñas y cohesionadas, puede presentar desafíos en contextos más amplios o ante desacuerdos significativos, donde la lentitud en la toma de decisiones y la falta de mecanismos claros de resolución de conflictos pueden perpetuar la inseguridad jurídica.

2. El ejercicio de la facultad de uso

Los derechos y obligaciones que rigen los caminos de servidumbre entre propiedades colindantes configuran un marco regulatorio destinado a equilibrar los intereses de los distintos titulares. En primer lugar, es fundamental destacar la facultad que asiste a cada propietario de cerrar su propia finca, delimitando su propiedad mediante linderos que coincidan con los extremos del camino de servidumbre. Esta acción, sin embargo, debe ejercerse sin menoscabar el derecho de paso de los demás comuneros, prohibiéndose expresamente cualquier conducta que implique una apropiación exclusiva del camino mediante cierres que impidan su uso compartido.

En lo que respecta al uso de la servidumbre en sí misma, su régimen jurídico establece limitaciones importantes a la autonomía individual de los propietarios. El ejercicio del derecho de paso debe ser «uso *civiliter*», es decir, los titulares tienen el deber de utilizar la servidumbre de forma íntegra y adecuada a la finalidad para la que fue constituida, generalmente el tránsito a las fincas adyacentes. Esto implica que no se permite un uso diferente o para una finalidad distinta a la originalmente pactada, debiendo siempre ajustarse a los límites establecidos en el título que dio principio y práctica a la servidumbre.

De este principio se derivan una serie de derechos y obligaciones concretos para los propietarios. Todos comparten el derecho fundamental de usar la servidumbre para el paso. Paralelamente, surge la obligación inherente y recíproca de respetar el derecho de paso de los demás copartícipes. La posibilidad de cerrar las fincas, ya mencionada, debe ejercerse sin obstaculizar este derecho común.

Asimismo, se impone el deber de utilizar el camino de manera responsable, evitando cualquier acción que pueda causar daños o molestias a los otros usuarios, lo que incluye abstenerse de un uso excesivo o inapropiado. La serventía debe ser utilizada de forma que no genere perjuicio a ninguno de los propietarios, y se prohíbe la sustracción de cualquier porción del camino al uso colectivo para destinarlo a un uso meramente exclusivo de alguno de los comuneros.

El uso del camino de serventía no se limita necesariamente a la superficie; se plantea la cuestión de si abarca también el subsuelo. A este respecto, la finalidad original de la serventía no permite a los propietarios la instalación de canalizaciones y redes subterráneas en el trazado de la serventía sin obtener autorización de los demás. A tal efecto pueden adoptarse los acuerdos específicos pertinentes que regulen el uso de las instalaciones atendiendo al criterio de no comprometer ni disminuir la utilidad del camino. No obstante, cada propietario ostenta el derecho sobre el subsuelo de su propiedad y, en consecuencia, podrá realizar las obras de enterramiento de las conducciones e instalaciones que estime oportunas, bajo la condición de comunicar previamente dicha actuación al resto de los copropietarios, en observancia de los principios de buena fe y lealtad contractual.

Es crucial comprender que el derecho de uso del camino no está intrínsecamente ligado a la propiedad del suelo subyacente. Cada propietario de una finca colindante tiene derecho a utilizar la totalidad del camino de serventía. El consentimiento otorgado para el paso no constituye un acto de mera tolerancia, sino que la existencia misma de la serventía genera una obligación para todos y cada uno de los colindantes de respetar el tránsito de los demás.

Sin embargo, este derecho de uso no es ilimitado. Dada la inevitable restricción que la serventía impone al pleno disfrute del derecho de propiedad de otros, su mantenimiento en ausencia de una explotación activa por parte del beneficiario se subordina al interés de quien efectivamente lo utiliza. En consecuencia, ningún propietario puede establecer unilateralmente barreras o instalaciones que limiten, regulen o restrinjan el uso del camino o lo hagan menos conveniente para los demás, sin obtener el consentimiento expreso de todos los cotitulares del uso.

Una vez que los propietarios colindantes establecen un camino de serventía, su uso se considera compartido y en beneficio no solo de ellos mismos, sino también de sus sucesores y otros titulares de derechos sobre las fincas adyacentes, como arrendatarios, usufructuarios o nuevos propietarios. El uso del camino beneficia también a quienes tienen el aprovechamiento de los terrenos que lo bordean, ya que este uso deriva directamente de su relación jurídica con los propietarios. Es importante destacar que el uso de la serventía no puede restringirse a personas determinadas; si la serventía está destinada al servicio de una finca, su utilización está permitida incluso a terceros vinculados con el propietario me-

diante relaciones jurídicas que faculten para la explotación o cultivo de la misma. De esta manera, si el uso de un camino se reserva tanto a los usuarios directos como indirectos de las fincas colindantes, los propietarios usuarios tienen la facultad de permitir el acceso a quienes deseen porque el uso no depende necesariamente de la titularidad de la propiedad del terreno.

Finalmente, es fundamental señalar que, dado que el camino de servidumbre no se rige por el régimen de copropiedad, cada propietario conserva la titularidad exclusiva de la porción de terreno sobre la que recae el camino. En consecuencia, cada propietario puede, individualmente y sin necesidad del acuerdo de los demás, prohibir el acceso a personas cuyo paso no sea consecuencia de la colindancia de las fincas. En ausencia de unanimidad entre los propietarios, no cabe adoptar acuerdos por mayoría que vulneren esta facultad de exclusión inherente al derecho de propiedad. Por lo tanto, los caminos de servidumbre no están, en principio, abiertos al público, aunque sí pueden abrirse al tráfico público mediante un acuerdo unánime de los propietarios colindantes.

3. Las decisiones sobre actos de administración

En el régimen de la servidumbre, la noción tradicional de autonomía individual del propietario experimenta una transformación fundamental, intrínsecamente ligada a la imperiosa necesidad de forjar una voluntad colectiva. A diferencia del dominio pleno y casi absoluto que caracteriza a la propiedad ordinaria, donde el individuo goza de la potestad de decidir y actuar unilateralmente sobre su bien, en la servidumbre las decisiones que trascienden la esfera individual e impactan al conjunto de los partícipes demandan la concurrencia de un consenso comunitario sobre el derecho de uso del camino. En consecuencia, el ejercicio de la autonomía individual se ve necesariamente supeditado a la armonización con los intereses y las decisiones emanadas del colectivo. Este equilibrio se articula mediante un proceso deliberativo y de búsqueda de acuerdos, donde la toma de decisiones que afectan a la totalidad de los integrantes de la servidumbre se fundamenta en la participación y el consentimiento mutuo. De esta manera, la gestión y el aprovechamiento de los bienes o servicios comunes inherentes a la servidumbre se erigen como un ejercicio de corresponsabilidad, donde la voluntad individual se moldea y se integra en la voluntad del grupo.

En este sentido, ante la ausencia de una regulación específica detallada para la toma de decisiones sobre actos de administración en el régimen de la servidumbre, resulta necesario acudir al régimen supletorio codificado relativo a la comunidad de bienes ordinaria, realizando las adaptaciones pertinentes a las particularidades inherentes a la comunidad serventil. De manera análoga a lo que sucede en

una comunidad de bienes ordinaria, la gestión y administración de la servent*í*a se rigen, en principio, por el principio mayoritario. No obstante, en el contexto de la servent*í*a, la determinación de esta mayoría atender*á*, en defecto de pacto en contrario, al número de propietarios colindantes que integran la comunidad serventil. Se consideran actos de administración aquellos destinados a la conservación, mejora y el uso adecuado del camino de servicio que constituye la servent*í*a, tales como la realización de reparaciones necesarias para su transitabilidad, la limpieza y mantenimiento de su trazado, o la contratación de servicios para garantizar su funcionalidad.

Para la adopción de estas decisiones administrativas, se requerirá el acuerdo de la «mayoría» de los partícipes en la comunidad, computada, como se ha indicado, generalmente por el número de propietarios. En aquellos supuestos en los que surjan desacuerdos o no se alcance la mayoría necesaria para llevar a cabo un acto de administración que se considere fundamental para el adecuado funcionamiento de la servent*í*a, cualquier propietario colindante podrá recurrir a la autoridad judicial. El juez, tras examinar la situación, podrá adoptar las medidas que estime oportunas, incluyendo la designación de un administrador si fuera necesario para asegurar la adecuada gestión de la servent*í*a. Es crucial distinguir estos actos de administración de aquellos actos de disposición o alteración sustancial de la servent*í*a, los cuales, dada su trascendencia, exigirán la unanimidad de todos los propietarios colindantes. Esto se debe a que cualquier modificación que afecte de manera significativa a la configuración, extensión o uso de la servent*í*a impacta directamente en los derechos e intereses de todos los partícipes.

En definitiva, la gestión ordinaria y el mantenimiento de la servent*í*a se articulan, supletoriamente, a través de la voluntad mayoritaria de los propietarios colindantes, siempre adaptando los principios de la comunidad de bienes ordinaria a la singular naturaleza y finalidad de este particular derecho real de uso.

4. La conservación del camino

En el régimen de la servent*í*a, el derecho de todos los usuarios a utilizar el camino de servicio conlleva una inherente obligación de contribuir a su mantenimiento, asegurando así su viabilidad y funcionalidad a largo plazo. Esta responsabilidad compartida puede manifestarse de diversas formas, desde la asunción de los costes económicos necesarios para las reparaciones y mejoras, hasta la participación activa en trabajos de conservación, una práctica de colaboración mutua que en los distintos contextos sociales y culturales recibe denominaciones diversas (*auzolan*, *andecha, sextaferia, tornallom, facendera, vereda*).

De este modo, la sostenibilidad del uso del camino no solo se garantiza mediante la contribución a las obras necesarias, sino también mediante la ausencia de obstáculos que puedan impedir o dificultar el tránsito. Como se ha señalado, el derecho de paso que ostentan los propietarios colindantes prohíbe expresamente al titular de la finca atravesada por la serventía obstaculizar el ejercicio de este derecho, impidiendo la creación de cualquier tipo de impedimento. En este sentido, el derecho de disfrute de todos los usuarios del camino rural debe ser respetado en su integridad, sin que ningún propietario colindante pueda limitar unilateralmente su uso a otros titulares de este derecho. Por ello, se considera prohibida cualquier obstrucción del acceso al camino mediante la instalación de vallas o barreras, salvo que estas se dispongan de manera que permitan el uso a todas las personas con derecho a ello, habilitando los mecanismos necesarios para su apertura. Así pues, la obligación de abrir una valla o accionar una barrera para permitir el paso no se considera, en sí misma, una vulneración del derecho de disfrute de los usuarios. En consecuencia, todo propietario tiene la facultad de cercar su terreno siempre y cuando esta acción no restrinja ni dificulte el paso de aquellos propietarios que tienen derecho de tránsito a lo largo del camino.

Cabe señalar, a modo de reflexión, la cuestión de si la contribución al mantenimiento y reparación de la serventía debería ser proporcional al interés o beneficio que cada propietario obtiene de su uso, tal como se contempla en otros ordenamientos jurídicos como el francés, un aspecto que podría ser relevante en la configuración concreta de cada serventía. En cualquier caso, los propietarios acordarán el criterio de distribución de los gastos necesarios o de conservación y, a falta de acuerdo, el gasto se repartirá en partes iguales entre las fincas a las que sirve el camino.

La determinación de los aspectos operativos relativos a los gastos ordinarios necesarios (tales como el momento y la forma de su ejecución, así como las modalidades de pago) se someterá al acuerdo adoptado por la mayoría de los copropietarios. No obstante, cualquier copropietario puede, bajo su propia iniciativa, llevar a cabo las obras que resulten necesarias, con la facultad de repetir contra los restantes comuneros la cuota parte del coste que les corresponda (art. 395 CC). En lo concerniente a las reglas de distribución de los gastos de mejora o suntuarios, se atenderá a los criterios que, de común acuerdo, hayan estipulado los cotitulares para tales supuestos y, en defecto de dicho acuerdo, se exigirá la concurrencia del consentimiento unánime de todos ellos.

Como consecuencia de la naturaleza jurídica de la serventía (comunidad de uso y disfrute), los gastos realizados sobre el camino revisten, en principio, carácter privativo, porque inciden sobre una porción de terreno de dominio individual y exclusivo de cada uno de los propietarios de las fincas gravadas; y respecto de terceros la obligación de pago tendrá naturaleza solidaria en razón de

que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de prácticas antecedentes de la voluntad de los interesados en ese efecto económico y jurídico conforme a las pautas de la buena fe contractual.

5. La modificación de la servent*í*a

La regla fundamental que rige cualquier modificación de una servent*í*a es la necesidad del consentimiento «unánime» de todos los propietarios que tienen derecho a utilizarla. Esto implica que cualquier alteración sustancial, ya sea la supresión, la desviación o el intercambio del trazado del camino, requiere la voluntad concorde de todos los partícipes. Este principio subraya la importancia de la naturaleza comunitaria de la servent*í*a, donde todos los propietarios colindantes tienen el derecho a participar activamente en las decisiones que afecten a la misma, incluyendo cambios en el trazado, la realización de mejoras o la modificación de las condiciones de uso. A pesar de la rigidez que impone la unanimidad para la modificación, es evidente que, si todos los propietarios están de acuerdo, la servent*í*a puede ser objeto de cambios.

En relación con las posibles modificaciones, es importante distinguir entre el trazado y la anchura del camino, ya que las alteraciones pueden incidir en uno u otro aspecto. En este contexto, la doctrina apunta a la posibilidad de ampliar la servent*í*a para atender las nuevas necesidades de las fincas, recurriendo a los criterios de proporcionalidad establecidos legalmente para las servidumbres de paso (Vaamonde Fernández, 2003). Esta perspectiva debe alinearse con la función social que se predica del derecho de propiedad para que la servent*í*a se limite a lo estrictamente necesario para el uso y disfrute adecuado del camino. Existe, por tanto, una identidad de razón para aplicar analógicamente las reglas imperativas establecidas en las servidumbres, con el fin de promover únicamente aquellos cambios que respondan a los nuevos modos de explotación o a las necesidades cambiantes de las fincas, siempre dentro de los límites de la proporcionalidad. Finalmente, cabe señalar que la modificación del uso de la servent*í*a a lo largo de los años no altera su naturaleza jurídica como tal.

6. La defensa de la servent*í*a

Los titulares de una servent*í*a, en su calidad de cotitulares de un derecho real que se ostenta en comunidad germánica, están legitimados para ejercitar las acciones legales que correspondan en defensa de su derecho frente a terceros e incluso entre los propios comuneros[25]. En primer lugar, cada uno de ellos tiene legitimación activa para interponer las acciones de protección sumaria de la po-

sesión, destinadas a evitar o recuperar la perturbación o el despojo posesorio. Adicionalmente, pueden ejercer las acciones derivadas de la defensa de su derecho de propiedad sobre la servidumbre, como son la acción reivindicatoria, dirigida a recuperar la posesión ilegítimamente detentada por otro; la acción declarativa de dominio, que busca el reconocimiento judicial de su derecho ante quien lo niega o desconoce; y la acción negatoria, cuyo objetivo es declarar la ausencia o inexistencia de gravámenes o derechos reales limitados sobre la servidumbre.

En este sentido, se reconoce la legitimación activa de cada comunero para actuar en defensa de los intereses de la comunidad servidumbral, pudiendo ejercitar acciones en beneficio de todos los partícipes, sin necesidad de un acuerdo unánime, siempre que su actuación esté encaminada a la protección de los intereses comunes. Esta facultad se asimila al propio del régimen de la comunidad germánica, donde cualquier copropietario puede actuar en interés de la comunidad. De esta manera, la comunidad de propietarios de la servidumbre tiene la capacidad de actuar legalmente para proteger sus intereses cuando la utilidad que satisface la servidumbre se vea amenazada o perjudicada. Es decir, si el servicio o beneficio que proporciona el camino de servicio se ve en riesgo, la comunidad tiene el derecho de emprender las acciones legales pertinentes. Esta legitimación de la comunidad se extiende también a la impugnación de aquellos actos que puedan perjudicar la servidumbre, asegurando así el mantenimiento de las condiciones que la hacen útil y funcional para todos los que tienen derecho a su uso.

V. SU EXTINCIÓN

La extinción de una servidumbre es un proceso que requiere la concurrencia de circunstancias muy específicas, siendo la regla general la imposibilidad de que un propietario individualmente solicite su desaparición, tal como lo establece la STS de 10 de julio de 1985, que niega la existencia de una propiedad individual sobre la servidumbre y, por ende, el derecho individual a pedir su extinción, dada su naturaleza inherente e inseparable de la propiedad colindante. No obstante, sí se reconoce la facultad de cada propietario de renunciar a su propio derecho de uso de la servidumbre si así lo desea.

En cuanto a la eliminación o el traslado de un camino de servidumbre, estos solo pueden llevarse a cabo con el consentimiento unánime de todos los propietarios que tienen derecho a utilizarlos, sin que un propietario pueda solicitar la supresión del derecho de uso de otro colindante por la mera circunstancia de que su terreno deje de estar enclavado. La supresión, por tanto, exige el acuerdo unánime de todos los usuarios, no implicando este consentimiento automáticamente el no uso, la desaparición física del camino o el cese del aislamiento de las parcelas.

Sin embargo, la servent*ía* puede extinguirse en una serie de supuestos tasados. En primer lugar, por el acuerdo unánime de todos los colindantes, en cuyo caso se reintegrará a cada uno la franja de terreno que aportó originalmente para la creación del camino. En segundo lugar, cuando la propiedad de todas las fincas colindantes por las que discurre la servent*ía* se reúna en un único titular. En tercer lugar, por justo motivo, que concurra cuando exista alguna circunstancia en atención a la cual ya no sea objetivamente razonable la existencia y permanencia de la comunidad de uso. Este podría ser el caso de conflictos reiterados y graves entre los partícipes que impidan el buen funcionamiento de la comunidad, siempre que estos conflictos trasciendan las meras malas relaciones personales y no sean principalmente imputables a los partícipes que pretenden la extinción. Finalmente, también puede extinguirse por un cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales que motivaron la constitución de la comunidad serventil. Es importante destacar que estas dos últimas causas, el justo motivo y el cambio sobrevenido de circunstancias, deben ser apreciadas de manera estricta y objetiva, teniendo en cuenta el interés colectivo de todos los partícipes. En aras de la buena fe, se considera razonable que aquel propietario que pretenda la extinción de la servent*ía* por estas causas, además de justificar adecuadamente la existencia de la causa grave o impeditiva, realice un intento previo de alcanzar un acuerdo transaccional con el resto de los cotitulares del derecho de uso. Este intento de conciliación se erige como un requisito esencial que deriva del principio de buena fe y de la equidad mutua que debe regir en las relaciones dentro de la servent*ía*.

La extinción de la servent*ía*, en cualquiera de los supuestos, conllevará la restitución a cada partícipe del terreno que aportó en su origen para el trazado del camino. En resumen, la modificación o cese de la servent*ía* requiere la unanimidad de todos los colindantes, sin que ningún titular pueda unilateralmente exigir su extinción, aunque sí pueda renunciar a su uso individual, contemplándose la extinción únicamente por acuerdo unánime, concentración de la propiedad o, de forma excepcional y justificada, por la existencia de un justo motivo o un cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales.

VI. SU PUBLICIDAD

La existencia jurídica y material de la servent*ía* (derecho real de uso) presenta una dificultad inherente derivada del principio de libertad de los fundos, donde se presume la ausencia de cargas sobre la propiedad. A pesar de esta dificultad, la acreditación de una servent*ía* se apoya fundamentalmente en la posesión y la presencia de signos físicos visibles, evidentes y manifestaciones tangibles de su uso, como puede ser un camino trazado y utilizado de forma continuada. Si bien

la inscripción de la serventía en el Registro de la Propiedad no es un requisito constitutivo para su existencia, su constancia registral proporciona una seguridad jurídica significativamente mayor.

La falta de inscripción no invalida la serventía establecida por uso y costumbre, pero puede generar incertidumbre y complejidades frente a terceros adquirentes. Para que una serventía no inscrita sea inoponible a un comprador del predio sirviente, se exige que este actúe de buena fe, es decir, que ignore la existencia del gravamen. Sin embargo, esta buena fe se presume ausente cuando los signos de la serventía, como un camino claramente ostensible e indubitado, revelan su existencia de manera inequívoca. En tales casos, la apariencia exterior de la serventía le confiere una publicidad equivalente a la inscripción registral, surtiendo efecto incluso contra el adquirente del inmueble, aunque no conste en el Registro de la Propiedad. De hecho, se establece una presunción de conocimiento de la serventía aparente no inscrita, frente a la cual la ignorancia real de su existencia por parte del adquirente no tendría efecto jurídico. Por lo tanto, el nuevo propietario de una finca está generalmente obligado a respetar una serventía no inscrita si su existencia se manifiesta de forma clara y evidente a través de signos físicos, denotando su naturaleza consuetudinaria y los acuerdos tácitos o prácticos entre los propietarios anteriores.

No obstante, para evitar futuros conflictos y reforzar la seguridad jurídica, es altamente recomendable formalizar el acuerdo de serventía por escrito e inscribirlo en el Registro de la Propiedad. La inscripción otorga publicidad y oponibilidad frente a terceros, consolida el derecho, facilita la prueba de su existencia en caso de disputas y simplifica la transmisión de la finca al ofrecer información precisa sobre las cargas que la gravan. Para inscribir una serventía, la RDGRN de 10 de enero de 2011 exige la presentación del documento en cuya virtud se constituyó, que fundamente el derecho a favor de quien se va a practicar la inscripción, reflejando todas sus circunstancias y características, así como el consentimiento o la intervención de los titulares registrales. La mención o mera alusión de la serventía en la descripción de la finca colindante, como señala la RDGSJFP de 22 de diciembre de 2021, puede ser un indicio de su existencia (naturaleza meramente informativa), aunque no equivalga a su inscripción formal.

La complejidad de la inscripción de serventías se manifiesta en los procedimientos de inscripción de representaciones gráficas o rectificación de cabida, donde la georreferenciación debe respetar el trazado de la serventía cuya existencia derive de la descripción registral de la finca colindante, tal como se indica en la RDGSJFP de 11 de enero de 2024. En estos casos, la mera oposición de un colindante no es suficiente para impedir la inscripción, pero el registrador debe valorar las alegaciones y pruebas aportadas para determinar si existe una controversia real. Como se pone de manifiesto en la RDGSJFP de 20 de febrero de 2024, el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no es la vía adecuada

para resolver conflictos entre titulares registrales colindantes sobre la existencia de una serventía no formalizada e inscrita; en estos casos, se requiere un acuerdo entre las partes, un expediente de deslinde (artículo 200 LH), un expediente de conciliación registral (artículo 103 bis LH) o un procedimiento jurisdiccional.

En definitiva, la constatación material y jurídica de la serventía, especialmente cuando no está inscrita, presenta desafíos que requieren la consideración de la posesión, los signos externos, la buena fe de terceros y, en última instancia, la formalización e inscripción para garantizar la plena seguridad jurídica.

VII. SU PRESENCIA EN LOS DERECHOS AUTONÓMICOS

La «serventía» es una figura jurídica practicada y reconocida, sobre todo, en Galicia, Asturias, León (comarca del Bierzo) y, de manera destacada, en las Islas Canarias; sin embargo, su existencia no se limita a estas regiones. Seguidamente, se presentará una breve reseña de los diferentes territorios en los que su existencia ha sido objeto de reconocimiento oficial.

1. Normativa legal: Galicia

La STSJ de Galicia de 22 de julio de1994 subrayaba que el Derecho civil gallego no se limitaba a la Compilación (en vigor en aquel momento)[26], y reafirmó la vigencia e importancia de las normas consuetudinarias, incluso aquellas que no están compiladas, entre las que se encontraba la «serventía de agra»[27] y la serventía ordinaria propiamente. Entre esas costumbres, los tribunales gallegos reconocieron la vigencia de la serventía como uso y tradición integrante del ordenamiento jurídico civil de Galicia que luego ha pasado ser norma escrita[28].

Actualmente, la serventía tiene reconocimiento y regulación legal, como figura independiente de la servidumbre, en la Ley del Derecho civil de Galicia[29]: «*La serventía es el paso o camino privado de titularidad común y sin asignación de cuotas, cualquiera que sea lo que cada uno de los usuarios o causantes hubiera cedido para su constitución, que se encuentra establecido sobre la propiedad no exclusiva de los colindantes y que tienen derecho a usar, disfrutar y poseer en común a efectos de paso y servicio de los predios*» (art. 76). La relevancia contemporánea de esta figura jurídica ha suscitado un profundo interés en la doctrina científica gallega más moderna, lo que se refleja en la abundancia de análisis y estudios sucesivos[30]. El origen de las serventías podría encontrarse en el «agra» o «vilar», aunque su vinculación a estas no es exclusiva porque se da también cuando los titulares de las «leiras» (parcelas) contiguas se ponen de acuerdo cediendo terreno para facilitar el acceso a un camino público.

Respecto de la acreditación de la serventía, quien defiende la existencia de la misma debe probar el negocio constitutivo: «*Si algún titular de los colindantes acreditara la adquisición exclusiva de la parte del paso o camino que discurre sobre su propiedad, quien alegue la existencia de serventía habrá de probar su constitución, que podrá ser declarada frente al que se opone al paso, en beneficio de la comunidad, sin necesidad de intervención de los demás cotitulares, quienes se aprovecharán de las resoluciones favorables sin que los perjudiquen las adversas*» (art. 77). En este sentido, el legislador gallego facilita la prueba de presunciones para favorecer el reconocimiento de la existencia de la serventía a partir de situaciones de hecho que, dada su naturaleza y persistencia, difícilmente podrían explicarse mediante otra figura jurídica: «*Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de serventía: 1.º Si las fincas forman o formaron parte del agro, agra o vilar, y se prueba el uso continuo. 2.º Cuando el paso o camino fue establecido en la partición de herencia o división de cosa común como servicio para todas o alguna de las fincas resultantes. 3.º Si el camino aparece referido como colindante en los títulos de las fincas que se sirven por él. 4.º Cuando el paso o camino es usado por los colindantes para acceder a sus fincas situadas sin otra salida a camino público*» (art. 78).

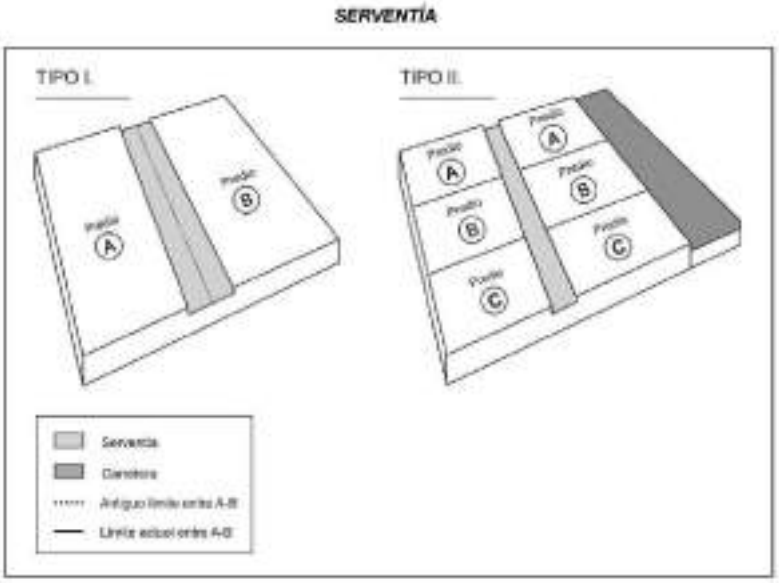
La indivisibilidad de la serventía es esencial a su previa configuración como *copropietarios* (art. 81) de una *propiedad no exclusiva de los colindantes* (art. 76), es decir, comunidad (copropiedad) germánica[31]: «*Ningún cotitular de la serventía podrá ejercitar la acción de división*» (art. 79).

En relación con las facultades y deberes de los cotitulares de la comunidad, el legislador dispone la participación en los gastos comunes: «*Todos los partícipes están obligados a contribuir, a partes iguales, con los gastos de conservación de la serventía en los términos que acuerde la mayoría*» (art. 80). Por último, la ley disciplina el régimen de las variaciones e innovaciones que los titulares puedan requerir en su uso: «*1. Cualquier modificación o alteración de la serventía requerirá el consentimiento unánime de los copropietarios. 2. No obstante, si el trazado del paso o camino dentro de los predios aportados para la constitución de la serventía impidiera al copropietario realizar en el resto del suyo obras, reparaciones o mejoras importantes, podrá variarse por su cuenta siempre que ofrezca en el predio otro lugar igualmente idóneo y de forma que no resulte perjuicio grave para los demás cotitulares de la serventía*» (art. 81).

2 Normativa consuetudinaria compilada: Asturias

La Compilación asturiana distingue las dos vertientes (material y jurídica) de la serventía[32]. Sobre la primera se dispone lo siguiente: «*Desde un punto de vista material, la serventía es la franja de terreno existente, generalmente, entre fincas*

colindantes cedida voluntariamente y de mutuo acuerdo por los propietarios de las mismas para crear un camino de servicio particular, formada a partir del retranqueo de los linderos de dichas fincas (Anexo VI. Tipo I). En ocasiones puede constituirse entre fincas colindantes, pero no por la línea de colindancia, sino atravesándolas (Anexo VI. Tipo II)»; (§ 172.1); «*Cuando la serventía se traza entre fincas colindantes, por la franja de la colindancia, los linderos de dichas fincas coinciden con los extremos o caja del camino de servicio*» ((§ 172.3). Esto implica que la franja de terreno que forma la serventía se considera parte de las propiedades afectadas, aunque su uso esté destinado al camino de servicio[33].



Precisamente es la configuración que aplica la RDGSJFP de 22 de julio de 2024 donde, analizando la figura de la serventía del Derecho consuetudinario asturiano y su diferencia con una servidumbre de paso, considera que existe un camino privado al servicio común de los propietarios colindantes (serventía) de tal modo que la georreferenciación propuesta debe respetar el trazado de la serventía.

En relación al aspecto jurídico de la institución, se define así: «*Desde un punto de vista jurídico, la serventía es un derecho de paso, de carácter indivisible, sin asignación de cuotas, cuya titularidad corresponde en régimen de comunidad de uso y disfrute a los propietarios de las fincas que han cedido terreno para crearla y que se sirven de ella*» (§ 172.2). Por tanto, este derecho

de paso común es esencial para el acceso y comunicación entre las propiedades involucradas, y la titularidad del camino recae en los propietarios de las fincas que cedieron terreno para su creación, quienes la utilizan en régimen de «comunidad de uso».

Sobre las facultades de los usuarios de la serventía, la costumbre asturiana, en defecto de convención, alude a las siguientes: al derecho de uso de modo que los usuarios «*tienen derecho a usar la serventía los propietarios o poseedores de las fincas colindantes que han cedido terreno para crear el camino de servicio*» (§ 173.1); y al cierre de las fincas de manera que «*los colindantes pueden cerrar sus fincas haciendo coincidir los linderos con los extremos o caja del camino de servicio que constituye la serventía*» (§ 173.2).

De igual modo, en ausencia de un acuerdo específico, el derecho de propiedad de cada titular se encuentra limitado por las siguientes dos prohibiciones relacionadas con la serventía: la prohibición de alteraciones de modo que «*los colindantes no pueden realizar alteraciones en la serventía sin el consentimiento unánime de los demás*» (§ 174.1); y la prohibición de extinción unilateral de manera que «*los colindantes no pueden exigir individualmente la extinción de la serventía, sin perjuicio de que puedan renunciar a su utilización*» (§ 174.2).

Por último, la costumbre asturiana contempla dos modos de extinción de la serventía. En primer lugar, la serventía puede extinguirse por acuerdo unánime: «*Cuando todos los colindantes así lo acuerden, en cuyo caso debe procederse a reintegrar a cada uno la franja de terreno cedida*» (§ 175.a). Además, puede producirse la confusión de propiedades: «*Cuando la propiedad de las fincas colindantes por las que discurra la serventía recaiga en un mismo titular*» (§ 175.b). Esto se debe a que la serventía es un derecho de uso que se ejerce sobre propiedades ajenas, y cuando las propiedades se unifican en un solo titular, este derecho deja de tener sentido.

3. Configuración como comunidad especial: Navarra

En Navarra, al igual que en otras regiones donde se reconoce la figura de la serventía, su existencia se fundamenta en la tradición y el uso continuado, es decir, se ha desarrollado y mantenido mediante prácticas comunitarias y acuerdos que no siempre se han formalizado por escrito, configurándose como un derecho consuetudinario. Aunque el Fuero Nuevo de Navarra no dedica un capítulo específico a las serventías, sus principios generales sobre la propiedad, la comunidad de bienes y las servidumbres resultan de aplicación en esta materia. Desde esta perspectiva, la serventía se concibe como una forma de comunidad germánica o indivisa, donde no existen cuotas de propiedad individuales sobre el camino

o paso, sino que todos los propietarios colindantes ostentan el derecho a usar la servent*ía* en su totalidad, sin posibilidad de división o asignación de partes específicas. En consonancia con esta naturaleza comunitaria, se aplica el principio de que todos los titulares están obligados a contribuir al mantenimiento y conservación del camino de manera proporcional al uso o interés que cada uno tenga en él.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha reconocido la existencia de caminos de servent*ía* basándose en el uso secular y en la interpretación de que la ausencia de una regulación explícita no implica la exclusión de su reconocimiento. En un ámbito similar se encuentran los espacios comunes entre casas contiguas denominados «belena/etxekoarte», regulados en el artículo 376 del Fuero Nuevo, que se distinguen del camino de carro común o servent*ía* que sirve a distintas propiedades, tal como se precisa en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tafalla de 26 de noviembre de 2020. Por su parte, la STSJ de Navarra de 1 de marzo de 2010 declara que la servent*ía* encaja en la definición de «comunidad especial» del Fuero Nuevo[34]. Estas características determinan la proximidad entre la servent*ía* y los tipos de comunidades especiales regulados en las Leyes 376 y 378 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. La Ley 376 configura una comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, incluyendo, como se interpreta doctrinalmente y conforme al espíritu de la ley, el paso entre fincas que conforma la servent*ía*. Un rasgo propio de esta institución, trasladable a la servent*ía*, es su indivisibilidad, ya que en esta clase especial de comunidad de uso y disfrute ningún comunero puede disponer de su derecho al paso separadamente de la finca a la que sirve dicho camino. Por otro lado, la Ley 378 regula la comunidad solidaria, carácter también presente en la servent*ía* como mecanismo regulador de su vida jurídica diaria, permitiendo que cada cotitular pueda por sí solo ejercitar y disponer plenamente de su derecho de uso y disfrute en la totalidad del camino.

4. Derecho consuetudinario en otros territorios autonómicos

A) Andalucía

Lejos de ser una institución extraña al contexto andaluz, aunque pueda tener una mayor presencia en las regiones anteriormente reseñadas, la jurisprudencia del TSJ de Andalucía en su sentencia de 22 de junio de 2004 atestigua su existencia al declarar que el Camino de Gamonal es una servent*ía*, a la que alude la SAP de Huelva de 30 de diciembre de 2005. Más nítidamente, citando varias sentencias de regiones andaluzas, la SAP de Granada de 23 diciembre de 2016 reconoce que la realidad del caso se ajusta plenamente a la figura de la servent*ía*, también conocida en algunas comarcas como «salidero» o «camino de herradura», te-

niendo su origen en la voluntad de los propietarios de las fincas afectadas. En el mismo sentido, más recientemente la SAP de Málaga de 29 de septiembre de 2023 alude a la servентía como institución jurídica de origen consuetudinario, reconocida en algunas comunidades autónomas españolas, incluyendo Andalucía.

B) Castilla y León

La figura de la servентía, si bien inicialmente pudo generar ciertas dudas en la jurisprudencia, cuenta con arraigo y reconocimiento jurídico[35], contrariamente a lo que sostenían las SSAP de Palencia de 20 de julio de 1999 y de Burgos de 7 de abril de 2005. En este sentido, la SAP de León de 27 de mayo de 2008 clarificó que lo fundamental no es la denominación del terreno, sino la realidad de la situación fáctica que se configura como una servентía, es decir, el uso, la disposición y las utilidades que los propietarios de predios próximos dan al terreno en cuestión. En el caso concreto analizado por esta sentencia, los tres colindantes se habían comprometido a sufragar los gastos sobre el terreno, lo habían dividido en tres partes y habían pactado expresamente que ninguno de ellos podría impedir el paso a los otros. Posteriormente, las SSAP de Salamanca de 2 de octubre de 2000 y de León de 26 de octubre de 2010 abordaron la cuestión de la servентía, pero no la aplicaron en sus respectivos casos por falta de prueba, sin llegar a excluir categóricamente su existencia en el territorio. En contraste, la SAP de Zamora de 31 de julio de 2006 sí reconoció la existencia de una servентía al considerar que su concurrencia había quedado debidamente acreditada. Finalmente, la SAP de León de 21 de enero de 2013 vino a confirmar la validez de la servентía en la Comarca del Bierzo, fundamentándola en la costumbre, como fuente del derecho reconocida en el artículo 1.3 CC, y aplicándola a un supuesto de zonas de acceso común y uso compartido entre varias propiedades. De este modo, la jurisprudencia de Castilla y León, si bien con algunas iniciales divergencias, ha ido consolidando el reconocimiento de la servентía como una figura jurídica propia de la región, especialmente cuando se demuestra su existencia a través del uso continuado, acuerdos entre los propietarios o la costumbre local; en esta misma línea se pronunciado más recientemente las SSAP de Salamanca de 15 de enero de 2021 y de León de 21 de mayo de 2024.

C) Cataluña

Al igual que en los casos anteriores, un sector de la jurisprudencia catalana reconoce la figura de la servентía como una costumbre arraigada, basándose en la definición que el Tribunal Supremo ofreció en su sentencia de 1985. En este

sentido, la SAP Lleida de 7 de enero de 1999 la cita para explicar la naturaleza de la serventía destacando la inexistencia de fundos dominante y sirviente. Por su parte, la SAP de Tarragona de 19 de julio de 2016 matiza la serventía es una comunidad de uso sobre un camino formado a partir de terrenos de las mismas fincas que lo utilizan.

D) Castilla La Mancha

Entre las resoluciones judiciales que hacen referencia a la figura de la serventía en el territorio, la SAP de Cuenca de 3 de julio de 2018 reviste particular interés al estimar que la situación fáctica analizada se correspondía, efectivamente, con una serventía de paso. La fundamentación de esta decisión se basó en la consideración de la zona en litigio como un terreno común o, al menos, de uso común para las fincas colindantes, elemento definitorio de esta institución jurídica. Posteriormente, la SAP de Ciudad Real de 5 de octubre de 2023 también reconoció la existencia de un camino privado común a todos los titulares de las diferentes parcelas, calificándolo explícitamente como una serventía de paso. En este caso concreto, la controversia se centró en la determinación de la anchura del trazado de la serventía, lo que subraya la importancia de precisar los límites y las características específicas del derecho en cada caso concreto.

E) Comunidad Valenciana

Entre otras muchas manifestaciones de la jurisprudencia del territorio[36], cabe aludir a las SSAP de Alicante de 12 de abril de 2013 que, tras reconocer la existencia de una serventía, impone a los comuneros partícipes de la misma la obligación de contribuir al pago de los gastos de mantenimiento; y de 3 de marzo de 2023 que no exige que el paso tenga la misma anchura en todo el tramo del camino, dependiendo de los acuerdos a los que hayan llegado los propietarios. De forma similar, la SAP de Valencia de 9 de marzo de 2023 reconoce una situación de hecho equiparable a la serventía, concepto del «derecho foral» que se refiere a una vía utilizada conjuntamente por los propietarios de terrenos colindantes con derecho a paso.

F) Extremadura

En el panorama jurisprudencial extremeño, donde las referencias a la figura de la serventía son relativamente infrecuentes, se reconoce su práctica en las SSAP de Badajoz de 20 de mayo de 2005 y 28 de mayo de 2007, y de Cáceres de

5 de abril de 2011. Estas resoluciones judiciales abordan de manera explícita la servidumbre, subrayando su reconocimiento y existencia no solo en diversos territorios españoles, sino también dentro de la propia región extremeña. Al hacerlo, exponen las principales peculiaridades que caracterizan a esta institución jurídica, diferenciándola de otras figuras afines y delineando su singular naturaleza en el contexto territorial propio.

G) Islas Baleares

Los tribunales de las Islas Baleares también han confirmado la vigencia de la servidumbre en su territorio, basándose en la citada doctrina establecida por el Tribunal Supremo. La SAP de las Islas Baleares de 20 de junio de 2005, en el caso enjuiciado, declara que un camino constituye una servidumbre cuando pasa por propiedades particulares y es utilizado por los titulares de estas y otras fincas para acceder a vías públicas. En este supuesto, la servidumbre se originó por un acto de destinación plurilateral de cinco hermanos antes de la división de las parcelas, estableciendo signos de servicio y dependencia mutua. Tras la división, surgió la servidumbre como una relación de servicio y uso común, un acto que puede realizarse de común acuerdo entre todos los propietarios, aplicando las reglas de la comunidad de bienes al realizar la partición. La SAP de las Islas Baleares de 4 de marzo de 2014 establece la diferencia clave entre la servidumbre de paso y la servidumbre: mientras la servidumbre grava una propiedad exclusiva en beneficio de otra, el terreno de la servidumbre no tiene esa vinculación exclusiva, sino que pertenece en común a todos los usuarios del paso, de forma indivisible y no modificable unilateralmente.

H) Islas Canarias

La jurisprudencia territorial más pionera sentó las bases para la delimitación de la figura de la servidumbre en el contexto canario, enfatizando sus rasgos distintivos en comparación con otras figuras jurídicas similares[37]. En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de diciembre de 1997, aunque no la reconociera en el caso concreto analizado, ya delineaba la diferencia fundamental entre una servidumbre de paso y una servidumbre, conforme a los parámetros doctrinales. La sentencia señalaba que, si bien ambas figuras comparten el propósito de facilitar el paso a los titulares hacia sus propiedades a través de terrenos ajenos, su naturaleza jurídica difiere sustancialmente. Mientras que la servidumbre de paso grava un terreno de propiedad exclusiva del dueño de la finca sirviente, el terreno sobre el que se constituye una servidumbre no tiene esa vinculación exclusiva con

las fincas colindantes. Por el contrario, pertenece en común a todos los usuarios del paso de forma indivisible, sin que la voluntad de uno solo de ellos pueda modificar esta condición. Posteriormente, la SAP de Las Palmas de 15 de julio de 2014 puso de manifiesto la necesidad de justificar tanto la constitución como el uso de una serventía en cada caso concreto. No obstante, la Sentencia de 29 de abril de 2013 de la misma Audiencia Provincial reafirmó la validez y la aplicabilidad de la figura de la serventía, destacando su carácter consuetudinario y la innecesariedad de un documento formal para su establecimiento, lo que subraya la importancia de la tradición y el uso continuado en la configuración de este derecho en el archipiélago canario.

VIII. CONCLUSIONES

I. La tesis propuesta en el trabajo, sintetizada en el título del mismo, busca definir que la serventía se establece como una comunidad funcional de uso que adquiere relevancia jurídica a través de un acuerdo convencional instrumentado como contrato de sociedad civil. Esta perspectiva ofrece una vía novedosa e inédita para entender y regular una figura tradicional que carece de una definición legal explícita y posee un profundo arraigo en ciertas prácticas sociales y agrícolas. El concepto de serventía remite a una realidad compleja, generalmente ligada al uso compartido de un camino por parte de varias propiedades colindantes. Tradicionalmente, su existencia y régimen se ha basado en la costumbre, la tolerancia o, en ocasiones, en acuerdos verbales de difícil prueba. Precisamente, al calificarla como comunidad funcional de uso, se destaca su funcionalidad (necesidad objetiva y compartida por sus usuarios) y su naturaleza colaborativa (se comparte un interés común en el uso, disfrute y mantenimiento de la serventía). Esta interdependencia en su uso y conservación genera una comunidad, no sobre la propiedad del terreno que ocupa el camino, sino la facultad de usarlo para el fin determinado que justifica su constitución.

II. La falta de un encuadre jurídico claro en la doctrina legal y científica genera inseguridades y eventuales conflictos que se solventan mediante la tesis que se propugna de considerar la serventía como una comunidad funcional de uso de carácter germánico que deviene a la vida jurídica, no por disposición legal, sino mediante la voluntad de las partes involucradas. De hecho, la serventía configura una situación dominical de imposición de una carga real al derecho de propiedad de cada comunero, lo que implica una limitación convencional legalmente reconocida y recíproca que regula la convivencia entre propiedades vecinas y el acceso eficiente a las fincas. Este acuerdo convencional es el puente que formaliza una situación de hecho (necesidad) y la dota de efectos jurídicos (regulación).

Este acuerdo implica el reconocimiento mutuo de derechos y obligaciones por parte de los usuarios de la servентía que pretende dotar de forma y contenido legal a una realidad preexistente, permitiendo que sus miembros gestionen sus relaciones de manera más efectiva y previsible. El fundamento del acuerdo se halla en el principio del mutualismo, donde el beneficio es compartido equitativamente, ya que este modelo se basa en la igualdad de derechos y obligaciones de todos sus miembros, la solidaridad y la democracia en la gestión de la entidad.

III. La propuesta central y más innovadora de la opinión presentada es que el vehículo utilizado para formalizar este acuerdo convencional es el contrato de sociedad civil sin ánimo de lucro en sentido económico estricto puesto que, en este caso, el beneficio es la consecución del objetivo social de usar y aprovechar el camino de acceso a los terrenos propios. Esta figura jurídica ofrece un marco flexible y adecuado por cuanto tiene como objeto la gestión, mantenimiento y mejora del camino serventil en el que, de partida, los socios aportan el terreno necesario para trazar el camino y, luego, incluso el trabajo personal u otros recursos necesarios para su mantenimiento. Al plantear el contrato de sociedad civil como el instrumento, esta opción no solo propone una solución para la formalización de la servентía, sino que también ofrece un modelo para su gestión y resolución de conflictos, dotándola de una estructura legal que va más allá de la mera tolerancia o la costumbre. La intención convencional de las partes permite establecer reglas claras sobre el uso, mantenimiento, reparto de gastos, solución de conflictos y, eventualmente, la disolución de la comunidad de uso.

IV. El funcionamiento de la servентía se fundamenta esencialmente en la buena fe entre sus usuarios, siendo un pilar ineludible la imperativa necesidad de una voluntad colectiva, que se torna indispensable tanto para la administración ordinaria como para la efectiva conservación de este camino de uso compartido, crucial para la accesibilidad de las propiedades. Por consiguiente, cualquier decisión que impacte significativamente al conjunto de los partícipes exige, de manera primordial, el consenso comunitario de todos aquellos que se benefician directamente de la servентía, garantizando así la plena legitimidad y una amplia aceptación de las medidas adoptadas; y, solo de forma supletoria, para los actos de mera administración que no impliquen una alteración sustancial del camino o de su régimen de uso, se recurre a la aplicación del principio mayoritario propio de la comunidad de bienes, computándose generalmente este criterio en función del número de propietarios colindantes a los que la servентía presta servicio, reflejando su naturaleza de comunidad funcional y no meramente de propiedad.

V. Aunque la inscripción en el Registro de la Propiedad no constituye un requisito *sine qua non* para la existencia legal de la servентía, su formalización en dicho registro confiere una mayor seguridad jurídica a todos los partícipes, además de dotarla de una oponibilidad reforzada frente a terceros, quienes quedarán

vinculados por su existencia; no obstante, en ausencia de dicha inscripción, la presencia de signos físicos visibles y evidentes del camino, como vallados, pavimentos o hitos, puede llegar a conferirle una publicidad equivalente a la registral, sirviendo como un claro indicio de su preexistencia y uso continuo.

VI. La servентía, si bien carece de una regulación uniforme en el Derecho común español, posee un reconocimiento legal específico en diversas comunidades autónomas, lo que demuestra su arraigo y adaptación a las particularidades territoriales. En Galicia se configura actualmente como una comunidad de copropietarios, otorgándole un estatus jurídico claro y definido. Por su parte, en Asturias, la servентía está compilada como una costumbre, definiéndose como un derecho de paso indivisible en régimen de comunidad de uso y disfrute, lo que resalta su carácter perpetuo y compartido. En Navarra, su concepción diverge aún más, entendiéndose como una forma de comunidad germánica o especial, aplicándosele los principios del Fuero Nuevo, lo que subraya una gestión colectiva y sin cuotas predeterminadas. Más allá de estas regulaciones autonómicas explícitas, la jurisprudencia ha jugado un papel crucial al reconocer la existencia de la servентía como un derecho consuetudinario en otras comunidades autónomas, incluyendo Canarias, Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Castilla La Mancha, la Comunidad Valenciana o Extremadura, consolidando así su validez y exigibilidad a pesar de la ausencia de un régimen legal especial que la regule a nivel estatal.

IX. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS de 22 de diciembre de 1870 (ECLI:ES:TS:1870:84)
- STS de 10 de julio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:457)
- STS de 18 de febrero de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:1105)
- STS de 26 de marzo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:16699)
- STS de 22 de diciembre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9128)
- STS de 24 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:1945)
- STS de 14 de mayo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:3023)
- STS de 15 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:945)
- STS de 26 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1360)
- STS de 12 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1635)
- STS de 7 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3126)
- STSJ de Andalucía de 22 de junio de 2004 (BOJA 15 octubre 2004)
- STSJ de Galicia de 22 de julio de 1994 (ECLI:ES:TSJGAL:1994:15)
- STSJ de Galicia de 24 de junio de 1997 (ECLI:ES:TSJGAL:1997:1895)
- STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TSJGAL:2002:2347)

- STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TSJGAL:2004:3253)
- STSJ de Galicia de 24 de enero de 2006 (ECLI:ES:TSJGAL:2006:2)
- STSJ de Galicia de 7 de junio de 2006 (ECLI:ES:TSJGAL:2006:1923)
- STSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TSJGAL:2012:8805)
- STSJ de Galicia de 24 de julio de 2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2018:4325)
- STSJ de Navarra de 1 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TSJNA:2010:87)
- STSJ de Navarra de 4 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TSJNA:2011:223)
- SAP de Alicante de 12 de abril de 2013 (ECLI:ES:APA:2013:1305)
- SAP de Alicante de 3 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APA:2023:535)
- SAP de Asturias de 15 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:APO:2023:2745)
- SAP de Asturias de 25 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APO:2023:3258)
- SAP de Asturias de 5 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:APO:2023:3870)
- SAP de Badajoz de 12 de mayo de 2000 (ECLI:ES:APBA:2000:657)
- SAP de Badajoz de 20 de mayo de 2005 (ECLI:ES:APBA:2005:890)
- SAP de Badajoz de 28 de mayo de 2007 (ECLI:ES:APBA:2007:505)
- SAP de Burgos de 7 de abril de 2005 (ECLI:ES:APBU:2005:364)
- SAP de Cáceres de 5 de abril de 2011 (ECLI:ES:APCC:2011:225)
- SAP de Ciudad Real de 5 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APCR:2023:977)
- SAP de Cuenca de 3 de julio de 2018 (ECLI:ES:APCU:2018:307)
- SAP de Granada de 23 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APGR:2016:2097)
- SAP de Huelva de 30 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:APH:2005:1282)
- SAP de las Islas Baleares de 20 de junio de 2005 (ECLI:ES:APIB:2005:849)
- SAP de las Islas Baleares 4 marzo 2014 (ECLI:ES:APIB:2014:402)
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:APGC:2013:2937)
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de julio de 2014 (ECLI:ES:APGC:2014:1889)
- SAP de León de 27 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APLE:2008:661)
- SAP de León de 26 de octubre de 2010 (ECLI:ES:APLE:2010:1264)
- SAP de León de 21 de enero de 2013 (ECLI:ES:APLE:2013:57)
- SAP de León de 21 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APLE:2024:917)
- SAP de Lleida de 7 de enero de 1999 (ECLI:ES:APL:1999:10)
- SAP de Málaga de 29 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:2809)
- SAP de Palencia de 20 de julio de 1999 (ECI:ES:APP:1999:312)
- SAP de Salamanca de 2 de octubre de 2000 (ECLI:ES:APSA:2000:753)
- SAP de Salamanca de 15 de enero de 2021 (ECLI:ES:APSA:2021:31)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:APTF:1997:593)
- SAP de Tarragona de 19 de julio de 2016 (ECLI:ES:APT:2016:1496)
- SAP de Valencia de 9 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:840)

- SAP de Zamora de 31 de julio de 2006 (ECLI:ES:APZA:2006:386)
- SJPI de Tafalla de 26 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:JPII:2020:601)
- RDGRN de 2 de noviembre de 2009 (BOE-A-2009-19392)
- RDGRN de 10 de enero de 2011 (BOE-A-2011-513)
- RDGRN de 10 de abril de 2019 (BOE-A-2019-6451)
- RDGSJFP de 22 de diciembre de 2021 (BOE-A-2022-187)
- RDGSJFP de 6 de junio de 2023 (BOE-A-2023-15176)
- RDGSJFP de 11 de enero de 2024 (BOE-A-2024-3181)
- RDGSJFP de 20 de febrero de 2024 (BOE-A-2024-5457)
- RDGSJFP de 22 de julio de 2024 (BOE-A-2024-20527)

X. BIBLIOGRAFÍA

Afonso Rodríguez, M. E. (1988). Notas sobre la serventía: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1985). *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 5, 149-166.

Afonso Rodríguez, M. E. y Sánchez Jordán, M. E. (2015). La serventía canaria. En: S. Nasarre Aznar (dir.), *Bienes en común*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 254-310).

— (2022). *La Serventía: Estudio Jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Argudo Périz, J. L. (2015). Servidumbres de pastos y leñas y otras comunidades de uso. En: G. Cerdeira (dir.), *Tratado de servidumbres*, Madrid: La Ley Wolters Kluwer (pp. 1461-1551).

Botana Torrón, F. M. (2003). Análisis de las presunciones de serventía en el borrador a la reforma de la ley de derecho civil de Galicia. *Foro Galego: Revista Xurídica*, núm. 191 (ejemplar dedicado a III Congreso de Derecho Gallego, Palacio de Congresos de A Coruña, noviembre de 2002), 198-202.

Busto Lago, J. M. (2000). *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*. Madrid: Edersa.

— (2013). La serventía en el Derecho civil gallego. En: A. L. Rebolledo Varela (coord..), *Tratado de servidumbres II*. Cizur Menor: Aranzadi (pp. 639-664).

— (2015). Capítulo VII. Las comunidades de bienes en el Derecho civil propio de Galicia, En: J. M. Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho civil de Galicia*. Barcelona: Atelier.

Díaz Fuentes, A. (1997). *Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*. A Coruña: Publicacións do Seminario de Estudios Galegos.

— (2004). *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*. Barcelona: Bosch.

— (2006). Derechos reales. Relaciones prediales de vecindad y serventías. En: J. A. García Caridad (coord.), *Galicia: Derecho*, volumen 53. A Coruña: Hércules de Ediciones (pp. 248-267).

Díaz Martínez, A. (1996). Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996, A.P. de Orense. *Revista Xurídica Galega*, núm. 12, 340-349.

Espejo Lerdo de Tejada, M. (2014). El derecho real limitado de paso y su creación y configuración voluntarias. *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre 2014.

Espín Alba, I. (1999). Capítulo VII. Servidumbre de paso y serventía. En: J. M. Lete del Río (coord..), *Manual de Derecho civil gallego*. A Coruña: Colex (pp. 89-99).

Garzón Ortega, J. (2000). La Serventía en las Islas Canarias. En: J. Martínez Simancas y R. Bercovitz (coords.), *Derechos civiles de España*, volumen 7 (Canarias, Navarra). Cizur Menor: Aranzadi (pp. 4009-4020).

Karrera Egialde, M. M. (2023). Las sociedades civiles agrarias en el Registro Mercantil tras la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas. *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, núm. 260, 231-266.

Lete del Río, J. M. (1995). Reflexiones sobre la Ley de Derecho civil de Galicia. *Actualidad Civil*, noviembre 1995, 871-882.

López Graña, J. A. (2003). Breves consideraciones sobre la serventía y el "camiño do agro". *Foro Galego: Revista Xurídica*, núm. 191 (ejemplar dedicado a III Congreso de Derecho Gallego, Palacio de Congresos de A Coruña, noviembre de 2002), 203-205.

Martínez Varela, M. (2011). Configuración jurisprudencial del camino público y las serventías en el ámbito del derecho foral de Galicia. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 17, 2037-2047.

Pérez Gallego, R. (2024). El derecho consuetudinario de Castilla y León y su conservación como patrimonio cultural inmaterial. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 61, 7-33.

Picatoste Bobillo, J. C. (2008). De las serventías. Comentario a los artículos 76 a 81. En: Á. L. Rebolledo Varela (coord..), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor: Aranzadi (pp. 387-412).

Piñana Batista, F. C. (2022). La costumbre como fuente del derecho español y la costumbre en Canarias con especial referencia a la serventía. *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, núm. 3, 412-433.

Ramos Blanco, J. L. (2020). *Las serventías en Galicia: estudio histórico-jurídico de una institución peculiar*. Santiago de Compostela: Andavira.

Rebolledo Varela, Á. L. (1994). El desarrollo del Derecho civil gallego. En: D. Bello (coord..), *La modernización del Derecho civil*. Santiago de Compostela: Fundación A. Brañas.

— (1997). Comentarios a los artículos 30 a 32 LDCG/1995. En: M. Albaladejo y S. Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXII. Ley de Derecho Civil de Galicia.* Madrid: Edersa.

— (1999): *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil en Galicia: (montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y serventía).* Pontevedra: Revista Xurídica Galega.

Rodríguez-Gigirey Pérez, F. A., y Castro Díaz, J. (2000). Las serventías en la Ley 4/1995 de Derecho Civil Gallego, En: J. Martínez-Simancas y R. Bercovitz (coords.), *Derechos civiles de España IV: Galicia, Andalucía, Principado de Asturias*. Cizur Menor: Aranzadi (pp. 1869-1880).

Rodríguez Montero, R. P. (1996). La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho Civil Gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras comunidades autónomas. *Revista Xurídica Galega*, núm. 14, 37-73.

— (1996). Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente ley de derecho civil de Galicia. *Foro Galego: Revista Xurídica*, núm. 189, 57-72.

— (1997). Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías: comentario a la STSJ Galicia de 24 de junio de 1997. *Revista Xurídica Galega*, núm. 16, 303-316.

— (2000). La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como elemento de desarrollo del derecho civil gallego (servidumbres y serventías). *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 399-418.

— (2001). *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*. A Coruña: Netibiblo.

— (2003). Problemática jurídica en materia de serventías: diversas consideraciones generales en torno a su regulación actual y futura. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 1005-1018.

Rodríguez Montero, R. P.; Ramos Blanco, J. L. (2015). La Antropología desde el Derecho: Derecho consuetudinario gallego y Etnografía. *Revista de Antropología Social*, núm. 24, 189-199.

Serrano Alonso, E. (2000). El Derecho Civil en el Principado de Asturias. En: J. Martínez-Simancas y R. Bercovitz (coords.), *Derechos civiles de España IV: Galicia, Andalucía, Principado de Asturias*. Cizur Menor: Aranzadi (pp. 2307-2332).

Vaamonde Fernández, J. M. (2003). Servidumbre de paso y serventía. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1944, 2251-2280.

NOTAS

Este trabajo se ha realizado como miembro del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco «Persona, Familia y Patrimonio» conforme a la convocatoria resuelta por el Gobierno Vasco para al cuatrienio 2022-2025 (GIC IT-1445-22).

[1] La memoria y preexistencia de la serventía en el territorio canario se refleja incluso en la actualidad, con la presencia de referencias a esta figura en el callejero de varias localidades («Calle Serventía»). Esta circunstancia pone de manifiesto la importancia histórica y cultural de esta figura jurídica en la región cuyo precedente documentado se remonta a un pleito de 1754 (Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán: 2022, 23).

[2] El demandado pretendía que «jamás había existido la servidumbre que se reclamaba, sino una *serventía de montear* convertida por el aumento de población en público tránsito, que principiaba por el terreno del demandado pasando por la finca de Hernández a todas las demás de aquel pago de vegas».

[3] Definición que viene marcada como procedente de las Islas Canarias y Cuba.

[4] Esta carencia de estudios generales y sistemáticos en el Derecho común ha sido objeto de atención reciente en los trabajos de Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán (2015 y 2022).

[5] Esta sentencia fue comentada por Afonso Rodríguez (1988) y reiterada por la STS de 14 de mayo de 1993. Un supuesto de hecho semejante, aunque sin mencionar la serventía, se dilucidaba en la STS de 26 de marzo de 1987.

[6] Ramos Blanco (2020: 66-73) ofrece un desglose de las analogías y diferencias entre la serventía y la servidumbre de paso.

[7] Responde a las expresiones latinas *do ut des* (doy para que des) y *do ut facias* (doy para que hagas). Ambas expresiones reflejan la idea de una relación de intercambio, donde una parte realiza una acción o entrega algo con la expectativa de obtener posteriormente algo a cambio.

[8] Lo que tradicionalmente se ha venido de denominar «paz negociada en su inicio por los interesados» (STS de 24 de marzo de 1993) y a la que se alude en multitud de casos referidos a derechos de paso. Así, en la STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2004, «partiendo de la expresada premisa, de que no se requiere para la constitución un acuerdo de voluntades documentado y de la implícita, de que puede considerarse como título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico, oneroso o gratuito, "inter vivos" o "mortis causa", a virtud del cual se establece la comunidad de uso y disfrute que en definitiva surge de la constitución de la serventía, la sentencia recurrida precede a un minucioso examen de la prueba documental… resaltando además de que en los títulos de las fincas de la actora se hace mención a camino … una circunstancia de incuestionable relevancia, y es la de que igual referencia se realiza en los títulos de los demandados… lo que ciertamente no puede ser interpretado sino como un acto de reconocimiento de la existencia del camino y de que discurre fuera de su finca».

[9] El Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de abril de 2016 enfatiza que la clave es la prueba de la existencia actual de la serventía, referida, no a si existió en un tiempo pasado, sino a si existe ahora. En el mismo sentido la RDGSJFP de 22 de julio de 2024.

[10] Dado su origen, la prueba de la existencia de una serventía puede ser compleja. No se trata de demostrar su existencia en el pasado, sino su vigencia en el presente. Para ello, se pueden utilizar diversos medios de prueba, como los testimonios de vecinos (personas que conozcan la existencia y uso del camino desde hace tiempo), documentos antiguos (escrituras de propiedad, planos o mapas donde se haga referencia a la serventía) o la inspección judicial (el juez puede inspeccionar el camino y los terrenos colindantes para verificar su existencia y

uso). En este sentido, puede ser útil la enumeración de circunstancias que utiliza la STSJ de Navarra de 1 de marzo de 2010 para acreditar el carácter del derecho de paso y la existencia de la servent*ía* (comentadas por Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán: 2020, 102-107).

[11] STS 14 mayo 1993: «Al hallarse constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, estos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos de paso».

[12] Las manifestaciones jurisprudenciales señalan que, a diferencia de la servidumbre predial (art. 530 CC), la servent*ía* «no requiere la existencia de predio dominante y sirviente». En la servent*ía*, el camino no grava una propiedad en beneficio de otra, sino que es utilizado en común por todos los propietarios colindantes. Se trata de una distinción también recalcada en la doctrina científica; entre otros, Busto Lago (2000) y Vaamonde Fernández (2003).

[13] La jurisprudencia así lo resalta en las SSTS de 10 de julio de 1985, 14 de mayo de 1993, 26 de marzo de 2014 y 12 de abril de 2016. En el mismo sentido las SSTSJ de Galicia de 22 de julio de 1994 y de Navarra de 1 de marzo de 2010.

[14] Es por ello que, como en el caso de la RDGSJFP de 6 de junio de 2023, surgen dudas sobre la calificación jurídica en los casos de «servidumbre de paso recíproca existente en favor de su finca y otras».

[15] Esta práctica tiene su base constitucional en la «libertad de empresa» que los tres poderes públicos deben garantizar protegiendo su ejercicio (art. 38 CE).

[16] Sobre sociedades civiles agrarias *vid*. Karrera Egialde (2023).

[17] La STS de 22 de diciembre de 1988 manifiesta que «el art. 3.1 CC, proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos, de lo cual son ejemplo la admitida distinción entre servidumbre de paso y *servent*ías».

[18] Según Ramos Blanco (2020: 19-66), este tipo de consideraciones antropológicas, sociales, culturales, geográficas y económicas son fundamentales para comprender la particular configuración de las servent*ía*s y articular su régimen jurídico.

[19] En la doctrina así lo recalcaba también Vaamonde Fernández (2003: 2280) y lo mantienen Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán (2015 y 2022).

[20] STSJ de Galicia de 24 de enero 2006. Actualmente, según la STSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2012, «es de su esencia propia… la nota de comunidad, la titularidad común, comunidad de tipo germánico… y hoy recoge el art. 76 de la Ley de 2006». Esto significa que el terreno no pertenece individualmente a ninguno de los propietarios colindantes sino a la comunidad de usuarios; por eso, el artículo 81 LDCG habla de «copropietarios».

[21] Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán (2020: 52-53) manifiestan distinta opinión porque «difícilmente puede explicarse esta figura desconociendo o negando a sus partícipes la cotitularidad dominical (sin cuotas) del camino en que la misma consiste».

[22] La STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2002 señalaba que, «desde un punto de vista jurídico, la servent*ía* es un derecho de paso indivisible, sin asignación de cuotas, cuya titularidad corresponde en régimen de comunidad de uso y disfrute a los propietarios de las fincas que han cedido terreno para crearla y que se sirven de ella. Cuando la servent*ía* se traza entre fincas colindantes, por la franja de la colindancia, los linderos de dichas fincas coinciden con los extremos o caja del camino de servicio». Aunque no necesariamente, porque el trazado puede atravesar las fincas afectada por su parte central y no por sus cabeceras o márgenes.

[23] Entendemos que hay que distinguir la «carga» real como una obligación directa de prestación vinculada a la propiedad, del «gravamen» real como la limitación impuesta por la existencia de otro derecho real sobre ese mismo bien. La configuración de la carga real, que

no estimamos aplicable a la serventía, impone una obligación «directa» al propietario del bien gravado de realizar una prestación «periódica» a favor del titular de la carga real. La naturaleza de la carga real se sitúa en una zona fronteriza entre los derechos reales y las obligaciones. En cambio, el gravamen real se presenta como una limitación impuesta a la propiedad como consecuencia de la existencia de un derecho real constituido convencionalmente y que implica una limitación en las facultades de uso, disfrute o disposición, otorgando derechos específicos al titular (en la serventía, la comunidad) del derecho real que lo origina.

[24] La STS 10 julio 1985 define la serventía como un «paso o camino constituido sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, teniendo éstos el derecho a usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos del paso». Precisamente, esta definición subraya la «cotitularidad del uso» del camino por los colindantes.

[25] Para un análisis más detallado sobre la protección judicial de la serventía, puede consultarse Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán (2015: 295-310; 2020: 109-127).

[26] De hecho, la Ley gallega 7/1987, de 10 de noviembre, expresamente se refería al incompleto texto de la Compilación aprobada por la Ley 147/1963, de 2 de diciembre (BOE-A-1963-22615).

[27] Las denominadas agras conforman, entre varias fincas de distintos propietarios, una superficie rústica delimitada y distinguible *per se* por los peculiares muros que los circundan, que cuentan con una serventía (o camino) de agra para acceder a las mismas, distinta de la servidumbre de paso ordinaria. Por ello, en los casos en que hay o hubo *agra*, *agro* o *vilar*, se presume la existencia de serventía.

[28] Reprochando esta opción, Rodríguez Montero y Ramos Blanco (2015: 194) reseñan que «se introdujo con carácter totalmente novedoso y sin fundamento histórico o apoyo antropológico alguno que permitiese justificar esa nueva figura de serventía referida al ámbito geográfico galaico, pasando a partir de entonces a formar parte del supuesto acervo jurídico-consuetudinario gallego, y que más adelante se procedería a "sacralizar" legislativamente, colocándola junto a la realmente originaria figura de serventía (de agra o vilar)».

[29] Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, Capítulo VII, artículos 76 a 81. Desarrolla el escueto y confuso régimen de la serventía de la Ley 4/1995 en sus artículos 30 a 32.

[30] Rebolledo Varela (1994, 1997 y 1999), Lete del Río (1995), Díaz Martínez (1996), Rodríguez Montero (1996; 1997; 2000; 2001; 2003), Díaz Fuentes (1997, 2004 y 2006), Espín Alba (1999: 97-99), Rodríguez-Gigirey Pérez y Castro Díaz (2000), Botana Torrón (2003), López Graña (2003), Picatoste Bobillo (2008), Martínez Varela (2011), Busto Lago (2000: 66-73; 2013: 639-664; y 2015: 270-280) y, especialmente, la edición de la memoria doctoral de Ramos Blanco (2020). El régimen legal y jurisprudencial gallego también se recoge y analiza por Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán (2022).

[31] Busto Lago (2013: 647; y 2015: 272) lo reseña así: «El hecho de que sobre el terreno afecto a la *serventía* exista una copropiedad es el elemento que determina también que la naturaleza jurídica de la *serventía* no sea la de un derecho real sobre cosa ajena, sino la propia de una comunidad de naturaleza germánica, lo que determina aspectos fundamentales de su régimen jurídico como son los atinentes a su constitución y a la titularidad de los derechos de uso y disfrute, a su transmisión y a su extinción… Se asemeja substancialmente al propio de los elementos comunes en el régimen de la propiedad horizontal».

[32] Como costumbre antes de la Compilación consuetudinaria, Serrano Alonso (2000). Comentario extenso sobre el régimen consuetudinario vigente en Ramos Blanco (2020).

[33] Entre los últimos pronunciamientos de la jurisprudencia propia del territorio, SSAP de Asturias de 15 de septiembre, 25 de octubre y 5 de diciembre de 2023.

[34] Esta sentencia es crucial para clarificar la naturaleza jurídica de la serventía en Navarra, sus características, modos de constitución, derechos y obligaciones de los cotitulares, así como las causas de su extinción, consolidando su encaje dentro del Derecho foral navarro.

[35] Así lo recoge Pérez Gallego (2024), y lo acredita Ramos Blanco (2020) y está respaldada por la exhaustiva recopilación de jurisprudencia de este territorio realizada por Ramos Blanco (2020).

[36] Aludidas también por Ramos Blanco (2020).

[37] Los exhaustivos trabajos de Afonso Rodríguez y Sánchez Jordán (2015 y 2022) se centran específicamente en el estudio del caso canario, junto a los elaborados por Garzón Ortega (2000) y Piñata Batista (2022). Asimismo, Ramos Blanco (2020) analiza el caso canario (jurisprudencia y doctrina) con especial énfasis.

Trabajo recibido el 5 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

El cálculo del control de renta de la Ley 12/2023 atenta contra los derechos constitucionales de propiedad privada e igualdad

The calculation of rent control of Act 12/2023 breaches the constitutional rights to private property and equality

por

SERGIO NASARRE AZNAR
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

HÉCTOR SIMÓN MORENO
Profesor Agregado de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

SANTIAGO ARISTE CASTAÑO
Profesor de Metodología de Análisis
Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN*:* El presente trabajo analiza los sesgos presentes en el índice de la Resolución de 14 de marzo de 2024 y los criterios establecidos para su cálculo de 23 de febrero de 2024 en el que se basa el control de renta de los arrendamientos de vivienda, conforme a la Disposición Final 1.3 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. El análisis de estos sesgos trasciende de una mera aproximación estadística o económica, al derivarse de su aplicación relevantes y complejas implicaciones jurídicas a nivel civil y constitucional, como es el análisis del contenido esencial de la propiedad privada, la función social de la misma, diseñar un sistema de desigualdad y el marco competencial en materia

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.02

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

de vivienda. Por este motivo, el presente trabajo conecta el cálculo estadístico del control de renta y su inconveniencia económica contrastada para facilitar el acceso a la vivienda digna con el marco civil y constitucional en el que se imbrica el derecho de propiedad privada, y concluye que el índice y su aplicación atenta contra el contenido esencial de dicho derecho, al tiempo que provoca situaciones que conculcan el derecho constitucional a la igualdad.

ABSTRACT: This work analyzes the biases present in the index of the Resolution of 14 March 2024 and the criteria established for its calculation of 23 February 2024, on which the rent control of residential urban leases is based, in accordance with the Final Disposition 1.3 of the Act 12/2023, of May 24th, for the right to housing. The analysis of these biases transcends a mere statistical or economic approach as relevant and complex legal implications at the civil and constitutional level arise from its application, such as the analysis of the essential content of the right of private property, its social function, the design of a inequality system and the competence framework in terms of housing. For this reason, this paper envisages the statistical calculation of income control and its proven economic inconvenience to facilitate access to decent housing and the civil and constitutional framework in which the right to private property is embedded and concludes that the index and its application threatens the essential content of this right, while causing situations that violate the constitutional right to equal treatment.

PALABRAS CLAVE: Propiedad privada; derecho a la vivienda; control de renta; derecho a la igualdad; análisis estadístico; cálculo; función social de la propiedad; marco competencial

KEYWORDS: Private property; right to housing; rent control; right to equal treatment; statistical analysis; calculation; social function of the property; competence framework

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTROL DE LAS RENTAS DE LOS ALQUILERES EN LA LEY 12/2023: UNA MEDIDA CONTRAPRODUCENTE E INJUSTA, CONTRARIA A LA "FUNCIÓN SOCIAL" DE LA PROPIEDAD Y NO AMPARABLE EN ÉSTA: 1. Una evidencia científica: el control de renta forzoso no funciona para mejorar el acceso a la vivienda en alquiler. 2. El control de rentas no está amparado por la "función social" de la propiedad de las viviendas y su cálculo genera desigualdades entre los españoles. *A) La inconstitucionalidad desde la óptica del artículo 149.1.8 CE. B) La inconstitucionalidad desde la óptica de los artículos 14, 149.1.1 y 149.1.13 CE.*—III. DEMOSTRACIÓN EMPÍRICA DE LOS SESGOS DEL ÍNDICE DE PRECIOS DE LA RESOLUCIÓN DEL

MVAU DE 14 DE MARZO DE 2024: 1. Sesgo derivado de la subvaloración de las variables cualitativas del índice. *A) Precio medio aplicado al certificado energético. B) Precio medio aplicado al ascensor. C) Precio medio aplicado al aparcamiento*. 2. Resto de elementos cualitativos. *A) Sesgo por la falta de variables cualitativas del índice.* a) El modelo de los Países Bajos. b) El modelo alemán. *B) Sesgo por la inclusión en el cálculo del mercado de renta antigua. C) Sesgo por la limitación en el tamaño de las viviendas incluidas. D) Sesgo por la no inclusión del mercado de personas jurídicas. E) Sesgo por precio medio alejado del mercado. F) Otros sesgos.* a) Inclusión de la vivienda social. b) No inclusión en el cálculo de Navarra ni del País Vasco. c) Falta de datos en secciones censales.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo[1] evidencia los sesgos presentes en el índice de la Resolución de 14 de marzo de 2024[2] y los criterios establecidos para su cálculo de 23 de febrero de 2024[3] en el que se basa el control de renta de los arrendamientos urbanos de vivienda, conforme a la Disposición Final 1.3 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[4].

El análisis de estos sesgos trasciende de una mera aproximación estadística o económica al derivarse de su aplicación relevantes y complejas implicaciones jurídicas a nivel civil y constitucional, como es el análisis del contenido esencial de la propiedad privada, su función social (que forma parte del contenido esencial de la propiedad privada —STC 37/1987, de 26 de marzo[5]—, pero cuyo contenido no se define ni se delimita constitucionalmente, aunque se ha utilizado por el Estado como vía de intrusión en las relaciones jurídico-privadas, admitida —sorprendentemente— por el propio Tribunal Constitucional en la expropiación de viviendas vacías; ver NASARRE AZNAR, 2020), el diseño de un sistema que lleva a la desigualdad y el marco competencial en materia de vivienda.

De este modo, el análisis del índice y los consiguientes sesgos detectados a nivel estadístico (ver la demostración empírica en el apartado III *infra*) tienen implicaciones de índole económica, civil y constitucional: el control de renta de los alquileres establecido por las normas comentadas no puede en modo alguno considerarse "función social" porque la doctrina económica ha señalado invariablemente que es una medida contraproducente para los intereses de la colectividad (ver apartado II *infra*), de manera que no puede servir como límite constitucional a la propiedad privada; además, tal y como está previsto su cálculo, conculca el derecho a la igualdad de los españoles (art. 14 CE).

Así, este estudio vincula el cálculo estadístico del control de renta establecido por la legislación vigente y su inconveniencia económica contrastada para facilitar el acceso a la vivienda digna y adecuada, con la imposibilidad de que pueda ser en modo alguno constitucional, puesto que la limitación de la propiedad privada a través de su "función social" solo puede hacerse "en interés de la colectividad" y no "contra el interés de la colectividad".

II. EL CONTROL DE LAS RENTAS DE LOS ALQUILERES EN LA LEY 12/2023: UNA MEDIDA CONTRAPRODUCENTE E INJUSTA, CONTRARIA A LA "FUNCIÓN SOCIAL" DE LA PROPIEDAD Y NO AMPARABLE EN ÉSTA

La Disposición Final (DF) 1.3 de la Ley 12/2023 (y Disposición Transitoria —DT— 4), introduciendo el control de renta de los alquileres a implantar voluntariamente por las CCAA que deseen declarar "zonas de mercado residencial tensionado" (art. 18; el País Vasco, Galicia y Navarra han declarado algunos municipios como zonas tensionadas; y Cataluña ha declarado dos zonas —Resoluciones TER/800/2024 y TER/2408/2024[6], validadas por Resoluciones Estatales 14-3-2024 y 8-10-2024[7], que incorporan ya 271 municipios, 140 y 131 municipios respectivamente, donde vive el 90% de la población catalana—, aunque Asturias se lo está planteando) se equivoca doblemente, dado que:

a) El control de renta de los alquileres produce objetivamente efectos contraproducentes para los ciudadanos, es decir, lo contrario que afirma perseguir la Ley (DA 1.ª y 11.ª Ley 12/2023: "*los objetivos de incrementar la oferta de vivienda en alquiler a precios asequibles*" y "*con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento*"), lo que no puede quedar amparado por la "función social de la propiedad de la vivienda", como pretende la Ley 12/2023 (arts. 1.2, 7, 11).

Efectivamente, creando el marco legal de congelación de las rentas al contrato anterior si se hizo en los 5 años anteriores (art. 17.6 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos —LAU—[8]) y/o al índice aprobado por Res. 14-3-2024 si el arrendador es gran tenedor (5 o más viviendas en áreas tensionadas, conforme al art. 3k Ley 12/2023 y las antedichas Resoluciones) y desarrollando los criterios metodológicos en el documento "Sistema Estatal de Referencia de Precio del Alquiler de vivienda de 23-2-2024"(cuyo origen está en la DA 2.ª Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler[9], de modificación de la LAU), la Ley contradice una evidencia científica (*el control de renta los alquileres forzoso no funciona nunca*) para conseguir lo que dice perseguir: mejorar el acceso a la vivienda.

Es una medida que viola el derecho natural (la propiedad privada es algo inherente al ser humano, anterior en decenas de miles de años a la existencia de cualquier Estado) y constitucional de propiedad privada (art. 33.1 CE), pues de ningún modo puede asociarse, por ineficaz y contraproducente, con una supuesta "función social" que en teoría persigue, entendida esta como *"las razones de interés público que exigen limitar el derecho de propiedad"* (DOMÉNECH, 2024). Lo que están haciendo es "*de facto"* una expropiación sin compensación de unos a favor de otros (art. 33.3 CE). Atendiendo a VERDERA (VERDERA, 2023, 879), "*ello significa que el legislador, al amparo de la función social, puede intervenir en la delimitación de la propiedad privada, pero si esa delimitación afecta al contenido esencial, se activa la garantía expropiatoria y la intervención solo es posible si se indemniza*". Así lo afirman las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, 204/2004, de 18 de noviembre y 112/2006, de 5 de abril[10]. Más aún, cuestionamos que pueda expropiarse ni aún con compensación porque como bien recuerda el autor: "*El art. 33.3 CE (al igual que el art. 349 CC, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa y el Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa) exige que concurra además una «causa justificada de utilidad pública o interés social»*" que, como decimos por contraproducente, ni tan siquiera se produce.

b) Además, el cálculo del control de rentas, tal y como viene diseñado en la Ley y en la Res. 14-3-2024, es esencialmente injusto, violando la igualdad constitucional de los españoles (arts. 14 y 149.1.1 CE), dado que el sistema comporta sesgos de diversa naturaleza, que benefician a unos y perjudican a otros, aunque estén en circunstancias iguales. A ello cabe añadir que hace recaer sobre determinados propietarios una carga, la de proveer vivienda digna y adecuada, que corresponde a los poderes públicos, por el mandato constitucional del art. 47 CE.

El argumento legal de ambas cuestiones se verá a continuación. En el apartado III se demostrará empíricamente.

1. Una evidencia científica: el control de renta forzoso no funciona para mejorar el acceso a la vivienda en alquiler

Atendiendo a la doctrina científica internacional, la imposición de fuertes sistemas de control de renta de los alquileres conduce:

a) a la caída de la movilidad residencial y a la reducción de la oferta (AULT, JACKSON y SABA, 1994, 140; MUNCH y SVARER, 2002, 542; DIAMOND, MCQUADE y QIAN, 2019, 3365).
b) al aumento del coste oculto (por ejemplo, en la entrada) o de los alquileres de las viviendas no sujetas a la normativa (HAHN, KHOLODILIN y WALTL, 2020, 1), la desatención del mantenimiento (SIMS, 2007, 129), etc.

c) a que mientras que los actuales inquilinos salen ganando a corto plazo, el resto de los hogares se enfrentan a listas de espera más largas, a alquileres más elevados y, a menudo, se ven obligados a comprar viviendas sobrevaloradas, aunque sus recursos financieros apenas les permitan hacerlo (THOMSCHKE, 2016, 27; MENSE, MICHELSEN y KHOLODILIN, 2019, 385).

d) a que, a la larga, incluso pierden los inquilinos actuales, ya que las viviendas controladas, que carecen de reparaciones, empiezan a perder su valor (GYOURKO y LINNEMAN, 1990, 398; MOON y STOTSKY, 1993, 1148).

Lejos de que dichos efectos aparezcan en un listado limitado de trabajos, un reciente artículo de KHOLODILIN (2024) analiza 206 estudios académicos publicados entre 1967 y 2023 sobre los efectos del control de renta de los alquileres en todos los continentes, entre ellos 112 estudios empíricos. El propio autor resume sus conclusiones en la Figura 1, que reproducimos a continuación.

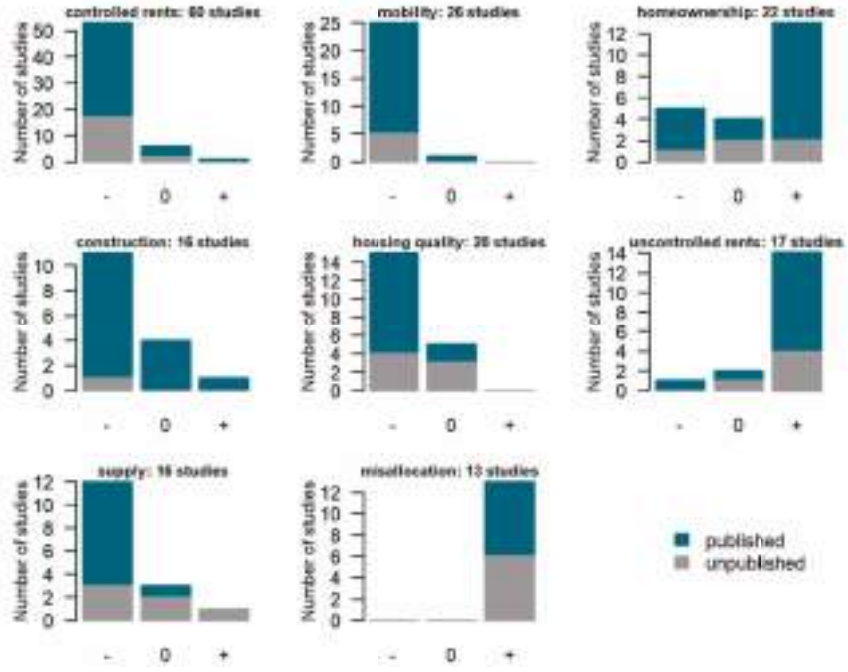


Figura 1. *Los efectos del control de renta tras el estudio de cientos de trabajos académicos publicados entre 1967 y 2023*. Fuente: Kholodilin (2024).

El autor concluye que si bien los controles de renta producen de media una reducción del 9,4% de las rentas de las viviendas "beneficiadas" (a continuación matizamos este dato), también implican los siguientes efectos: un aumento de la renta del 4,8% en los alquileres de los municipios no controlados, una reducción de la movilidad laboral, un aumento de la vivienda en propiedad (en detrimento de la oferta en alquiler), una reducción de las construcciones nuevas destinadas al alquiler, una reducción de la calidad de las viviendas y una disminución de la oferta de viviendas en alquiler.

Por lo tanto, un sistema forzoso de control de los alquileres, como el que prevé la Ley 12/2023, no es solo ineficaz (DESCHERMEIER, SEIPELT y VOIGTLÄNDER, 2017, 19; HENGER et al. 2017) sino que incluso contraproducente para los fines que se persiguen (y que persigue la Ley 12/2023), esto es, provocar una mayor asequibilidad en el acceso a la vivienda; o sea los "*unintended effects* [del control de renta] *counteract the desired effect and, thus, diminish the net benefit of rent control*" (KHOLODILIN, 2022a, 8).

Como decíamos, la única ventaja aparente (la disminución de media de ese 9,4%), ni siquiera es tal, atendiendo a la experiencia reciente precisamente en Cataluña. En concreto, los efectos de la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda[11], sobre control de rentas. Revisando los resultados disponibles (IDEALISTA, 2021) para dos ciudades comparables, Barcelona y Madrid, la primera con control de renta y la segunda no, en el período septiembre 2020 a septiembre 2021 (en el que estuvo en vigor el control de renta en Cataluña), hubo una disminución de la oferta de viviendas en alquiler en Barcelona del 42% cuando en Madrid fue del 22%; y, por mucho que pueda resultar contraintuitivo, la disminución de la renta media de los alquileres en Barcelona fue del 8,2% pero fue de un 9,3% en Madrid.

Efectivamente, conocemos cuatro estudios sobre el impacto de esos meses (de septiembre de 2020 a marzo de 2022) en que el control de rentas estuvo en vigor en Cataluña a causa de esa Ley que, para sorpresa de pocos, resultó inconstitucional. En principio, tres de los informes afirman que las rentas bajaron en los municipios que optaron por solicitar el control de rentas. Pero entonces empiezan los matices. Resulta que esto sucedió sobre todo el primer mes de la medida (informe del OMHB, 2022); como sucedería con cualquier cosa con la que amenazaran con multas de hasta 90.000 euros si se excediese el "precio legal". Efectivamente, ante tal amenaza, la primera reacción es cumplir la regla; aunque luego probablemente procurarían evitar su aplicación: vendiendo productos alternativos o complementarios, retirando y reservándose los mejores productos y cambiándolos por peores esperando mejores tiempos, los que ofrecía a menor

precio los subiría el máximo que pudiese al ver que habría demanda, etc. Esto es lo que sucedió en Cataluña con la vivienda en alquiler, como ha sucedido en el resto del mundo donde se ha intentado antes.

Así, a partir de los primeros meses fueron subiendo igualmente las rentas (ver Figura 2), posiblemente también porque los arrendadores que hasta entonces habían ofrecido a precio menor que el del índice obligatorio aprovecharon para subirlo por si acaso (MONRÀS y GARCÍA-MONTALVO, 2022). Además, gran parte dicha reducción se debió especialmente a que se retiraron las mejores viviendas, sustituyéndose por más pequeñas (precarizándose, pues, la oferta), las cuales, además, no vieron reducida su renta en ningún momento del período (OMHB, 2022); y también porque se fueron generalizando los pactos al margen de la Ley (claro indicio de la ineficiencia de la norma; MONRÀS y GARCÍA-MONTALVO, 2022), es decir, el mercado negro (como ha sucedido en otros países con control de renta duro siempre; HAHN et al. 2020), quizás con la esperanza de que se declarara inconstitucional, como así acabó siendo.

Cabe añadir, además, que, tras la nulidad de la medida, los precios subieron exageradamente (KHOLODILIN, 2022b), como efecto rebote de la artificial reducción previa, probablemente por el miedo de que el entonces Proyecto de Ley estatal de vivienda reintrodujese algo parecido, como así acabó siendo por Ley 12/2023.

Por otra parte, debe recordarse que es insuficiente tener solamente en cuenta los arrendamientos declarados, como lo hizo el informe OMHB (2022), porque no detecta los arrendamientos no declarados (que llegaron a ser del 40% en 2010 según los ha venido cuantificando Sindicato de los Técnicos de Hacienda (GESTHA), y que en 2021 aún representaban en Cataluña el 20,9%[12], siendo las CCAA más incumplidoras con la Agencia Tributaria Andalucía, Extremadura y Canarias); o afirmar que la ciudad de Barcelona no es comparable con ninguna otra, cuando bien lo puede ser con Madrid, donde no hubo control de renta y donde otro informe (IDEALISTA, 2021), al que ya hemos hecho referencia, asegura que la renta disminuyó más que en Barcelona entre septiembre de 2020 y septiembre de 2021; o comparar municipios con renta controlada con otros con renta libre, cuando según la experiencia internacional, controlar la renta en un determinado municipio obliga a las nuevas familias que llegan al mercado a optar por vivir en otros municipios vecinos porque los que ya están allí no se mueven y no hay más oferta, de manera que necesariamente la renta debe subir en aquellos donde aún existe mercado dinámico y donde aumenta forzadamente la demanda (DIAMOND, MCQUADEC y QIAN, 2019).

Y esto nos lleva a las consecuencias del control de renta sobre la oferta de viviendas en alquiler (ver Figura 2). Mientras el informe OMHB (2022) afirmaba que en Barcelona incluso incrementó la oferta (negado por el informe Idealista, 2021 al compararlo con Madrid: reducción de la oferta de viviendas en alquiler

del 42% en Barcelona y solo del 22% en Madrid), MONRÀS y MONTALVO (2022) afirmaban que, efectivamente, hubo en los municipios con renta controlada en Cataluña un descenso de oferta de viviendas en alquiler; mientras el informe de KHOLODILIN (2022b) es incluso más preciso señalando que salvo en Gerona, en el resto de provincias hubo un descenso acusado de nuevas construcciones, especialmente en Tarragona (donde descendieron el 66.5%) llegando a afirmar que la reducción de rentas se hizo a expensas de la reducción de la oferta de nuevas viviendas, lo que a medio-largo plazo hubiese incluso ahondado en una mayor inasequibilidad de las viviendas.

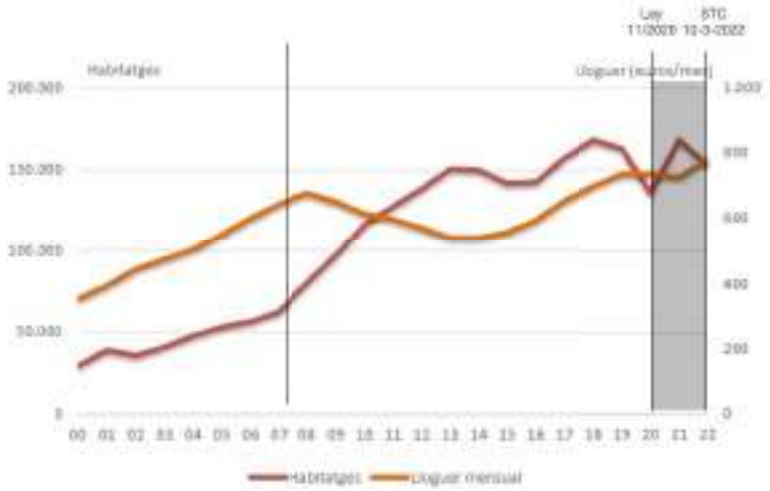


Figura 2. *Evolución de las rentas del alquiler urbano en Cataluña*.
Fuente: Elaboración propia sobre datos de la Agencia de la Vivienda de Cataluña, 2023.

En la figura anterior, se ha resaltado en gris el período de vigor de la Ley catalana 11/2020 y se observa que, tras un ligero descenso que ya venía de antes, los precios de los alquileres (en naranja) suben incluso a mayor ritmo que antes del control, al tiempo que la oferta (en rojo) se desploma. Del mismo modo, desde que se aplica el control de renta en Cataluña de la Ley 12/2023 (marzo 2024), en los seis primeros meses la renta ha descendido de media un 3,39% (aunque un 5,28% el primer trimestre y un aumento del 1,99% el siguiente, siendo la única provincia con disminución la de Barcelona), al tiempo que la formalización de contratos de alquiler se redujo un total del 21,46%[13].

En fin, la STC 37/2022, de 10 de marzo[14] declaró la Ley catalana 11/2020 inconstitucional en su mayor parte. En dicha sentencia, el TC afirma expresamente que el art. 6 Ley 11/2020, el que obligaba a fijar el máximo de la renta inicial

en contratos nuevos según el índice de precios de referencia de Cataluña, "*es contrario al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nulo*", porque esta disposición es una base de las obligaciones civiles que no puede ser alterada por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, al atentar contra la libertad contractual que fija el art. 17.1 LAU.

Sin embargo, el TC añadió que esta libertad contractual está íntimamente ligada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), lo que queda lacerado con el control de renta, lo apruebe quien lo apruebe. Así afirmó que "*por una parte, la vivienda […] constituye […] el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*", pero también "*constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado —el mercado inmobiliario—, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado*" (STC 37/2022). De este modo, el TC ha tenido que recordar recientemente que normas inconstitucionales como el RDL 7/2019 catalán (recuperado, no obstante, por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda[15], recientemente también declarada inconstitucional en parte por STC 120/2024, de 8 de octubre[16]) contienen "*medidas coercitivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad de la máxima intensidad*" que dan lugar a "reacciones exorbitantes" de la Administración (STC 16/2021, de 28 de enero[17]); o que el control de renta catalán de la Ley 11/2020 afecta al fundamento mismo del contrato, esto es "*el principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y del art. 1.1 CE, que encuentra necesariamente su reflejo en el ámbito económico*" (art. 10 CE; STC 132/2019, de 13 de noviembre[18] y STC 37/2022).

En consecuencia, es imposible y notorio, a tenor de las fuentes académicas y empíricas de varios años y geografía, que el control de renta forzoso de los alquileres entronque bien con "la función social de la propiedad" de la vivienda, pues no genera ningún beneficio para la colectividad, al "interés público", sino que tiene como único efecto inicial (que luego, como hemos visto, se revierte y perjudica aún más) la bajada momentánea de las rentas (debido, esencialmente, a la amenaza exorbitante de sanciones en Cataluña en la experiencia de 2020-2021), es decir, la traslación de la riqueza de (algunos) caseros a (algunos) inquilinos, lo que difícilmente es justificable constitucionalmente, como vemos a continuación. Además, la sociedad en su conjunto se ve perjudicada con un encarecimiento progresivo de precios de las peores piezas, con el incremento del mercado negro, con la disminución de la oferta de viviendas en alquiler, con su

deterioro, etc. La "función social" no puede en ningún caso carecer de límites y no puede convertirse, como así parece entenderla el legislador, también en la Ley 12/2023, la Resolución de 14-3-2024 y los criterios de 23-2-2024, en "*un «mantra» que legitima prácticamente cualquier restricción legislativa del derecho de propiedad*" (VERDERA, 2023, 896).

2. El control de rentas no está amparado por la "función social" de la propiedad de las viviendas y su cálculo genera desigualdades entre los españoles

El "padre" de la función social de la propiedad, Duguit, escribía en 1912 que donde existen gobiernos democráticos no deben existir derechos subjetivos, de acuerdo con su maestro Comte: que los derechos subjetivos (como el de libertad o el de propiedad) tenían un sentido como límite de los poderes terrenales cuando estos tenían un aval teocrático; pero que en el Estado positivo, carecían de sentido: "*nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber*" y que sostener la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el *Code civil* 1804 sobre el derecho subjetivo era un completo error (DUGUIT, 1912). En consecuencia, Duguit (1912) afirmó que: "*La propiedad no es un derecho, es una función social*".

Sin embargo, nuestra Constitución sí reconoce a la propiedad privada como un derecho subjetivo privado, muy a disgusto de Duguit y de Comte y de sus *followers* modernos, juristas y economistas de aquí y de allí, de manera que, aunque la función social pueda condicionar a la propiedad privada (y no se pueda compensar), no la puede eliminar.

Y aquí debemos hacer tres consideraciones:

a) Primera. Que la función social debe ser positiva, es decir, que debe favorecer el bien común, el "interés público" o el "*conjunto de deberes y obligaciones establecidos* [...] *en atención a valores o intereses de la colectividad*", en palabras de la STC 37/1987. No es el caso del control de rentas forzoso de los alquileres, por todo lo que hemos señalado, pues es muy contraproducente atendiendo a la doctrina científica.

Segunda. Que en ningún sitio la Constitución afirma que la "función social" deba determinarla necesariamente el Estado y menos a través de una intrusión en las relaciones privadas, no admitida por el propio Tribunal Constitucional. Es suficiente con que la propiedad privada, se use, se disfrute, se explote, venda, disponga, grave, etc. atendiendo a dicha función o a ese interés público o de la colectividad sin necesidad de alterar su naturaleza jurídica, su "contenido esencial" (a pesar de la STC 37/1987; la STC 112/2021, de 13 de mayo[19] exige que la delimitación de la función social de la propiedad se ajuste a un "*canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objeto perseguido, y*

el respecto del contenido esencial del derecho"). Por lo tanto, si la propiedad privada ya lo consigue *per se* (como defiende DOMÉNECH, 2024; da libertad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad —como decía el TC—, pero también activa el mercado, distribuye la riqueza, genera igualdad ante la ley, etc.), no es necesaria ninguna intervención pública, y menos que sea intrusiva en las relaciones privadas que conculque derechos fundamentales como el de la libertad o el del libre desarrollo de la personalidad (STC 37/2022). Tampoco es necesaria la intrusión en las relaciones jurídico-privadas si lo consigue a través de normas meramente civiles (creando así un marco legal favorable) sin usar el "poder exorbitante" (tan del gusto de algunos) del Estado, como es el de fijar precios o sancionar. Así, por ejemplo, la rescisión por lesión catalana (art. 621-46 del Código Civil de Cataluña; poder rescindir un negocio oneroso porque causa grave perjuicio económico a una de las dos partes) tiene su origen en el bien común de Santo Tomás y en la justicia conmutativa de Aristóteles; o el régimen de propiedad horizontal desde 1939 y luego desde 1960 logra un reparto equitativo de la propiedad privada de las viviendas, compartiendo el espacio urbano, democratizando pues tanto la propiedad de la vivienda como el espacio de la ciudad; dicho régimen es el protagonista de haber convertido una sociedad con un 55% de familias inquilinas a una de hasta el 82% de propietarias. Esto sí es una auténtica "función social de la propiedad privada", no lo que provoca universalmente el control de renta, es decir, el aumento del mercado negro, de las rentas, el deterioro de la oferta y de la calidad del stock inmobiliario en alquiler y la reducción de la movilidad laboral. El BOE no puede convertir en "función social" algo que no lo es; no puede cambiar la realidad de las cosas.

De hecho, la intervención pública mediante derecho imperativo u obligatorio en la relación contractual entre arrendadores y arrendatarios derogando el art. 1255 del Código Civil español (CCE) no acaba con el control de rentas de los alquileres. Ejemplos son el art. 9.1 LAU cuando establece que "*la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes*" para después decir que, si la duración es inferior a 5 o 7 años, el arrendatario puede forzar la duración hasta ese plazo (*cfr*. art. 1256 CCE). Lo mismo puede predicarse respecto a la actualización de la renta (art. 18), la subrogación en la posición del arrendatario (art. 16) o las garantías para el propietario (art. 36). Lejos, pues, de un marco equilibrado, estable y menos intrusivo que incentive que los arrendamientos urbanos sean asequibles *per se*, y que prevea, por ejemplo, el diseño de dos contratos, uno por cada tipo de *target*: población joven y con alta movilidad (alquileres más flexibles y sin duración mínima) y familias que buscan mayor estabilidad (alquileres indefinidos incentivados); y, en el tema que nos ocupa, un mecanismo de renta referenciada pactado e incentivado (ver NASARRE AZNAR, SIMÓN MORENO y MOLINA ROIG, 2018).

b) Tercero. Que si el control de renta representa una merma de derechos, que pasan de un grupo de ciudadanos (ciertos caseros) a otro (ciertos inquilinos) y no puede ser considerado función social, debe ser considerado una expropiación y, por lo tanto, debe ser compensada. Sin embargo, como se ha dicho, solo se permite expropiar por "*causa justificada de utilidad pública o interés social*" y el control de renta no genera ni utilidad pública ni interés social, sino que, al contrario, es totalmente contraproducente, dificultando aún más el acceso al a vivienda en alquiler.

Así, la DF 1.ª-3 de la Ley 12/2023 añadió el art. 17.7 de la LAU estableciendo un límite máximo de la renta de los nuevos contratos de alquiler cuando el arrendador sea una gran tenedor (estos con un segundo límite —que no exceda de la renta del contrato anterior, art. 17.6 LAU—) o, para cualquiera, que el inmueble situado en zona tensionada (271 municipios en Cataluña actualmente) no se hubiere alquilado los cinco años anteriores, según el índice de alquileres[20] —aprobado como mero criterio orientador a raíz del RDL 7/2019—, pretendiendo con ello una congelación de las rentas al estilo de modelos comparados incluidos en los estudios que hemos analizado.

A su vez, el cálculo concreto de la renta se aprueba con la Resolución de 14-3-2024 y los criterios son fijados el 23-2-2024. Pues bien, estos no reflejan adecuadamente cuál es el precio de la renta en cada sección censal analizada porque están sesgados (ver la demostración en el apartado III *infra*), haciendo recaer el perjuicio causado por no poder alquilar la vivienda al precio que uno desee (como manifestación dominical) de manera diferente en unos propietarios y no o no tanto en otros, dependiendo únicamente de qué contratos de alquiler se contabilizan en dichos criterios y cuáles no, cayendo en la arbitrariedad, lo que a todas luces se presenta como injusto y contrario a los más elementales derechos fundamentales, entre ellos, la igualdad ante la ley y en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (arts. 14 y 149.1.1 CE).

En concreto, los criterios arbitrarios (art. 9.3 CE) utilizados para establecer el índice que causan esta desigualdad ante la ley (que se demuestran empíricamente *infra*) son, en resumen, los siguientes:

1. Subvaloración de las variables cualitativas del índice. La subvaloración de las variables cualitativas en el índice estatal de precios de alquiler limita significativamente su capacidad para reflejar las condiciones reales del mercado. Son elementos como la presencia de ascensor, de aparcamiento, que esté amueblado o tenga zonas comunes, que son factores que tienen un impacto directo en los precios de mercado, pero su consideración en el cálculo del índice resulta insuficiente. Por ejemplo, el incremento promedio de la renta asociado a las mejoras energéticas es de 2,14 euros, al ascensor es de 24,47 euros, y en el caso del aparcamiento, 21,91 euros, valores muy por debajo de los costes reales y los precios observados en mercados urbanos como Barcelona, donde el alquiler de un

aparcamiento por separado puede superar los 200 euros al mes. La falta de una valoración adecuada de estas variables crea un sesgo a la baja, afectando tanto la representatividad del índice como su utilidad para la regulación de precios. Ello redunda de nuevo en la idea de "expropiación sin compensación" que supone todo este sistema, lo que, sobra recordarlo, está prohibido por la Constitución.

2. Ausencia de más variables cualitativas del índice. La exclusión de variables cualitativas clave en el modelo español contrasta con los sistemas internacionales más avanzados, como el *Woningwaarderingsstelsel* (WWS)[21] de los Países Bajos y el *Berliner Mietspiegel*[22] en Alemania. El primero es un sistema nacional que se aplica en todo el territorio y que asigna una cantidad de puntos a las propiedades que se pretenden poner en el mercado de alquiler en función de distintas variables (vid. *infra*), la suma de los cuales determina la categoría de la propiedad (así, desde el 1 de julio de 2024 tenemos la vivienda social —menos de 143 puntos—, los alquileres de mercado medio —de 144 a 186 puntos— y los alquileres del sector privado —más de 186 puntos—) y el importe máximo del alquiler (la última categoría no está sujeta a restricciones)[23]. El segundo provee información sobre el alquiler de referencia, que se calcula sobre la base de las rentas usuales para viviendas equiparables en cuanto a tamaño, calidad, equipamiento, etc. Ello permite al propietario pedir un incremento de renta hasta el máximo de la renta referenciada usual en la localidad (en este caso, Berlín) si la ha mantenido inalterada durante 15 meses (§ 558 BGB). Aunque las partes pueden pactar otros mecanismos de actualización de la renta, el *Mietspiegel* es el más usual en la práctica (ver una explicación detallada de este segundo en NASARRE AZNAR, 2018, 195 y ss.), al tiempo que el *Mietspiegel* sirve para conocer el alquiler habitual de mercado a efectos de la limitación inicial de la renta del alquiler (*Mietpreisbremse*) en zonas declaradas oficialmente como de "mercado de alquiler tenso". Estas herramientas incluyen criterios detallados como la eficiencia energética, el equipamiento y la calidad del entorno, los cuales permiten determinar de manera más precisa los valores de referencia de los alquileres. En el caso español, la ausencia de estas variables dificulta la evaluación integral del valor de las viviendas, reduciendo la representatividad del índice y comprometiendo su capacidad para ajustarse a las dinámicas reales del mercado de alquiler.

3. Inclusión en el cálculo del mercado de renta antigua. La inclusión de contratos de renta antigua en el cálculo del índice genera un sesgo significativo hacia la baja, dado que estos contratos presentan precios considerablemente inferiores a los del mercado actual. En Barcelona, por ejemplo, el precio medio de un contrato de renta antigua en 2020 fue de 534,5 euros, en comparación con los 870,6 euros de los alquileres de renta libre. Este diferencial de casi un 63% demuestra que la inclusión de estos contratos en el cálculo afecta negativamente la precisión del índice al mezclar dos realidades de mercado muy diferentes. Dado que las vi-

viendas en renta antigua representan aún un porcentaje significativo en ciudades como Barcelona (20,1% en 2020), su consideración en los cálculos distorsiona los resultados, subestimando el coste real del alquiler. En fin, están forzando a los arrendadores de "precio libre" a convertirse en "arrendadores de renta antigua", cuando esto no es lo que dice la LAU 1994.

4. Limitación en el tamaño de las viviendas incluidas. La exclusión de viviendas fuera del rango de 30 a 150 m² en el cálculo del índice reduce su representatividad y precisión. Según datos del censo de viviendas, las propiedades menores de 30 m² y mayores de 150 m² representan el 2,4% y 4,9% del parque de alquiler respectivamente. En ciudades como Barcelona, estas proporciones son aún más significativas, especialmente para viviendas grandes, que representan el 7,9% del mercado. La decisión de excluir estas categorías no está respaldada por una justificación metodológica clara (ej. el art. 4.2 LAU considera suntuarias las de +300 m2, pero no las de 150 m2), lo que plantea dudas sobre la validez estadística del índice y su capacidad para reflejar las características reales del mercado de alquiler, dado que quedan fuera muchas más viviendas grandes que pequeñas.

5. No inclusión del mercado de personas jurídicas. La exclusión de contratos gestionados por personas jurídicas en el cálculo del índice, por el mero hecho discrecional que se mire el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF), impuesto que estas no pagan, también introduce un sesgo relevante. En Barcelona, las personas jurídicas gestionan el 35,3% de las viviendas de alquiler, cifra que asciende al 29,6% en la provincia. Al ignorar este segmento del mercado, el índice pierde representatividad, ya que las dinámicas y precios asociados a este tipo de contratos suelen ser diferentes a los de las personas físicas. Esta omisión limita la aplicabilidad del índice para políticas públicas que buscan abarcar la totalidad del mercado de alquiler, especialmente en áreas urbanas donde las personas jurídicas tienen un rol predominante.

6. Precio medio alejado del mercado. El índice estatal de referencia presenta precios máximos que, en muchos casos, están por debajo de los valores reales del mercado. Según el análisis de alquileres realizado en 2024, la media del precio real fue de 722,22 euros, mientras que el precio máximo permitido por el índice se situó en 682,63 euros, resultando en una diferencia promedio de 39,59 euros. Esta discrepancia es estadísticamente significativa y evidencia que el índice subestima los precios reales de mercado, especialmente en mercados tensionados. Este sesgo afecta la capacidad del sistema para servir como herramienta efectiva de regulación, ya que no refleja adecuadamente las condiciones del mercado: no está congelando la renta, sino que la está bajando artificiosamente.

7. Inclusión de viviendas sociales. El índice no diferencia entre viviendas sociales. En el caso de Cataluña existe la red de mediación donde personas físicas privadas alquilan sus viviendas a un precio social. El hecho de incluir este

tipo de viviendas podría influir notoriamente en el precio de alguna sección censal, generando una indefensión debido a que no es público la ubicación de los inmuebles destinados al uso social y no puedes saber si en tu sección censal hay muchas o pocas de este tipo de viviendas.

8. La exclusión de Navarra y del País Vasco que, a pesar de tener un régimen fiscal propio, esto no tiene nada que ver con que paguen más o menos renta de los alquileres, de manera que el criterio escogido de pago del IRPF no se les puede aplicar y sus arrendadores tendrán un régimen de renta de alquileres distinto del del resto de España, lo que no es posible atendiendo a la STC 37/2022 ni a los principios constitucionales estudiados.

9. Datos fiscales no actualizados. Los datos con los que se trabaja siempre tienen un decalaje de 2 años, lo que supone, de no aplicarse algún tipo de compensación adecuada, que siempre estarán por debajo de mercado.

10. Falta de información en algunas secciones censales. El mínimo para el cálculo son 10 contratos en la sección censal y pese a que la mayoría de las secciones censales tensionadas lo cumplen, todos los sesgos anteriormente explicados generan la disminución de contratos para tener en cuenta, al mismo tiempo que incluyen otros con un claro sesgo en el precio medio, perdiendo robustez y representatividad los cálculos del sistema.

Esto nos lleva a la necesidad de llevar a cabo un doble juicio de constitucionalidad y de legalidad (por aplicación directa del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 CE) de dicha disposición de la Ley 12/2023 y de la normativa que la desarrolla (nada al respecto ha dicho la reciente STC 79/2024, de 21 de mayo[24], pues solamente analizó la DF 1.ª-3 desde un punto de vista competencial), que pasamos a analizar.

Esta DF 1.ª Ley 12/2023 se basa en la competencia que el art. 149.1.8 CE atribuye al Estado en materia de legislación civil. El Estado sigue la estela de la STC 37/2022, sobre la ley catalana 11/2020 de control de rentas, que entendió que la libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos debía considerarse una base de las obligaciones contractuales, inferida de la legislación actualmente vigente, en cuanto define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato, y cuya regulación debe ser establecida por el Estado en igualdad de condiciones para toda España. A esas mismas condiciones de igualdad se llega a través del art. 149.1.1 CE, que dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en la "*regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*".

Por su parte, la aplicación efectiva de la reforma del art. 17.7 LAU se hace depender a su vez de la aprobación del sistema de índices previsto en la DA 2.ª del RDL 7/2019 (primer apartado de la nueva DT 7.ª LAU). Esto ha tenido lugar, como ya se ha dicho, con la Resolución de 14-3-2024. La reciente STC

79/2024 estipula que la resolución ministerial que efectivamente apruebe el índice puede realizarse por ámbitos territoriales, asegurando la coordinación técnica ya que debe considerar las bases de datos, sistemas y metodologías autonómicas, y asimismo que la determinación de esas reglas no tiene naturaleza civil, siendo evidente que no conecta con el resto de las previsiones de la LAU en la que la Ley 12/2023 las inserta. El TC lo conecta con el art. 149.1.13 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y es el fundamento competencial de la disposición del RDL 7/2019 que crea el sistema estatal de índices de referencia.

De modo que, de acuerdo con la Ley 12/2023 y la doctrina constitucional, los preceptos de la DA 1.ª Ley 12/2023 están dictados al amparo del art. 149.1.8 CE, salvo el relativo al índice, que responde al ejercicio de la competencia del art. 149.1.13 CE. Nada impide, empero, que la regulación de las rentas del alquiler deba encuadrarse igualmente en la competencia de igualación básica del derecho de propiedad en toda España (art. 149.1.1 CE). Bajo estas bases se analiza la constitucionalidad de estas disposiciones.

A) La inconstitucionalidad desde la óptica del artículo 149.1.8 CE

La STC 37/1987, de 26 de marzo afirmó 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 al mismo tiempo, "*como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social*".

De este modo, utilidad individual y función social definirían el contenido esencial del derecho que el legislador debe respetar (art. 53.1 CE). En parecidos términos, la STC 227/1988 incluye dentro de dicho contenido la "*dimensión supraindividual o social*". Por lo tanto, con la expresión "función social" "*se designan las razones de interés público que exigen limitar el derecho a la propiedad privada, es decir, que fundamentan la restricción de las facultades que los titulares de este derecho ostentan para usar con carácter exclusivo y disponer libremente de ciertos recursos*" (DOMÉNECH, 2024). El legislador estaría habilitado para delimitar el derecho de propiedad privada por distintas vías[25]. Por su parte, la STC 111/1983, de 2 de diciembre[26] afirmó que el art. 33.1 CE contiene una doble garantía del derecho de propiedad privada: una vertiente institucional (vinculada a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad en los ámbitos de la actividad económica) y otra vertiente individual, como haz de facultades que integraría una "*situación jurídica subjetiva de carácter patrimonial*".

La problemática de la doctrina posterior del TC, como ya se ha explicado en otro lugar (SIMÓN MORENO, 2023, 148) es que el contenido esencial del derecho de propiedad privada, al formar la función social parte integrante del mismo, queda desdibujado al corresponder al legislador su fijación y desarrollo.

El efecto de la adopción de esta postura ya se puso de relieve en los votos particulares de la STC 89/1994, de 17 de marzo[27] (en relación con la LAU 1964) al afirmar que el contenido esencial pasaba a considerarse "*lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico*". Se alinea, pues, el TC con la teoría relativa del contenido esencial al no entender que exista un núcleo de facultades indisponible por el legislador, sino que se lleva a cabo una ponderación entre el sacrificio que se lleva a cabo sobre un derecho y el beneficio que se extrae de éste. Es decir, el legislador confirma a Duguit sin respetar un derecho subjetivo a la propiedad privada de los individuos indisponible por el legislador de turno.

Así, la CE y el TC desnaturalizan la propiedad privada por diferentes vías:

a) En primer lugar, ponen las bases para la intervención del derecho público a través de la función social, que quedaría integrada dentro de su contenido esencial. De hecho, el TC ha validado la normativa autonómica aprobada en los últimos años que ha delimitado el derecho de propiedad privada con base en la función social de la propiedad y en el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), de modo que ha sido el legislador autonómico competente en materia de vivienda (no el competente en materia de Derecho civil) el que ha decidido cómo se concreta dicho contenido en conexión con el derecho a la vivienda (vertiente institucional) y ha modulado las facultades de uso y disfrute del propietario de una vivienda del art. 348 CC (por ejemplo, el deber de su ocupación efectiva, cuyo incumplimiento puede desembocar en medidas sancionadoras y expropiatorias), en particular de las personas jurídicas.

De este modo, es relevante, primero, que la delimitación del contenido del derecho de propiedad privada corresponda tanto a la norma civil como a las leyes que protegen los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada (ARIAS MARTÍNEZ, 2019, 117); y, segundo, que se establezca una regulación diferente para determinados colectivos con difícil encaje en el art. 33.2 CE, dado que la función social conecta sobre el bien en cuestión, no sobre sus titulares. En efecto, la función social corresponde a la propiedad, no a su titular (VERDERA SERVER, 2023, 912).

Esta evolución implica un deterioro paulatino del derecho de propiedad privada como garantía de los individuos frente a la actuación del Estado ("*el Estado no crea el derecho de propiedad, este derecho no surge de la ley; más bien al contrario, debe reconocerlo y protegerlo*"; JUÁREZ TORREJÓN, 2022, 30), que también puede apreciarse en la garantía expropiatoria. En efecto, la realidad nos

muestra que el TC ha ido aceptando la progresiva delimitación del derecho de propiedad privada en detrimento de la garantía expropiatoria con el peligro de que acabe siendo "*una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario*", y se trata de una situación que "*es un camino de sentido único. No hay por ahora vuelta atrás*" (VERDERA SERVER, 2023, 942).

Además, el TC ha abandonado la aplicación de la versión más restrictiva del canon de proporcionalidad para valorar las restricciones al derecho de propiedad privada. Este canon, tal y como se expuso en la STC 48/2005, de 3 de marzo[28] en un supuesto de expropiación (art. 33.3 CE), incluye a su vez tres subprincipios: el principio de idoneidad o adecuación (excluye la adopción de medios inidóneos para alcanzar los fines previstos en la norma, es decir, la medida contribuye significativamente a la obtención del resultado perseguido), el de necesidad (entre dos medios idóneos, deberá elegirse el menos lesivo) y el de proporcionalidad en sentido estricto (que consiste en determinar la intensidad de la interferencia en estos derechos y ponerlas en relación a una con la otra, es decir, derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto).

En su lugar, las SSTC 168/2023, de 22 de noviembre[29] y 16/2018, de 22 de febrero[30] se basan en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para aplicar un canon más laxo y deferente con el legislador. Es cierto que el TEDH exige que toda injerencia en el derecho de propiedad sea legal, busque un objetivo legítimo "*de interés público*" y se valore el "*equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de la persona*" y la "*relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida*". Sin embargo, el TEDH ha interpretado de manera muy laxa esta exigencia, de modo que ha dejado al legislador un amplio margen de apreciación a la hora de delimitar el derecho de propiedad (CUEVAS y POYANCO BUGUEÑO, 2020). En fin, que el TC es "*más deferente con el legislador*" y menos "*controlable intersubjetivamente*" (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018) al tratarse de decisiones de índole social y económica (STC 112/2021).

b) En segundo lugar, la vertiente individual del derecho queda relegada a un segundo plano en favor de su vertiente institucional y los intereses de la colectividad. De hecho, nótese que el TC se aleja de la vinculación de la propiedad con el libre desarrollo de la personalidad y su relevancia para proteger la libertad del individuo en la vertiente más institucional derecho, en pro de la consecución de los intereses colectivos vía, por ejemplo, del art. 47 CE.

c) Y, en tercer lugar, que la incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes permite al legislador dotarlos de un estatuto jurídico específico. Ejemplos de ello son la

regulación estatutaria de la propiedad del suelo (SSTC 164/2001, de 11 de julio y 61/1997, de 20 de marzo[31]) o el nuevo régimen estatuario de la propiedad de una vivienda previsto en el art. 10.1.a) Ley 12/2023 (NASARRE AZNAR, 2022, 9; SIMÓN MORENO, 2023, 168). De aquí surge otra consecuencia más allá del progresivo intervencionismo público en el ámbito del derecho de propiedad privada: el progresivo carácter secundario del derecho de propiedad previsto en el art. 348 CC, al que sólo se acudirá en ausencia de un régimen estatutario específico (VERDERA SERVER, 2023, 868).

Sobre estas bases, y aplicando el test de proporcionalidad más estricto que debería cumplirse por el legislador (el de la STC 48/2005, no el test más laxo del TEDH) para valorar la licitud constitucional de la restricción de la Ley 12/2023 en el derecho de propiedad privada, nos preguntamos si cumpliría con el principio de idoneidad una medida que, como el control de rentas regulado en dicha normativa, provoca precisamente el efecto contrario al que se pretende.

Siendo conscientes de las dificultades de realizar consideraciones políticas, económicas o de oportunidad sobre medidas adoptadas por el poder legislativo, las evidencias empíricas aportadas en el apartado primero del presente trabajo acreditan la absoluta falta de idoneidad de dicha medida a nivel nacional e internacional y los efectos contraproducentes para los ciudadanos, al tiempo que hay otras vías menos lesivas (principio de necesidad) para alcanzar dicho resultado (por ejemplo, la regulación del contrato de arrendamiento urbano siguiendo modelos europeos, la diversificación real de las tenencias inmobiliarias o la implementación de una política de cohesión territorial; NASARRE AZNAR, 2020, 634). En relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en nuestra opinión compartimos la afirmación de que "*la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial*" (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008). Dicha función quedaría, por tanto, fuera del contenido esencial del derecho de propiedad privada, pues la CE reconoce en el art. 33.1 a la propiedad privada como un derecho subjetivo, lo que negaba Duguit, de manera que debe respetarse. Tampoco estamos de acuerdo con que la "recogniscibilidad" del derecho de propiedad deba quedar relegada a una vaporosa utilidad económica, como lo fue en la STC 89/1994 relativa a la LAU 1964. En esta línea, entendemos que no puede obviarse que el art. 348 del Código Civil constituye un parámetro extraconstitucional para averiguar "*el núcleo de facultades comúnmente asignado a las relaciones de propiedad*" (RODRÍGUEZ MOLINERO, 1994). De este modo, es plausible defender que no puede conseguirse una "utilidad individual" sin precisamente las facultades de uso, disfrute o disposición.

Bajo este prisma, es decir, teniendo en consideración el núcleo de facultades que conforman el derecho de propiedad (contenido esencial) y los intereses de la colectividad que la función social, en principio, está llamada a promover (que no

formaría parte del contenido esencial), así como el cumplimiento del principio de proporcionalidad para valorar la injerencia en el derecho de propiedad privada, entendemos que la medida objeto de análisis en este trabajo viola el derecho natural y constitucional de propiedad privada (art. 33.1 CE), al atentar contra su contenido esencial (facultad de disfrute) y derivarse de su aplicación más perjuicios que beneficios o ventajas para el interés general, pues de ningún modo puede asociarse, por ineficaz y contraproducente, con dicha "función social", produciendo *de facto* una expropiación sin compensación de unos a favor de otros (art. 33.3 CE). En efecto, no se trataría de "*una delimitación del contenido normal del derecho de propiedad de acuerdo con su función social (art. 33.2 CE), que no es indemnizable*" (STC 8/2023, de 22 de febrero[32]), porque las SSTC 227/1988, 204/2004 y 112/2006 afirman que *"la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente*". Es decir, cuando se afecte al contenido esencial del derecho de propiedad privada, como es el caso, estaremos ante una expropiación, "*sin importar el grado de mayor o menor generalidad de la medida interventora*", LÓPEZ y LÓPEZ, 2023, 27). En definitiva, el legislador no puede basarse en la función social de la propiedad para implementar una medida delimitadora (el régimen de control de rentas) dado que objetivamente va en contra de los intereses de la comunidad y supone una vulneración del contenido esencial de la propiedad privada sin que se respeten, como se ha dicho, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..

Podría objetarse a esta conclusión que la doctrina del TEDH (por ejemplo, la STEDH 15 de septiembre de 2009) ha defendido que el respeto al derecho de propiedad privada en un régimen de control de rentas pasaría porque el arrendador obtuviera las cantidades necesarias para cubrir el coste de mantenimiento y por la proporción y adecuación a los valores de mercado (en palabras del Tribunal, "*no puede conducir a resultados manifiestamente poco razonables, como las cantidades de alquiler que solo permiten un beneficio mínimo*"). Pero esto puede no llegar a suceder con la aplicación del régimen del control de rentas. Así, según la Encuesta Sociodemográfica de Barcelona de 2020[33], la renta media de los contratos de renta antigua fue de 534,5 euros, mientras que de acuerdo con los últimos datos disponibles del Observatorio Metropolitano de la Vivienda de Barcelona[34], la renta media de los alquileres fue de 1.131,80 euros al mes en el segundo trimestre de 2024. Por lo tanto, la concentración de contratos de renta antigua en algunas secciones (recordemos que representan el 20% del parque de

vivienda) puede conllevar que la aplicación del índice resulte en una renta media inferior al 50% de la renta de mercado y, por tanto, que no se respete la doctrina del EDH . Y aunque se obtuviera dicho rendimiento mínimo, ya se ha comentado que la medida no superaría el principio de proporcionalidad del TC (de hecho, el propio TEDH entiende que la potestad estatal se excede en este tipo de medidas si conduce a resultados que son manifiestamente irrazonables, como aquí se demuestra); en efecto, la demostración empírica de los sesgos del índice conduce, a nuestro juicio, a "resultados manifiestamente poco razonables" (más allá de la obtención o no de una determinada renta) para los arrendadores al conculcar, además del art. 33.1 CE, el derecho a la igualdad (vid. *infra*).Tampoco creemos acertada la tesis de la STC 26/2025, de 29 de enero[35], que defiende la constitucionalidad de la limitación de rentas (art. 17.7 LAU) al constituir las declaraciones de zonas tensionadas una figura cuyo ámbito de aplicación es excepcional y limitado, tanto territorial como temporalmente, que se asocia a un sistema de contención de precios fijado de manera objetiva que asegura una rentabilidad acorde con la situación en la zona y que, por todo ello, si bien supone una afectación del derecho de propiedad (la utilidad económica del bien), la medida le afecta de forma muy tangencial. Finalmente, se afirma que la especulación sobre la misma no está protegida por el art. 33 CE. No tiene en cuenta el TC: primero, que la medida afecta al 90% de la población, ya sea gran tenedor o persona física que no haya alquilado la vivienda en los cinco años anteriores, sin que tenga que existir aquí un ánimo especulativo *per se* (*cfr*. votos particulares de la sentencia); segundo, que el TC ya ha avalado por la misma razón otras medidas supuestamente temporales que, por el momento, se perpetúan en el tiempo (ver STC 7/2024, de 16 de enero[36] en relación al Decreto-Ley 16/2021, relativo a la prórroga temporal de la suspensión de los desahucios y lanzamientos a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional); y tercero, que el TC sigue realizando una interpretación laxa del principio de proporcionalidad en la línea del TEDH, obviando su aplicación en su versión más estricta.

B) La inconstitucionalidad desde la óptica de los artículos 14, 149.1.1 y 149.1.13 CE

La constitucionalidad del control de renta de los alquileres también puede analizarse desde la óptica de los arts. 14, 149.1.1 y 149.1.13 CE. La experiencia comparada, sin embargo, como la del Tribunal Constitucional Federal alemán —*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG—, el TEDH o el Tribunal Constitucional italiano, muestra que la constitucionalidad de esta medida se ha enjuiciado básí-

camente bajo los parámetros del derecho de propiedad, más que del derecho a la igualdad (SARDO, CERRUTI, MATEOS DURÁN *et al.*, 2024).

Así, el Tribunal Regional de Berlín, en relación con el *Mietpreisbremse* alemán (introducido en 2015 en el § 556d del Código Civil alemán, BGB[37]), entendió —en un caso de impugnación de la renta por excesiva, sentencia del 14 de septiembre de 2017[38]— que el § 556d BGB vulneraba el art. 3 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana (*Grundgesetz*[39]), que regula el derecho de igualdad[40], en tanto que legitimaba un trato desigual (en los ingresos) entre propietarios (la diferencia del alquiler medio entre Berlín y Múnich era del 70%, más oneroso en la segunda), por lo que se suspendió el litigio a la espera de una resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG). El BVerfG declaró finalmente (en Sentencia de 18 de julio de 2019[41]) que era cierto que las diferencias regionales tenían un impacto en el derecho de propiedad, viéndose también afectada la libertad de las partes para negociar el importe del alquiler. Con todo, el tribunal defendió finalmente la constitucionalidad de la medida dado que la aplicación del *Mietpreisbremse* (que depende y se calcula de forma diferente en función de la región) se basaba en el mercado de alquiler local, lo que garantizaba que la renta estaba relacionada con el mercado y, por lo tanto, la viabilidad económica del alquiler[42]. Además, el BVerfG entendió que un tope de alquiler a nivel nacional no tendría sentido porque no tendría conexión con los mercados reales, por ejemplo porque la capacidad de pago de los inquilinos varía de una región a otra. Esta ha sido, precisamente, la opción escogida por el legislador español en la Ley 12/2023, la de dejar a cada Comunidad Autónoma que decida o no implementar áreas tensionadas.

En España el derecho a la igualdad está regulado en el art. 14 CE ("*los españoles son iguales ante la ley*") y tiene una doble vertiente: una positiva, que implica la exigencia de un tratamiento igual; y otra negativa, que prohíbe un trato desigual cuando los sujetos a los que se aplique puedan ser considerados iguales (igualdad frente a la ley —igualdad formal—). De manera que situaciones equivalentes merecen el mismo tratamiento y no puede tratarse de forma desigual situaciones que son comparables sin que exista justificación (CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 2005, 95; "*el art. 14 CE no solo reconoce la igualdad como principio, sino también como el derecho de la persona a no ser tratado desigualmente*", GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, 2020). La STC 91/2019, de 3 de julio[43] remarca que para que una desigualdad de trato vulnere el art. 14 CE debe afectar a situaciones sustantivamente iguales y ser artificiosa, injustificada o desproporcionada.

Pues bien, en el presente caso encontramos situaciones semejantes (propietarios de viviendas) a los que el legislador otorga consecuencias jurídicas distintas sobre la base de un elemento diferenciador (el sometimiento o no al control de renta) dependiendo de donde tengan las viviendas (aunque el resto de parámetros

sea igual: tipo de vivienda, necesidad de vivienda en la localidad, etc.) al albur de una discrecionalidad política, lo que, a nuestro juicio, supone un supuesto de discriminación que debe analizarse bajo los parámetros del principio de proporcionalidad (STC 121/1997, de 3 de julio[44]; así lo hace el BVerfG en la sentencia citada *supra*[45]). De esta forma, para determinar si el control de rentas forzoso de la Ley 12/2023 conculca el principio de igualdad acudirse a los juicios de idoneidad (si la medida es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido), necesidad (si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia), y proporcionalidad (si resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto) (STC 151/2017, de 21 de diciembre[46]).

Pues bien, nótese que el razonamiento del BVerfG se basa en la viabilidad económica del alquiler (el mercado regional o local no pierde la referencia del precio de mercado[47]) y en que el índice permite establecer una conexión suficiente con el alquiler de mercado regional, que se comporta de manera distinta en función de la región. Sin embargo, cabe realizar dos consideraciones. La primera es que el cumplimiento del principio de proporcionalidad exige, a nuestro juicio, ir un paso más allá. En efecto, tal y como se ha expuesto en el epígrafe II.1, la evidencia empírica demuestra que el control de renta de los alquileres es contraproducente para los fines que se persiguen (facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada) en contra del mandato dirigido a los poderes públicos previsto en el art. 47 CE, y en la línea de lo dispuesto en el epígrafe II.2 demostrado en el III, el control de renta de la Ley 12/2023 vulnera el principio de igualdad en tanto que los sesgos del sistema provocan que los propietarios cobren menos en función de la sección censal donde residan provocando un impacto patrimonial injustificable. Así, por ejemplo, la concentración de alquileres de renta antigua en una sección censal puede provocar una reducción a la baja (incluso superior al 50%) de la renta en comparación con otras secciones censales, y dentro del colectivo al que afecta (propietarios de viviendas en la área tensionada, grandes tenedores o no) la aplicación del índice no lo hace de igual modo dado que se aplica en función de si existe una muestra suficiente en la sección censal para aplicar el sistema de referencia (en caso contrario, no se aplica). Además, se generan otras desigualdades indeseables a nivel regional como el deterioro del comportamiento migratorio, que conduce a un aumento adicional en la polarización de las personas poco y altamente calificadas a nivel regional y dentro de las áreas metropolitanas afectadas por el límite de alquiler (HILLER y GRÖBEL, 2015). De modo que existe un tratamiento desigual entre propietarios que no está justificado constitucionalmente, ya se aplique el índice por cada región de manera distinta (como sucede con el *Mitpreisbremse*; ver en sentido las consideraciones de la Sentencia del Tribunal de Berlín[48]) o con un índice único a nivel

nacional (como sucede con la Ley 12/2013), tal y como afirma el BVerfG, pues un tope de alquiler a nivel nacional no tiene sentido porque no tendría conexión con los mercados reales, por ejemplo porque la capacidad de pago de los inquilinos varía de una región a otra. En definitiva, que un sistema de control de renta regional genera desigualdades a nivel nacional, y lo mismo sucede si es nacional (como en nuestro caso) al no tenerse en cuenta las particularidades locales.

Desde el punto de vista del art. 149.1.1 CE, la doctrina constitucional ha declarado que no toda medida que incida en la actividad económica puede incardinarse en este título, dado que es necesario que exista "*una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de no ser así se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico*" (STC 21/1999, de 25 de febrero[49]). Y que cuando la diversidad regulatoria que puedan introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias se demuestre insuficiente para imponer la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, el Estado puede intervenir normativamente a fin de garantizar esa igualdad en virtud de los arts. 149.1.1 CE (STC 61/1997) y 149.1.13 CE (STC 225/1993, de 8 de julio[50]) (STC 20/2016, de 4 de febrero[51]).

El Estado, pues, tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (STC 61/1997). De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley 12/2023 se ampara en la función social y en el interés general (arts. 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE) con el trasfondo de la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1 CE) en los términos del art. 14 CE y, en particular, de las personas y grupos sociales en situación de especial desventaja (art. 48 CE) y los legítimos intereses de consumidores y usuarios, de acuerdo con el art. 51.1 CE. De hecho, el legislador ha incidido en otras ocasiones en el derecho de propiedad privada sobre la base del art. 149.1.1 CE, como en la clasificación del suelo (STC 164/2001) o en la ley de costas (STC 149/1991, de 4 de julio[52]), y opera como un límite a la actuación autonómica (STC 16/2018).

Pues bien, más allá de si el art. 149.1.1 CE supone o no una proyección de la igualdad formal prevista en el art. 14 CE[53], la regulación del control de renta de los alquileres vía art. 149.1.1 CE no cumpliría con la doctrina constitucional. Primero, porque regular las "condiciones básicas" implica "*igualar de forma proporcionada derechos que han sido regulados de forma muy dispar en las distintas leyes territoriales*" (VELASCO, 2023), es decir, por los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias, lo que no es posible dado que el control de renta es una competencia exclusiva del Estado (no existe, pues, una diversidad regulatoria). Y, segundo, porque la competencia que deriva de dicho precepto "*tiene por fin la igualación de derechos*" (VELASCO, 2023), lo que

presupone una única norma aplicable a todo el territorio, lo que no sucede en nuestro caso al delegar el art. 18.1 LDV la implementación del control de renta a cada Comunidad Autónoma.

III. DEMOSTRACIÓN EMPÍRICA DE LOS SESGOS DEL ÍNDICE DE PRECIOS DE LA RESOLUCIÓN DEL MVAU DE 14 DE MARZO DE 2024

El análisis de las rentas de alquiler residencial en España padece una serie de sesgos que afectan significativamente a la representatividad del índice objeto de este trabajo para ser la referencia del mercado de alquiler. Estos sesgos no solo complican la representación fiel del mercado inmobiliario, sino que también tienen implicaciones directas en la aplicación de políticas públicas y en el acceso a la vivienda. A continuación, se describen los principales sesgos identificados:

1. Sesgos derivados de la subvaloración de las variables cualitativas del índice.

Las características cualitativas, como la presencia de ascensor, vistas privilegiadas, estado del edificio o su antigüedad, impactan en gran medida en las rentas. Sin embargo, estas variables son insuficientemente incorporadas en los modelos de cálculo, lo que afecta la fiabilidad de los valores obtenidos.

2. Sesgo por la falta de variables cualitativas. Existen modelos en otros países que tienen en cuenta muchos más elementos cualitativos para determinar el valor y poder ajustarse más a las características definitorias de cada vivienda.

3. Sesgo por la inclusión en el cálculo los alquileres de renta antigua. Muchas viviendas sujetas a regímenes de renta antigua presentan valores significativamente por debajo del mercado actual. Este factor tiende a distorsionar el cálculo de los valores medios, dando lugar a una subestimación que no refleja con precisión las condiciones del mercado actual.

4. Sesgo por la limitación en el tamaño de las viviendas incluidas. El índice considera únicamente viviendas de entre 30 m² y 150 m², lo que excluye propiedades pequeñas o grandes en el mercado, tipologías habitacionales que, además, no tienen el mismo peso, generando un sesgo.

5. Sesgo por la no inclusión del mercado de personas jurídicas. El sistema de índices se basa exclusivamente en rentas generadas por arrendadores personas físicas (se calcula sobre la base de lo declarado en el IRPF), dejando fuera los contratos gestionados por entidades jurídicas, que representan una proporción importante del mercado, especialmente en zonas urbanas.

6. Sesgo por precio medio alejado del mercado. Como consecuencia del índice, existen diferencias entre el precio del mercado y el precio máximo que se calcula con este.

7. Otros sesgos como son la exclusión de la vivienda social, la exclusión de las secciones censales con pocos datos o la no inclusión de Navarra y el País Vasco.

Estos sesgos deben ser considerados en cualquier análisis riguroso para garantizar que los índices y valores calculados sean representativos del mercado real. En los epígrafes siguientes se profundizará en cada uno de estos puntos y sus implicaciones.

1. Sesgo derivado de la subvaloración de las variables cualitativas del índice

Para llevar a cabo la demostración empírica de las rentas, se han analizado 224 alquileres celebrados en el primer trimestre de 2024 en diferentes puntos de Cataluña. Los alquileres han sido facilitados por las diferentes Cámaras de la propiedad urbana a partir de los contratos que han gestionado.

Ficha técnica del estudio:

- Universo objeto de Estudio: alquileres celebrados en el primer trimestre de 2024 en Cataluña en zonas tensionadas (aproximadamente 30.000 contratos).
- Tamaño de la muestra: 224 viviendas.
- Sistema de muestreo: recopilación de datos facilitados por las diferentes Cámaras de la propiedad urbana de Cataluña.
- Error muestral asociado: El error muestral es de ± 6,52%, los datos con un nivel de confianza del 95,5% y p=q=0.5.

El proceso de trabajo de campo ha consistido en analizar uno a uno las 224 referencias catastrales y se ha estructurado a partir de las siguientes 3 fases:

FASE 1. Recopilación de Información

1. Origen de los datos:
    - Los contratos de alquiler se recopilan a partir de las Cámaras de diferentes localidades de Cataluña, incluyendo: Barcelona, Gerona, Lérida, Tarragona, y otras ciudades específicas como Hospitalet de Llobregat, Badalona, Mataró, Manresa y Reus.
    - Cada Cámara proporciona información basada en los contratos firmados, divididos en oficinas locales (por ejemplo, Gerona incluye datos de Palamós, Figueras, etc.).
2. Variables recopiladas:
    - Año, mes, provincia y municipio del contrato de alquiler.
    - Dirección de la vivienda.
    - Precio del alquiler cerrado según contrato.

- Información adicional: valor de referencia catastral, superficie útil, superficie según catastro, etiqueta de eficiencia energética, estado de conservación y altura.

FASE 2. Validación de la base de datos y selección

Se ha depurado la base de datos para disponer de inmuebles que formen parte del objetivo del estudio, es decir, que cumplan las siguientes condiciones:

1. Inmuebles residenciales
2. Situados en zonas de mercado residencial tensionado
3. Que tengan división horizontal
4. Que se sitúen entre 30 y 150 m².

Con estos criterios se han obtenido un total de 224 alquileres que servirán de referencia para determinar las diferencias.

FASE 3. Descarga de información del Sistema Estatal de Referencia de Precios de Alquiler de Vivienda[54]. Para cada alquiler se ha buscado la referencia catastral, incorporándola a la base de datos junto con los valores de precio mínimo y máximo, analizando cómo este último varía según las variables cualitativas:

- Ascensor (en el caso de una planta baja no afecta al precio)
- Aparcamiento
- Amueblada
- Conserjería
- Vistas especiales
- Piscina comunitaria, gimnasio, equipamiento análogo
- Zonas comunitarias de uso compartido, como jardín, azotea o salas comunes

A partir de la base de datos se ha descargado una a una todas las diferencias en el precio máximo que significan cada uno de los elementos cualitativos/hedónicos de la vivienda que se analizarán individualmente. Para ello se ha introducido en la herramienta de cálculo los datos catastrales, la eficiencia energética y la altura, tomando cómo referencia el valor resultante. A partir de ese momento se han descargado como fluctúa el precio de referencia a partir de los 7 elementos que analiza la herramienta (Figura 3).

Figura 3. *Imagen de los elementos cualitativos que tiene en cuenta el cálculo del índice.* Fuente: https://serpavi.mivau.gob.es/.

A) Precio medio aplicado al certificado energético

El cálculo del incremento de precio de tener un inmueble con certificado energético G a un certificado A es de 2.14 € al mes. Si tomamos como referencias estudios económicos asociados dicen lo siguiente[55]: "*En términos globales, un informe elaborado por Colliers y Balantia estima que la inversión media para mejorar un escalón en el certificado de eficiencia energética de una vivienda plurifamiliar de 90 m2 asciende a 27 euros/m2 para pasar de la letra E a la D. Dicho de otra manera, la reforma supondría un desembolso de 2.430 euros (IVA incluido). Para subir de la letra D a la C el coste medio sería de 71 euros/m2, mientras que alcanzaría los 132 euros/m2 para cambiar la letra C por la B. La inversión llegaría a los 212 euros/m2 para mejorar hasta la letra A*". Esto significa que el aumento de precio que se puede aplicar al alquiler por tener un certificado energético mejor dista mucho de lo que se debería invertir para obtener su mejora. En consecuencia, es probable que el arrendador del inmueble se vea poco motivado a hacer mejoras energéticas.

B) Precio medio aplicado al ascensor

En la Tabla 1 se muestran los datos estadísticos del estudio detallado del precio medio de subida aplicado a un inmueble que dispone de ascensor. El precio medio muestra cómo incrementa el precio promedio de los 224 alquileres analizados con la inclusión del ascensor.

Estadísticos descriptivos ASCENSOR		**Estadístico**	**Error estándar**
Media		24,47 €	0,59828
95% de intervalo de confianza para la media	Límite inferior	22,96 €	
	Límite superior	25,98 €	
Media recortada al 5%		24,21 €	
Mediana		24,13 €	
Desviación estándar		11,47 €	
Mínimo		0,00 €	
Máximo		65,05 €	
Rango		65,05 €	
Rango intercuartil		13,10 €	
Asimetría		0,50	0,163
Curtosis		1,39	0,324

Tabla 1. *Incremento del precio medio en el ascensor*.
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de estudio de alquileres enero-marzo 2024.

La media del precio máximo que se puede aplicar de más a un inmueble que dispone de ascensor es de 24,47 €. La media recortada al 5% (24,21 €) es muy cercana a la media general (24,47 €), lo que indica que los valores extremos no tienen un impacto significativo sobre el promedio.

A partir de este dato se ha buscado un valor de referencia para determinar el precio de un ascensor. Se ha usado la calculadora de accesibilidad de la Fundación Mutua de Propietarios[56]. El precio medio de un ascensor accesible según normativa para un edificio de 3 plantas asciende a 48.000€.

Para hacer el cálculo de amortización de la inversión se ha estimado la media de plantas de los edificios de Cataluña en 2021[57]: 4,52 y la media de vecinos por planta 3,9 vecinos. Haciendo un cálculo, si dividimos el precio medio resultante de 2.722,94 € por propietario, obtenemos el incremento por edificio debido al ascensor (24,47€) y se calcula cuánto tiempo se tarda en amortizar esta obra, el resultado son 111,3 meses, o lo que es lo mismo, más de 9 años. Este cálculo no tiene en cuenta otros gastos.

La nueva normativa de ascensores, también llamada ITC AEM 1, tiene su origen en el Real Decreto 355/2024, de 2 de abril, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria ITC AEM 1 «Ascensores», que regula la puesta en servicio, modificación, mantenimiento e inspección de los ascensores, así como el incremento de la seguridad del parque de ascensores existente[58] y fija qué estándares tiene que cumplir un ascensor para dar servicio. Dando probablemente entrada a un gasto derivado ya no tanto de la instalación de un ascensor como la adaptación a la normativa, que en algunos casos puede significar hasta 30.000€ por comunidad de propietarios.

Parece claro, por lo tanto, que el bajo aumento del precio medio que se puede aplicar a disponer de ascensor en el inmueble puede contribuir a desincentivar aún más la instalación o la mejora de ascensores en viviendas arrendadas sometidas a control de renta que pretende fomentar el Real Decreto 355/2024.

C) Precio medio aplicado al aparcamiento

El segundo de los elementos analizados es el incremento de precio mensual por la incorporación del aparcamiento en el inmueble alquilado. La medida no especifica si la plaza de aparcamiento es de coche o de motocicleta, pero se ha analizado como si fuera destinada a un coche. Los resultados del análisis se muestran en la Tabla 2.

Estadísticos descriptivos APARCAMIENTO		**Estadístico**	**Error estándar**
Media		21,91 €	0,59828
95% de intervalo de confianza para la media	**Límite inferior**	20,73 €	
	Límite superior	23,09 €	
Media recortada al 5%		21,38 €	
Mediana		21,04 €	
Desviación estándar		8,95 €	
Mínimo		0,00 €	
Máximo		55,76 €	
Rango		55,76 €	
Rango intercuartil		11,00 €	
Asimetría		0,98	0,163
Curtosis		1,69	0,324

Tabla 2. *Incremento del precio medio en el aparcamiento.*
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de estudio de alquileres enero-marzo 2024.

La Tabla 2 presenta un análisis descriptivo de los precios de los aparcamientos, proporcionando una visión general de su distribución. La media de los precios es de 21,91 €, con un error estándar de 0,59828, lo que sugiere que la estimación del promedio es precisa. El intervalo de confianza del 95% para la media, que va de 20,73 € a 23,09 €, indica que existe alta probabilidad de que el promedio real en la población se encuentre dentro de este rango.

La media recortada al 5%, que excluye los valores más extremos, es de 21,38 €, mostrando que los valores atípicos no distorsionan significativamente la media general. Por su parte, la mediana, que es el valor central de la distribución, se sitúa en 21,04 €, muy cercana a la media, lo que sugiere que la distribución de precios está relativamente equilibrada, aunque con una ligera asimetría.

La tabla siguiente muestra los intervalos del precio medio de mercado de un parquin de alquiler[59] en la ciudad de Barcelona.

La media de 21,91 € para los precios de aparcamiento, presentada en la tabla estadística, es significativamente inferior a los precios medios observados en los distritos de Barcelona, donde los valores mensuales oscilan entre 80 € y 200 €, dependiendo de la zona. Incluso en los distritos más económicos, como Nou Barris (80-120 €) o Horta-Guinardó (90-130 €), los precios superan con creces la media general,

Distritos de Barcelona	**Precio Medio Mensual (€)**
Ciutat Vella	150–200
Eixample	120–180
Sants-Montjuïc	100–150
Les Corts	110–160
Sarrià-Sant Gervasi	130–180
Gràcia	100–150
Horta-Guinardó	90–130
Nou Barris	80–120
Sant Andreu	90–130
Sant Martí	100–150

Tabla 3. *Precio medio de un aparcamiento en Barcelona*.
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Idealista.

En consecuencia, la media de aumento de la renta permitido de 21,91 €/mes no representa adecuadamente los precios de los aparcamientos en una gran ciudad como Barcelona, donde los valores suelen ser entre 4 y 9 veces superiores. Esto pone de manifiesto la importancia de segmentar los análisis de precios según el contexto geográfico, ya que las dinámicas del mercado en áreas urbanas densamente pobladas no se reflejan en estimaciones generales.

2. Resto de elementos cualitativos

En este apartado analizamos de forma conjunta el resto de los elementos que contempla la herramienta https://serpavi.mivau.gob.es/. En concreto, se analiza de la finca que disponga de las siguientes características:

- Amueblada
- Conserjería
- Vistas especiales
- Piscina comunitaria, gimnasio, equipamiento análogo
- Zonas comunitarias de uso compartido, como jardín, azotea o salas comunes

Los resultados del análisis se muestran en la tabla siguiente:

Estadísticos descriptivos ELEMENTOS		**Estadístico**	**Error estándar**
Media		11,04 €	0,29226
95% de intervalo de confianza para la media	**Límite inferior**	10,47 €	
	Límite superior	11,62 €	
Media recortada al 5%		10,74 €	
Mediana		10,53 €	
Desviación estándar		4,37 €	
Mínimo		3,41 €	
Máximo		27,88 €	
Rango		24,47 €	
Rango intercuartil		5,51 €	
Asimetría		1,12	0,163
Curtosis		1,71	0,324

Tabla 4. *Precio medio de diferentes elementos cualitativos: Amueblado, conserjería, Vistas especiales, piscina, zonas comunitarias*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de estudio de alquileres enero-marzo 2024.

Como se puede ver en la tabla la media de todos los elementos es un incremento de 11,04€. El impacto de algunos de ellos, como las vistas, son complicados de evaluar, pero otros, como la conserjería, es fácil de determinar con un cálculo sencillo.

Las notas aclaratorias no dejan claro en qué sentido se aplican estos elementos. Vamos a hacer un ejercicio del efecto de un/a conserje y cómo afecta a los gastos, entendiendo que es posible que este gasto esté incluido en el gasto de la comunidad, pero el índice no aclara en qué sentido se aplica esta mejora.

Imaginemos una finca donde el/la conserje cobre 1.400€ brutos/mes y cuenta con un contrato indefinido. La finca debería abonar:

- Sueldo bruto: 1.400€/mes.
- Coste Seguridad social:
  - 23,60% contingencias comunes: el 23,60% de 1.400€ es 330,4€
  - 5,5% tipo general de desempleo para contrato indefinido: el 5,5% de 1.400€ es 77€
  - 3,5% contingencias profesionales (este porcentaje depende de la actividad profesional, es un valor referencia): el 3,5% de 1400€ es 49€
  - 0,20% FOGASA (Fondo de Garantía Salarial): el 0,20% de 1.400€ es 2,8€
  - 0,60% para formación profesional: el 0,60% de 1.400€ es 8,4€

Por lo tanto, el coste que debe asumir la comunidad de propietarios será de 1.867,6€ (resultado de la suma de todo el coste en Seguridad Social más el salario bruto). Si dividiéramos ese importe por la media de 11.04€ euros mensuales, tendría que ser un inmueble que tuviera 169 viviendas para hacer frente de forma equitativa el pago del/la conserje.

La aplicación de éstos y otros gastos se entienden que ya están incluidos en el precio del gasto de la comunidad, que acostumbra a estar al cargo del arrendatario, por lo que es una doble imposición sobre el mismo concepto. Incluir estos aspectos cualitativos se pone todavía más en entredicho si lo comparamos con los que se utilizan en otros países como se muestra en el siguiente epígrafe.

A) Sesgo por la falta de variables cualitativas del índice

El análisis de los sistemas de regulación de alquileres en diferentes países europeos permite identificar estrategias efectivas para garantizar la accesibilidad y equidad en el mercado inmobiliario. Modelos como el *Woningwaarderingsstelsel* (WWS) en los Países Bajos y el *Berliner Mietspiegel* en Alemania destacan por su enfoque detallado en la valoración de propiedades mediante criterios cuantitativos y cualitativos. Ambos sistemas buscan equilibrar los intereses de inquilinos y propietarios, promoviendo la sostenibilidad y la transparencia en el sector de alquiler.

En este apartado, se analizan los principios y variables clave de estos dos modelos. En los Países Bajos, el sistema WWS asigna puntuaciones a las viviendas según criterios como superficie habitable, eficiencia energética y ubicación, determinando el alquiler máximo permitido. En Alemania, el *Mietspiegel* ofrece una tabla comparativa que clasifica los alquileres en Berlín según factores como el tipo de edificio, equipamiento y calidad del entorno.

a) El modelo de los Países Bajos

El *Woningwaarderingsstelsel* (WWS), o sistema de puntos para viviendas en los Países Bajos, detalla los criterios utilizados para asignar puntos a una propiedad, determinando así el alquiler máximo permitido. A continuación, se desglosan las variables principales y los aspectos que evalúan:

- Superficie habitable: Metros cuadrados. Se mide la superficie útil de las áreas de uso exclusivo del inquilino, incluyendo salas de estar, dormitorios, cocinas y baños. A mayor superficie, mayor puntuación.
- Valor catastral *(WOZ-waarde)*: Valor de la propiedad: El valor asignado por las autoridades fiscales locales según la Ley de Valoración de Bienes

Inmuebles. Este valor influye en la puntuación total y, por ende, en el alquiler máximo permitido.

- Etiqueta energética: Eficiencia energética: La calificación energética de la vivienda, que va desde A (muy eficiente) hasta G (poco eficiente). Una mejor calificación resulta en una mayor puntuación, incentivando viviendas más sostenibles.
- Instalaciones sanitarias: Baño y aseo: Se evalúa la presencia y calidad de las instalaciones sanitarias. Por ejemplo, la existencia de una ducha, bañera, lavabo y retrete, así como su estado de mantenimiento.
- Cocina: Equipamiento: Se considera la presencia de instalaciones como fregadero, estufa, horno y espacio para refrigerador. Una cocina bien equipada y en buen estado incrementa la puntuación.
- Espacios exteriores: Balcones, terrazas y jardines: La disponibilidad y tamaño de espacios al aire libre de uso privado, como balcones, terrazas o jardines, aportan puntos adicionales.
- Calidad de la vivienda: Estado general: Se analiza el mantenimiento y conservación de la vivienda, incluyendo aspectos como aislamiento térmico, acústico, presencia de humedades y calidad de los materiales utilizados.
- Ubicación: Entorno y accesibilidad: Se consideran factores como la proximidad a servicios públicos, transporte, zonas comerciales y áreas verdes. Una ubicación favorable puede aumentar la puntuación total.

Cada una de estas variables contribuye a la puntuación total de la vivienda, que determina el alquiler máximo permitido según las regulaciones holandesas. Para obtener una evaluación precisa del alquiler máximo permitido para una vivienda específica puede usarse la herramienta "Rent Check" disponible en el sitio web de la *Huurcommissie*.

b) El modelo alemán

Para analizar las variables cualitativas en Alemania tomamos como referencia el *Berliner Mietspiegel*, un informe oficial que proporciona una visión general de los alquileres estándar para diferentes tipos de viviendas en Berlín. Se actualiza regularmente y es un instrumento clave para garantizar la transparencia y equidad en el mercado de alquiler de la ciudad. El *Mietspiegel* se basa en los datos recopilados de alquileres recientes y se aplica a propiedades específicas no sujetas a control de precios o subsidios.

A continuación, se muestran los principales factores de este índice:

- Tipo de Edificio (*Art*):

- — Aplica a edificios multifamiliares con al menos tres unidades.
- — No incluye viviendas unifamiliares, bifamiliares ni casas adosadas.

• Tamaño (*Größe*):

— Superficie habitable en metros cuadrados, determinada por regulaciones como la Segunda Orden de Cálculo (II. BV) o la Orden de Superficie Habitable (WoFlV).

• Equipamiento (*Ausstattung*):
  - — Características proporcionadas por el arrendador:
  - — Calefacción central.
  - — Baño completo (incluyendo ducha o bañera, y calentador de agua).
  - — Mejoras adicionales pueden influir en la valoración.
• Condiciones de la Propiedad (*Beschaffenheit*):
  - — Año de construcción y adaptaciones posteriores, como:
  - — Renovaciones estructurales.
  - — Reconversiones (por ejemplo, de espacios comerciales a residenciales).
  - — Modernizaciones importantes.
• Ubicación (*Wohnlage*):
  - — Clasificación en tres categorías: simple, media y buena.
  - — Evaluación del entorno residencial basado en indicadores estadísticos, proximidad a servicios y calidad ambiental.
• Estado Energético (*Energetischer Zustand*):
  - — Nivel de eficiencia energética del edificio.
  - — Propiedades con bajo consumo energético reciben mayor puntuación.
• Tabla de Comparación de Alquileres (*Mietspiegeltabelle*):
  - — Diferentes niveles de alquiler para categorías como:
  - — Tamaño.
  - — Año de construcción.
  - — Ubicación.
  - — Las propiedades totalmente equipadas tienen un nivel base de alquiler, mientras que las menos equipadas tienen descuentos.
• Orientación para Variaciones (*Spanneneinordnung*):
  - — Ajustes según características específicas, como:
  - — Cocina y baño.
  - — Estado del edificio.
  - — Características del entorno.

Visto el detalle de otros países con mayor experiencia en el cálculo de índices, parece claro que las variables tomadas en cuenta en el modelo español distan mucho del detalle de otros países europeos que buscan objetivos análogos.

B) Sesgo por la inclusión en el cálculo del mercado de renta antigua

La Encuesta Sociodemográfica de Barcelona (ESDB) 2020 es un estudio exhaustivo diseñado por el Ayuntamiento de Barcelona para analizar las características sociodemográficas de la población de la ciudad, sus hogares y las condiciones de sus viviendas. Su metodología es lo suficientemente fiable como para determinar que los aspectos que detallan pueden tenerse en consideración para este trabajo. En concreto a nivel de Muestra:

- Marco muestral: Basado en el Censo de Locales y Actividades (CELIA), que incluye datos del Padrón, Catastro y registros censales.
- Tamaño de muestra:
  - 10.787 edificios inspeccionados.
  - 4.671 viviendas seleccionadas.
  - 4.552 hogares encuestados.
  - 11.092 personas entrevistadas.
- Error muestral:
  - ±0,9% para edificios.
  - ±1,5% para viviendas y hogares.
  - ±1,0% para personas (con un nivel de confianza del 95,5%).

Este estudio muestra cuál es el porcentaje de viviendas con contratos de renta antigua y cuáles de renta libre o de mercado. En la Tabla 5 se detallan estos resultados comparados de la evolución 2017/2020.

Tipo de contrato		**2017**	**2020**
Contrato indefinido/ renta antigua en Barcelona	**Número de hogares**	66.880	57.749
	% que representan	25,2%	20,1%
	Precio medio (€)	407,3	534,5
	N	348	282
Contrato de renta libre Barcelona	**Número de hogares**	198.803	230.169
	% que representan	74,8%	79,9%
	Precio medio (€)	744,1	870,6
	N	1.048	1.262

Tabla 5. *Comparativa contratos indefinidos/renta antigua en Barcelona*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta Sociodemográfica de Barcelona (ESDB) 2020[60]

En 2017 uno de cada cuatro y en 2020 dos de cada diez alquileres eran de renta antigua o indefinido. Esto supone que en la ciudad de Barcelona tienen un peso considerable a tener en cuenta. A continuación, se detalla cómo de diferentes son los precios de cada tipo de contrato.

Año 2017

- Precio medio contrato de renta libre: 744,1 €
- Precio medio contrato de renta antigua: 407,3 €
- Incremento 82,69%

Año 2020

- Precio medio del contrato de renta libre 870,6 €
- Precio medio del contrato de renta antigua: 534,5 €
- Incremento 62.88%

Si sólo se toman en consideración los contratos de renta libre, el cálculo del precio medio de los alquileres reflejará valores significativamente más altos debido al hecho de que estos contratos tienen precios más elevados que los indefinidos.

C) Sesgo por la limitación en el tamaño de las viviendas incluidas

La Tabla 6 muestra la distribución de viviendas según el tipo de tenencia (alquiler, propiedad u otras formas) y su tamaño en metros cuadrados según el censo de vivienda del INE 2021 relativo a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Los datos están desglosados en categorías de superficie y se ha llevado a cabo el cálculo del porcentaje de viviendas en alquiler en función de los metros cuadros de la vivienda.

VIVIENDAS	De alquiler	% de viviendas de alquiler	De propiedad	Otras formas	Total
Hasta 30 m²	16.453	2,4%	14.176	4.174	34.803
De 31 a 45 m²	95.213	13,8%	116.810	23.778	235.801
De 46 a 60 m²	194.935	28,2%	406.512	56.100	657.547
De 61 a 75 m²	160.236	23,1%	487.018	52.189	699.443
De 76 a 90 m²	87.938	12,7%	363.120	31.449	482.507
De 91 a 105 m²	43.610	6,3%	219.051	17.793	280.454
De 106 a 120 m²	23.853	3,4%	127.897	10.851	162.601
De 121 a 150 m²	25.025	3,6%	150.198	12.594	187.817
De 151 a 180 m²	12.717	1,8%	73.413	6.568	92.698
Más de 180 m²	21.462	3,1%	90.311	11.371	123.144
No consta	10.843	1,6%	18.085	3.614	32.542
Total	692.285	100,0%	2.066.591	230.481	2.989.357

Tabla 6. *Distribución de las viviendas según tenencia y metros cuadrados de superficie útil*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos a partir del Censo de población y viviendas del INE/Idescat[61].

Tomando como referencia la distribución de la superficie de las viviendas alquiladas, se muestra que el índice ha excluido del cálculo la referencia de los alquileres de más de 150m2 (4.9%) vs la exclusión de los alquileres de menos de 30m2 (2.4%). Para completar este dato se han buscado datos estadísticos de la empresa Idealista[62], líder del sector. La tabla siguiente muestra cómo se distribuyen los alquileres en las capitales de provincia de Cataluña en función de los metros cuadrados de la vivienda.

La Tabla 7 muestra, a su vez, la distribución porcentual de viviendas por tamaño en metros cuadrados (m^2) en las capitales de provincia de Cataluña (Barcelona, Gerona, Lérida, Tarragona) y el total en toda la región. Está organizada en cinco categorías de tamaño de las cuales, las dos que nos conciernen se distribuyen así:

- **Menos de 30 m^2**: Representan un porcentaje pequeño en todas las capitales. Barcelona tiene el mayor porcentaje (1,3%), mientras que Gerona no tiene registro (0,0%). En toda Cataluña, estas viviendas constituyen el 1,2%.
- **Más de 150 m^2:** Barcelona lidera con un 7,9%, mientras que Lérida y Tarragona tienen los valores más bajos (4,3% y 4,2%, respectivamente). En toda Cataluña, estas viviendas representan el 6,2%.

Alquileres en capitales provincia	**Menos de 30 m^2**	**30-60 m^2**	**60-100 m^2**	**100-150 m^2**	**Más de 150 m^2**
Barcelona	1,3%	25,6%	48,9%	16,3%	7,9%
Gerona	0,0%	21,9%	43,2%	28,7%	6,2%
Lérida	0,4%	15,4%	51,1%	28,9%	4,3%
Tarragona	1,0%	23,6%	50,8%	20,4%	4,2%
TOTAL Cataluña	1,2%	23,1%	51,3%	18,2%	6,2%

Tabla 7. *Distribución de las viviendas alquiladas en el primer trimestre de 2024 según los metros cuadrados de superficie útil*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Idealista.

Cabe decir por lo tanto que la exclusión de propiedades fuera del rango de 30 a 150 metros cuadrados se considera arbitraria y no fundamentada. Se menciona que esta decisión reduce de manera significativa la representatividad de la muestra y, por ende, la aplicabilidad de los resultados para entender el mercado de alquiler en su conjunto. A nivel metodológico no se ofrece una justificación clara para elegir este rango. Esto plantea dudas sobre la validez estadística y la robustez del análisis, ya que la metodología no respalda cómo estos límites reflejan las características reales del mercado de alquiler. Además, los Criterios del Ministerio limitan el cálculo de las viviendas según su superficie, lo que pro-

bablemente genera un sesgo a la baja del precio medio de las secciones censales que tengan viviendas de 150 metros cuadrados o más, porque estos representan entre seis (Idealista) o el doble veces más (censo de vivienda 2021) viviendas que las de menos de 30 m2, que también se excluyen.

D) Sesgo por la no inclusión del mercado de personas jurídicas

El apartado 3.1 de la metodología utilizada para el cálculo del Sistema Estatal de Referencia del Precio del Alquiler de Vivienda establece lo siguiente: *"La población objeto de la explotación son los bienes inmuebles con construcciones, para los que se han registrado ingresos por arrendamiento de titulares que son personas físicas, se declara que los mismos son como vivienda habitual del arrendatario en el modelo 100 del IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), no se trata de arrendamientos a parientes y además tienen una tipología edificatoria de vivienda colectiva o vivienda individual o rural. Desde el punto de vista técnico la explotación estadística combinada entre fuentes tributarias y catastrales requiere que la referencia catastral suministrada sea válida y que los datos del bien inmueble, de su titularidad y de las rentas generadas cumplan determinadas validaciones, de modo que no se consideren erróneos, sospechosos o muy atípicos (outliers)*".

De esta definición metodológica se desprende que todos los contratos de personas jurídicas quedan fuera de dicho conteo, tanto si son arrendatarios como arrendadores. A continuación, se cuantifica la cantidad de dichos contratos en diferentes ámbitos geográficos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, obviados en el cálculo de referencia de precio. La tabla siguiente muestra la distribución en 2023 de los arrendadores en Barcelona y la provincia de Barcelona.

Tipología arrendador	**Barcelona ciudad**		**Total Provincia de Barcelona**	
	Viviendas (N.º)	**Viviendas (%)**	**Viviendas (N.º)**	**Viviendas (%)**
Personas físicas	153.901	64,0%	412.776	70,0%
Personas jurídicas	84.768	**35,3%**	174.177	**29,6%**
Administraciones públicas	7.337	3,1%	17.343	2,9%
Empresas	58.617	24,4%	129.353	22,0%
Entidades sin ánimo de lucro	1.834	0,8%	3.375	0,6%
Instituciones religiosas	606	0,3%	1.001	0,2%

Tipología arrendador	Barcelona ciudad		Total Provincia de Barcelona	
	Viviendas (N.º)	Viviendas (%)	Viviendas (N.º)	Viviendas (%)
Comunidades de bienes/ propietarios	16.255	6,8%	22.785	3,9%
Otras	119	0,0%	320	0,1%
Sin datos	1.700	0,7%	2.319	0,4%
SUBTOTAL Personas jurídicas, sin tener en cuenta la administración pública	77.431	32,2%	156.834	26,6%
TOTAL	**240.369**	**100,0%**	**589.272**	**100,0%**

Tabla 8. *Distribución de las viviendas alquiladas en función del tipo de arrendador. Fuente: O-HB, a partir del Registro de fianzas de INCASÒL (2023)*

El mencionado apartado 3.1 genera una exclusión de las viviendas alquiladas por personas jurídicas y por lo tanto introduce un sesgo significativo en los resultados, ya que este segmento representa una parte relevante del mercado de alquiler, especialmente en áreas urbanas densas como Barcelona, donde, según datos disponibles, el 35,3% de las viviendas alquiladas en la ciudad y el 29,6% en su área metropolitana son gestionadas por personas jurídicas.

Este enfoque genera una representación parcial del mercado del alquiler, subestimando la influencia y las dinámicas de los grandes tenedores y empresas, que suelen operar en contextos de mayor profesionalización, precios diferentes y características contractuales específicas. Al obviar estas viviendas, los índices de referencia pueden no reflejar adecuadamente las realidades del mercado, especialmente en zonas donde estas entidades tienen una presencia importante. Por tanto, aunque la metodología busca homogeneizar la muestra y garantizar la validez de los datos, la omisión de este tipo de arrendadores limita su capacidad para ofrecer una visión integral y representativa del mercado del alquiler en su totalidad.

E) Sesgo por precio medio alejado del mercado

Dado que se disponía del precio real de alquiler, se ha tomado como referencia el precio máximo que permite la herramienta y se ha calculado la diferencia entre ambos datos. Diferencias negativas denotan que el precio máximo del Sistema Estatal es inferior, es decir, que calcula por debajo de la media del precio real.

La Tabla 9 siguiente muestra:

- Media del alquiler real: la media del alquiler real tomado del registro de los 3 primeros meses es de 722,22 € con una muestra de 224 observaciones, una desviación estándar de 246,0 y un error estándar de la media de 16,47. Esto indica que los valores individuales del alquiler real están bastante dispersos, aunque el tamaño de la muestra permite una estimación razonablemente precisa de la media.
- Media del máximo según ley: el valor medio del máximo permitido por la ley es 682,63 €, con la misma muestra de 224 observaciones. La desviación estándar en este caso es más baja (189,0), lo que indica menor variabilidad en comparación con los valores reales de alquiler. El error estándar de la media es de 12,65, lo que sugiere una estimación algo más precisa de la media.

En términos generales, los valores de alquiler real son, en promedio, más altos que el máximo permitido por la ley, con una diferencia media aparente de alrededor de 39,59 €.

Estadísticas de muestras emparejadas		**Media**	**N**	**Desviación estándar**	**Media de error estándar**
Par 1	**Alquiler real**	722,2249	224	246,0	16,473
	Máximo según ley	682,6380	224	189,0	12,659

Tabla 9. *Análisis estadísticos sobre las diferencias entre el alquiler real y el máximo que propone la ley*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de estudio de alquileres enero-marzo 2024.

Prueba T de Student de muestras emparejadas	**Diferencias emparejadas**					**t**	**gl**	**Sig. (bilateral)**
	Media	**Desviación estándar**	**Media de error estándar**	**95% de intervalo de confianza de la diferencia**				
				Inferior	**Superior**			
Alquiler real Vs Máximo según ley	39,59	162,32	10,87	18,17	61,01	3,64	222	0,00

Tabla 10. *Prueba de T de Student de muestras emparejadas*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de estudio de alquileres enero-marzo 2024.

Algunos elementos destacados de la información de la prueba estadística:

- Diferencia media: la diferencia media entre el alquiler real y el máximo permitido por la ley es de 39,59 €, con una desviación estándar de 162,32. Esto sugiere que, aunque la media muestra un valor mayor para

los alquileres reales, la variabilidad es alta, con valores individuales que pueden diferir significativamente de esta media.

- Intervalo de confianza: el intervalo de confianza al 95% para la diferencia media oscila entre 18,17 y 61,01. Esto indica que, con alta confianza, la diferencia media no incluye el cero, lo que sugiere que el alquiler real es consistentemente superior al máximo permitido por la ley.
- Prueba T: El valor T obtenido es 3,64, con 222 grados de libertad (gl). La significancia (p-valor) asociada a esta prueba es 0,00 (bilateral), lo que indica que la diferencia observada entre las medias es estadísticamente significativa. En otras palabras, hay evidencia sólida para afirmar que el alquiler real es significativamente mayor que el máximo permitido por la ley.

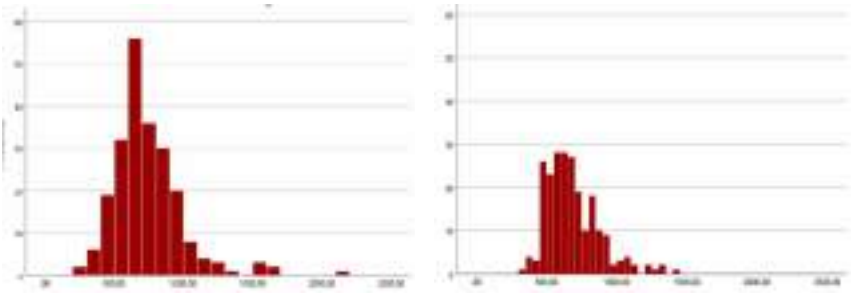


Figura 4. *Histogramas comparativos de la distribución del precio real del alquiler y del precio del control de renta*. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de estudio de alquileres enero-marzo 2024.

Histograma 1: Precio real del alquiler. El primer histograma muestra la distribución de los precios reales del alquiler. Se observa una distribución sesgada a la derecha, con la mayoría de los precios concentrados entre 500 y 1000 euros. La frecuencia más alta se encuentra en torno a los 600-800 euros, donde la barra alcanza su máximo.

Histograma 2: Distribución del precio del alquiler con control de renta. En este caso, la distribución se encuentra más restringida y concentrada, con la mayoría de los valores situados entre 400 y 800 euros. Se observa una reducción de la dispersión en comparación con los precios reales.

El sistema de referencia presenta desajustes significativos, evidenciados por la presencia de una media negativa y casos extremos negativos, lo que indica que, en muchos contextos, los precios reales del mercado superan considerablemente los precios máximos calculados. Este desajuste pone de manifiesto una brecha entre la realidad del mercado y los valores estimados, limitando la capa-

cidad del sistema para actuar como una herramienta efectiva de seguimiento y regulación de precios.

F) Otros sesgos

El cálculo de valores del Sistema Estatal de Referencia del Precio del Alquiler busca proporcionar una base estadística sólida para la toma de decisiones en políticas de vivienda. Sin embargo, este proceso enfrenta una serie de limitaciones que afectan a la representatividad y precisión de los valores estimados. En este apartado se analizan otros sesgos relativos a la metodología empleada. Primero, la inclusión de viviendas destinadas a políticas sociales, cuya heterogeneidad conceptual y operativa plantea desafíos para su integración homogénea en los cálculos. Segundo, la exclusión de Navarra y del País Vasco en el análisis, destacando las implicaciones que esta omisión tiene para la representatividad y coherencia del sistema a nivel estatal. Finalmente, la falta de datos suficientes en determinadas secciones censales, lo que introduce sesgos y limita la capacidad de obtener valores confiables.

a) Inclusión de la vivienda social

En el caso catalán, podemos equiparar (a efectos prácticos y de extracción de datos, ya que no es completamente equiparable) este concepto con el de "viviendas destinadas a políticas sociales", siguiendo el art. 74 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda[63]. Por lo tanto, se incluyen todas las acogidas a cualquiera de las modalidades de protección establecidas por esta ley o por los planes y programas de vivienda, que pueden incluir, además de las viviendas con protección oficial en régimen de compra, alquiler u otras formas de cesión de uso, las viviendas de titularidad pública, las viviendas dotacionales públicas, los alojamientos de acogida para inmigrantes, las viviendas cedidas a la Administración pública, las viviendas de inserción, las viviendas de copropiedad, las viviendas privadas de alquiler gestionadas por redes de mediación social, las viviendas privadas en alquiler con prórroga forzosa, las viviendas cedidas en régimen de *masovería* urbana, las viviendas de empresas destinadas a sus trabajadores y otras viviendas promovidas por operadores públicos, con un precio intermedio entre las viviendas con protección oficial y las viviendas del mercado libre, pero que no se rigen por las reglas del mercado libre. Estas últimas son las que habitualmente están englobadas en el concepto viviendas alquiladas a través de la Red de Mediación para el alquiler social.

Ámbitos territoriales	Vigentes a 31/12/23	Contratos formalizados 2022	Contratos formalizados 2023
Alt Pirineu i Aran	310	93	73
Camp de Tarragona	631	140	91
Comarques Centrals	877	156	130
Comarques Gironines	682	95	98
Metropolitana	4027	730	514
Penedès	628	145	134
Ponent	355	74	40
Terres de l'Ebre	224	53	38

Tabla 11. *Viviendas alquiladas a través de la Red de Mediación para el alquiler social.*
Fuente: Informe sobre el sector de la vivienda en Cataluña de la Generalitat de Catalunya (2023).

El número de alquileres puede parecer poco en comparación con los datos mostrados en apartados precedentes pero el hecho de que no haya datos (ni se quieren publicar por motivos de posible estigmatización) de dónde están ubicadas estas viviendas que tienen el precio regulado, puede causar indefensión al no saber cuántas y cuáles viviendas de tu entorno pueden afectar al precio medio de tu sección censal.

b) No inclusión en el cálculo de Navarra ni del País Vasco

La exclusión de Navarra y el País Vasco en los cálculos del Sistema Estatal de Referencia del Precio del Alquiler puede tener repercusiones significativas que cuestionan su validez como referencia representativa y confiable. A continuación, se detallan los puntos clave:

- Ausencia de representatividad territorial completa: Navarra y el País Vasco tienen particularidades económicas, sociales y demográficas que difieren del resto de España. La falta de inclusión de estas regiones puede crear un sesgo en los datos y en las conclusiones que derivan de ellos, lo que afecta la representatividad del sistema como una herramienta de política pública.
- Diversidad en los mercados de alquiler: estas comunidades tienen normativas propias y características del mercado inmobiliario diferentes, como el impacto del régimen foral y la organización territorial distinta. Su exclusión implica que no se consideren dinámicas únicas de mercado que podrían influir en los índices de referencia a nivel estatal, lo que podría resultar en políticas menos efectivas.

- Imprecisión en la aplicación de políticas públicas: el sistema estatal tiene entre sus objetivos identificar zonas tensionadas y diseñar medidas de intervención. Sin datos de Navarra y el País Vasco, cualquier planificación de políticas podría ignorar las necesidades específicas de estas regiones, que también enfrentan problemas de asequibilidad y acceso.
- Impacto en las comparaciones internacionales: omitir estas dos comunidades dificulta la comparabilidad del sistema español con otros sistemas europeos que suelen incluir información de todas las regiones para evaluar la asequibilidad y la seguridad de tenencia.
- Riesgo de percepción de desigualdad: dejar fuera a dos comunidades autónomas puede interpretarse como un trato desigual frente al resto del territorio, debilitando la percepción de imparcialidad y equidad del sistema. Esto puede deslegitimar el sistema y reducir su aceptación entre los distintos actores del mercado.

La exclusión de Navarra y el País Vasco compromete la calidad, representatividad y utilidad del Sistema Estatal de Referencia del Precio del Alquiler como herramienta de análisis y diseño de políticas públicas en España. Una solución sería incorporar estas regiones bajo un marco adaptado que respete sus singularidades legislativas y económicas.

c) Falta de datos en secciones censales

El cálculo de valores que se ha trabajado y que se muestra en la herramienta https://serpavi.mivau.gob.es/ se basa en la información de propiedades agrupadas en secciones censales. Esta agrupación tiene como objetivo buscar la homogeneidad de las zonas, ya que zonas próximas tienen características similares.

La herramienta utiliza la delimitación de secciones censales del censo para asignar los valores registrados en las declaraciones de IRPF (identificados mediante referencias catastrales) a un nivel espacial específico. Sin embargo, al estimar los valores, esta escala tan reducida puede limitar disponer de datos robustos de referencia. Una sección censal que tenga algunos de los sesgos que anteriormente hemos determinado (pisos más grandes, más pequeños, arrendados por personas físicas, etc.) puede generar por un lado que no se llegue al mínimo de 10 o que, si se llega, valor esté muy influenciado por el resto de sesgos.

IV. CONCLUSIONES

I. El régimen de control de rentas de los contratos de arrendamiento implementado por la Ley 12/2023 sobre la base de la competencia del Estado en

materia de Derecho civil atenta contra el contenido esencial del derecho de propiedad privada (art. 33.1 CE), y que de ningún modo puede ampararse en la función social de esta (art. 33.2 CE), dado que no genera ningún beneficio para la colectividad sino que, al contrario, la sociedad en su conjunto se ve perjudicada al complicar aún más el acceso a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), produciendo *de facto* una inadmisible expropiación sin compensación (art. 33.3 CE).

II. El régimen de control de rentas de los contratos de arrendamiento implementado por la Ley 12/2023 provoca situaciones que conculcan el derecho a la igualdad (art. 14 CE), un derecho fundamental directamente aplicable por los tribunales. De este modo, hacer recaer el perjuicio causado por no poder alquilar la vivienda al precio que uno desee como manifestación dominical de manera diferente en unos propietarios y no o no tanto en otros (todos con inmuebles parecidos por características, localización, etc.), dependiendo únicamente de qué contratos de alquiler se contabilizan en dichos criterios y cuáles no en sus respectivos distritos censales, cayendo en la arbitrariedad, es injusto y contrario a la igualdad ante la ley y en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (arts. 14 y 149.1.1 CE).

III. Que la conculcación del derecho a la igualdad se manifiesta a través de diez vías:

a. Subvaloración de las variables cualitativas. Por ejemplo, el precio medio que puede aplicarse a las mejoras energéticas (pasar de G a A) es de 2,14€/mes, lo que las desincentiva. El del ascensor es de 24,47 €/mes con una amortización media de casi 10 años. El precio medio aplicable al aparcamiento es de 21,91€, notablemente inferior al precio de mercado de las áreas tensionadas y lo que repercutirá en la no inclusión del aparcamiento en el contrato de alquiler. Como último ejemplo, el precio aplicado a un/a conserje es de 11,04€, lo que significaría que, para mantener su sueldo, debería haber como mínimo 169 propietarios de pisos en el edificio.
b. Falta de variables cualitativas. Uno de los problemas del índice es la falta de variables que puedan realmente acercar la casuística del inmueble a su precio final. Alemania o los Países Bajos hace años que tienen índices que contemplan muchos más elementos cualitativos que afectan al cálculo.
c. La inclusión de alquileres de renta antigua presenta un sesgo a la baja puesto que, según estudios de la ciudad de Barcelona, este tipo de alquileres representa alrededor del 20% y son casi un 40% inferiores en precio medio que los de renta libre.
d. El tamaño de las viviendas también genera un sesgo puesto que no se ha tenido en cuenta que se descuenten los casos atípicos por ambos lados,

sino que existe una descompensación porque los alquileres de pisos de menos de 30m2 son como mínimo la mitad que los de más de 150m2, tensionando los precios a la baja.

e. La no inclusión del mercado de personas jurídicas obvia al 35% de los alquileres de la ciudad de Barcelona y el 30% de su provincia, lo que supone una falta de representatividad clara del total del mercado de alquiler.
f. El análisis estadístico de alquileres del primer trimestre de 2024 y su comparación con el precio que marca el índice es menor estadísticamente lo que significa que no mide correctamente el valor de mercado del inmueble: no está congelando la renta, sino que la está bajando artificiosamente, sin compensación alguna.
g. Se incluyen las viviendas sociales en alquiler por personas físicas privadas, por ejemplo, las de la red de mediación, sin saber si una sección censal dispone de muchas viviendas de este tipo que puedan afectar al precio medio del índice de precio de referencia, causando indefensión y desigualdad.
h. No incluir todas las comunidades como Navarra y el País Vasco genera una diferencia entre comunidades autónomas, que en ningún caso puede sustentarse en que tienen un régimen tributario distinto, dado que, cuando hablamos de precio de la renta, estamos hablando de Derecho civil, tal y como tiene dicho el TC.
i. Los datos sobre los que trabaja el índice son datos relativos a dos/tres años de antigüedad de la Agencia Tributaria. Este desfase temporal genera que los datos puedan distar mucho de los datos reales procedentes de las rentas físicas.
j. Para el cálculo no se han tenido en cuenta muchos sesgos explicados con anterioridad (viviendas de personas jurídicas, por ejemplo) y eso minimiza la cantidad de viviendas para el cálculo. El considerar que la falta de esta parte del mercado no afecta al cálculo necesitaría de una demostración estadísticamente fiable que lo analizara.

IV. No existen soluciones fáciles a problemas complejos, como el facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada. En el ámbito del contrato de arrendamiento urbano debe buscarse un marco equilibrado y estable que incentive que los arrendamientos sean asequibles *per se*, sin esperar a que políticas experimentales, improvisadas y erráticas resuelvan este problema estructural, como la limitación de rentas de los contratos de alquiler prevista en la Ley 12/2023. Un marco equilibrado y estable podría prever, por ejemplo y entre otras medidas, el diseño de dos contratos en función de la finalidad perseguida (uno más flexible y sin duración mínima y otro indefinido e incentivado) y un mecanismo de renta referenciada pactado e incentivado (por ejemplo, con incentivos fiscales), siguiendo

los estándares europeos. Desde una perspectiva más amplia, la diversificación de las tenencias de la vivienda y una política de cohesión territorial son medidas estructurales que podrían facilitar el acceso a una vivienda.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Regional de Berlín de 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 18 de julio de 2019.
- STC 120/2024, de 8 de octubre.
- STC 79/2024, de 21 de mayo.
- STC 8/2023, de 22 de febrero.
- STC 37/2022, de 10 de marzo.
- STC 112/2021, de 13 de mayo.
- STC 16/2021, de 28 de enero.
- STC 132/2019, de 13 de noviembre.
- STC 91/2019, de 3 de julio.
- STC 91/2019, de 3 de julio.
- STC 16/2018, de 22 de febrero.
- STC 151/2017, de 21 de diciembre.
- STC 20/2016, de 4 de febrero
- STC 112/2006, de 5 de abril.
- STC 48/2005, de 3 de marzo.
- STC 204/2004, de 18 de noviembre.
- STC 164/2001, de 11 de julio.
- STC 21/1999, de 25 de febrero.
- STC 61/1997, de 20 de marzo.
- STC 89/1994, de 17 de marzo.
- STC 225/1993, de 8 de julio.
- STC 23/1989, de 2 febrero.
- STC 227/1988, de 29 de noviembre.
- STC 37/1987, de 26 de marzo.
- STC 111/1983, de 2 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS MARTÍNEZ, M. A. (2019). Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.*

Nueva Época [En línea], vol. 11, 106-121, disponible en https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10602.

AULT, R.W., JACKSON, J. D. y SABA, R. P. (1994). The effect of long-term rent control on tenant mobility. *Journal of Urban Economics*, vol. 35, núm. 2, 140-158.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. C. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación. Un intento de delimitación. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 50-51, 193-218.

CUEVAS, I. C. y POYANCO BUGUEÑO, R. (2020). La privación parcial al derecho de propiedad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a medidas de recorte o suspensión de remuneraciones y beneficios sociales. *Revista Ius et Praxis* [En línea], vol. 3, 131-156, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000300131&lng=es&nrm=iso.

DESCHERMEIER, P., SEIPELT, B. y VOIGTLÄNDER, M. (2017). *Evaluation der Mietpreisbremse* [En línea], IW Köln Policy Paper, 5/2017, 1-24, disponible en https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2017/335632/IW-policy-_paper_2017_5_Mietpreisbremse.pdf.

DIAMOND, R., MCQUADE, T. y QIAN, F. (2019). The Effects of Rent Control Expansion on Tenants, Landlords, and Inequality: Evidence from San Francisco. *American Economic Review*, vol. 109, núm. 9, 3365–3394.

DOLORS TELLA ALBAREDA, M. (1998). El artículo 149.1.1 de la constitución española. Aproximación a su contenido y a su aplicación. Revista Catalana de Derecho Público, Núm. 22, 221–281,

DOMÉNECH, G. (2024). La verdadera función social del derecho a la propiedad privada. *Almacén de Derecho* [En línea], 22-7-2024, disponible en https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada.

DUGUIT, L. (1912). *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Valparaíso: EDEVAL.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, S. (2020). *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado* [En línea]. EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas, 1-104, disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/14dc7315-1a66-11eb-b57e-01aa75ed71a1.

GYOURKO, J. y LINNEMAN, P. (1990). Rent controls and rental housing quality: a note on the effects of New York city's old controls. *Journal of Urban Economics*, vol. 27, núm. 3, 398-409.

HAHN, A. M., KHOLODILIN, K. A. y WALTL, S. (2020). *Forward to the Past: Short-Term Effects of the Rent Freeze in Berlin*, German Institute for Economic Research, WP núm. 308, 1-42.

HENGER, R., DESCHERMEIER, P., SEIPELT, B. y VOIGTLÄNDER, M. (2017). *How effective is the German "Mietpreisbremse"?* The European Real Estate Society, Industry Seminar, Berlín, 31-3-2017.

HILLER, N. y GRÖBEL, S. (2015). Regionale Divergenz: die Mietpreisbremse und die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse. *Wirtschaftsdienst*, núm. 1, 773-781.

IDEALISTA (2021). *Un año de la ley catalana del alquiler: caídas similares de precio a otros mercados, pero dramático recorte de la oferta* [En línea], 7-9-2021, disponible

en https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2021/09/07/792142-un-ano-de-ley-catalana-del-alquiler-caidas-similares-de-precio-a-otros-mercados-pero.

JUÁREZ TORREJÓN, Á. (2022). El Derecho de propiedad y vivienda: perfiles constitucionales y legales. En M. G. Rodríguez de Almeida (dir.), "*Nuevo" derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 25-53).

KHOLODILIN, K. A. (2022a). Rent Control Effects through the Lens of Empirical Research. *DIW Roundup* [En línea], German Institute for Economic Research, vol. 139, 1-16, disponible en https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.833177.de/diw_roundup_139_en.pdf.

KHOLODILIN, K. (2022b). Lessons from an Aborted Second-Generation Rent Control in Catalonia. *DIW Berlin* [En línea], Discussion Paper, núm. 2008, 1-40, disponible en https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.844514.de/dp2008.pdf.

KHOLODILIN, K. (2024). Rent control effects through the lens of empirical research: An almost complete review of the literature. *Journal of Housing Economics* [En línea], vol. 63, 1051-1377, disponible en https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1051137724000020.

LÓPEZ y LÓPEZ, Á. M. (2023). Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda. *Cuadernos de Derecho Local* [En línea], núm. 59, 1-34, disponible en https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL59/QDL59_01_Lopez_Lopez.pdf.

LÓPEZ y LÓPEZ, Á. M. (2018). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MENSE, A., MICHELSEN, C. y KHOLODILIN, K. A. (2019). The effects of second-generation rent control on land values. *AEA Papers and Proceedings*, núm. 109, 385-388.

MONRÀS, J. y GARCÍA-MONTALVO, J. (2022). *The effect of second generation rent controls: New evidence from Catalonia* [En línea]. Universitat Pompeu Fabra. Working Paper Núm. 1836, 1-67, disponible en https://bse.eu/research/working-papers/effect-second-generation-rent-controls-new-evidence-catalonia.

MOON, C. G. y STOTSKY, J. G. (1993). The effect of rent control on housing quality change: a longitudinal analysis. *Journal of Political Economy*, vol. 101, núm. 6, 1114-1148.

MUNCH, J. R. y SVARER, M. (2002). Rent control and tenancy duration. *Journal of Urban Economics* [En línea], vol. 52, núm. 3, 542-560, disponible en https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0094119002005028.

NASARRE AZNAR, Sergio, SIMÓN MORENO, Héctor y MOLINA ROIG, Elga (coords.) (2018), *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Atelier.

NASARRE AZNAR, S (2018) La renda i la seva actualització. En S. Nasarre, H. Simón y E. Molina (coords.), *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Atelier.

NASARRE AZNAR, S (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NASARRE AZNAR, S. (2022). *El Proyecto de Ley de vivienda 2022*. Fedea. Disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf.

OMHB (Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona) (2022). *Impacte de la Llei 11/2020 en el mercat de lloguer a la demarcació de Barcelona. Avenç de resultats*, 6/2022, 1-24, disponible en https://www.ohb.cat/wp-content/uploads/2022/07/O22015_LAB_Control-lloguer_avenc_Informe.pdf.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2008). Artículo 33. En M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer (pp. 1147-1175).

RODRÍGUEZ MOLINERO, M. (1994). Entre liberalismo y socialismo: la regulación constitucional de la propiedad privada. En Ministerio de Justicia (dir.), *Sistema económico de la Constitución Española*, vol. 1. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia (pp. 1131-1140).

SARDO, A., CERRUTI, G., MATEOS DURÁN, A. D. *et al.* (2024). The judicial response to rent controls in Europe: Protecting property rights against state's intervention? *European Journal of Law and Economics*, núm. 58, 221–281.

SIMÓN MORENO, H. (2023). La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *Derecho privado y Constitución* [En línea], núm. 42, 139-177, disponible en https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-42-enerojunio-2023/la-evolucion-constitucional-de-la-funcion-social-de-la-propiedad-y-el-nuevo-regimen-del-derecho-de.

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

THOMSCHKE, L. (2016). Distributional price effects of rent controls in Berlin: When expectation meets reality. *CAWM Discussion Paper* [En línea], núm. 89, 1-34, disponible en https://www.econstor.eu/bitstream/10419/147489/1/872238865.pdf.

VERDERA SERVER, R. (2023). *Pro proprietate*. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada. *Anuario de Derecho Civil* [En línea], vol. LXXVI, núm. III, 859-988, disponible en https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/10099.

NOTAS

[1] Este artículo parte de un trabajo realizado por los autores para la Cámara de la Propiedad Urbana de Barcelona entre noviembre y diciembre de 2024 y se enmarca dentro del Proyecto del Ministerio "Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma" (PID2020-112876GB-C31).

[2] BOE núm. 66, 15.3.2024.

[3] Disponible en: https://www.mivau.gob.es/recursos_mfom/comodin/recursos/2024-02-23_metodologia_sistema-estatal-alquiler.pdf

[4] BOE núm. 124, 25.5.2023.

[5] BOE núm. 89, 14.4.1987.

[6] DOGC núm. 9122, 14.3.2024, y DOGC núm. 9196, 3.7.2024. Disponibles en: https://habitatge.gencat.cat/ca/ambits/preus-ingressos-i-zones/limit-preu-lloguer/normativa/index.html.

[7] BOE núm. 244, 9.10.2024.

[8] BOE núm. 282, 25.11.1994.

[9] BOE núm. 55, 5.3.2019.

[10] BOE núm. 307, 23.12.1988, BOE núm. 306, 21.12.2004 y BOE núm. 110, 9.5.2006, respectivamente.

[11] BOE núm. 258, 29.9.2020.

[12] Estela López, *Técnicos de Hacienda alertan de que 2 de cada 10 viviendas que se alquilan en Cataluña no se declaran, El Economista*, 5-10-2023 (https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12477471/10/23/tecnicos-de-hacienda-alertan-de-que-2-de-cada-10-viviendas-que-se-alquilan-en-cataluna-no-se-declaran.html).

[13] Datos de Incasòl publicados en El Periódico de Cataluña 13-1-2025, pp. 6 y 7.

[14] BOE núm. 84, 8.4.2022.

[15] BOE núm. 65, 17.3.2022.

[16] BOE núm. 277, 16.11.2024.

[17] BOE núm. 46, 23.2.2021.

[18] BOE núm. 304, 19.12.2019.

[19] BOE núm 142, 15.6.2021.

[20] Ver https://serpavi.mivau.gob.es.

[21] https://wetten.overheid.nl/BWBR0014315/2024-07-01.

[22] https://www.stadtentwicklung.berlin.de/wohnen/mietspiegel/.

[23] Para más información, ver https://wetten.overheid.nl/BWBR0003237/2025-01-01.

[24] BOE núm. 152, 24.6.2024.

[25] "1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitiva en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes. 2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas. 3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo" (LÓPEZ y LÓPEZ, 2018, 52-53).

[26] BOE núm. 298, 14.12.1983.

[27] BOE núm. 89, 14.4.1994.

[28] BOE núm. 81, 5.4.2005.

[29] BOE núm. 304, 21.12.2023.

[30] BOE núm. 72, 23.3.2018.

[31] BOE núm. 194, 14.8.2001 y BOE núm. 99, 25.4.1997.

[32] BOE núm. 77, 31.3.2023.

[33] Disponible en: https://ajuntament.barcelona.cat/premsa/wp-content/uploads/2022/04/6001791a-6cb1-43ef-b964-da7f968b04c0-1.pdf.

[34] Ver https://media-edg.barcelona.cat/wp-content/uploads/2024/11/04161922/Informe_semestral_ZMRT_Barcelona_1_octubre_2024.pdf.

[35] BOE núm. 51, 28.2.2025.

[36] BOE núm. 45, 20.2.2024.

[37] Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html.

[38] LG Berlin, 67 S 149/17. Disponible en: https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/NJRE001318087.

[39] Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html.

[40] (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

[41] Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/07/lk20190718_1bvl000118.html.

[42] Párrafo 97: "Das Differenzierungskriterium der regional abweichenden ortsüblichen Vergleichsmiete ist im verfassungsrechtlichen Sinn auch geeignet und erforderlich, einen hinreichenden Bezug zur regional unterschiedlichen Marktmiete herzustellen und damit auch die Wirtschaftlichkeit der Vermietung sicherzustellen. Zwischen der wirtschaftlichen Verwertbarkeit einer Mietwohnung und der ortsüblicheVergleichsmiete besteht ein hinreichender sachlicher Bezug. Die an den Gegebenheiten des örtlichen Wohnungsmarktes orientierte Vergleichsmiete stellt die Wirtschaftlichkeit der Vermietung zu dieser Miete regelmäßig sicher (vgl. BVerfGE 37, 132). Auch im Geltungsbereich des § 556d Abs. 1 BGB fehlt es ihr nicht an einem hinreichenden Bezug zur Marktmiete. Da sie nach § 558 Abs. 2 BGB anhand der für vergleichbaren Wohnraum in den letzten vier Jahren vereinbarten Mieten ermittelt wird, spiegeln ihre regionalen Abweichungen vielmehr die regionalen Abweichungen der Marktmiete wider. Diesen Marktbezug verliert die ortsübliche Vergleichsmiete angesichts des um 10% zulässigen Aufschlags, der zeitlichen und räumlichen Beschränkungen sowie der Geltungsausnahmen der Miethöhenregulierung auch für die Geltungsdauer der Miethöhenregulierung nicht".

[43] BOE núm. 192, 12.8.2019.

[44] BOE núm. 171, 18.7.1997.

[45] "Nach diesem Maßstab ist die Ungleichbehandlung hier über das Willkürverbot hinaus an strengeren Verhältnismäßigkeitserfordernissen zu messen", Párrafo 95.

[46] BOE núm. 15, 17.1.2018.

[47] "Das Abstellen auf die ortsübliche Vergleichsmiete soll die Marktbezogenheit der regulierten Miethöhe und damit die Wirtschaftlichkeit der Vermietung sicherstellen", párrafo 96.

[48] "Die durch die gewählte Bezugsgröße hervorgerufene – und wesentliche – ungleiche bundesweite Belastung der Vermieter in der von § 556d Abs. 2 BGB erfassten Gebietskulisse lässt sich durch den verfolgten Gesetzeszweck, die mit der Typisierung verbundenen Vorteile und sonstige Sachgründe nicht rechtfertigen. Sie stellt sich vielmehr als gleichheitswidrig dar, da mit Blick auf die vom Gesetzgeber verfolgte Zielsetzung ein einleuchtender Grund für die Hinnahme der evident ungleichen Belastungswirkung fehlt und nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 29. März 2017–2 BvL 6/11, ZIP 2017, 1009, juris Tz. 101)", párrafo 19.

[49] BOE núm. 65, 17.3.1999.

[50] BOE núm. 183, 2.8.1993.

[51] BOE núm. 57, 7.3.2016.

[52] BOE núm. 180, 29.7.1991.

[53] Según DOLORS TELLA, 1998: "«La igualdad» a la que se refiere el art. 149.1.1 CE no puede considerarse que es una proyección de la igualdad formal (del art. 14 CE), ya que en base a la igualdad formal (art. 14) sólo se admite la introducción de diferencias en la ley si existe una justificación objetiva y razonada. Y en cambio, el art. 149.1.1 admite diferencias en los ordenamientos jurídicos autonómicos, en base al principio de autonomía. La igualdad del art. 149.1.1 se refiere a una igualdad sustancial en el ejercicio de los derechos y deberes para todos los ciudadanos".

[54] https://serpavi.mivau.gob.es/.

[55] Lorena Torío, *Calcula cuánto tienes que invertir en tu vivienda para mejorar su eficiencia energética*, el Economista, 25-8-2022 (https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/11917151/08/22/Calcula-cuanto-tienes-que-invertir-en-tu-vivienda-para-mejorar-su-eficiencia-energetica-.html).

[56] https://www.fundacionmdp.org/calculadora-de-accesibilidad/.

[57] https://www.idescat.cat/pub/?id=censph&n=17041&lang=es.

[58] BOE núm. 91, 13.4.2024.

[59] https://www.idealista.com/alquiler-garajes/barcelona-barcelona/.

[60] En ese estudio aparece como "contrato indefinido" y el de renta libre o de mercado como "con plazo temporal" y que entendemos que se corresponden a renta antigua y renta libre/de mercado. El mismo Ayuntamiento de Barcelona hace referencia al concepto de renta antigua en su explicación del estudio (https://ajuntament.barcelona.cat/premsa/2022/04/16/lenquesta-sociodemografica-de-barcelona-esdb-2020-radiografia-una-ciutat-amb-menys-pobresa-que-la-del-2017/).

[61] https://www.idescat.cat/pub/?id=censph&n=353&lang=es&hist=taules%2Fv2%2Fcensph%2F353%2F20426%2Fcat%2Fdata%3F_LAST_%3D1%5Ec%3D2%2Fr%3D3%2Ft%3D-2c%3B-3c.

[62] https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/01/16/810383-la-realidad-del-fenomeno-minipisos-menos-del-1-de-los-pisos-en-alquiler-tiene-menos. Ver https://www.idealista.com/data.

[63] BOE núm. 50, 27.2.2008.

Trabajo recibido el 26 de marzo de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

Las cláusulas penales en la propuesta reformada de modernización de obligaciones y contratos de 2023[1]

Penalty Clauses in the 2023 Revised Proposal for the Modernization of Obligations and Contracts

por

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma "La Sapienza"

RESUMEN: La cláusula penal, como figura esencial en el Derecho de obligaciones, ha sido objeto de un proceso de revisión y modernización en la reciente Propuesta de Reforma para la Modernización del Código Civil de 2023 (PRMOC 2023). Este trabajo se centra en el análisis de dicha reforma, examinando sus innovaciones más relevantes y su impacto en la estructura clásica de la cláusula penal, así como en el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el control judicial.

El estudio se inicia con una aproximación conceptual y sistemática a la cláusula penal en el Derecho civil español, delimitando su naturaleza y diferenciándola de figuras afines como las arras. A continuación, se abordan las modificaciones introducidas por la PRMOC 2023, analizando la nueva regulación en cuanto a su ámbito de aplicación, su función sancionadora e indemnizatoria y la posibilidad de acumulación con otros remedios contractuales. Se examinan, asimismo, los criterios de moderación judicial, su relación con los principios generales del Derecho contractual y la manera en que la reforma redefine los límites de la intervención judicial en materia de cláusulas penales.

Finalmente, se ofrece una reflexión crítica sobre las implicaciones prácticas de la reforma, contrastándola con el marco normativo tradicional y evaluando

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.03

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

sus efectos en la seguridad jurídica y la previsibilidad de las relaciones contractuales. Con ello, el presente estudio no solo busca esclarecer el nuevo régimen de la cláusula penal en la PRMOC 2023, sino también ofrecer una perspectiva que permita comprender sus alcances, sus desafíos y su posible impacto en la práctica contractual.

ABSTRACT: The penalty clause, as a fundamental figure in the law of obligations, has undergone a process of revision and modernization in the recent Proposal for the Reform and Modernization of the Civil Code of 2023 (PRMOC 2023). This paper focuses on the analysis of this reform, examining its most relevant innovations and its impact on the classical structure of the penalty clause, as well as on the balance between the autonomy of will and judicial control.

The study begins with a conceptual and systematic approach to the penalty clause in Spanish civil law, defining its nature and distinguishing it from related figures such as earnest money agreements. It then addresses the changes introduced by the PRMOC 2023, analysing the new regulation in terms of its scope of application, its punitive and compensatory functions, and the possibility of combining it with other contractual remedies. The study also examines the criteria for judicial moderation, its relationship with the general principles of contract law, and the way the reform redefines the limits of judicial intervention in matters of penalty clauses.

Finally, a critical reflection is offered on the practical implications of the reform, contrasting it with the traditional legal framework and assessing its effects on legal certainty and the predictability of contractual relationships. In this way, the present study not only aims to clarify the new regime of the penalty clause under PRMOC 2023 but also to offer a perspective that allows for understanding its scope, challenges, and potential impact on contractual practice.

PALABRAS CLAVE: Cláusula penal; Indemnización; Daños y perjuicios; Incumplimiento; Desistimiento; Moderación judicial; Obligaciones; Remedios contractuales.

KEYWORDS: Penalty clause; Compensation; Damages; Breach (of contract); Withdrawal; Judicial moderation; Obligations; Contractual remedies.

SUMARIO: I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL. I.1. La penal como "cláusula" "accesoria". I.2 La regulación en el Código civil.—II. EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: DE LA PMOC 2009 A LA PRMOC 2023.—III. TIPOS DE CLÁUSULAS PENALES REGULADAS EN LA PRMOC DE 2023.—IV. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO. V.1. Función y efectos. IV.2.

La necesaria razonabilidad de la cláusula de estimación anticipada del daño.—V. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN PRESUNTIVA DEL DAÑO. V.1. Función y efectos. V.2. Indemnizaciones desproporcionadas.—VI. PENA CONVENCIONAL. VI.1. Función y efectos. VI.2. Compatibilidad de la pena convencional y la estimación anticipada de daños: una perspectiva integradora. VI.3. Modificación judicial de la pena convencional.—VII. COMPATIBILIDAD DE LA ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO Y LA PENA CONVENCIONAL CON OTROS REMEDIOS LEGALES.—VIII. LA FUNCIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES Y SU DISTINCIÓN RESPECTO AL TIPO DE INCUMPLIMIENTO.—IX. CLAUSULA PENAL DE DESISTIMIENTO COMO OBLIGACIÓN FACULTATIVA. IX.1. Función y efectos. IX.2. La obligación facultativa y las arras de desistimiento: diferencias clave en el marco contractual. IX.3 La aplicabilidad de los artículos 1196 y 1197 PRMOC a la obligación facultativa.—X. CONCLUSIONES. —XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL

I.1. La penal como "cláusula" "accesoria"

La cláusula penal ocupa un lugar destacado dentro del Derecho civil patrimonial, especialmente en el ámbito de las obligaciones contractuales y sus mecanismos de protección frente al incumplimiento[2]. La regulación positiva de esta figura se encuentra en el Código Civil español de 1889, concretamente entre los artículos 1152 y 1155, dentro del capítulo III del Título IV dedicado a las clases de obligaciones. Esta ubicación normativa refleja la concepción clásica de la cláusula penal como un pacto accesorio (cfr. art. 1155 CC) respecto de la obligación principal, concebido para prever las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. En su función más clara, la cláusula penal actúa como una técnica de previsión y autorregulación contractual, a través de la cual las partes buscan evitar litigios sobre la existencia y cuantificación del daño[3].

Desde una perspectiva técnica y sistemática, la cuestión de la accesoriedad, así como la misma calificación de la penal como "cláusula"[4], plantea notorias dificultades dogmáticas.

En efecto, conforme a la concepción tradicional, la cláusula penal se reputa una estipulación accesoria del contrato principal, cuyo objeto consiste en predeterminar anticipadamente las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de una obligación.

Sin embargo, resulta oportuno cuestionar tanto la noción de cláusula como la de accesoriedad, especialmente si se parte —como es mi caso— de una posición crítica frente a la teoría de los contratos "típicos", pues estimo que no responde a una estructura sustancial del fenómeno contractual, sino que constituye más bien una técnica normativa orientada a disciplinar ciertas prestaciones que, por su recurrencia o relevancia práctica, han adquirido un valor paradigmático dentro del tráfico jurídico. En este sentido, los denominados contratos típicos no configuran verdaderos modelos contractuales en sentido pleno, sino que representan esquemas legales que se activan cada vez que las partes convienen la realización de una determinada prestación considerada jurídicamente relevante. Así entendido, el tipo contractual no determina la existencia del contrato, sino que interviene ex post, en función del contenido obligacional que las partes han querido estructurar.

Bajo esta óptica, el concepto mismo de "cláusula" deviene igualmente problemático, ya que su alcance semántico depende del perímetro conceptual que se le atribuya. Si se entiende por "cláusula" cada una de las disposiciones contenidas en un contrato, tratado, testamento u otro acto jurídico escrito —esto es, enunciados normativos completos que expresan un determinado precepto[5]—, puede afirmarse, sin mayor dificultad, que la penal constituye una cláusula en sentido formal, siempre que se inserte en un contrato que contemple además otras previsiones u obligaciones entre las partes. Pero también puede suceder que esa estipulación sea la única previsión del contrato, en cuyo caso dejaría de ser una cláusula en sentido técnico, estrictamente subordinado, para configurarse como contenido único y exclusivo de un contrato mediante el cual las partes regulan de forma autónoma un interés específico: la eventual consecuencia del incumplimiento de otra u otras obligaciones.

Todo ello conduce a una afirmación esencial, aunque a menudo pasada por alto: la denominada "cláusula penal" no es otra cosa que la expresión convencional de una determinada configuración de intereses jurídicos —configuración que, desde el punto de vista conceptual, goza de plena autonomía—, pero cuya estructura puede adoptar formas diversas dentro del tráfico jurídico. En efecto, dicha estipulación puede integrarse como parte de un contrato más amplio, en cuyo caso participa de su naturaleza compleja y multifinalística, o bien erigirse en contenido único y exclusivo del acuerdo, dando lugar a un pacto autónomo y autosuficiente[6]. En ambos escenarios, lo que se regula es un interés patrimonial específico, vinculado a las consecuencias del eventual incumplimiento de una obligación, real o hipotética.

Ahora bien, reconocer esta doble posibilidad de ubicación estructural —como cláusula accesoria o como núcleo sustantivo de un acuerdo independiente— no aporta por sí misma un contenido sustantivo adicional, sino que refleja

simplemente la pluralidad de formas que puede asumir la autonomía privada en la construcción de vínculos obligacionales. En este sentido, resulta fundamental no confundir la dimensión formal o denominativa del instituto con su auténtica naturaleza jurídica. Que se hable de "cláusula" penal obedece, en última instancia, a una convención terminológica: se trata de una disposición contractual que contiene un precepto, del mismo modo en que una disposición legal alberga una norma. Pero tal denominación no debe oscurecer lo esencial: que el régimen penal convencional constituye una manifestación de voluntad orientada a disciplinar un interés específico, susceptible de adquirir vida propia dentro del contrato o incluso fuera de él.

En cuanto al carácter accesorio de la cláusula penal, es menester precisar que la accesoriedad no se refiere al contenido interno de la estipulación, sino que debe interpretarse a la luz de la conexión entre relaciones jurídicas distintas[7]. En efecto, no cabe duda de que la cláusula penal genera una obligación autónoma —una relación jurídica obligatoria plena— cuya existencia presupone, sin embargo, la de otra relación jurídica obligatoria previa o concurrente, cualquiera que sea su fuente. Por tanto, la accesoriedad no constituye un atributo intrínseco e inmodificable de la obligación derivada de la penal, sino que expresa el vínculo funcional que une dos relaciones jurídicas: aquella que nace de la cláusula penal y aquella cuyo incumplimiento constituye el presupuesto para la eficacia de la primera. Este vínculo de accesoriedad se traduce, en términos operativos, en que las vicisitudes del vínculo principal repercuten directamente sobre la existencia y operatividad de la penal. Pero a la inversa, los avatares de la obligación penal no inciden ni condicionan la existencia, validez o eficacia del vínculo principal. Así planteada, la accesoriedad es una categoría relacional, no sustancial: no define la esencia de la cláusula penal, sino el modo en que esta relación jurídica[8] se enlaza con otra cuya infracción activa sus efectos.

I.2. La regulación en el Código civil

El Código Civil establece que la pena pactada sustituye a la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1152), salvo que las partes hayan previsto expresamente la posibilidad de reclamación adicional[9]. Esta disposición denota la naturaleza predominantemente liquidatoria de la cláusula penal: su función principal es fijar anticipadamente el quantum de la responsabilidad derivada del incumplimiento, eliminando la necesidad de acreditar la existencia y cuantía del daño[10]. No obstante, la cláusula penal puede tener también un matiz punitivo o coercitivo[11], en la medida en que agrava la posición del deudor[12], reforzando el interés del acreedor en el cumplimiento puntual y exacto de la obligación[13].

El artículo 1153 CC introduce lo que la doctrina denomina cláusula penal penitencial o cláusula penal de desistimiento. Se dispone que el deudor no podrá liberarse del cumplimiento de la obligación mediante el simple pago de la pena, salvo que expresamente se le haya reservado ese derecho. Esto significa que la cláusula penal no opera por sí misma como una opción de cumplimiento facultativo, salvo que así lo hayan pactado las partes.

Por otra parte, el artículo 1154 del Código Civil contempla la única posibilidad para la moderación judicial de la cláusula penal. Según dicho precepto, la autoridad judicial podrá reducir equitativamente la pena cuando, con independencia de que haya buena o mala fe[14], la obligación principal haya sido cumplida en parte o de manera irregular por el deudor[15]. Esta previsión legal responde a criterios de equidad y de corrección de posibles abusos, evitando situaciones en las que la aplicación estricta y mecánica de la pena pactada resulte manifiestamente desproporcionada.

Sin embargo, la norma ha generado numerosas dudas interpretativas. La primera cuestión debatida es si la facultad de moderación puede ejercerse únicamente en el supuesto expresamente previsto por el artículo 1154 —es decir, en caso de cumplimiento parcial o defectuoso— o si podría extenderse por analogía a otros supuestos. La posición mayoritaria, sostenida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[16] como por la doctrina dominante[17], es restrictiva[18]: se niega la posibilidad de aplicación analógica, entendiendo que la intervención moderadora de la autoridad judicial solo procede en el supuesto expresamente contemplado por la norma[19].

La segunda cuestión discutida es si la autoridad judicial puede acordar la moderación[20] de oficio o si, por el contrario, es necesaria una petición expresa de parte. En este punto, se admite generalmente[21] que, dado que se trata de una cuestión de equidad y de evitar resultados manifiestamente injustos, la autoridad judicial está facultada para intervenir de oficio, sin necesidad de solicitud previa, siempre que concurran los presupuestos legales para la reducción[22]. De este modo, la autoridad judicial asume un papel activo en la preservación del equilibrio contractual y en la prevención de abusos derivados de una aplicación ciega y literal de la cláusula penal. Sin embargo, una parte de la doctrina, con argumentos de notable solidez, sostiene lo contrario[23]: que la moderación judicial solo puede operar a instancia de parte. Esta postura parece más coherente con los principios que rigen en materia de autonomía de la voluntad y dispositivo del proceso, y evita que el juez actúe más allá de los límites del debate procesal, afectando la seguridad jurídica y el principio de congruencia.

En términos generales, se excluye la posibilidad de que las partes renuncien anticipadamente a la facultad de moderación judicial de la cláusula penal[24]. Esta exclusión se fundamenta, por un lado, en el carácter imperativo de la norma que

reconoce al juez la posibilidad de reducir la pena cuando resulte manifiestamente desproporcionada, lo cual impide que dicha facultad pueda ser contractual o convencionalmente anulada. Por otro lado, se apoya también en el principio de nulidad de la renuncia a derechos futuros[25], que proscribe de forma general los pactos por los que una parte renuncie de antemano a garantías legales concebidas para operar en caso de abuso o desequilibrio.

Más allá de estos puntos de debate, sobre la base de este marco normativo, la doctrina[26] y la jurisprudencia[27] han identificado tres categorías fundamentales de cláusula penal[28].

1. Cláusula penal punitiva y/o cumulativa: Esta modalidad de cláusula penal presenta un marcado carácter sancionador, en la medida en que se suma a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual. La pena funciona como una sanción previamente acordada entre las partes, concebida para reforzar el deber de cumplimiento y disuadir a la parte deudora frente a la posibilidad de incumplir sus obligaciones. Conviene, no obstante, precisar que en este modelo pueden distinguirse dos figuras. La primera es aquella que cumple una función estrictamente punitiva y autónoma, supuesto en el cual la pena no se limita a anticipar la liquidación de los daños y perjuicios, sino que actúa como una sanción adicional y autónoma, permitiendo al acreedor reclamar tanto el pago de la pena como la reparación íntegra de los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Esta configuración exige un pacto expreso y claro[29]; la cuantía fijada no guarda relación con el daño real, sino que responde a la finalidad de reforzar la seriedad del compromiso asumido por el deudor y aumentar el peso vinculante del contrato. Sin embargo, esta modalidad puramente punitiva es rara en la práctica. Lo habitual es que la cláusula penal adopte una naturaleza mixta y, sobre todo, acumulativa. En esta segunda modalidad, la cláusula cumple una doble función: por un lado, cubrir de manera anticipada los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y, por otro, imponer una sanción adicional al deudor. En este supuesto, el acreedor solo podrá exigir el importe fijado en la cláusula, sin posibilidad de acumulación con la pretensión indemnizatoria, ya que ese importe ha sido pactado precisamente para cumplir ambas funciones al mismo tiempo. De este modo, la cláusula no solo cumple una función indemnizatoria, sino que incorpora también un elemento de castigo, reforzando el interés del acreedor en la exacta ejecución del contrato[30].

2. Cláusula penal liquidatoria o sustitutiva: Aquí la pena se concibe como una previsión sustitutiva de los daños y perjuicios, eximiendo al acreedor de probar la existencia y extensión del daño sufrido. El acreedor podrá optar entre exigir el cumplimiento o reclamar la pena, pero no ambas cosas, salvo pacto en contrario. Esta cláusula penal responde a una función esencialmente indemnizatoria y contribuye a racionalizar las relaciones contractuales, ofreciendo a las partes una

previsión anticipada y segura de las consecuencias del incumplimiento[31]. Se trata, además, de la modalidad efectivamente regulada por el ordenamiento jurídico, y la doctrina y la jurisprudencia coinciden en considerar que, en ausencia de una voluntad clara y expresa en sentido contrario[32], esta es la función que debe atribuirse al pacto convenido[33]. Debe señalarse, sin embargo, que dentro de esta categoría pueden distinguirse dos subtipos claramente diferenciados. En primer lugar, la modalidad más habitual, conocida como cláusula penal de sustitución a forfait, en la que la pena pactada se debe en su integridad con independencia del daño efectivamente sufrido, sin que sea necesario acreditar su existencia o cuantía; en este supuesto, la pena se convierte en una cuantificación anticipada y cerrada de la responsabilidad derivada del incumplimiento y el deudor no puede liberarse alegando la inexistencia o menor entidad del perjuicio. En segundo lugar, existe una modalidad más sofisticada y menos frecuente, que exige una previsión contractual clara y expresa, en virtud de la cual la pena pactada actúa como una estimación inicial de los daños, pero se admite la posibilidad de corrección según las circunstancias del caso[34]; en esta hipótesis, el contrato puede prever que el deudor tenga la facultad de acreditar que el daño real ha sido menor al importe de la pena estipulada, solicitando su reducción; o, por el contrario, que el acreedor pueda probar la existencia de un daño superior, legitimando así una eventual reclamación adicional[35].

3. Cláusula penal penitencial o de desistimiento: En esta figura, la pena funciona como una contraprestación económica para el ejercicio del derecho de desistimiento unilateral, cuando así ha sido expresamente pactado. La naturaleza de esta cláusula ha sido discutida, dado que algunos sectores doctrinales la excluyen del ámbito de la cláusula penal propiamente dicha[36], por considerarla más bien una estipulación que permite la resolución unilateral. Sin embargo, otras corrientes doctrinales sostienen que debe incluirse en la categoría de cláusula penal, ya que representa la sanción pactada frente al perjuicio sufrido por la parte cumplidora como consecuencia del desistimiento[37].

Además, la doctrina ha elaborado una clasificación complementaria en función del tipo de incumplimiento que desencadena la aplicación de la cláusula penal, aunque esta tipología no se recoge expresamente en el Código Civil. Según este criterio, pueden distinguirse cuatro modalidades[38]: 1. Pena pactada para el incumplimiento total, cualquiera que sea su causa. 2. Pena pactada para el incumplimiento total por causas determinadas. 3. Pena pactada para el incumplimiento de obligaciones específicas dentro de un conjunto contractual. 4. Pena pactada para el retraso en el cumplimiento. Cada una de estas variantes plantea cuestiones interpretativas y prácticas, especialmente en relación con la posibilidad de acumular la pena con otras acciones indemnizatorias, la compatibilidad con la resolución contractual y los límites derivados de la buena fe y la función social del contrato.

Conviene también distinguir la cláusula penal de las arras, a pesar de que ambos mecanismos cumplen funciones preventivas y sancionadoras. El Código Civil regula la figura de las arras en el artículo 1454 CC, en el contexto de la compraventa. Según este precepto, si una de las partes ha entregado a la otra una suma de dinero o cosas fungibles en concepto de arras, el contrato podrá resolverse, quedando la parte que las entregó sujeta a perderlas o, en el caso contrario, el receptor obligado a devolverlas duplicadas. Por su parte, el Código de Comercio también prevé la figura de las arras, diferenciando entre las arras penales y las confirmatorias reguladas, respectivamente, en los artículos 83 y 343.

La diferencia sustancial entre la cláusula penal y las arras radica en la naturaleza jurídica del pacto: las arras son un pacto de naturaleza real, que exige la entrega material de la cosa o dinero para su perfección, mientras que la cláusula penal es un pacto puramente obligacional que se incorpora como previsión accesoria[39] dentro de un acuerdo contractual.

Las arras[40], cuyo carácter real exige la entrega efectiva del objeto para su operatividad, se clasifican en tres categorías según la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo[41]: Las arras confirmatorias, que actúan como prueba de la celebración del contrato o como principio de ejecución; las arras penales que tienen una función garantista, de modo que, en caso de incumplimiento, la parte que las entregó las pierde y, en caso contrario, el receptor debe devolverlas dobladas; por último, las arras penitenciales, expresamente reconocidas en el artículo 1454 CC, que permiten a las partes desistir del contrato mediante la pérdida o restitución doblada de lo entregado, a diferencia de la cláusula penal, que despliega sus efectos ante el incumplimiento sin requerir ejecución inmediata, las arras operan desde el momento de su entrega y pueden desempeñar tanto una función de refuerzo del contrato como un mecanismo de desvinculación pactada, según la voluntad de las partes.

En otro orden de cosas, la cláusula penal plantea cuestiones relevantes respecto a su función económica, su compatibilidad con la libertad contractual y sus límites derivados del orden público y la buena fe contractual. La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que las cláusulas penales deben interpretarse restrictivamente, y que su aplicación no puede derivar en situaciones de enriquecimiento injusto o desequilibrio patrimonial injustificado.

II. EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: DE LA PMOC 2009 A LA PRMOC 2023

La cláusula penal, históricamente concebida como un instrumento accesoriamente vinculado a la obligación principal, ha experimentado en las últimas dé-

cadas un proceso de revisión y transformación conceptual que ha quedado reflejado en los textos más recientes de Derecho comparado, y en el caso español en las propuestas de reforma del Derecho de las obligaciones. Tanto la Propuesta de Modernización de las Obligaciones y los Contratos de 2009 (PMOC 2009) como la más reciente Propuesta Revisada para la Modernización del Código Civil de 2023 (PRMOC 2023) evidencian una voluntad clara de actualizar y matizar el régimen jurídico de la cláusula penal, adaptándolo a las exigencias de la práctica contractual contemporánea y a una concepción más funcional y flexible de los remedios ante el incumplimiento[42].

La PMOC 2009 mantuvo la regulación de la cláusula penal dentro del ámbito de las clases de obligaciones, situándola entre los artículos 1146 y 1152[43]. Como ya se dijo, esta ubicación respondía a la visión tradicional según la cual la cláusula penal forma parte del entramado de las obligaciones, constituyendo un acuerdo accesorio que fija las consecuencias del incumplimiento. Además, en su artículo 1146.2, la PMOC preveía la posibilidad de la llamada cláusula penal de desistimiento, estableciendo que "El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida"; figura que se mantuvo bajo el concepto de cláusula penal.

Sin embargo, la propuesta de 2023 ha introducido un cambio sustancial en la citada estructura normativa: la cláusula penal se reubica en los artículos 1195 a 1198, en la sección sexta del capítulo VI del Título I, dedicada expresamente al incumplimiento de las obligaciones y sus remedios. Este desplazamiento no es meramente sistemático, sino que implica un cambio conceptual profundo, subrayando que la cláusula penal debe ser entendida principalmente como un instrumento incardinado en el sistema de remedios contractuales[44].

La rúbrica del artículo 1195 de la PRMOC 2023, titulada "Prestación convenida para el incumplimiento del contrato", es particularmente reveladora. Este título refleja que la función central de la cláusula penal es la estimación ex ante del daño, aunque sin excluir otras funciones complementarias, tales como la presunción del daño o la función punitiva en sentido estricto, como se destaca expresamente en la exposición de motivos. Se reconoce, así, el carácter plural y polifuncional de la cláusula penal, cuya naturaleza híbrida ha sido fuente constante de debate doctrinal, tal y como ya se ha explicado.

La PMOC 2009 había avanzado en la clarificación de estas funciones, al establecer que "la prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal". Este enfoque permitía distinguir entre, por un lado, la cláusula de determinación anticipada del daño, que permite al acreedor obtener una prestación específica sin

necesidad de acreditar el daño efectivamente sufrido; y, por otro lado, la cláusula penal en sentido estricto, entendida como una sanción adicional que se impone al deudor incumplidor, sin finalidad indemnizatoria. No obstante, la propuesta de 2009 no resolvía algunos interrogantes fundamentales, tales como la posibilidad de acumular la pena convencional con la indemnización por daños y perjuicios efectivamente acreditados[45].

La PRMOC 2023 ha avanzado de manera significativa en la precisión de estas cuestiones. En primer lugar, define la cláusula de determinación anticipada del daño como "la prestación convenida para el incumplimiento definitivo, el retraso o el cumplimiento no conforme del contrato". Esta definición subraya su carácter indemnizatorio, orientado a sustituir la prueba del daño mediante una cuantificación anticipada pactada por las partes. En segundo lugar, la propuesta de 2023 reconoce expresamente la coexistencia de otras modalidades contractuales, tales como la cláusula que denomina de pena convencional, que actúa como una prestación adicional a cargo del deudor incumplidor, y la cláusula de evaluación presuntiva del daño, que establece una presunción iuris tantum del perjuicio sufrido, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Uno de los aspectos más innovadores y relevantes de la PRMOC 2023 es la aclaración explícita de que "la reclamación de la pena convencional no excluye la de los daños probados o anticipadamente estimados, salvo una voluntad en contrario de las partes o que la cantidad reclamada sea notoriamente desproporcionada" (art. 1196.2.). Esta disposición resuelve de forma definitiva las dudas interpretativas que persistían en el régimen propuesto en 2009, ofreciendo un marco jurídico más seguro y coherente. Se consagra así la posibilidad de acumulación, salvo pacto contrario o límite de proporcionalidad, lo que otorga mayor protección al acreedor sin menoscabar los principios de equidad y limitación del abuso.

Por otra parte, la PRMOC 2023 reubica las arras en una ubicación normativa diferente, alejándolas de la regulación de la cláusula penal, al situar aquellas entre los efectos del contrato. Esta separación dogmática es especialmente acertada, dado que las arras tienen una función propia y autónoma, vinculada a la celebración, formalización, y eficacia del contrato en su fase inicial. La propuesta de 2023 establece, además, que las arras, salvo manifestación expresa en contrario, se imputarán a la prestación debida y constituirán prueba de la conclusión del contrato, reforzando así su función confirmatoria.

Un aspecto destacado de la PRMOC 2023 es la regulación específica, en el artículo 1198, de lo que denomina "obligación facultativa", que es, en realidad, la cláusula penal de desistimiento. Dicho precepto establece que "El deudor tendrá derecho a sustituir el cumplimiento de la obligación por una prestación distinta cuando el título del que surge la obligación o la ley la determine y le atribuya esa

función". Aunque la regulación no altera sustancialmente el régimen previo, sí establece de manera inequívoca que se trata de una obligación facultativa para el deudor, confirmando un resultado ya clarificado por la doctrina. Sin embargo, la elección del título de "obligación facultativa"[46] no parece la más afortunada, pues podría inducir a pensar, erróneamente, que dicho artículo contiene la regulación general de este tipo de obligaciones[47], cuando lo cierto es que su objeto es exclusivamente la previsión de la pena para el caso de desistimiento, por lo que habría sido preferible mantener la denominación de cláusula penal de desistimiento, evitando así posibles ambigüedades interpretativas.

En definitiva, el tránsito de la regulación tradicional a la propuesta de reforma de 2023 refleja una evolución hacia un modelo más flexible y adaptado a la complejidad del tráfico jurídico moderno. La cláusula penal, en este nuevo contexto, se configura como una herramienta esencial para la gestión del riesgo contractual, la prevención de conflictos y la protección de las expectativas legítimas de las partes. La pluralidad de funciones reconocida en la PRMOC 2023, junto con la posibilidad de acumulación de la pena con la indemnización adicional y el establecimiento de mecanismos de control judicial, responde a una visión dinámica y equilibrada del Derecho de las obligaciones, que busca conjugar seguridad jurídica[48], justicia contractual y flexibilidad interpretativa.

III. TIPOS DE CLÁUSULAS PENALES REGULADAS EN LA PRMOC DE 2023

La PRMOC de 2023 establece una clasificación estructurada de las cláusulas penales, distinguiendo tres tipos propiamente dichos, a los que se añade una cuarta figura, regulada bajo la denominación de obligación facultativa, que en realidad responde a la función de cláusula penal de desistimiento.

Las tres cláusulas penales propiamente dichas se dividen en: cláusulas de estimación anticipada del daño, cláusulas de estimación presuntiva del daño y penas convencionales. Todas ellas comparten la característica de ser pactos que establecen una prestación específica para el caso de incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso de una obligación principal, si bien presentan diferencias sustanciales en su función y en el régimen jurídico.

La cláusula de estimación anticipada del daño tiene como objetivo fijar, de antemano y de manera definitiva, la cuantía indemnizatoria derivada del incumplimiento. Su rasgo distintivo es que impide al acreedor reclamar una compensación superior a la acordada, incluso si el daño efectivamente sufrido resulta mayor. En contraposición, la cláusula de estimación presuntiva del daño introduce un criterio más flexible, permitiendo que la cantidad fijada opere como una

presunción iuris tantum, es decir, como una base que puede ser superada si el acreedor prueba que el perjuicio real ha sido mayor. Esta segunda tipología constituye una de las novedades más relevantes de la PRMOC 2023, al ofrecer una solución intermedia entre la certeza cuantitativa y la tutela efectiva del acreedor.

Por su parte, la que aquí se llama pena convencional se configura como una obligación accesoria de naturaleza sancionatoria, cuyo propósito no es tanto indemnizar los daños sufridos, sino penalizar el incumplimiento mediante la imposición de una carga adicional para el deudor. A diferencia de las dos categorías anteriores, esta cláusula no limita la posibilidad del acreedor de exigir el resarcimiento si demuestra la existencia del daño. La pena convencional adquiere así un matiz claramente coercitivo, funcionando como un mecanismo de presión para garantizar el cumplimiento del contrato.

A estas tres categorías se añade una cuarta figura que, aunque no es denominada explícitamente como cláusula penal, cumple sustancialmente una función análoga: es la obligación facultativa prevista en el artículo 1198, a la que ya me he referido anteriormente para explicar que esta disposición regula, en esencia, la pena por desistimiento, permitiendo que una de las partes del contrato se libere de su obligación principal mediante el pago de una suma o el cumplimiento de una prestación sustitutiva. La peculiaridad de esta cláusula ha llevado a la reforma a ubicarla en un precepto diferenciado y específico, generando interrogantes sobre su régimen jurídico y su compatibilidad con las normas generales de las genuinas cláusulas penales. En particular, plantea dudas sobre la aplicabilidad de las disposiciones sobre modificación judicial (art. 1197) y compatibilidad con otros remedios (art. 1196), dado su encaje conceptual como un mecanismo de salida contractual más que como una sanción ante el incumplimiento.

Si bien comúnmente se asume que la prestación derivada de las cláusulas penales posee naturaleza eminentemente pecuniaria, no puede descartarse que las partes estipulen una prestación de distinta índole. Este criterio encuentra fundamento tanto en el tenor literal del artículo 1195 PRMOC 2023, que se refiere de manera amplia a la "prestación convenida", como en el artículo 1198, que emplea la expresión "una prestación distinta". En consecuencia, la cláusula penal puede configurarse no solo como pecuniaria, sino también en términos más amplios, previendo la entrega de una cosa —ya sea específica o genérica— o incluso la asunción de una obligación de hacer[49]. Esta interpretación no solo amplía de manera significativa el alcance y la operatividad de las cláusulas penales, sino que también refuerza el principio de autonomía de la voluntad, permitiendo que su contenido se adapte a las particularidades de cada relación jurídica, dentro de los límites de licitud y viabilidad jurídica. En este sentido, la flexibilidad intrínseca de estas cláusulas se erige como un mecanismo eficaz de tutela y previsión ante

el incumplimiento, consolidando su capacidad para ajustarse a los objetivos específicos perseguidos por las partes en el marco de sus relaciones contractuales.

Un elemento fundamental que caracteriza a todas las cláusulas penales, sin importar su tipología, es su naturaleza accesoria en el sentido señalado en la primera parte de este trabajo, es decir, que su existencia está intrínsecamente vinculada a una obligación principal cuyo incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso constituye su presupuesto lógico y jurídico; este carácter implica que la validez de la cláusula penal depende de la validez de la obligación principal.

La accesoriedad no debe interpretarse de manera restrictiva, limitándola únicamente a las relaciones contractuales. Aunque tradicionalmente se asocia con contratos, las cláusulas penales, al ser un pacto que genera una obligación secundaria, puede perfectamente vincularse a obligaciones cuya fuente sea diversa. En este sentido, nada impide, desde una perspectiva teórica y práctica, que se utilice una cláusula penal para reforzar el cumplimiento de una obligación derivada de un negocio unilateral o de una obligación legal, por ejemplo.

Adicionalmente, el carácter flexible y adaptable de la teoría de las cláusulas penales abre la posibilidad de su aplicación en otros ámbitos jurídicos, como el Derecho sucesorio. En este campo, el testador, en ejercicio de su autonomía, podría incluir cláusulas penales en su testamento para garantizar el cumplimiento de disposiciones específicas[50].

IV. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO

IV.1. Función y efectos

La cláusula de estimación anticipada del daño constituye la figura principalmente regulada en la PRMOC de 2023 y recoge la regulación aplicable cuando las partes no le han atribuido una función distinta. Esto implica que, en ausencia de una manifestación expresa de voluntad e incluso en situaciones de duda que no puedan resolverse mediante interpretación, la cláusula penal debe entenderse como un mecanismo de estimación anticipada del daño.

Su función esencial radica en la determinación previa de la prestación—generalmente de naturaleza pecuniaria—que el deudor estará obligado a satisfacer en caso de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o retraso. A través de esta cláusula, las partes determinan de antemano una prestación (generalmente una cantidad específica de dinero) que el deudor estará obligado a abonar al acreedor, eximiéndolo así de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Sin duda y siguiendo la estela de los textos del soft law[51] que han servido de inspiración a la PRMOC de 2023, es la función que principalmente se

contempla en esta, y la que se encuentra en la mayoría de los códigos europeos, que suelen hacer referencia a la figura[52].

Desde un punto de vista práctico, esta cláusula otorga una ventaja significativa al acreedor, ya que simplifica el proceso de reclamación de la indemnización derivada del incumplimiento de la obligación, al eliminar la necesidad de demostrar la existencia y cuantía del daño. Al mismo tiempo, ofrece al deudor una previsión clara de su responsabilidad potencial, lo que contribuye a una mayor seguridad jurídica para ambas partes.

No obstante, esta utilidad puede adquirir un significado diferente cuando se traslada al ámbito de la competencia entre empresas: en tales contextos, una cláusula penal no solo cumple una función compensatoria, e incluso disuasoria, sino que puede transformarse en un instrumento de cierre del mercado o de exclusión de competidores, especialmente si se integra en estrategias contractuales que refuercen posiciones dominantes o desincentiven la movilidad de clientes y proveedores[53]. Por ello, su validez y efectos deben analizarse con especial cautela a la luz del Derecho de la competencia.

Conviene además tener presente que esta misma naturaleza de la cláusula implica ciertas limitaciones. Una vez que la cuantía del daño ha sido fijada de manera anticipada, el acreedor no puede reclamar una compensación adicional, incluso si los daños reales sufridos superan el importe pactado. De este modo, si las pérdidas efectivas derivadas del incumplimiento son significativamente mayores, el acreedor no podrá solicitar una indemnización superior a la cantidad previamente acordada.

Cabe destacar que se trata de una cláusula que posee una componente esencialmente aleatoria, puesto que, en función de si el daño estimado resulta ser mayor o menor que el daño efectivo, puede favorecer al deudor[54] o al acreedor. Por ello, es indispensable proceder con prudencia y cautela al determinar anticipadamente el daño, evaluando detenidamente todos los elementos que pudieran incidir en su cuantificación para evitar desequilibrios injustificados entre las partes.

En el Código Civil vigente es opinión comúnmente aceptada que, en el caso de cláusulas penales de naturaleza sustitutoria, el acreedor puede reclamar un daño mayor al pactado si logra probar que el incumplimiento ha sido doloso[55], aplicando la disposición contenida en el artículo 1102[56] del Código Civil[57]. Surge entonces la cuestión de si esta solución debe mantenerse también en la PRMOC de 2023, que recoge en su artículo 1193.2 una norma de contenido sustancialmente similar[58].

La cuestión presenta cierta complejidad, ya que la PRMOC de 2023 distingue expresamente entre la cláusula penal con función sustitutoria y aquella que opera como presunción de daño, lo que refleja la voluntad del legislador de delimitar con precisión los efectos jurídicos de cada tipo y de restringir la posi-

bilidad de reclamar daños adicionales a los casos en que así se haya previsto de forma expresa.

Por otro lado, el artículo 1193.2 declara nulas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario. Si se entiende que la expresión "voluntario" alude en realidad al dolo[59], podría abrirse la cuestión de si, en tales supuestos, el acreedor estaría legitimado para reclamar un daño superior al previsto en la cláusula penal.

No obstante, puede considerarse que no existe tal exclusión prohibida cuando se pacta una cláusula penal liquidatoria, ya que esta actúa como un remedio anticipado de carácter indemnizatorio, configurado por las partes en ejercicio de su autonomía. Lejos de excluir la responsabilidad, esta cláusula define previamente su alcance, proporcionando seguridad jurídica y evitando disputas sobre la cuantificación del daño. Desde esta perspectiva, solo cuando exista un pacto expreso y claro que permita reclamar una indemnización mayor en caso de dolo cabría excepcionar el carácter cerrado de la cláusula. En su ausencia, la solución más coherente con el esquema de la reforma parece ser la de atribuir a la cláusula penal un valor definitivo, incluso en caso de incumplimiento doloso, evitando así una interpretación extensiva de la nulidad que vacíe de contenido el pacto indemnizatorio alcanzado por las partes.

En su configuración legal, la exigibilidad de esta cláusula de estimación anticipada del daño está condicionada a la ausencia de una causa de exoneración que justifique el incumplimiento del deudor; ello es lógica consecuencia de su carácter indemnizatorio[60], pues este remedio no procede cuando el deudor no está obligado a indemnizar el daño por no serte a él imputable[61]. Según el artículo 1195.2 PRMOC de 2023, si el deudor puede demostrar una causa válida de exoneración, no estará obligado a cumplir con la prestación establecida en la cláusula, lo que cohonesta con lo establecido en el artículo 1191.1 PRMOC de 2023.

Esta última norma establece, de forma precisa y detallada, las excepciones a la obligación de indemnizar. En particular, se prevé la exoneración del deudor cuando el incumplimiento se deba a un impedimento ajeno a su voluntad o cuando, conforme al contrato, la buena fe y los usos, no le correspondiese prever, evitar o superar dicho impedimento[62]. Además, se contempla la obligación del deudor de comunicar inmediatamente la concurrencia de un hecho impeditivo, sin renunciar a que el acreedor pueda ejercitar otros remedios contractuales.

Es innegable que esta norma plantea una cuestión crucial relativa a su eventual carácter imperativo. En una primera lectura, podría sostenerse que nos hallamos ante una disposición de orden público, dirigida a excluir la indemnización en determinados supuestos y, por tanto, no disponible para la autonomía privada. Esta interpretación, sustentada en la finalidad preventiva o disuasoria de ciertos remedios indemnizatorios, reforzaría la idea de una prohibición absoluta y no de-

rogable por voluntad de las partes. No obstante, un examen más riguroso permite matizar esta conclusión.

Si se adopta una concepción estricta de norma imperativa —según la cual una disposición sólo puede reputarse tal cuando representa el único medio jurídicamente admisible para la realización del principio que encarna—, cabe cuestionar el carácter inderogable del contenido del artículo 1191 PRMOC de 2023. En este sentido, podría sostenerse que la misma deja margen para una configuración convencional distinta, en virtud de la cual las partes estarían habilitadas para prever contractualmente una pena, incluso en situaciones en las que, conforme al tenor literal de la norma, no procedería indemnización alguna. Desde esta perspectiva, la cláusula penal actuaría como instrumento de tutela alternativa, no excluida ex ante por el ordenamiento.

Ahora bien, se plantea entonces una cuestión adicional: ¿puede seguir calificándose como "cláusula penal" una previsión que, además de cumplir una función liquidatoria del daño, opere como garantía convencional de un riesgo asumido por las partes? Estimo que, en tales supuestos, la pena contractual se dotaría de una naturaleza híbrida, que transciende su función tradicional para asumir un perfil bifronte: por un lado, mecanismo de anticipación del resarcimiento; por otro, instrumento de aseguramiento del interés negocial. La cláusula penal, así concebida, se alejaría del esquema clásico y se aproximaría a un acuerdo de naturaleza compleja, orientado a gestionar ex ante los efectos de un eventual incumplimiento, con independencia de su calificación jurídica formal. La pena adquiriría, además, una función de garantía, transformándose en un acuerdo de naturaleza mixta que combina la liquidación del daño con una función aseguradora del riesgo.

Finalmente, como se aclarará más adelante, la parte perjudicada no podrá reclamar la indemnización pactada si ejercita con éxito su pretensión de cumplimiento o la subsanación del cumplimiento defectuoso, pero siempre podrá reclamar, como señala en general el artículo 1196.1 PRMOC 2023, la prestación pactada por el retraso[63].

IV.2. La necesaria razonabilidad de la cláusula de estimación anticipada del daño

Como se ha dicho, la cláusula de estimación anticipada del daño desempeña un papel crucial en el ámbito contractual al permitir a las partes determinar de manera previa y consensuada el monto de la indemnización que el deudor incumplidor deberá pagar al acreedor en caso de incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso. Su principal función radica en proporcionar una solución

anticipada a los posibles conflictos derivados del incumplimiento, eliminando la necesidad de que el acreedor deba probar la existencia y cuantía del daño en un proceso judicial posterior. Este enfoque no solo aporta seguridad jurídica, sino que también ahorra tiempo y recursos tanto para las partes como para el sistema judicial.

Una característica esencial de esta cláusula es que permite a las partes prever, con antelación, las consecuencias económicas de un posible incumplimiento. Esto facilita una gestión de riesgos más eficaz y transparente, especialmente en contratos de naturaleza compleja o de larga duración. Sin embargo, para que esta previsión sea válida y útil, es indispensable que el monto estipulado sea razonable, es decir, que guarde una relación adecuada con el tipo de incumplimiento previsto y con la economía general del contrato.

Si la cuantía pactada fuera irrisoria, la cláusula podría desvirtuar su propósito original y convertirse en suerte de mecanismo de libre reembolso para el deudor o incluso de dejar el cumplimiento de las obligaciones a su voluntad; el deudor podría optar por incumplir deliberadamente el contrato, sabiendo que de hacerlo solo estaría obligado a pagar una cantidad insignificante, lo que podría socavar la propia idea del contrato como vinculación basada en el acuerdo suficiente (art. 1218 PMOC) y generar un desequilibrio significativo en la relación entre las partes. En este sentido, el artículo 1197, párrafo segundo, de la PRMOC de 2023 dispone que "La autoridad judicial, a petición del acreedor, declarará nula la cláusula de estimación anticipada del daño cuando, por su cuantía irrisoria, deja al arbitrio del deudor el cumplimiento del contrato".

Incluso cuando exista una cláusula penal expresamente pactada, cabe sostener que una estipulación irrisoria podría ser nula por contravenir la prohibición del artículo 1102 CC, que impide excluir o limitar la responsabilidad en caso de dolo. Aunque esta disposición se refiere únicamente al dolo, la cuestión de su aplicabilidad a los supuestos de culpa sigue siendo debatida, especialmente a la luz de la ambigüedad del artículo 1102 CC.

La doctrina tiende a equiparar la culpa lata al dolo, por lo que en los casos de culpa grave se suele excluir sin mayores dudas la validez de las cláusulas que pretendan limitar o exonerar la responsabilidad del deudor[64]. La verdadera zona de incertidumbre doctrinal se sitúa en los supuestos de culpa leve: si bien la mayoría de los autores acepta la validez de pactos que excluyan la responsabilidad por dicha modalidad culposa, una parte minoritaria de la doctrina afirma su nulidad, defendiendo que cualquier pacto que excluya o atenúe la responsabilidad por incumplimiento— vulnera los principios de buena fe y de protección del acreedor[65]. Desde esta perspectiva, la irrisoriedad no se considera una mera desproporción económica, sino una forma inadmisible de eludir anticipadamente la responsabilidad contractual.

En esta línea, adquiere particular relevancia la previsión contenida en el artículo 1193.2 de la PRMOC de 2023 que parece consolidar una línea interpretativa orientada a proteger la integridad del consentimiento contractual y la funcionalidad disuasoria de las sanciones previstas para conductas particularmente reprochables. Desde esta perspectiva, no puede soslayarse que una cláusula penal de cuantía simbólica o meramente nominal podría devenir incompatible con el principio de inderogabilidad, por cuanto supondría, en la práctica, una exclusión encubierta de la responsabilidad. De ahí que, la estipulación de una pena irrisoria pueda vulnerar el orden público contractual, en cuanto desnaturaliza la función reparadora y preventiva atribuida a la cláusula penal.

Es importante subrayar que la nulidad de este tipo de cláusulas no puede ser declarada de oficio por la autoridad judicial. Solo puede proceder si el acreedor presenta una solicitud específica, lo que subraya el carácter dispositivo de esta norma y respeta la autonomía de las partes en la relación contractual.

En el otro extremo del espectro, la razonabilidad de la cláusula también puede cuestionarse cuando el monto pactado es excesivamente oneroso para el deudor. Una prestación desproporcionadamente elevada puede alterar el equilibrio contractual, conocido como sinalagma, al imponer al deudor una carga económica desmedida y, en muchos casos, injustificada. Para dar respuesta a esta cuestión, de naturaleza clásica en la materia que nos ocupa, el artículo 1197, párrafo primero, de la PRMOC de 2023 establece que "La autoridad judicial, a petición del deudor, modificará equitativamente … las indemnizaciones convenidas cuya cuantía sea notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido".

Esta disposición representa una innovación significativa respecto al régimen vigente de la cláusula penal, en el cual la única norma que contempla la moderación judicial se encuentra en el artículo 1154 CC. Dicho precepto, como ya se ha explicado, permite la intervención de la autoridad judicial exclusivamente en los supuestos en que, habiéndose pactado una cláusula penal para el incumplimiento de la obligación, el deudor haya ejecutado parcialmente o de manera irregular la prestación principal[66].

Dada la dificultad de aplicar analógicamente[67] el artículo 1154 CC —considerado de interpretación estricta— la doctrina tradicionalmente había postulado que, —salvo en aquellos supuestos en los que la revisión pudiera fundamentarse en la cláusula rebus sic stantibus[68]— en supuestos de desproporción manifiesta, el único recurso viable era acudir al artículo 1255 CC, argumentando que una cláusula penal exorbitante transgrede los límites de la autonomía contractual[69]. Sin embargo, esta solución resultaba excesiva, pues conducía a la nulidad íntegra de la cláusula, lo que suponía un remedio desproporcionado. Junto a esta vía, se han propuesto también otras fundamentaciones[70]: el artículo 1103 CC acogido

por la jurisprudencia de forma muy restrictiva[71], el principio de buena fe del artículo 1258 CC[72], la ausencia o inexistencia de causa[73], el ejercicio abusivo del derecho conforme al artículo 7.2 CC[74].

Bajo esta nueva perspectiva, la norma introducida por la PRMOC de 2023 aporta una respuesta equilibrada a un problema de indudable relevancia práctica, permitiendo la intervención judicial para ajustar equitativamente la cláusula penal sin necesidad de anularla por completo.

Al igual que en el caso de las cláusulas irrisorias, la intervención de la autoridad judicial no es automática[75]. Es necesario que el deudor solicite expresamente la modificación de la cuantía, lo que garantiza que la autoridad judicial actúe únicamente cuando una de las partes lo considere necesario para proteger sus derechos. Este poder otorgado a la autoridad judicial cumple una doble función: primero, permite corregir aquellas cláusulas que, desde su origen, sean manifiestamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido por el acreedor; segundo, ofrece un mecanismo para ajustar cláusulas que, aunque inicialmente razonables, resulten desproporcionadas en el caso concreto debido a circunstancias sobrevenidas o particulares del incumplimiento.

El artículo 1197 de la PRMOC de 2023 no reproduce exactamente la previsión contenida en el artículo 1154 CC. No parece que esta falta de reproducción sea producto de un olvido[76], ni que su omisión genere una laguna normativa, dado que no cabe duda de que el supuesto originalmente regulado en el artículo 1154 CC puede considerarse comprendido dentro de la disposición contenida en la PRMOC de 2023, en la medida en que permite a la autoridad judicial reducir una indemnización "notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido"[77].

Debe entenderse que una indemnización es notoriamente desproporcionada no solo cuando dicha desproporción existe desde el inicio, es decir, desde el momento de la estipulación de la cláusula indemnizatoria, sino también cuando la desproporción es sobrevenida y depende del hecho de que las partes hayan previsto contractualmente una liquidación del incumplimiento que, en el caso concreto, se haya revelado como notoriamente excesiva debido a un incumplimiento parcial o a otra circunstancia. Este razonamiento se sustenta en la función correctora que la norma atribuye a la intervención judicial en materia de indemnizaciones, pues la posibilidad de reducción no debe quedar circunscrita únicamente a los casos en los que la cláusula indemnizatoria sea excesiva en abstracto, sino también a aquellos en los que, por ejemplo, la ejecución parcial del contrato haya generado una desproporción evidente entre la indemnización pactada y el perjuicio efectivamente sufrido.

Por tanto, aunque el artículo 1197 PRMOC de 2023 no reproduzca expresamente la regla del artículo 1154 CC, ello no impide que su espíritu corrector siga vigente en virtud del principio general de moderación equitativa de indemniza-

ciones desproporcionadas, que es el que fundamenta la intervención judicial en esta materia.

Por último, es preciso subrayar que la disposición contenida en el artículo 1197.1 del PRMOC de 2023, en la medida en que otorga a la autoridad judicial la facultad de modificar equitativamente la indemnización pactada cuando su cuantía resulte notoriamente desproporcionada, no entra en contradicción con el régimen establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)[78]. En particular, el artículo 85.6 TRLGDCU[79] tipifica como abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor o usuario una indemnización desproporcionadamente alta[80] en caso de incumplimiento de sus obligaciones[81].

Si se pretendiera sostener que la noción de "notoriamente desproporcionada" debe entenderse de manera distinta y menos rigurosa que la de "desproporcionadamente alta" —aunque, a nivel conceptual, ambas expresiones parecen bastante próximas—, habría que concluir que, en los casos en que una indemnización pueda considerarse notoriamente desproporcionada pero no desproporcionadamente alta, la cláusula en cuestión no podría ser directamente calificada como abusiva conforme al artículo 85 TRLGDCU. No obstante, ello no excluiría la posibilidad de que el consumidor solicitara su reducción equitativa en virtud de la facultad moderadora conferida a la autoridad judicial.

En cualquier caso, la posibilidad de modificar la indemnización no supone que la cláusula quede automáticamente excluida del ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos sometidos a la legislación especial de consumidores. En efecto, aunque no encaje estrictamente dentro del catálogo del artículo 85 TRLGDCU, todavía podría ser declarada abusiva con base en el artículo 82 del mismo cuerpo normativo. Este último precepto establece una definición general de cláusula abusiva, caracterizándola como aquella que, en perjuicio del consumidor, genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato. En consecuencia, incluso en aquellos supuestos en los que una indemnización notoriamente desproporcionada no alcance el umbral de "desproporcionadamente alta", seguiría siendo susceptible de ser declarada abusiva si, en el caso concreto, se demuestra que afecta significativamente al equilibrio contractual en detrimento del consumidor[82].

Distinta debe ser la consideración cuando se trata de cláusulas penales que dificultan o restringen el Derecho del consumidor y usuario a poner fin a contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado. Tales estipulaciones son calificadas como abusivas con independencia de que hayan sido o no objeto de negociación individual, conforme a lo previsto en los artículos 62.5 y 87.6 TRLGDCU[83]. En este supuesto, ya no se está ante una cuestión de moderación judicial de la cláusula penal, sino ante un problema

de invalidez radical, determinada no tanto por la desproporción de su contenido cuanto por la finalidad contraria a Derecho que persigue: obstaculizar el legítimo ejercicio del derecho de desistimiento unilateral del consumidor[84]. Se trata, por tanto, de una nulidad estructural que afecta a la cláusula en su misma esencia, y no de una mera corrección cuantitativa de su contenido.

En resumen, la cláusula de estimación anticipada del daño es una herramienta contractual de gran utilidad que, cuando se diseña y aplica correctamente, proporciona un equilibrio entre la previsión y la equidad. No obstante, su efectividad depende de que las partes negocien de buena fe y establezcan montos razonables que reflejen adecuadamente la naturaleza y el alcance de los posibles incumplimientos. La regulación contenida en la PRMOC de 2023 refuerza este equilibrio al otorgar a la autoridad judicial facultades para intervenir en casos extremos, protegiendo tanto al acreedor como al deudor de situaciones de abuso o desproporción evidente.

V. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN PRESUNTIVA DEL DAÑO

V.1. Función y efectos

La cláusula de estimación presuntiva del daño, verdadera innovación introducida por PRMOC de 2023, constituye una figura de notable interés teórico y práctico dentro del régimen de responsabilidad contractual. A diferencia de la cláusula de estimación anticipada —que fija de forma definitiva y vinculante el importe de la indemnización en caso de incumplimiento—, la cláusula presuntiva establece una cuantía inicial que opera iuris tantum, es decir, como presunción que admite prueba en contrario.

Esta previsión contractual se concibe como un mecanismo de flexibilidad, que permite ajustar la cuantía de la indemnización a las circunstancias efectivamente acontecidas. En tal sentido, una de sus principales ventajas radica en que faculta al acreedor para reclamar un resarcimiento superior al importe presumido, siempre que logre acreditar, mediante prueba suficiente, que los daños efectivamente sufridos exceden la cifra pactada. Esta facultad resarcitoria ampliada responde a una lógica de justicia material y de adecuación indemnizatoria al perjuicio real, en línea con el principio general de reparación integral del daño.

Simultáneamente, la cláusula suscita una cuestión de notable calado: ¿está el deudor igualmente legitimado para demostrar que el daño sufrido por el acreedor ha sido inferior al estimado contractualmente, de modo que se justifique una reducción proporcional de la suma a pagar? Aunque la PRMOC de 2023 no aborda de forma expresa esta posibilidad, la naturaleza presuntiva de la cláusula parece reclamar, ex aequo et bono, la admisión de dicha facultad en favor del deudor. En tanto presunción iuris tantum, no puede negarse al obligado el derecho a destruir-

la mediante prueba en contrario, lo que evitaría que la cláusula operase como una forma encubierta de pena o como un instrumento de enriquecimiento injustificado del acreedor. De hecho, si el deudor logra probar de forma convincente que el daño ha sido inferior a la cifra estimada, no sólo debería tener derecho a pagar únicamente por el perjuicio real, sino que, en caso de haber abonado ya la suma presumida, podría legítimamente reclamar la restitución del exceso.

Ahora bien, esta conclusión, que fluye naturalmente del carácter presuntivo de la cláusula, no impide que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, introduzcan modulaciones convencionales. En efecto, nada obsta a que los contratantes, con plena conciencia y libertad, pacten que la cláusula, aunque presuntiva en su formulación, sólo pueda ser vencida por el acreedor y en el sentido de un eventual plus indemnizatorio. Dicho de otro modo: las partes pueden acordar que la presunción de daño opere de forma unilateral, en beneficio exclusivo del acreedor, quien podrá reclamar una mayor compensación si demuestra que el perjuicio sufrido excede el importe inicialmente estipulado, mientras que el deudor quedará privado de la posibilidad de acreditar que el daño ha sido menor.

Esta opción contractual, aunque excepcional, no resulta en principio contraria al orden público ni a los principios estructurales del Derecho de obligaciones, siempre que no conduzca a situaciones manifiestamente desproporcionadas o abusivas. En efecto, el respeto a la autonomía de la voluntad y la función de previsibilidad que cumple la cláusula justifican esta asimetría convencional, particularmente en contextos en los que el riesgo de incumplimiento y los costes probatorios recaen predominantemente sobre el acreedor. En tales casos, puede considerarse razonable que la cláusula de estimación presuntiva tenga un efecto one-sided, es decir, que opere como una presunción refutable únicamente por la parte que sufre el daño, sin que el deudor pueda invocar su carácter no vinculante para minimizar su responsabilidad

Al igual que en la cláusula de estimación anticipada, la exigibilidad de la prestación pactada en la cláusula de estimación presuntiva está condicionada a la ausencia de una causa de exoneración en el incumplimiento[85].

En conclusión, la cláusula de estimación presuntiva del daño ofrece un equilibrio entre la previsión contractual y la adaptabilidad a las circunstancias reales, proporcionando una herramienta útil para abordar situaciones complejas en las relaciones contractuales.

V.2. Indemnizaciones desproporcionadas

La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1197 de la PRMOC de 2023, previamente transcrita, podría aplicarse, en principio, también a

las cláusulas de estimación presuntiva del daño[86]. Sin embargo, la singularidad de este tipo de estipulación plantea ciertos interrogantes sobre la pertinencia de la moderación judicial en este ámbito. En efecto, el precepto citado hace referencia explícita a "las indemnizaciones convenidas", sin ofrecer una delimitación clara de su alcance ni precisar si comprende las cláusulas que operan sobre una base presuntiva.

Ahora bien, la conveniencia de dicha intervención judicial no resulta tan evidente en el contexto de las cláusulas de estimación presuntiva del daño. A diferencia de las cláusulas de liquidación anticipada, que establecen de manera definitiva la cuantía de la indemnización, las presuntivas introducen una presunción iuris tantum sobre la magnitud del perjuicio sufrido por el acreedor, permitiendo prueba en contrario. En consecuencia, el acreedor conserva la posibilidad de reclamar una compensación mayor si acredita que el daño efectivamente experimentado supera el importe presumido. De igual modo, como se ha señalado, el deudor tiene la facultad de demostrar que el perjuicio ha sido inferior y, en tal caso, exigir la restitución de la cantidad abonada en exceso.

No obstante, creo que la moderación judicial sigue desempeñando un papel relevante en este contexto. En aquellos casos en los que la indemnización derivada de una cláusula presuntiva resulte manifiestamente desproporcionada, el deudor podría recurrir a la autoridad judicial para solicitar un ajuste equitativo, incluso sin necesidad de acreditar que el daño realmente sufrido es sustancialmente menor. Este mecanismo, basado en los principios de proporcionalidad y equidad, confiere a la autoridad judicial la potestad de modular la cuantía indemnizatoria con el propósito de evitar desequilibrios y garantizar un marco contractual justo y razonable.

Tal potestad judicial adquiere especial relevancia en los supuestos en los que la cláusula ha sido concebida como presuntiva en beneficio exclusivo del acreedor, privando al deudor de la posibilidad de refutar la presunción mediante prueba en contrario. Pues, cuando el pacto establece que sólo el acreedor puede demostrar que el daño excede el importe inicialmente estimado, mientras que el deudor no puede acreditar que ha sido inferior, la intervención moderadora de la autoridad judicial se erige como una garantía esencial frente a eventuales abusos o efectos desproporcionados. En tal escenario, la imposibilidad convencional del deudor de vencer la presunción no puede traducirse en una sumisión absoluta a una indemnización claramente desmedida.

Desde esta perspectiva, el artículo 1197, apartado 1, de la PRMOC de 2023 constituye un instrumento esencial para corregir distorsiones y evitar consecuencias desmesuradas en la aplicación de cláusulas indemnizatorias. Si bien su impacto es más evidente en el ámbito de las cláusulas de estimación anticipada del daño, su aplicación a las cláusulas de valoración presuntiva no debe ser

descartada, pues contribuye a reforzar el principio de equilibrio en las relaciones obligatorias y refleja el compromiso del ordenamiento jurídico con un modelo de justicia basado en la racionalidad y la equidad.

Por otra parte, resulta más complejo sostener la aplicabilidad del segundo párrafo del artículo 1197 PRMOC de 2023 a las cláusulas de estimación presuntiva del daño. En efecto, el tenor literal de la norma se circunscribe exclusivamente a "la cláusula de estimación anticipada del daño", sin contener referencia expresa alguna que permita inferir que también abarca las cláusulas estimativas presuntivas.

Además, atribuir a la autoridad judicial la facultad de declarar la nulidad de una cláusula que establezca una indemnización irrisoria carecería de sentido en este contexto. Mientras que en las cláusulas de estimación anticipada el monto indemnizatorio opera como un límite máximo, de modo que una cuantía excesivamente baja podría permitir al deudor incumplir sin consecuencias relevantes, en las cláusulas de estimación presuntiva dicho riesgo no se presenta. Dado que la determinación del daño sigue sujeta a prueba y eventuales reclamaciones adicionales, el acreedor conserva en todo momento la posibilidad de hacer valer el perjuicio realmente sufrido, lo que disipa la necesidad de recurrir a un régimen de nulidad en este supuesto.

En conclusión, aunque la moderación judicial puede desempeñar un papel significativo en el ámbito de las cláusulas de estimación presuntiva del daño, su función y alcance difieren sustancialmente de los aplicables a las cláusulas de estimación anticipada. En este sentido, extender el mecanismo de nulidad previsto en el segundo párrafo del artículo 1197 PRMOC de 2023 a este tipo de estipulaciones resultaría incompatible con la lógica subyacente a ambas figuras, comprometiendo la coherencia del sistema normativo en materia de responsabilidad contractual.

VI. PENA CONVENCIONAL

VI.1. Función y efectos

La pena convencional, denominación que utiliza el artículo 1195.1 PRMOC de 2023, se distingue de las cláusulas anteriores por su naturaleza disuasoria o incluso sancionatoria. A diferencia de las cláusulas de estimación del daño, que buscan compensar al acreedor por las pérdidas sufridas, la pena convencional tiene como objetivo principal incentivar el cumplimiento del deudor o desincentivar el incumplimiento, para lo cual lo penaliza acarreándole consecuencias más gravosas de las que tendría sin la cláusula; sirve, así, como un mecanismo disuasorio y coercitivo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pactadas[87].

En términos prácticos, la pena convencional establece una obligación que el deudor debe cumplir en supuesto de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o retraso de la obligación principal. La pena suele adoptar la forma de una prestación pecuniaria adicional, aunque también puede consistir en otro tipo de prestación específica, según lo pactado por las partes.

Una de las novedades introducidas por la Propuesta radica en la precisión expresa de que la estipulación de una cláusula penal no excluye la posibilidad de que el acreedor reclame una indemnización adicional por los daños y perjuicios efectivamente probados o previamente estimados, como se recoge de manera inequívoca en el artículo 1196.2 PRMOC de 2023. Esto significa que, salvo que las partes acuerden lo contrario, el acreedor puede acumular la pena convencional con la indemnización de los daños, siempre que la suma total no sea desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido, según se señala en el precepto citado. A partir de este precepto, cabe inferir la voluntad de superar la distinción tradicional entre cláusula penal pura y cláusula penal mixta. Si bien no se excluye la posibilidad de que sigan existiendo cláusulas penales mixtas que combinen ambas funciones, es razonable prever que las partes opten por establecer dos estipulaciones diferenciadas: una con finalidad sancionatoria y otra destinada a la liquidación anticipada del daño.

La pena convencional también podrá ser modificada equitativamente por la autoridad judicial cuando su cuantía resulte "manifiestamente excesiva", en palabras del artículo 1197 PRMOC 2023, lo que obliga a preguntarnos por la diferencia entre esta expresión y la de "notoriamente desproporcionada" que utiliza el mismo precepto en relación con las cláusulas de estimación anticipada del daño[88].

Ahondaremos un poco más en estas dos cuestiones.

VI.2. Compatibilidad de la pena convencional y la estimación anticipada de daños: una perspectiva integradora

El segundo apartado del artículo 1196 PRMOC 2023 regula la relación entre la pena convencional y los daños. Según este precepto, el acreedor tiene derecho a reclamar tanto la pena convencional como los daños efectivamente probados o previamente estimados, salvo que el contrato disponga lo contrario[89] o que la cantidad reclamada resulte notoriamente desproporcionada. Este enfoque busca equilibrar los intereses de ambas partes, respetando la autonomía de la voluntad en los contratos, pero al mismo tiempo estableciendo límites para evitar abusos o enriquecimientos injustos.

La disposición contenida en el artículo 1196 de la PRMOC de 2023 parte del reconocimiento expreso de la compatibilidad entre la cláusula penal y la cláusula de estimación anticipada del daño, permitiendo que ambas clausulas coexistan dentro del mismo contrato.

Esta innovación introduce un cambio respecto al sistema normativo vigente, el cual, como es sabido, distingue entre la cláusula penal pura y la cláusula penal mixta[90]. A diferencia del modelo tradicional, en el que la cláusula penal mixta combinaba funciones resarcitorias y sancionatorias en una única estipulación, la PRMOC de 2023 abre paso explícitamente a la posibilidad de establecer dos pactos autónomos y diferenciados, cada uno con una función específica dentro del régimen contractual.

La posibilidad de acumulación está sujeta a una restricción fundamental basada en el principio de proporcionalidad. Cuando la cuantía reclamada resulte manifiestamente desproporcionada en relación con el perjuicio efectivamente sufrido, la autoridad judicial podrá intervenir para moderarla o limitarla. Esta facultad se alinea con los principios rectores del Derecho contractual, como la buena fe y la equidad, orientados a prevenir abusos y garantizar un equilibrio razonable entre las partes. La apreciación de una desproporción evidente debe realizarse a la luz de múltiples factores, entre ellos, la gravedad del incumplimiento, la naturaleza de la obligación afectada, el impacto económico del daño y la correspondencia entre las cantidades estipuladas contractualmente y las pérdidas realmente experimentadas.

La moderación judicial en casos de desproporción notoria también sirve para preservar la función original de la pena convencional, evitando que se convierta en un instrumento de enriquecimiento injusto para el acreedor o de sanción excesiva para el deudor. Este control judicial, que puede derivarse del apartado primero del artículo 1197, permite ajustar la pena convencional a niveles razonables, garantizando que refleje de manera equilibrada los intereses de ambas partes.

Por otro lado, es relevante considerar el impacto de la norma en el diseño de los contratos. La posibilidad de acumular la pena convencional y los daños probados o anticipadamente estimados incentiva a las partes a establecer cláusulas claras y detalladas sobre las consecuencias del incumplimiento. Por ejemplo, podrían especificar qué remedios serán aplicables en diferentes escenarios, cómo se calcularán los daños en caso de incumplimiento y en qué condiciones se activará la pena convencional. Estas previsiones no solo aumentan la seguridad jurídica, sino que también reducen el riesgo de conflictos interpretativos y litigios.

El artículo 1196 también fomenta un enfoque flexible y adaptativo en la resolución de disputas contractuales. Permitir al acreedor reclamar tanto la pena convencional como los daños anticipados o probados le ofrece una mayor ca-

pacidad para ajustar su estrategia legal según las circunstancias específicas del caso. Sin embargo, este enfoque no está exento de desafíos. En la práctica, la acumulación de remedios puede generar conflictos interpretativos sobre el alcance de las cláusulas contractuales, la definición de desproporción y los criterios para moderar las reclamaciones. Por ello, es esencial que los tribunales adopten un enfoque equilibrado y consistente, teniendo en cuenta tanto la voluntad de las partes como los principios generales del sistema jurídico.

Una cuestión de naturaleza completamente distinta —y objeto de debate doctrinal— es la de determinar si la cláusula penal en sentido estricto puede ser invocada cuando la parte acreedora opta por la resolución del contrato. No cabe duda de que la resolución, en principio, no excluye la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; muy al contrario, el ordenamiento reconoce expresamente tal derecho (art. 1173.2 PRMOC, por ejemplo). Sin embargo, algunos autores han cuestionado la compatibilidad entre la resolución contractual y la exigibilidad de una cláusula penal estipulada específicamente para el incumplimiento total, en la medida en que esta presupone, por definición, la subsistencia del vínculo contractual[91].

En este contexto, se ha señalado que el régimen indemnizatorio derivado de la resolución presenta una configuración distinta respecto al que se aplica en casos de mero retraso o cumplimiento parcial: en efecto, la resolución produce la disolución del contrato con efectos restitutorios, mientras que en los demás supuestos se pretende la ejecución del vínculo, complementada eventualmente por una compensación económica[92]. Así, permitir la aplicación automática de una pena en caso de resolución podría, según esta perspectiva, perturbar el equilibrio contractual, al otorgar al acreedor la doble ventaja de liberarse de sus propias obligaciones y obtener simultáneamente una suma penal, lo cual no respondería a la lógica compensatoria propia de la responsabilidad contractual.

No obstante, desde la perspectiva del PRMOC de 2023, no parece posible excluir la aplicabilidad de la cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento total, incluso en el supuesto de resolución del contrato. Un elemento particularmente relevante que permite resolver de forma afirmativa esta cuestión es la expresa admisión de la compatibilidad entre la cláusula penal y la cláusula de estimación anticipada o presunta del daño.

En efecto, no parece razonable negar que una cláusula penal, especialmente si ha sido estipulada para el incumplimiento total, pueda coexistir con la resolución contractual, máxime cuando la propia norma no solo no excluye dicha posibilidad, sino que la contempla expresamente. Por consiguiente, resulta coherente concluir que la penalidad debe considerarse exigible también en el marco de una resolución contractual.

Además, en caso de que la acumulación entre la cláusula penal y la estimación del daño resulte excesiva o desproporcionada, el ordenamiento contempla un mecanismo corrector expreso: la autoridad judicial, a instancia del deudor, puede moderar la pena manifiestamente excesiva o la indemnización convencional notoriamente desproporcionada, garantizando así un equilibrio razonable entre las partes.

VI.3. Modificación judicial de la pena convencional

Como se ha indicado, el artículo 1197 PRMOC 2023 regula la posibilidad de que la autoridad judicial, a solicitud del deudor, modifique las penas convencionales que resulten manifiestamente excesivas[93]. Este precepto introduce un importante control judicial en las relaciones contractuales, buscando equilibrar la autonomía de las partes con los principios de equidad y proporcionalidad[94]. La norma se convierte así en una herramienta esencial para prevenir abusos y garantizar que las penas convencionales no se transformen en un instrumento de opresión para el deudor o de enriquecimiento injusto para el acreedor.

Es relevante destacar que este artículo plantea un estándar diferente en comparación con las cláusulas estimativas de daños. Mientras que para las últimas la intervención judicial está justificada en caso de que la cuantía pactada sea notoriamente desproporcionada, en el caso de las penas convencionales se requiere que estas sean manifiestamente excesivas. Aunque estos términos podrían parecer similares, en realidad representan criterios distintos con implicaciones prácticas significativas.

La desproporción notoria en las cláusulas estimativas de daños alude a un desajuste evidente entre el monto establecido y los daños reales sufridos por el acreedor. Este concepto se centra en una comparación objetiva, evaluando si la cuantía acordada refleja razonablemente las pérdidas efectivas derivadas del incumplimiento. En este caso, el objetivo es garantizar que la cláusula no resulte arbitraria ni ponga al acreedor en una posición ventajosa que exceda la compensación justa por los daños padecidos.

Por otro lado, el concepto de "manifiestamente excesiva" aplicado a las penas convencionales implica un criterio más cualitativo y menos estrictamente cuantitativo. Aquí, no se trata únicamente de evaluar si la pena es desproporcionada en términos objetivos, sino de analizar si su severidad es incompatible con los principios de buena fe, proporcionalidad y equidad. Este análisis considera no solo la magnitud de la pena en relación con el incumplimiento, sino también las circunstancias específicas del caso, como la intención de las partes, la naturaleza de la obligación, la conducta de los contratantes y las consecuencias del incumplimiento[95].

La distinción entre estos dos criterios refleja las diferencias funcionales entre las cláusulas de estimación anticipada de daños y las penas convencionales. Las primeras tienen un carácter esencialmente indemnizatorio, diseñadas para prever y simplificar la reparación de los daños derivados del incumplimiento. Por ello, su validez depende de que el monto establecido sea proporcional a las pérdidas esperadas. En cambio, las penas convencionales cumplen una función coercitiva y disuasoria, orientadas a incentivar el cumplimiento puntual y evitar incumplimientos deliberados. Por esta razón, el estándar para su modificación judicial es más exigente, limitando la intervención a casos donde la severidad de la pena comprometa principios fundamentales del Derecho contractual.

La posibilidad de modificación judicial de penas manifiestamente excesivas tiene varias implicaciones prácticas. En primer lugar, proporciona al deudor una protección crucial contra sanciones desmesuradas que puedan poner en peligro su situación financiera o su capacidad de cumplir con otras obligaciones. Al mismo tiempo, asegura que el acreedor no utilice la pena convencional como un mecanismo para obtener un beneficio desproporcionado o para ejercer presión indebida sobre el deudor.

En segundo lugar, este control judicial fomenta una mayor responsabilidad en la redacción de los contratos. Las partes, conscientes de que las penas convencionales están sujetas a revisión judicial, tienen un incentivo para establecer cláusulas razonables y equilibradas que reflejen de manera adecuada los intereses en juego. Esto no solo reduce el riesgo de litigios, sino que también refuerza la confianza mutua y la estabilidad de las relaciones contractuales.

Sin embargo, la modificación judicial de penas convencionales plantea desafíos interpretativos. Uno de los principales es definir el umbral a partir del cual una pena puede considerarse manifiestamente excesiva. Este análisis debe ser flexible y adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, evitando criterios rígidos que puedan generar inseguridad jurídica. Además, los jueces deben equilibrar cuidadosamente los intereses de ambas partes, garantizando que la reducción de la pena no socave su función disuasoria ni prive al acreedor de una compensación legítima.

VII. COMPATIBILIDAD DE LA ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO Y LA PENA CONVENCIONAL CON OTROS REMEDIOS LEGALES

El artículo 1196 de la PRMOC de 2023 introduce una regulación esencial en materia de remedios contractuales, estableciendo criterios precisos sobre la compatibilidad entre la pena convencional, la indemnización convenida y el de-

recho del acreedor a obtener el cumplimiento de la obligación o la subsanación de su ejecución defectuosa. La norma, sin embargo, contempla una excepción significativa al permitir que, en caso de retraso, el acreedor pueda reclamar la prestación pactada.

Esta disposición responde a la necesidad de preservar el equilibrio contractual, evitando que el acreedor perciba una compensación excesiva cuando la obligación ha sido cumplida. No obstante, también reconoce que el cumplimiento tardío puede generar un perjuicio autónomo que justifica una compensación adicional. La lógica subyacente es que la satisfacción del interés del acreedor debe ser proporcional al perjuicio sufrido, impidiendo acumulaciones indebidas que distorsionen la finalidad compensatoria de las penas e indemnizaciones contractuales.

El principio rector de la norma radica en que la obtención del cumplimiento o la subsanación de los defectos en la prestación excluye la exigencia de la pena convencional o de la indemnización previamente establecida. Esta previsión responde a un criterio de coherencia en la aplicación de los remedios, pues una vez que el acreedor ha visto satisfecho su derecho, la imposición de sanciones adicionales carecería de fundamento. En efecto, el Derecho contractual no tiene una finalidad punitiva, sino que persigue garantizar la ejecución del contrato conforme a lo estipulado. Si el incumplimiento se resuelve con la prestación debida, la imposición de un pago adicional se convertiría en un mecanismo de enriquecimiento injusto.

El reconocimiento de la indemnización por retraso introduce un matiz relevante. A diferencia del incumplimiento absoluto o del cumplimiento defectuoso, la demora en la ejecución puede ocasionar perjuicios específicos que justifican una compensación diferenciada. Entre estos daños pueden incluirse costos adicionales operativos o financieros, pérdidas comerciales derivadas de la tardanza, impacto reputacional o interrupciones en la cadena de suministro en contratos donde la puntualidad es un elemento esencial. La previsión contenida en el artículo 1196.1, por tanto, equilibra la necesidad de evitar duplicidades en la reparación con el derecho del acreedor a ser indemnizado cuando el retraso genera consecuencias económicas adversas.

Desde una perspectiva práctica, esta regulación tiene implicaciones significativas en la negociación y redacción de contratos, especialmente en sectores en los que el tiempo es un factor determinante, como la construcción, el suministro y el transporte. Será fundamental estructurar adecuadamente las cláusulas indemnizatorias y de penalización, asegurando su compatibilidad con el marco normativo. En particular, resultará crucial diferenciar con claridad entre la pena convencional por incumplimiento absoluto y la indemnización por retraso, delimitando con precisión los criterios para su exigibilidad. Asimismo, la inclusión

de mecanismos de liquidación anticipada de daños permitirá establecer con objetividad las consecuencias económicas derivadas de la demora, proporcionando mayor seguridad jurídica a las partes.

VIII. LA FUNCIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES Y SU DISTINCIÓN RESPECTO AL TIPO DE INCUMPLIMIENTO

Los estudios clásicos sobre la cláusula penal han analizado extensamente su naturaleza y funciones, diferenciándola a menudo de la llamada cláusula moratoria[96]. Esta última se entiende como una cláusula penal destinada específicamente a sancionar el retraso en el cumplimiento, en lugar de cubrir el incumplimiento total o defectuoso. En este enfoque tradicional, las cláusulas penales se clasifican en función del tipo de incumplimiento que pretenden sancionar: total, parcial, defectuoso o simplemente tardío.

Sin embargo, la PRMOC 2023 introduce un enfoque diferente y más acorde con el concepto genérico de incumplimiento que la informa[97]. Si bien el texto reconoce que las cláusulas penales pueden aplicarse indistintamente al incumplimiento total, al retraso o al cumplimiento defectuoso, no sugiere que esta distinción sea fundamental para determinar su naturaleza. En cambio, como se ha dicho, propone que la clasificación de las cláusulas penales se base exclusivamente en su función: si actúan como una estimación del daño (cláusula evaluativa), como una presunción de daño (cláusula presuntiva) o como una sanción estrictamente penal.

Por tanto, la verdadera cuestión no radica en el supuesto de hecho que activa la cláusula, sino en su finalidad dentro de la relación contractual y el régimen jurídico al que se somete.

Esto no impide que las cláusulas penales puedan ser pactadas para diversos supuestos de inejecución, con efectos diferenciados según su configuración concreta. En efecto, cabe prever una pena convencional para el incumplimiento total, cualquiera que sea su causa, o bien restringir su aplicación a incumplimientos imputables por causas determinadas, lo cual permite adaptar el régimen sancionador al grado de responsabilidad del deudor. Asimismo, puede pactarse una pena vinculada al incumplimiento de prestaciones específicas dentro de un conjunto contractual, en particular cuando ciertas obligaciones revisten una relevancia singular para el equilibrio del contrato. De forma diferenciada, es también perfectamente legítima la estipulación de una pena por retraso en el cumplimiento, cuya finalidad radica no en sancionar la frustración del vínculo obligacional, sino en resarcir los daños derivados de la tardanza, incluso si el deudor llega finalmente a ejecutar la prestación debida.

En este sentido, las cláusulas penales previstas para el incumplimiento total devienen inexigibles si el acreedor recibe íntegramente la prestación, en virtud del principio de conservación del negocio y de la satisfacción del interés contractual (art. 1196.1 PMOC). El objetivo del contrato se alcanza, lo que excluye la necesidad de una sanción adicional. Por el contrario, las penas por retraso mantienen su operatividad incluso en caso de cumplimiento extemporáneo, en la medida en que buscan compensar una disfunción distinta: el perjuicio ocasionado por el desfase temporal, sin poner en cuestión la utilidad final del cumplimiento.

En conclusión, aunque sigue siendo relevante distinguir si una cláusula penal se aplica al incumplimiento total, al parcial o al retraso, esta distinción debe entenderse como un aspecto accesorio. Lo esencial es identificar la función de la cláusula, ya sea como estimación, presunción o sanción. Este enfoque funcional no solo facilita una interpretación más clara y uniforme, sino que también asegura que las cláusulas penales sean herramientas eficaces y justas en la regulación de las relaciones contractuales.

IX. CLAUSULA PENAL DE DESISTIMIENTO COMO OBLIGACIÓN FACULTATIVA

IX.1. Función y efectos

Ya hemos dicho más arriba que el artículo 1198 de la PRMOC de 2023 regula, bajo la denominación de "obligación facultativa"[98], aquella figura que históricamente ha sido considerada como la cláusula penal de desistimiento, según la cual el deudor tiene derecho a sustituir el cumplimiento de la obligación por una prestación distinta, siempre que el título del que surge la obligación o la ley lo determinen y le atribuyan tal función.

En primer lugar, debe destacarse que la norma contempla tanto los supuestos en los que esta facultad es atribuida por la ley como aquellos en los que es conferida directamente por la autonomía de las partes. Este último caso resulta particularmente relevante y merece especial atención. Tradicionalmente, se ha debatido si dicha figura puede efectivamente encuadrarse dentro del esquema de las cláusulas penales. La mayoría de la doctrina lo ha descartado[99], aunque un sector autorizado sostiene lo contrario[100]. Comparto esta segunda postura, en la medida en que puede afirmarse que la obligación facultativa establecida constituye una "pena" para el supuesto en que el deudor decida no cumplir la obligación principal. Además, las partes podrían prever que la obligación facultativa sea más gravosa que la principal. No obstante, debe asumirse que el acreedor considerará satisfactoria la prestación alternativa, que en todo caso representará una opción dentro del marco de la relación obligatoria.

En atención a esta controversia doctrinal sobre su configuración como cláusula penal, la PRMOC de 2023 ha optado por evitar la referencia expresa a la "cláusula penal de desistimiento" y, en su lugar, emplear el término "obligación facultativa". Sin embargo, esta denominación no me resulta del todo convincente, como ya he dicho, ya que remite a la regulación general de las obligaciones facultativas[101], cuando aquí nos encontramos ante un supuesto especial de obligación facultativa, en el cual se atribuye al deudor la posibilidad de elegir entre cumplir la obligación principal del contrato o ejecutar la obligación sustitutiva convenida.

No cabe duda de que se trata de una obligación facultativa[102] y no alternativa, pues en la relación obligatoria no coexisten dos obligaciones distintas, sino una única, aunque con la posibilidad de que el deudor se libere de la obligación principal mediante el cumplimiento de una obligación diferente. La distinción es relevante, ya que en la obligación alternativa las dos prestaciones se encuentran en un plano de igualdad hasta el momento en que se efectúa la elección, mientras que, en la obligación facultativa, la principal es la que se encuentra originalmente establecida, quedando la facultativa como una opción de liberación para el deudor.

Históricamente, existía una diferencia fundamental entre la obligación facultativa y la alternativa en caso de imposibilidad de la prestación originaria por causa no imputable al deudor. En un sistema donde la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable suponía la extinción de la obligación, la imposibilidad de la obligación principal llevó a considerar extinguida la obligación facultativa, sin que se pudiera exigir al deudor el cumplimiento de la prestación sustitutiva. Por el contrario, en la obligación alternativa, la imposibilidad de una de las prestaciones no afectaba a la subsistencia de la otra.

Estos principios requieren una adaptación en el marco del nuevo sistema de incumplimiento diseñado por la PRMOC de 2023, según el cual la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor ya no se traduce automáticamente en la extinción de la obligación. En su lugar, se califica como un supuesto de incumplimiento, aunque sin generar responsabilidad resarcitoria, salvo que el incumplimiento sea imputable o esté en el ámbito de control del deudor.

La nueva regulación suscita una cuestión delicada en torno al destino de la obligación facultativa cuando la prestación principal deviene imposible por una causa no imputable al deudor. Si se sostuviera que, en tal caso, la obligación no se extingue y que, por ende, el acreedor conserva el derecho a exigir la prestación facultativa, se incurriría en una transformación sustancial del régimen obligacional, asimilando de hecho la obligación facultativa a una obligación alternativa. Esta confusión conceptual, de discutible solidez dogmática, comprometería la

coherencia sistemática de la categoría. A mi juicio, en el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación principal, aunque no se produzca técnicamente la extinción de la obligación, el acreedor no puede exigir la prestación facultativa, debiendo en cambio recurrir a los remedios que el ordenamiento prevé para los supuestos de incumplimiento.

También es necesario precisar hasta qué momento el deudor puede ejercer su facultad de elección entre la obligación principal y la facultativa. Salvo disposición contractual en contrario, debe entenderse que tal facultad subsiste hasta que el deudor inicie la ejecución de la obligación principal, ya que dicho acto, aun cuando sea de manera tácita, debe considerarse como una manifestación de la opción ejercida.

Asimismo, cabe preguntarse qué ocurre si, llegado el plazo para el cumplimiento, el deudor no ejecuta ninguna de las prestaciones. En tal caso, se configura un incumplimiento con todas las consecuencias que ello conlleva. En este escenario, podría sostenerse que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, y, en consecuencia, la elección que inicialmente correspondía al deudor pasaría a estar en manos del acreedor, quien podría optar por exigir el cumplimiento de la obligación principal o el de la obligación facultativa.

En definitiva, la regulación contenida en el artículo 1198 de la PRMOC de 2023 introduce una figura de notable interés, cuya aplicación plantea cuestiones relevantes en términos de configuración de la obligación y del ejercicio de la facultad de elección. Su conexión con las cláusulas penales y su relación con el nuevo régimen del incumplimiento obligan a un análisis más profundo de su alcance y efectos, con el fin de determinar el verdadero papel que esta figura desempeña en la dinámica contractual.

IX.2. La obligación facultativa y las arras de desistimiento: diferencias clave en el marco contractual

Es fundamental hacer una clara distinción entre la obligación llamada facultativa en el art 1198 PRMOC y las arras de desistimiento, dos figuras que, aunque pueden parecer similares en su función de permitir cierto grado de flexibilidad en el cumplimiento del contrato, se rigen por principios jurídicos distintos y responden a finalidades diferentes dentro de las relaciones contractuales. Mientras que el artículo 1198 PRMOC 2023 regula la obligación facultativa, el artículo 1234 PRMOC 2023 se refiere a las arras de desistimiento, una figura también importante en el ámbito de los contratos, pero con características y efectos propios que justifican su ubicación en un apartado diferente.

La obligación facultativa, como se mencionó anteriormente, otorga al deudor el derecho de sustituir el cumplimiento de la obligación principal por una prestación distinta, siempre que así lo disponga el contrato o la ley. En este sentido, la obligación facultativa se refiere a una opción para el deudor, quien puede elegir entre cumplir con la prestación originalmente acordada o sustituirla por otra equivalente. Su propósito principal es proporcionar flexibilidad en el cumplimiento del contrato, sin que ello implique una penalización o perjuicio directo para ninguna de las partes, siempre y cuando se respeten los términos establecidos previamente.

Por otro lado, las arras de desistimiento, reguladas en el artículo 1234 PRMOC de 2023, tienen una naturaleza distinta. Su característica fundamental es que, en el momento de la celebración del contrato, una de las partes realiza una prestación —normalmente una cantidad de dinero o algún bien— a favor de la otra parte. Esta prestación sirve como prueba de la conclusión del contrato y se imputa a la prestación debida. Sin embargo, la función de las arras no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino actuar como un mecanismo disuasivo en caso de que una de las partes decida desistir del contrato. En caso de desistimiento, la parte que realizó la entrega pierde esa cantidad o, en su defecto, la otra parte debe devolverla duplicada. Esta disposición está diseñada para proteger al acreedor de un incumplimiento unilateral, funcionando como una liquidación anticipada de los daños derivados del desistimiento.

Una diferencia clave entre estas dos figuras es que la obligación facultativa otorga una opción de cumplimiento dentro de los términos establecidos en el contrato, mientras que las arras de desistimiento tienen una finalidad más sancionadora: buscan disuadir el desistimiento o incumplimiento. Es decir, la obligación facultativa busca flexibilizar el cumplimiento, permitiendo la sustitución de la prestación sin generar consecuencias perjudiciales para las partes, mientras que las arras de desistimiento imponen una penalización explícita en caso de que una de las partes no cumpla con el acuerdo.

Es importante precisar que, en el caso de las arras de desistimiento, la prestación realizada por una de las partes se imputará a la prestación debida, lo que significa que se considera parte del contrato, y en caso de incumplimiento, esa cantidad será tratada como compensación por los daños[103]. En cambio, la obligación facultativa no se configura como una penalización en caso de incumplimiento, sino como una opción legítima para el deudor, quien puede sustituir la prestación inicial por otra distinta, sin que ello implique una sanción.

Además, las arras tienen un carácter real, ya que implican que una de las partes entregue al momento de la celebración del contrato una cantidad de dinero o bienes a la otra parte. Esto genera la necesidad de determinar cuál será el destino

de esa prestación: si la parte que realizó la entrega incumple el contrato, pierde lo entregado, mientras que la otra parte debe devolverlo duplicado si decide desistir.

En cambio, la obligación facultativa tiene una naturaleza puramente consensual, ya que se trata de un pacto que simplemente otorga la facultad al deudor de liberarse de la obligación principal mediante la ejecución de una prestación diferente. Aquí no se entrega un bien o dinero al inicio, sino que se establece la posibilidad de reemplazar la prestación principal por una alternativa, lo que no implica la entrega de un bien real ni establece consecuencias inmediatas de pérdida o devolución.

La razón por la cual las arras de desistimiento y la obligación facultativa se encuentran reguladas en normas distintas se debe a que, aunque ambas figuras están vinculadas al cumplimiento y ejecución del contrato, persiguen objetivos diferentes. Las arras de desistimiento están orientadas a garantizar el cumplimiento y a evitar que una de las partes se retire del contrato sin consecuencias, mientras que la obligación facultativa tiene como objetivo proporcionar flexibilidad en el cumplimiento del contrato sin necesidad de sancionar a las partes. Esta diferencia funcional justifica que se encuentren en secciones distintas del marco normativo, cada una con un propósito específico en el sistema jurídico.

En conclusión, aunque tanto la obligación facultativa como las arras de desistimiento son figuras importantes en el Derecho contractual, sus finalidades y efectos son muy distintos. Las arras actúan como un mecanismo de seguridad y penalización en caso de desistimiento, mientras que la obligación facultativa se presenta como una opción dentro del cumplimiento del contrato. Estas diferencias en su naturaleza y función explican la razón por la cual están en normas separadas, cada una con un propósito específico en el marco de las relaciones contractuales.

IX.3. La aplicabilidad de los artículos 1196 y 1197 PRMOC a la obligación facultativa

El marco normativo delineado en los artículos 1196 y 1197 PRMOC establece una regulación específica en relación con la cláusula penal, regulando sus efectos en caso de cumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación, así como la posible moderación judicial de su cuantía. Sin embargo, se plantea la cuestión de si estas disposiciones resultan también aplicables a la obligación facultativa prevista en el artículo 1198 PRMOC de 2023. Dicha cuestión adquiere particular relevancia en la medida en que la obligación facultativa, aunque funcionalmente asimilable en ciertos aspectos a la cláusula penal de desistimiento, ha sido tratada por el legislador como una figura autónoma.

A primera vista, la respuesta a esta cuestión parece ser negativa. La estructura sistemática del texto normativo sugiere que los artículos 1196 y 1197 están concebidos para regular la cláusula penal en sentido estricto, mientras que el legislador de la PRMOC de 2023 ha preferido calificar la cláusula penal de desistimiento como una mera obligación facultativa. Esta opción legislativa no es irrelevante: más allá de la simple ubicación topográfica de las disposiciones, subyace una distinción sustancial entre la cláusula penal y la obligación facultativa. Mientras que la primera tiene una función eminentemente coercitiva y resarcitoria, la segunda opera como una manifestación del principio de autonomía privada, permitiendo al deudor optar entre el cumplimiento de la prestación principal o la ejecución de una prestación sustitutiva sin que ello implique, en sentido estricto, un incumplimiento.

Un análisis detallado de las disposiciones en cuestión confirma esta interpretación.

El primer párrafo del artículo 1196 PRMOC de 2023 establece que el acreedor no podrá reclamar la pena convencional ni la indemnización convenida si ha obtenido la ejecución de la prestación o la subsanación del cumplimiento defectuoso, aunque conservará el derecho a reclamar la prestación pactada en caso de retraso. La aplicación de esta norma a la obligación facultativa carece de sentido, ya que en este caso el deudor, antes de la ejecución de la prestación, conserva un derecho de elección entre la prestación principal y la facultativa. No se trata, por tanto, de un supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sino del ejercicio de una facultad previamente acordada contractualmente, lo que excluye la operatividad de la prohibición contenida en la norma.

El segundo párrafo del artículo 1196 PRMOC de 2023, por su parte, se refiere expresamente a la pena convencional, lo que excluye su aplicabilidad a la obligación facultativa, que no comparte la misma lógica sancionatoria ni la misma función resarcitoria propia de la cláusula penal.

Desde otra perspectiva, el primer párrafo del artículo 1197 PRMOC introduce el principio de proporcionalidad en materia de cláusulas penales, permitiendo la moderación judicial de penas convencionales manifiestamente excesivas y de indemnizaciones convenidas cuya cuantía resulte notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido[104]. Aunque este principio responde a una lógica de equidad y razonabilidad, su aplicabilidad a la obligación facultativa no es inmediata. La razón fundamental radica en que, incluso en presencia de una prestación sustitutiva excesivamente onerosa, el deudor mantiene en todo momento la posibilidad de ejecutar la prestación principal. Esta facultad de elección parece excluir la necesidad de una moderación judicial, en la medida en que el propio deudor, al optar por la prestación sustitutiva, estaría asumiendo voluntariamente la carga económica de su decisión.

No obstante, podría plantearse si, en casos de evidente desproporción, la autoridad judicial debería intervenir para reducir la cuantía de la prestación sustitutiva. La respuesta a esta cuestión no es sencilla. Si bien la posibilidad de optar por la prestación principal atenúa el riesgo de onerosidad excesiva, no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, la estructura de la obligación facultativa pueda generar un desequilibrio contractual significativo. En tal supuesto, aunque el artículo 1197 PRMOC de 2023 no contemple expresamente la moderación de la prestación facultativa, cabría considerar la aplicación analógica del principio de proporcionalidad que subyace en la norma, con miras a evitar una desnaturalización del vínculo obligacional.

El segundo párrafo del artículo 1197 PRMOC, por su parte, se refiere exclusivamente a la cláusula de estimación anticipada del daño, lo que parece excluir su aplicabilidad directa a la obligación facultativa. Sin embargo, el principio que inspira esta disposición y la finalidad que persigue pueden ser extrapolados a la obligación facultativa en determinados supuestos. En particular, si la prestación sustitutiva pactada fuera irrisoria, el deudor se encontraría, en la práctica, exento de cualquier obligación real, lo que equivaldría a permitirle sustraerse del cumplimiento sin consecuencia alguna. Esta situación generaría un evidente desequilibrio contractual, en la medida en que la estructura del contrato quedaría vaciada de contenido.

Aunque no resulte posible una aplicación analógica estricta del artículo 1197 PRMOC de 2023, la nulidad de una obligación facultativa irrisoria podría derivarse de principios generales del Derecho de obligaciones y contratos. En este sentido, el artículo 1101, primer párrafo, PRMOC de 2023 establece la nulidad de la obligación cuando el cumplimiento de la condición depende exclusivamente de la voluntad del deudor. Una prestación sustitutiva irrisoria equivaldría, en efecto, a una obligación meramente potestativa, en la medida en que privaría al acreedor de cualquier garantía de ejecución efectiva de la prestación principal.

Desde una perspectiva más amplia, la inexistencia de una prestación idónea para satisfacer un interés legítimo del acreedor conllevaría la ausencia misma de una obligación jurídicamente válida. A este respecto, el artículo 1088, tercer párrafo, PRMOC de 2023 establece que la obligación implica necesariamente la existencia de una prestación que tenga aptitud para satisfacer un interés, aunque este no sea patrimonial. Una prestación irrisoria, por su propia naturaleza, no cumpliría esta función, lo que justificaría la nulidad de la obligación facultativa en tales supuestos.

En conclusión, si bien los artículos 1196 y 1197 PRMOC de 2023 no resultan directamente aplicables a la obligación facultativa prevista en el artículo 1198 PRMOC de 2023, los principios generales en materia de obligaciones y contratos proporcionan criterios suficientes para evitar que la configuración de una pres-

tación facultativa desproporcionada o irrisoria desvirtúe la esencia misma del vínculo obligacional. La interpretación sistemática de la normativa obliga, por tanto, a considerar que la autonomía privada en la estructuración de obligaciones facultativas no puede traducirse en una herramienta para eludir el cumplimiento efectivo del contrato ni en un mecanismo que prive de contenido la relación jurídica entre las partes.

X. CONCLUSIONES

El presente estudio ha abordado la reformulación de las cláusulas penales en la propuesta de modernización de las obligaciones y contratos de 2023, poniendo de relieve tanto sus implicaciones dogmáticas como sus efectos prácticos en la dinámica obligacional contemporánea. Sobre la base de dicho análisis, resulta posible articular una serie de conclusiones que condensan los principales hallazgos de la investigación y orientan futuras reflexiones en la materia:

I. La revisión de la cláusula penal en la Propuesta para la Modernización del Código Civil de 2023 (PRMOC 2023) no constituye únicamente una actualización técnica de una figura tradicional del Derecho contractual. En realidad, representa una relectura integral del papel que los remedios privados —y en particular las estipulaciones convencionales— pueden desempeñar en la articulación contemporánea de la responsabilidad contractual. Desde esta perspectiva, la cláusula penal deja de ser tratada como un accesorio de la obligación principal y se convierte en una herramienta central en la regulación autónoma del contrato, revelando así una transformación estructural en la forma de concebir la relación entre autonomía privada, responsabilidad y justicia contractual.

II. Uno de los elementos más notables de esta propuesta es la superación del enfoque mono-funcional clásico. La PRMOC reconoce de forma explícita la naturaleza pluri-funcional de la cláusula penal, lo que permite a las partes atribuirle fines no solo indemnizatorios, sino también coercitivos, punitivos o de liquidación anticipada del daño. Esta apertura dogmática no es solo un ajuste terminológico: implica, en el fondo, el reconocimiento de que la voluntad de las partes puede anticipar, configurar y modular los efectos jurídicos del incumplimiento más allá de los márgenes tradicionales impuestos por la lógica resarcitoria objetiva.

III. No obstante, esta expansión funcional no es ilimitada. La posibilidad de moderación judicial en caso de desproporción manifiesta opera como contrapeso necesario, que permite preservar el equilibrio entre la autonomía privada y los principios de equidad y proporcionalidad que estructuran el sistema de remedios. La cláusula penal, en este sentido, aparece como un punto de confluencia entre

libertad contractual y control judicial: su eficacia no deriva solo de su inserción voluntaria en el contrato, sino también de su conformidad con una racionalidad jurídica que impide el abuso y salvaguarda la parte más débil de la relación obligacional.

IV. El reordenamiento sistemático de la cláusula penal dentro del régimen general de los remedios por incumplimiento es otro de los logros más significativos de la propuesta. Este desplazamiento conceptual refuerza la visión funcional del contrato y de sus efectos, alejándose de una concepción puramente patrimonialista del incumplimiento para inscribir la cláusula penal dentro de una lógica correctiva más amplia. En este nuevo marco, el contrato se percibe no como una mera fuente de obligaciones patrimoniales, sino como un instrumento de regulación dinámica de las relaciones interpersonales, en el cual los mecanismos sancionatorios convencionales ocupan un lugar legítimo y normativamente relevante.

V. En esta línea, la introducción de la cláusula de estimación presuntiva del daño y la posibilidad de su configuración asimétrica en favor del acreedor abre un nuevo horizonte de estudio sobre la función epistemológica de las estipulaciones contractuales: estas ya no se limitan a reflejar o reforzar normas dispositivas del ordenamiento, sino que pueden producir efectos jurídicos propios, fundados en una lógica de cooperación y de asignación eficiente del riesgo. Se trata, en definitiva, de una concepción constructivista del contrato, que integra, en lugar de limitar, las herramientas privadas en la realización del Derecho.

VI. Desde una perspectiva más general, la nueva regulación de la cláusula penal refleja una evolución en la cultura jurídica: nos alejamos progresivamente de una visión centrada en la protección paternalista del deudor hacia un modelo de responsabilidad más simétrico, donde ambas partes pueden —y deben— asumir activamente las consecuencias de sus compromisos. Este giro cultural conlleva, a su vez, una redefinición del rol del jurista, que ya no se limita a aplicar esquemas normativos predefinidos, sino que debe interpretar, valorar y diseñar soluciones coherentes con un sistema jurídico en transformación.

VII. En conclusión, la PRMOC 2023 no solo redefine la cláusula penal en términos más precisos y operativos, sino que la convierte en una pieza estratégica para la modernización de la dogmática contractual. Esta figura, antiguamente relegada a un papel subordinado, emerge ahora como un instrumento sofisticado de autorregulación y de equilibrio funcional entre libertad, seguridad y justicia en las relaciones contractuales. La cláusula penal deja así de ser un simple correctivo del incumplimiento y se transforma en una manifestación paradigmática del nuevo Derecho privado europeo: más abierto, plural y atento a las necesidades concretas de los operadores jurídicos.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 8 de enero de 1945 (RJ7) en https://vlex.es/vid/tribunal-supremo-especial-349327
- STS 4786/1980, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1980:4786
- STS 1437/1985, de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1985:1437
- STS 1146/1986, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:1986:1146
- STS 1765/1989, de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:1989:1765
- STS 13029/1990 de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1990:13029
- STS 10851/1990 de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:1990:10851
- STS 9787/1990, 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:1990:9787
- STS 16254/1991 de 22 de mayo, ECLI:ES:TS:1991:16254
- STS 11281/1991, de 8 de julio, ECLI:ES:TS:1991:11281
- STS 22400/1994, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1994:22400
- STS 1813/1995 de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:1995:1813
- STS 775/2002, 7 de febrero, ECLI:ES:TS:2002:775
- STS 8363/2004 de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2004:8363
- STS 3513/2006, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2006
- STS 7966/2006 de 18 de diciembre, ECLI:ES:TS:2006:7966
- STS 5460/2008 de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2008:5460
- STS 4440/2009 de 29 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4440
- STS 7803/2012, 23 de octubre, ECLI:ES:TS:2012:7803
- STS 672/2013, de 25 de febrero, ECLI:ES:TS:2013:672.
- STS 1723/2015, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1723
- STS 5618/2015 de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5618
- STS 626/2016 de 18 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:626
- STS 4044/2016 de 13 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:4044
- STS 718/2017 de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:718.
- STS 5329/2024 de 6 de noviembre, ECLI:ES:TS:2024:5329
- STS 726/2025 de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:2025:726

XII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). Arras de desistimiento y arras penales. Revista de Derecho Privado, 427-435.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). De nuevo sobre las arras. Revista de Derecho Privado, 877-886.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). Derecho civil (13 ed., Vol. II). Madrid: Edisofer.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). Derecho Civil II. Derecho de obligaciones (Decimocuarta ed.). Madrid: Edisofer.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (14 de agosto de 2017). Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado. Almacén de Derecho, págs. 1-6. Recuperado el 10 de febrero de 2025

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2016). La moderación de la cláusula penal en el derecho español. Cuestiones actuales. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas-UNNE(16), 69-88.

ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft. Madrid: Dykinson (pp. 127-140).

ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. Anuario de Derecho civil, 62(4), 1579-1686.

BARBA, V. (2013). La nozione di disposizione testamentaria. Rassegna di diritto civile(4), 963-1000.

BARBA, V. (2024). El nuevo concepto de incumplimiento y la consiguiente supresión de las normas sobre transmisión del riesgo. En La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane (pp. 395-410).

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). La cláusula penal y la protección de los consumidores. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario(748), 953-981.

BOZZI, L. (2005). La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata. Europa e diritto privato(4), 1087-1133.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1152. En Comentario del Código civil. Madrid: Ministerio de Justicia (pp. 157-159).

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1153. En Comentario del Código civil. Madrid: Ministerio de Justicia (pp. 159-160).

CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). Comentario al artículo 62. En S. CÁMARA LAPUENTE, Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea. Madrid: Colex (pp. 537-562).

DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). La obligación con cláusula penal. Madrid: RDU Ediciones.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de mayo de 1991: ¿Indefensión? cláusula penal. Poder Judicial(25), 119-128.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1993). La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (Diciembre de 2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. Revista Chilena de Derecho Privado(7), 19-50.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2005). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español. Revista Chilena de Derecho Privado(4), 33-80.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2021). Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.

DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (I). Revista de Derecho Privado(80), 3-38.
DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (II). Revista de Derecho Privado, 83-112.
DÍAZ ALABART, S. (2011). La cláusula penal. Madrid: Editorial Reus.
DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Claúsula penal y resolución de contrato. En Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (pp. 385-408).
ESPÍN ALBA, I. (1997). La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena. Madrid: Marcial Pons.
ESPINOZA ESPINOZA, J. (2014). La cláusula penal. THEMIS: Revista de Derecho(66 (Ejemplar dedicado a: Treinta aniversario del Código Civil)), 221-243.
FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2011). Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán. Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales(13), 61-110.
FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). La renuncia a la moderación de la cláusula penal. Actualidad civil(1), 1-9.
GABRIELLI, E. (1984). Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. Anuario de Derecho Civil.
GETE-ALONSO Y CALERA, M. d., & SOLÉ RESINA, J. (2021). Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña. Barcelona: Atelier.
GÓMEZ POMAR, F. (Julio de 2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. InDret. (3), 1-49.
GRASSETTI, C. (1960). Clausola. En Enciclopedia del diritto (Vol. VII, pág. 184 ss.). Milano: Giuffré.
GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2011). Daños indemnizables en Derecho contractual inglés. Revisión de la Remoteness Rule. Anuario de Derecho Civil, 1, 125-145.
JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario(653), 1455-1494.
JORDANO FRAGA, F. (1992). La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil. Madrid: Civitas.
LLAMAS POMBO, E. (2020). Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest). Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.
MAGAZZÙ, A. (1960). Clausola penale. En Enciclopedia del diritto (Vol. VII). Milano: Giuffré (pp. 186-196).
MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. InDret(2), 1-17.
MARÍN GARCÍA, I. (2017). La liquidacíon anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal. Madrid: BOE.
MARINI, A. (1984). La clausola penale. Napoli: Jovene.
MARTÍ MARTÍ, J. (2002). Cláusula penal o cláusula abusiva. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía(3), 1572-1586.

MAS BADÍA, M. D. (1995). La revisión judicial de las cláusulas penales (apéndices cronológico y sistemático de jurisprudencia). Valencia: Tirant lo Blanch.
MAZZARESE, S. (1990). Le obbligazioni penali. Padova: Cedam.
MAZZARESE, S. (1999). Clausola penale. Milano: Giuffrè.
MORALES MORENO, A. M. (2006). La modernización del Derecho de obligaciones. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). Anuario de Derecho civil, 1019-1091.
PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. Anuario de Derecho civil, 1719-1745.
PERLINGIERI, P. (2020). Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
PINAZO TOBES, E. (1995). Cláusula penal contractual. En Á. CARRASCO PERERA, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial (pp. 325-382).
PINTO MONTEIRO, A. (1990). Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina.
PINTO MONTEIRO, A. (2024). Sobre a modificação judicial de penas contratuais «manifestamente excessivas» – A proposta espanhola de 2023. Revista de Derecho Civil, XI(4 extraordinario (noviembre, 2024)), 139-161.
POSNER, R. (1998). El análisis económico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica.
PUIG BRUTAU, J. (1973). Fundamentos de Derecho civil (Segunda ed., Vol. I). Barcelona: Bosch.
QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2003). Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. Aranzadi civil(2), 2071-2135.
RAMOS CHAPARRO, E. (1999). La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales). Sevilla: Universidad de Sevilla.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. Anuario de Derecho Civil, 46(2), 511-587.
SANTOS BRIZ, J. (2000). Comentario a los arts. 1151 a 1155 CC. En I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Comentario del Código Civil. Barcelona: Bosch (pp. 289-301).
SOLER PRESAS, A. (2023). El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato. Revista de Derecho Civil, X(3), 115-138.
TATARANO, M. (2002). L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J. (2024). ¿Culpa lata dolo aequiparatur en las cláusulas limitativas de responsabilidad? Anuario de Derecho Civil, 77(2), 461-536.
TRIMARCHI, V. M. (1954). La clausola penale. Milano: Giuffrè.
TRIMARCHI, V. M. (1964). Clausola penale. En Novissimo Digesto Italiano (Vol. III,). Torino: Utet (pp. 351-353).
ZOPPINI, A. (1991). La pena contrattuale. Milano: Giuffré.
ZUMAQUERO GIL, L. (2006). La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores. En A. CAÑIZARES LASO, Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria. Madrid: Tecnos (pp. 266-287).

NOTAS

[1] El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Referencia PID2022-138909NB-I00).

[2] Es bien sabido —como ha destacado POSNER, R. (1998). El análisis económico del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, pág. 123 — que una de las funciones más relevantes del Derecho de los contratos consiste en establecer normas que desincentiven el incumplimiento, a tutela de la seguridad jurídica y la eficiencia económica. En esta misma línea, autores como MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, pág. 17 han subrayado que la regulación del incumplimiento desempeña la función esencial de distribuir los riesgos entre las partes.

[3] Entre los proyectos normativos internacionales relativos a la cláusula penal, conviene destacar el Texto del Proyecto de Normas Uniformes sobre Cláusulas de Indemnización Fijada Convencionalmente y Cláusulas Penales, junto con el correspondiente comentario, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en el período comprendido entre el 26 de julio y el 6 de agosto de 1982. Asimismo, merecen particular atención la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978 y el Informe del secretario general: "Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (II)", de fecha 12 de febrero de 1981. V. Para un examen más profundo de la cuestión, consúltese DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 385.

La existencia de esos documentos internacionales responde a la preocupación expresamente manifestada por ambas organizaciones ante la diversidad de regulaciones nacionales sobre esta figura contractual. Según se indica en dichos textos, esta heterogeneidad generaba inseguridad jurídica en el comercio internacional, dificultando la previsibilidad de los efectos contractuales y aumentando el riesgo de litigios. Tanto Naciones Unidas como el Consejo de Europa destacaron, además, la importancia práctica de las cláusulas penales en las relaciones comerciales transfronterizas, por su utilidad para facilitar el resarcimiento de daños sin necesidad de prueba adicional. A su vez, subrayaron la necesidad de garantizar que tales cláusulas no se conviertan en instrumentos de presión económica o sanción desproporcionada, especialmente en perjuicio de la parte contratante más débil. Por ello, impulsaron estos documentos con el objetivo de promover principios comunes que armonizaran su tratamiento jurídico, fomentando un equilibrio entre libertad contractual y protección frente a abusos.

[4] Por todos, GRASSETTI, C. (1960). Clausola. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII, págs. 184 y ss.). Milano: Giuffré, págs. 185 y ss.

[5] Para un análisis del significado de cláusula testamentaria desde esta misma perspectiva conceptual, véase BARBA, V. (2013). La nozione di disposizione testamentaria. *Rassegna di diritto civile* (4), págs. 963 y ss.

[6] Como señala RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46(2), pág. 546, con independencia del momento en que se celebre el acuerdo, resulta en todo caso indispensable que la estipulación penal sea pactada con anterioridad a la verificación del incumplimiento, pues sólo así puede cumplir su función típica de prevención, garantía o liquidación anticipada del daño.

[7] Por todos, PERLINGIERI, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, pág. 277.

[8] PERLINGIERI, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche*, cit., pág. 274: "La dottrina, nell'individuale la nozione di rapporto, ne ha messo in evidenza il profilo strutturale, tralasciando quello funzionale fondato sulla valutazione degli interessi regolati. Il rapporto si configura invece– non soltanto come relazione tra situazioni soggettive, ma– come regolamento, come disciplina di opposti o collegati centri di interessi al fine di ridurli ad unità. Il rapporto, quale regolamento delle situazioni soggettive nella loro sintesi, è l'ordinamento del caso concreto".

[9] Una de las primeras sentencias a las que se suele hacer referencia en esta materia es STS 8 de enero de 1945 (RJ7) que definió la cláusula penal como aquel pacto que tiene una doble función: la liquidación del daño y la función coercitiva. Como consecuencia de esta sentencia, durante mucho tiempo se consideró en la doctrina que la cláusula penal era aquella que fijaba una sanción para el caso en que el deudor incumpliera la obligación principal, imponiendo al moroso la realización de una prestación específica.

[10] En la doctrina italiana, partiendo de la literalidad del artículo 1382 del Código Civil —según el cual la pena convencional es exigible aun sin necesidad de prueba del daño, salvo pacto en contrario—, se ha puesto en duda que la cláusula penal cumpla una auténtica función resarcitoria, sosteniéndose más bien su carácter punitivo TRIMARCHI, V. M. (1954). *La clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 13 ss., MAGAZZÙ, A. (1960). Clausola penale. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII, págs. 186-196). Milano: Giuffré, pág. 189. En esta línea, se ha llegado a defender la admisibilidad de una pena puramente punitiva. Otro sector de la doctrina, MARINI, A. (1984). *La clausola penale*. Napoli: Jovene, págs. 36 y ss., sin adscribirse a la función reparadora, prefiere hablar de una finalidad sancionadora, si bien no se trataría de castigar al deudor, sino de establecer convencionalmente una sanción *ex ante* por el incumplimiento. Se afirma, por tanto, que la cláusula penal constituye un verdadero instrumento de autotutela ZOPPINI, A. (1991). *La pena contrattuale*. Milano: Giuffré, pág. 167. Más recientemente, MAZZARESE, S. (1990). *Le obbligazion i penali*. Padova: Cedam, págs. 152-156; MAZZARESE, S. (1999). *Clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 181 y ss., ha defendido la idea de que la función sancionatoria de la cláusula penal posee una natura dual, en cuanto puede desempeñar bien una función resarcitoria a forfait, bien una función meramente aflictiva, precisando que dichas funciones son mutuamente excluyentes y, al mismo tiempo, conjuntamente exhaustivas respecto al ámbito operativo de la cláusula penal.

Algunos autores, BOZZI, L. (2005). La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata. *Europa e Diritto Privato* (4), págs. 1105 s., consideran que la cuestión carece de relevancia teórica y práctica, dado que la obligación del deudor nace de la propia cláusula penal. A mi parecer, también en el derecho italiano debe distinguirse entre la cláusula penal orientada exclusivamente a la estimación del daño y aquella que persigue una finalidad punitiva. En ambos casos, la diferente función atribuida al pacto exige consecuencias normativas diferenciadas, y, en este sentido, la experiencia del PRMOC de 2023, que más adelante se comentará, ofrece una regulación adecuada que permite comprender el valor polifuncional de la cláusula penal.

[11] ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (Decimocuarta ed.). Madrid: Edisofer, págs. 268 s.

[12] Para un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la materia, véase PINAZO TOBES, E. (1995). Cláusula penal contractual. En Á. CARRASCO PERERA, *Derechos personales de*

garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 325 y ss.

[13] Para un análisis de la cláusula penal desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, véase MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal.* Madrid: BOE, págs. 21 y ss. quien sostiene que esta figura contractual debe interpretarse a la luz del concepto de contrato completo y de la noción de incumplimiento eficiente. El contrato completo es aquel que, idealmente, prevé ex ante todas las contingencias posibles y asigna en consecuencia los riesgos y los incentivos adecuados a las partes. En este marco teórico, la cláusula penal cumple una función esencial: permite internalizar los costes del incumplimiento y, al mismo tiempo, preservar la eficiencia global del acuerdo.

El incumplimiento eficiente, por su parte, describe la situación en la que a una de las partes le resulta económicamente más conveniente incumplir lo pactado y asumir la sanción correspondiente, ya que ello genera un beneficio neto superior no solo para dicha parte, sino potencialmente también para el conjunto del sistema. Así concebida, la cláusula penal no tiene una función meramente disuasoria o retributiva, sino que opera como un mecanismo racional de redistribución del riesgo y de optimización de los comportamientos contractuales, favoreciendo la circulación de la riqueza y la eficiencia en la asignación de los recursos. En esta línea, SOLER PRESAS, A. (2023). El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato. *Revista de Derecho Civil*, X(3), pág. 113.

[14] JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (653), pág. 1471. El hecho de que la buena o mala fe del deudor no constituya un presupuesto para la operatividad de la facultad judicial de moderar la cláusula penal no implica, desde luego, que tal elemento quede privado de relevancia. Al contrario, la buena o mala fe del incumplidor adquiere pleno valor como criterio orientador en el ejercicio concreto de la moderación, influyendo en la determinación del importe final de la pena reducida.

[15] ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), págs. 1581 y ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2016). La moderación de la cláusula penal en el derecho español. Cuestiones actuales. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE* (16), págs. 73 y ss.

[16] STS 3513/2006, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3513, especialmente FD 4, "Es doctrina constante de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 2001, 22 de octubre de 2002, 5 de diciembre de 2003 y 3 de octubre de 2005, que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, "la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis", porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes". V. STS 5460/2008 de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2008:5460, en FD 4; STS 775/2002, 7 de febrero, ECLI:ES:TS:2002:775, en FD 7.

[17] DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 127 y ss.; DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2021). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos* (Segunda ed.). Ma-

drid: Marcial Pons, pág. 74; MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. InDret (2), pág. 11: "Además, a pesar de la eventual reforma legal, la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambio de las circunstancias. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio *pacta sunt servanda* (1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal". ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), págs. 1630 y ss.

[18] Afirma ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (14 de agosto de 2017). Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado. *Almacén de Derecho*, pág. 1: "Si los jueces reducen las cláusulas penales hasta hacerlas equivalentes a los daños previsibles o reales, pierden su función de permitir a las partes reducir sus costes de control de la conducta del deudor (*monitoring)*, costes que constituyen un despilfarro y que, indudablemente, quedan reflejados en el precio (el comprador estará dispuesto a pagar un precio mayor si hay una cláusula penal vinculante que le protege frente al incumplimiento del deudor)".

[19] Entre los primeros autores que se pronunciaron a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad, incluso en el caso de incumplimiento total v. JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Madrid: Civitas, págs. 199 s.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 582 y ss., espec. págs. 584: "Por eso, es posible que sean moderadas las penas incluso en casos de incumplimiento total. No hay obstáculos para ello ni en la letra, ni en la finalidad de la norma del art. 1154 CC. Fijémonos que el citado artículo no dice que el juez solo moderará o solo procederá la moderación cuando … cumplimiento parcial o irregular. Lo que está ordenando al juez es una decisión en equidad en caso de cumplimiento irregular o parcial. Pero no impide el art. 1154 CC que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el art. 1103 CC) en casos distintos de los descritos en esa norma".

[20] Por todos, ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, págs. 70 y ss. La autora defiende y fundamenta que "en determinadas circunstancias lo más equitativo es no moderar".

[21] No hay unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. V. ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, pág. 134.

[22] DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, pág. 117; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (653), págs. 1471 y ss.

[23] Merece ser destacada —y, a mi juicio, compartida— la tesis de JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Madrid: Civitas, págs. 194 y ss., según la cual la norma sobre la moderación de la cláusula penal posee, sin duda, carácter imperativo. No obstante, tal calificación no conlleva necesariamente su aplicación de oficio por parte del órgano jurisdiccional. Por el contrario, resulta razonable sostener que la operatividad de dicha norma presupone, en todo caso, una solicitud expresa de la parte interesada. Desde esta perspectiva, la imperatividad de la regla no implica una intervención automática de la autoridad judicial, sino que actúa como un límite inderogable a la autonomía privada: las partes no pueden excluir con-

tractualmente la facultad judicial de moderación, pero sí pueden, de hecho, dejarla sin efecto al no invocarla en el proceso. En este mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46(2), pág. 581, al afirmar que el carácter imperativo de la norma debe interpretarse como una garantía normativa frente a eventuales excesos del poder de disposición de las partes, sin que ello implique una sustitución de la voluntad procesal de quien se considere perjudicado por el exceso de la pena pactada. Cabe anticipar, que esta solución es la que ha sido elegida en la PRMOC de 2023.

[24] En sentido contrario, con muchos argumentos, MAS BADÍA, M. D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales (apéndices cronológico y sistemático de jurisprudencia).* Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 77 y ss.; DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 118 s.

[25] FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). La renuncia a la moderación de la cláusula penal. Actualidad civil (1), págs. 2 y ss.

[26] Por todos, DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 52-59, que identifica claramente estas tres funciones. V., también, MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 75-107.

[27] La distinción ya había sido realizada por la Jurisprudencia española, que, a pesar del tenor literal de la norma del artículo 1152 CC. Véase STS 10851/1990 de 22 de octubre – ECLI:ES:TS:1990:10851, especialmente el fundamento de derecho "cuarto". El TS excluye que la cláusula pactada por las partes pueda considerarse una cláusula penal, ya que la suma acordada de 630.000 pesetas no puede considerarse una evaluación anticipada de daños ni un resarcimiento proporcional a las consecuencias del incumplimiento, pues no cubre adecuadamente los perjuicios derivados de la ocupación prolongada del local. Dicha ocupación se extendió desde la fecha de la compraventa (1983) hasta la ejecución definitiva de la sentencia (1990); por lo tanto, esta cláusula no responde a la finalidad típica de una pena convencional ni a la compensación completa de los daños ocasionados.

Esta doctrina ha sido confirmada, entre otras, por STS 7966/2006 de 18 de diciembre – ECLI:ES:TS:2006:7966. En el caso, el 8 de septiembre de 1995, las partes firmaron un contrato de "arrendamiento de ganado", mediante el cual los demandantes entregaron a los demandados un lote de ganado ovino y caprino, cuya existencia y contenido fueron reconocidos por ambas partes. El 30 de agosto de 1997, los demandados entregaron un lote de ganado envejecido, enfermo y malnutrido, que no coincidía con el previamente identificado. El conflicto surgió en torno a la interpretación de la cláusula décima del contrato, que establecía que "el incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de quinientas mil pesetas". El TS excluye que el pacto pueda calificarse de cláusula penal. Esa interpretación llevaría a una consecuencia absurda: los deudores podrían liberarse de su obligación de entregar el ganado simplemente pagando las quinientas mil pesetas, lo que no es compatible con el sentido lógico y la intención de las partes. Según la sentencia, dado el valor significativo del ganado, era previsible que los daños por incumplimiento fueran muy superiores a las quinientas mil pesetas fijadas en la cláusula. Además, la cláusula no incentivaba el cumplimiento, sino que solo pretendía establecer una indemnización genérica por incumplimientos menores, sin excluir la obligación principal de entregar el ganado pactado.

[28] Para un análisis comparado con el Derecho alemán, véase el estudio de FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2011). Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán. Foro. *Revista de ciencias jurídicas y sociales* (13), págs. 62 y ss. Según la autora el BGB ofrece una regulación más precisa y sistemática que el Código Civil

español. Cada parágrafo del BGB delimita con claridad su objeto: eficacia de la cláusula penal, su aplicación en caso de incumplimiento total o parcial, su forma no pecuniaria, la posibilidad de reducción, su ineficacia, y la carga de la prueba. Además, muestra cómo el Derecho alemán contempla con mayor precisión aspectos clave como: el momento de eficacia de la cláusula penal (ligado a la mora o a la infracción de una obligación de no hacer); la función sustitutiva o acumulativa de la pena según el tipo de incumplimiento; la posibilidad de moderación judicial, y la naturaleza facultativa o sancionadora de determinadas cláusulas. Cabe destacar que el § 342 BGB regula expresamente las penas en especie (pérdida de derechos, acciones concretas), ausentes en el CC español y se contempla la posibilidad de reducción o sustitución por equivalentes pecuniarios, algo no desarrollado en el Derecho español.

[29] STS 718/2017 de 24 de febrero – ECLI:ES:TS:2017:718. En los fundamentos, al punto II.5 se lee: "En función de cómo se configure por las partes la cláusula penal puede tener una función resarcitoria o reparadora del daño que ha causado al acreedor el incumplimiento de la obligación por el deudor o el cumplimiento irregular, con lo que la cláusula viene a sustituir a la indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en el artículo 1101 CC, o bien puramente punitiva desligada de todo propósito resarcitorio. En este caso, pena cumulativa, se trataría de una prestación adicional del deudor que se suma a la propia indemnización de daños y perjuicios que ampara el artículo 1101 CC. Para que concurra esta modalidad, cláusula penal cumulativa, será preciso, por no presumirse su regulación en el código civil español, que haya sido convenida".

[30] Cabe recordar que en la Convención de Benelux de 26 de noviembre de 1973 se suprimió la distinción entre la cláusula de determinación anticipada de los daños y perjuicios y la cláusula penal en sentido estricto, por considerarse dicha diferenciación inadecuada y poco oportuna. Véase DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 387.

[31] Para considerar el debate actual en torno a los daños indemnizables en el Derecho contractual inglés, resulta fundamental el trabajo de GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2011). Daños indemnizables en Derecho contractual inglés. Revisión de la Remoteness Rule. *Anuario de Derecho Civil*, 1, págs. 126 y ss., quien ofrece una contribución clave al analizar en profundidad el proceso de revisión de *la remoteness rule*. Su estudio destaca cómo esta regla, tradicionalmente basada en la previsibilidad del daño, ha sido objeto de fuertes críticas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Gregoraci identifica dos líneas centrales: la insuficiencia del enfoque clásico para resolver casos complejos, y la progresiva consolidación de una nueva perspectiva que interpreta los límites de la responsabilidad contractual a partir de la voluntad objetivamente apreciada de las partes y del contenido del contrato. Esta evolución se refleja especialmente en el caso *The Achilleas*, que marca un punto de inflexión al trasladar por primera vez a la House of Lords los debates hasta entonces puramente teóricos. El artículo, en suma, ilustra un cambio paradigmático en la delimitación del daño indemnizable, con importantes implicaciones teóricas y prácticas.

[32] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1153. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 158: "La pena deja de ser sustitutiva, cuando se pacta que sea cumulativa, lo cual es permitido tanto por este título como por el 1153".

[33] GETE-ALONSO Y CALERA, M. d., & SOLÉ RESINA, J. (2021). *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*. Barcelona: Atelier, pág. 118.

[34] En el Derecho civil italiano se establece expresamente que esta "*tiene el efecto de limitar la indemnización a la prestación prometida, salvo que se haya pactado el resarcimiento*

del daño ulterior" (cfr. art. 1382) y siempre se ha considerado que dicha cláusula puede asumir diversas configuraciones. En particular, se distingue entre una cláusula penal pura, una cláusula meramente liquidatoria, una cláusula mixta, o, finalmente, una cláusula liquidatoria que admite la prueba de un mayor daño, y que, por tanto, cumple una función de valoración presuntiva. Para un análisis exhaustivo, véase: TRIMARCHI, V. M. (1954). *La clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 35 y ss.; TRIMARCHI, V. M. (1964). Clausola penale. En *Novissimo Digesto Italiano* (Vol. III). Torino: Utet, pág. 351: "È prevista una penale per il caso di inadempimento o per il caso di semplice ritardo nell›adempimento dell›obbligazione principale. E la prestazione può essere dovuta come pura sanzione penale; ovvero a titolo di penale e a titolo di risarcimento del danno dovuto per legge (con possibilità di concorso elettivo o di cumulo tra la penale ed il risarcimento ovvero con previsione del ricorso al risarcimento del danno per la misura in cui questo superi la penale)". V., también, MARINI, A. (1984). *La clausola penale*. Napoli: Jovene, págs. 26 y ss.; GABRIELLI, E. (1984). *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane; MAZZARESE, S. (1990). *Le obbligazion i penali*. Padova: Cedam, págs. 152 y ss.; MAZZARESE, S. (1999). *Clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 212 y ss., que manifiesta dudas respecto de la admisibilidad de una cláusula penal puramente punitiva, tanto por la naturaleza relativamente inderogable del artículo 1382 del Código Civil, como por la norma que establece la prohibición de acumulación contenida en el artículo 1383 del mismo cuerpo legal, y, finalmente, a la luz del principio de moderación de la pena, en relación con el cual la intervención judicial carecería de sentido práctico TATARANO, M. (2002). L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.

[35] Con referencia al Derecho peruano ESPINOZA ESPINOZA, J. (2014). La cláusula penal. *THEMIS: Revista de Derecho* (66 (Ejemplar dedicado a: Treinta aniversarios del Código Civil), págs. 226 y ss. identifica cuatro funciones de la cláusula penal: función resarcitoria: tiene por objeto garantizar la reparación del daño sin imponer al acreedor la carga probatoria de su cuantificación. No obstante, debería reconocerse al deudor la facultad de acreditar que el perjuicio efectivamente sufrido es inferior al monto pactado. Función punitiva: configura la cláusula penal como una sanción derivada del incumplimiento, desvinculada de la necesidad de probar la existencia y el alcance del daño real. Función sancionadora: se concibe como un instrumento de represión de conductas antijurídicas dentro del ámbito civil, aunque su fundamentación teórica sigue siendo objeto de debate. Función dualista: articula de manera complementaria las dimensiones resarcitoria y punitiva, permitiendo que la cláusula penal asuma una u otra finalidad en función de las circunstancias del caso.

[36] RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 542 s.

[37] DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 57-58 y 68-69 incluye entre los tipos de cláusulas penales también las que no tratan "de asegurar ni el débito ni la responsabilidad de la obligación principal, sino que, aunque el acreedor prefiere el cumplimiento de cierta obligación (que en este sentido podríamos decir que es la principal), acepta que el deudor pueda liberarse de cumplirla ejecutando otra predeterminada, que funciona como pena. Se podría decir que el acreedor acepta que el perjuicio que pudiera seguírsele del desistimiento de la principal se enjugue con la ejecución de la pactada como accesoria". MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal.* Madrid: BOE, págs. 76 y ss. y 86 y ss. afirma que las modalidades o tipos de clausula penal pueden clasificarse en cuatro categorías, según la pena que contengan: a) pena sustitutiva o compensatoria; b) pena cumulativa; c) pena moratoria; d) multa penitencial.

[38] V. ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (Decimocuarta ed.). Madrid: Edisofer, págs. 261 s.

[39] DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2021). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons, págs. 72 s.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), pág. 542.

[40] Por todos, DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (I). *Revista de Derecho Privado*, págs. 3 y ss.; DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (II). *Revista de Derecho Privado*, págs. 83 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). Arras de desistimiento y arras penales. *Revista de Derecho Privado*, págs. 427 s.; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). De nuevo sobre las arras. *Revista de Derecho Privado*, págs. 877 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. d., & SOLÉ RESINA, J. (2021). *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña.* Barcelona: Atelier, pág. 120.

[41] En la jurisprudencia para una distinción entre arras penitenciales y confirmatorias, véase: STS 1146/1986, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:1986:1146, especialmente en Fundamento de Derecho n. 4. Para una distinción entre las tres funciones de las arras, v. STS 1765/1989, de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:1989:1765, que afirma esta doctrina: "De las tres funciones tradicionalmente asignadas a las arras, como señal en la celebración de un contrato o prueba de su cumplimiento (arras confirmatoria), como entrega de cantidad para responder del cumplimiento del contrato o arras penales que tienen una función estricta de garantía de cumplimiento, ya que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo y, como arras penitenciales que facultan la resolución del contrato perfeccionado, siendo a estas últimas, a cuyo cometido de garantía de cumplimiento se une la facultad de resolver el contrato, a las que el artículo 1.454 del Código Civil se refiere, debiendo serles atribuido un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, de modo que, la nota genérica dé no presunción de las arras, alcanza en éstas su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, sí haciendo constar, inequívocamente, la función resolutoria que contienen, circunstancia cuya falta en el caso presente obliga a rechazar la pretensión". En el mismo sentido: STS 22400/1994, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1994:22400; STS 1813/1995 de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:1995:1813; STS 4440/2009 de 29 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4440; STS 672/2013, de 25 de febrero, ECLI:ES:TS:2013:672.

Cabe adelantar que la PRMOC de 2023 ha introducido un cambio sustancial en el régimen jurídico de las arras. Mientras el artículo 1454 CC establece una presunción de arras penitenciales, la Propuesta abandona este criterio tradicional y, como se desprende del artículo 1234, configura con carácter general las arras como confirmatorias. Así lo explicita expresamente la exposición de motivos, al señalar que "*se añade una regulación más completa de las arras que, con carácter general, las configura como confirmatorias, lo que ha conllevado la derogación del artículo 1454 del Código Civil, situado en sede de compraventa*". Este giro normativo supone una transformación relevante del régimen dispositivo tradicional y refuerza el carácter vinculante del compromiso contractual en la fase precontractual.

[42] GÓMEZ POMAR, F. (Julio de 2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* (3), pág. 13 considera la cláusula penal como un remedio contractual y, en particular, como un remedio de contenido económico y naturaleza resarcitoria, enmarcándola dentro de una clasificación tripartita de los remedios contractuales que distingue entre aquellos que imponen el cumplimiento forzoso de la prestación por parte del contratante incumplidor, como el cumplimiento específico, la reparación o la sustitución; aquellos de contenido económico,

como la indemnización de daños y perjuicios, la reducción del precio o la cláusula penal misma; y, finalmente, los remedios que implican la ineficacia del contrato, como la resolución o, aunque sea de forma temporal, la *exceptio non adimpleti contractus*.

[43] MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret* (2), págs. 1 y ss.; MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal.* Madrid: BOE, págs. 159 y ss.

[44] Señala GÓMEZ POMAR, F. (Julio de 2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* (3), pág. 4: "Los contratos son la forma más importante (cuantitativa y cualitativamente, al menos en una sociedad compleja) de articulación de la cooperación entre los individuos. Las obligaciones son meros expedientes técnicos, instrumentales, para ordenar y expresar los efectos jurídicos de la cooperación humana expresada en el contrato. El contrato es sustancial; la obligación, instrumental".

[45] ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), págs. 1598 y ss., analiza la PMOC de 2009, que distingue entre penas sustitutivas e indemnizaciones penales, y que permite cláusulas cumulativas cuando estas se refieren a incumplimientos parciales o retardados. Según el artículo 1149-1.º de dicha Propuesta, el ejercicio de la acción de cumplimiento excluye la pretensión de pena, salvo que esta se haya pactado específicamente para el retraso o el cumplimiento defectuoso. Por tanto, la compatibilidad entre pena y cumplimiento dependerá de la naturaleza del incumplimiento y del contenido expreso del acuerdo contractual.

[46] ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), pág. 1601 se refiere a ella como alternativa.

[47] Para obligación facultativa, en general, entendemos aquella en la que el objeto de la prestación es único, pero el deudor está autorizado a extinguir la obligación cumpliendo con una prestación distinta, sustitutiva de la principal, mediante una facultad unilateral de elección que no modifica la estructura esencial del vínculo. En este tipo de relación obligacional, existe una sola prestación principal, determinada desde el origen, mientras que la otra constituye una posibilidad accesoria cuya ejecución, si se elige, también libera al deudor. No nos hallamos ante una obligación alternativa, donde coexisten varias prestaciones entre las que puede elegirse cualquiera como objeto del vínculo, sino ante una obligación simple, dotada de una facultad de sustitución que corresponde exclusivamente al deudor. Esta figura se basa en algunos principios fundamentales: la existencia de un único objeto obligatorio, la posibilidad de cumplir mediante una prestación diferente prevista y autorizada por las partes, el carácter exclusivo de la facultad de elección a favor del deudor y la extinción de la obligación mediante la realización de cualquiera de las dos prestaciones. Solo a título orientativo, algunos ejemplos de obligaciones facultativas son los siguientes: el deudor se obliga a entregar un bien determinado pero puede liberarse entregando otro previamente identificado en el contrato (por ejemplo, restituir una obra de arte o, en su lugar, otra de la misma colección); quien asume la obligación de entregar un animal concreto y se le autoriza a sustituirlo por otro de iguales características; el contratista que se compromete a construir un inmueble, con la posibilidad de cumplir entregando otro ya edificado; o el artista que promete crear una obra, pudiendo optar por entregar una ya realizada y pactada como sustitutiva. Estos ejemplos muestran que la obligación facultativa constituye una figura general del derecho de obligaciones, cuya utilidad práctica va mucho más allá del caso puntual de la cláusula penal de desistimiento. Por ello, defiendo un cambio de rúbrica del artículo 1198 PRMOC de 2023.

[48] Como ha señalado DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7), págs. 24 y ss., desde una perspectiva también económica, la cláusula penal cumple una doble función: por un lado, protege al acreedor no tanto garantizando el cumplimiento del contrato, sino asegurando que, en caso de incumplimiento, no sufra un perjuicio económico; por otro lado, opera como un mecanismo que compensa la eventual falta de reputación del deudor, en cuanto que la asunción de una pena contractual constituye una manifestación pública de su compromiso con el cumplimiento, reforzando así la confianza del mercado en su seriedad como contratante.

[49] RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), pág. 555, señala que las cláusulas penales más frecuentemente utilizadas en la práctica contractual adoptan formas diversas, adaptadas a la naturaleza de la obligación garantizada. Así, en las obligaciones de dar o de hacer no pecuniarias, suele preverse una reducción proporcional de la contraprestación; en las obligaciones pecuniarias o en las de no hacer —como en el caso paradigmático del pacto de no competencia—, se estipula ordinariamente el pago de una suma fija o el incremento de intereses, con frecuencia acumulativos por cada infracción. Asimismo, se contemplan penas consistentes en la pérdida de cantidades entregadas como señal o anticipo, descuentos sobre el precio que debería percibir el contratista, o incluso la resolución del contrato sin derecho a restitución. En el ámbito societario, no es infrecuente que la sanción consista en la pérdida de derechos sociales, lo cual, sin ser formalmente una exclusión, produce efectos equivalentes al inducir al socio a abandonar la entidad.

[50] Sigue siendo problemática la determinación de si pueden existir cláusulas penales de origen legal. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 517-525, se muestra favorable a dicha posibilidad, ofreciendo diversos ejemplos normativos y una fundamentación dogmática sólida; parte de la idea de que la cláusula penal se regula dentro del ámbito de la obligación —y no exclusivamente en el del contrato—, como también ocurre, por ejemplo, en el Código Civil italiano. Entre los ejemplos que cita destacan: el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo 27.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y, finalmente, los artículos 58 y 59 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

[51] V. por ejemplo, el *Marco Común De Referencia (DCFR)*, artículo III.–3:712: Indemnización estipulada para casos de incumplimiento, cuyo texto establece: "(1) Cuando los términos que regulan una obligación disponen que un deudor que no cumpla una obligación tiene que pagar una determinada cantidad al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a cobrar dicha cantidad con independencia del daño sufrido. (2) Sin embargo, y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad estipulada a este fin en un contrato u otro acto jurídico podrá reducirse a una cifra razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en relación con el daño por el incumplimiento y a las demás circunstancias. Una norma parecida se recoge en los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, en el art. 7.4.13 – Pago estipulado para el incumplimiento, cuyo texto establece: "(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido. (2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias. Una norma más compleja se encuentra en el artículo 170 del Código Gandolfi. No se encuentran normas similares en los *Principios Acquis*, V. ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el De-

recho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, págs. 127 y ss.

[52] Entre otros: Codice civile Italiano artículo 1382: "Effetti della clausola penale. La clausola penale è una pattuizione accessoria con cui si conviene che, in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti sia tenuto a una determinata prestazione; Code Civil Français – artículo 1231-5: "Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure "; Código Civil Portugués artículo 8101.: "Cláusula penal – As partes podem estipular, a título de cláusula penal, uma prestação pecuniária ou outra, para o caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação"; Code Civil Belge artículo 5.88: "Clause indemnitaire. § 1er. Les parties peuvent convenir à l›avance qu›en cas d›inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d›un montant forfaitaire ou à la fourniture d›une prestation déterminée. Dans ce cas, il ne peut être alloué à l›autre partie une réparation plus élevée, ni plus basse. § 2. Toutefois, si la clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit, d›office ou à la demande du débiteur, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable.§ 3. Lorsqu›un intérêt est stipulé pour le retard de paiement d›une somme d›argent, le paragraphe 2, alinéa 1er, est d›application conforme. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à un intérêt inférieur à l›intérêt légal. § 4. Par dérogation aux paragraphes 2 et 3, lorsqu›ils figurent dans des conditions générales incluses dans un contrat d›adhésion et qu›ils portent sur l›inexécution d›une obligation de somme, le Roi peut fixer par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres le montant maximal de la clause indemnitaire et l›intérêt de retard maximal. Il tient compte, à cet égard, du montant de l›obligation de somme, de la catégorie du contrat et du secteur d›activités concerné. Les clauses contraires sont réputées non écrites dans la mesure où elles dépassent le maximum autorisé. § 5. Le juge réduit proportionnellement la clause indemnitaire qui porte sur l›inexécution totale par le débiteur, lorsque l›obligation est partiellement exécutée. § 6. Si la clause indemnitaire porte sur un montant ou une prestation déraisonnablement faible, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier, l'article 5.89 est d'application conforme. § 7. Toute clause contraire aux dispositions des paragraphes 2, 3 ou 5 est réputée non écrite"; Bürgerliches Gesetzbuch § 339: «Vertragsstrafe. Verspricht der Schuldner dem Gläubiger eine Vertragsstrafe für den Fall, dass er seine Verpflichtung nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, so kann die Strafe von dem Gläubiger unter den gesetzlichen Voraussetzungen gefordert werden; Code des Obligations Suisse artículo 160: „1. Lorsqu'une peine a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue. 2 Lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu, le créancier peut demander à la fois que le contrat soit exécuté et la peine acquittée, s'il ne renonce expressément à ce droit ou s'il n'accepte l'exécution sans réserves. 3 Le débiteur conserve la faculté de prouver qu'il a le droit de se départir du contrat en payant la peine

stipulée"; Burgerlijk Wetboek (BW) artículo 6:91: "Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan".

[53] Según ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (14 de agosto de 2017). Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado. *Almacén de Derecho*, págs. 1 y ss., el uso de cláusulas penales adquiere una especial relevancia cuando se analiza su impacto en el contexto de la competencia entre empresas. En el caso paradigmático de Tetra Pak, la Comisión Europea sancionó a la compañía por aprovechar su posición dominante en el mercado del envasado aséptico para obstaculizar el acceso de competidores, mediante contratos que incluían cláusulas penales y otras condiciones restrictivas que generaban dependencia técnica y comercial. Estas prácticas permitieron extender ilícitamente su dominio al mercado de envases no asépticos, vulnerando así las normas de competencia. Una lógica similar se observó en Gas Natural Castilla y León, donde la cláusula penal formaba parte de una estrategia de vinculación abusiva entre mercados conexos, aprovechando una posición de dominio legalmente otorgada para expandirse hacia actividades no reguladas. Asimismo, en los contratos de mantenimiento de ascensores suscritos por diversas empresas durante los años noventa, la imposición uniforme de penalizaciones desproporcionadas por resolución anticipada evidenció prácticas cartelizadas que fueron corregidas por los tribunales. En este contexto, el autor sugiere que la utilidad de la cláusula penal podría variar si se la considera no tanto como una herramienta disuasoria en relaciones bilaterales, sino como un posible instrumento de cierre del mercado y de restricción de la competencia en relaciones horizontales o verticales entre empresas.

[54] 131.

[55] La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo considera que todo incumplimiento voluntario reviste carácter doloso (v. gr., STS 4786/1980, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1980:4786). Esta calificación no es irrelevante desde el punto de vista dogmático, pues implica una intensificación de los efectos jurídicos del incumplimiento. En particular: se invalida toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad; no procede la moderación de la cláusula penal, aun concurriendo los presupuestos del artículo 1154 CC; se inaplica el límite de la previsibilidad en la indemnización de daños (art. 1107.2 CC); y se facilita el reconocimiento del daño moral contractual, tanto en su procedencia como en su cuantificación. Por todos, MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor (Navarra): ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el Derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, Thomson-Civitas; PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1019 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1719 y ss.; LLAMAS POMBO, E. (2020). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest).* Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, págs. 205 y ss.

[56] ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el Derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft.* Madrid: Dykinson, pág. 132. DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 151 y 188 s.: "Pues bien la cláusula penal sustitutoria «a forfait» no impedirá el resarcimiento del daño mayor cuando la conducta del deudor incumplidor haya sido dolosa. A este respecto el texto

del artículo 1102 CC es tajante, y constituye uno de los límites del artículo 1255 CC. A tenor del artículo 1102, ni es posible la exoneración de la responsabilidad, ni tampoco su rebaja. Si el incumplimiento es doloso y los daños causados superan la pena, el acreedor puede reclamar la diferencia conforme a los artículos 1101 y ss. CC. Aplicando el artículo 1102 CC la cláusula penal no se anula, sino que sencillamente no funcionará como sustitutoria de todos los daños y perjuicios". Debe señalarse la relevante posición de RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), pág. 572, quien sostiene la posibilidad de indemnizar siempre el daño mayor, incluso en ausencia de una estipulación expresa al respecto. Según el autor, el Código Civil no prohíbe en modo alguno la reparación integral del perjuicio sufrido por el acreedor, salvo que las partes hayan pactado expresamente lo contrario. Desde esta perspectiva, la cláusula penal no opera como un límite absoluto a la responsabilidad contractual, sino como una previsión mínima de resarcimiento que puede ser superada cuando se demuestre la existencia de un daño efectivamente superior al importe convenido como pena. Esta posibilidad subsiste incluso en los casos en que el incumplimiento no sea doloso, y sólo se vería excluida si las partes hubiesen acordado de forma explícita la renuncia a reclamar cualquier indemnización adicional. En consecuencia, la doctrina de Tapia reivindica un principio de reparación plena del daño, en virtud del cual la cláusula penal no constituye un techo indemnizatorio inamovible, sino una presunción iuris tantum de cuantificación del perjuicio, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario por parte del acreedor.

[57] Comentando la STS 16254/1991 de 22 de mayo, ECLI:ES:TS:1991:16254, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de mayo de 1991: ¿Indefensión? cláusula penal. *Poder Judicial* (25), pág. 125, critica la decisión del TS de no moderar la cláusula penal en un caso de compraventa donde el comprador, pese al incumplimiento parcial, había disfrutado del bien durante un largo período. A su juicio, ante un incumplimiento parcial, el artículo sobre la moderación de la cláusula penal impone igualmente una reducción. Propone, al menos, una rebaja simbólica y sugiere que el vendedor pueda reclamar daños adicionales conforme a los artículos 1102 o 1107 del Código Civil, especialmente en caso de conducta dolosa de la contraparte.

[58] El artículo 1193 del PRMOC de 2023 establece, en su apartado primero, que "*las partes, de acuerdo con la buena fe, podrán ampliar, reducir o suprimir la obligación de indemnizar daños*". En su apartado segundo, añade que "*son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario*".

Este segundo inciso suscita una cuestión de precisión terminológica, ya que el término "*incumplimiento voluntario*" parece menos técnico y más amplio que el de "*incumplimiento doloso*", lo que puede llevar a consecuencias interpretativas relevantes. En efecto, desde un punto de vista jurídico, no todo incumplimiento voluntario es doloso, aunque todo incumplimiento doloso sí es voluntario. La voluntariedad se refiere al hecho de que el deudor actúa libremente y con conciencia del incumplimiento, sin que medie error, fuerza o imposibilidad, mientras que el dolo exige, además, la intención de perjudicar o defraudar al acreedor, o al menos la aceptación consciente del daño derivado del incumplimiento.

Esta distinción es reconocida por la propia PRMOC, que en el artículo 1190.3 declara expresamente: "*El mero incumplimiento voluntario no implica, necesariamente, una conducta dolosa del deudor*". Esta afirmación deja claro que el legislador distingue voluntariedad y dolo, tratándolos como categorías conceptuales distintas.

En consecuencia, si el artículo 1193.2 utiliza la expresión "*incumplimiento voluntario*" con plena conciencia de su diferencia respecto del dolo, la nulidad de las cláusulas de exclu-

sión o limitación de responsabilidad resultaría aplicable a un espectro mucho más amplio de casos. En efecto, no solo quedaría excluida la posibilidad de limitar la responsabilidad en casos de dolo (como sucede tradicionalmente en la mayoría de los ordenamientos), sino también en cualquier situación en la que el deudor, aun sin ánimo de defraudar, incumple conscientemente sus obligaciones.

Esto tendría consecuencias relevantes: el acreedor podría reclamar una indemnización plena, incluso superior a la prevista en cláusulas penales sustitutivas, por el mero hecho de que el deudor hubiera incumplido voluntariamente, aunque sin dolo. Tal interpretación reduciría drásticamente la eficacia de las cláusulas penales de naturaleza sustitutoria, y alteraría el equilibrio que el propio legislador intenta mantener entre libertad contractual y tutela del acreedor.

Por todo ello, cabría considerar más adecuado que el texto legal utilizara el término "incumplimiento doloso" en lugar de "voluntario", salvo que se justifique de manera expresa esa ampliación de los supuestos de nulidad. En definitiva, una mayor precisión terminológica contribuiría a reforzar la coherencia interna del articulado y a evitar interpretaciones expansivas no deseadas. Así, GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. *Anuario de Derecho Civil*, pág. 21: "No creo, sin embargo, que esta sea la solución querida por la Propuesta. No es la vigente en nuestro Derecho (cf. artículo 1102 CC) ni tampoco es la que prevalece en el Derecho comparado. Más bien parece que el término voluntario del citado artículo 1193.2 in fine debería ser sustituido por el calificativo de doloso o, si se optara reservar este vocablo para el dolo en el proceso de formación del contrato, debiera ser cambiado por el de incumplimiento intencional; está última opción obligaría a modificar también la referencia al dolo del artículo 1190 PM 2023".

[59] V. nota n. 54.

[60] Esto no excluye, como señala DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 63 s. que las partes también puedan establecer una cláusula penal en caso de incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor.

[61] Cabe recordar que la PRMOC de 2023 adopta un concepto de incumplimiento objetivo, en el cual se vuelve irrelevante la imputabilidad o no del incumplimiento. Si el deudor no ejecuta la prestación debida, independientemente de si ello depende de un hecho que le sea o no imputable, el hecho se considera como incumplimiento. Asumido este concepto objetivo de incumplimiento, se precisa, sin embargo, que el remedio resarcitorio no es debido en presencia de cualquier incumplimiento, y en el artículo 1191 de la PRMOC de 2023 se indican los supuestos en los que el deudor no estará obligado a indemnizar el daño derivado del incumplimiento. Se trata de casos en los que hay incumplimiento, pero escapa de la esfera de control del deudor, en consonancia con lo establecido en el artículo 79.1 de la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías. Dado que la cláusula penal cumple una función vinculada a la indemnización, la propuesta precisa que no es exigible en los casos en que el deudor no esté sujeto a la obligación de indemnizar. Es importante destacar que esta perspectiva ya había sido adoptada en la PMOC (véase art. 1209). Por todos, MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, y ahora, con referencia a la PRMOC de 2023, v. BARBA, V. (2024). El nuevo concepto de incumplimiento y la consiguiente supresión de las normas sobre transmisión del riesgo. En *La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, págs. 395 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. *Anuario de Derecho Civil*.

[62] Remítase, en este sentido, a las consideraciones de RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 564 y ss., quien ofrece un análisis detallado distinguiendo entre el incumplimiento doloso, el culposo y el supuesto de concurrencia de culpa, así como el incumplimiento determinado por caso fortuito. A juicio del autor, el incumplimiento doloso constituye, por excelencia, el ámbito en el que la previsión de una cláusula penal cobra mayor justificación dogmática y funcional, debiendo incluso admitirse —conforme al artículo 1102 CC— la posibilidad de que el acreedor acredite un daño mayor al importe estipulado como pena, en aras de obtener una reparación plena del perjuicio sufrido. De igual manera, el autor no plantea objeción alguna a la validez de la cláusula penal en los casos de incumplimiento culposo. Sin embargo, advierte que en tales supuestos no resulta aplicable el mecanismo corrector del artículo 1102 CC. La cuestión se torna más compleja en presencia de un incumplimiento derivado de caso fortuito. En este escenario, el Autor propone diferenciar según la naturaleza de la cláusula penal: si se trata de una pena sustitutiva, esto es, que reemplaza la indemnización ordinaria por daños y perjuicios, cabría considerar el caso fortuito como un criterio de imputabilidad de la obligación penal, en la medida en que nos encontraríamos ante un supuesto análoga a la prevista en el artículo 1105 CC. En cambio, tratándose de una pena cumulativa, resultaría problemático, al menos en principio, admitir que el deudor responda del pago de una suma punitiva por un incumplimiento que no le es imputable, en virtud de haberse producido por una causa ajena a su voluntad. Finalmente, en el supuesto de la pena moratoria admite su operatividad, en la medida en que la cláusula haya sido pactada expresamente con una función de garantía a favor del acreedor, cubriendo, por tanto, el riesgo del retraso derivado de causas fortuitas. En tal caso, la imputación de la obligación penal no se fundamenta en la culpabilidad del deudor, sino en la previsión contractual que traslada el riesgo del evento imprevisible a cargo de éste.

[63] El autor que con mayor profundidad ha estudiado el tema de la prohibición de acumulación entre la prestación principal y la pena convencional en el ámbito comparado es PINTO MONTEIRO, A. (1990). *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, pág. 419, quien sostiene que, incluso en ausencia de una norma prohibitiva expresa, el acreedor no podría, en ningún caso, exigir ambas prestaciones simultáneamente. Ello constituye una consecuencia lógica del funcionamiento de la cláusula penal, pues no debe perderse de vista que esta se encuentra circunscrita a los supuestos específicos para los que ha sido pactada: el retraso, el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento definitivo. Si el acreedor solicita el cumplimiento, es precisamente porque este aún es posible, lo que excluye la existencia de un incumplimiento definitivo y revela, en el mejor de los casos, una situación de mera mora o retraso. En consecuencia, no se verifica el presupuesto esencial para que surta efecto la cláusula penal.

[64] En sentido contrario, recientemente, TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J. (2024). ¿Culpa lata dolo aequiparatur en las cláusulas limitativas de responsabilidad? *Anuario de Derecho Civil*, 77(2), págs. 463 y ss. El autor defiende que no debe equipararse el dolo con la culpa grave en materia de cláusulas limitativas de responsabilidad contractual. Sostiene que el artículo 1102 CC prohíbe solo la exclusión de responsabilidad por dolo, no por culpa lata, y que ni el Derecho histórico ni el proceso codificador respaldan una interpretación más amplia. Considera que limitar la responsabilidad por culpa grave no es contrario al orden público económico, sino una práctica legítima y frecuente en contratos entre empresas, especialmente cuando existen seguros de responsabilidad. Además, resalta que la culpa lata es una categoría ambigua, cuya aplicación estricta generaría inseguridad jurídica y litigiosidad. A su juicio, la autonomía de la voluntad debe prevalecer en la determinación del canon de diligencia y del reparto de riesgos, siempre que no se trate de contratos con consumidores. Por tanto, concluye

que las cláusulas que limitan la responsabilidad por culpa grave son válidas, pues contribuyen a la seguridad del tráfico y al equilibrio económico del contrato, en línea con los principios de buena fe y lealtad contractual promovidos por los instrumentos internacionales.

[65] Por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2005). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado* (4), págs. 33 y ss. El Autor plantea una revisión crítica de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa, tradicionalmente admitidas por la doctrina española, salvo en los casos de dolo, cuya exclusión se considera nula de pleno derecho. Cuestiona especialmente los argumentos que sostienen su validez general, como el silencio del artículo 1103 del Código Civil o la libertad de las partes para fijar el grado de diligencia según el artículo 1104. A su juicio, dicha libertad no autoriza a eliminar totalmente la responsabilidad por conductas culposas, ya que ello vulneraría principios fundamentales como la buena fe y el interés público en el cumplimiento diligente de las obligaciones. Con mayor contundencia, considera que las cláusulas que exoneran al deudor por culpa grave son nulas por contrariar el orden público, pues ponen en riesgo la seguridad jurídica y la protección del acreedor frente a conductas asimilables al dolo, cuya prueba es especialmente difícil. Esta postura se apoya tanto en criterios de política jurídica como en la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, que rechaza estas cláusulas por comprometer la función del contrato como instrumento de confianza y de circulación de la riqueza en una economía de mercado.

En relación con la culpa leve, aunque la doctrina mayoritaria admite la validez de cláusulas que la exoneran, el Autor adopta una posición restrictiva. Considera que permitir sin límites dicha exención implicaría legitimar un nivel de diligencia inferior al ordinario, en contra de la buena fe contractual y del orden público. Si bien no ve en el artículo 1103 una prohibición absoluta, sostiene que tales cláusulas solo son aceptables si incluyen garantías compensatorias para el acreedor. Critica además la incoherencia doctrinal que acepta exenciones directas por culpa leve, pero rechaza otras fórmulas que logran el mismo efecto de forma indirecta. En síntesis, aboga por un riguroso control de validez de estas cláusulas, fundado en el interés general, la buena fe y el equilibrio contractual.

[66] Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia y de las principales posiciones jurídicas, véase ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62 (4), pág. 1630.

[67] Por todos, DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 95 y ss.

[68] STS 4044/2016 de 13 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:4044; STS 11281/1991, de 8 de julio, ECLI:ES:TS:1991:11281.

[69] Así, STS 8363/2004 de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2004:8363.

[70] Para un análisis de las propuestas que han sido formuladas con el propósito de lograr una reducción de la pena convencional, véase MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 146 y ss., quien precisa que la facultad moderadora de la autoridad judicial ha encontrado otros fundamentos jurídicos al margen del artículo 1154 del Código Civil, si bien su aplicación ha sido objeto de controversia o admitida tan solo con carácter excepcional.

[71] En primer lugar, se ha invocado el artículo 1103 del mismo cuerpo normativo, que faculta a la autoridad judicial para moderar la responsabilidad derivada de la negligencia conforme a las circunstancias del caso. No obstante, esta norma excluye expresamente su aplicación en supuestos de dolo o mala fe, y no opera de manera automática, sino mediante un juicio de equidad que requiere una ponderación rigurosa. Algunos autores cuestionan esta solución (por

todos, PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1041 y ss.), sosteniendo que el artículo 1154 CC, en cuanto norma especial respecto del principio general del artículo 1103 CC, excluye la aplicación de este último en materia de moderación de cláusulas penales. La utilización del artículo 1103 CC para justificar la reducción de la pena convencional ha sido, por ello, acogida con extrema cautela por la jurisprudencia, que únicamente ha accedido a dicha moderación en supuestos excepcionales (STS 13029/1990 de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1990:13029) y, en general, cuando ha existido al menos un cumplimiento parcial de la obligación principal (STS 7803/2012, 23 de octubre, ECLI:ES:TS:2012:7803, espec. FD 13). DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona: Bosch, págs. 117 y ss., defiende una interpretación restrictiva del artículo 1103 del Código Civil, sosteniendo que su aplicación debe limitarse exclusivamente a los supuestos en los que la cláusula penal revista carácter cumulativo. Por el contrario, niega la posibilidad de aplicar dicho precepto a las cláusulas penales de naturaleza liquidatoria, considerando que, en estos supuestos, las partes han querido deliberadamente excluir la operatividad de los artículos 1101 y y ss. CC.

[72] También se ha intentado fundar la reducción judicial de la pena en el principio de buena fe contractual, consagrado en el artículo 1258 del Código Civil. Así, SANTOS BRIZ, J. (2000). Comentario a los arts. 1151 a 1155 CC. En I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch, págs. 296 s. Sin embargo, tal fundamentación ha sido rechazada, en la medida en que dicho principio se proyecta sobre la ejecución del contrato y no sobre la validez del contenido obligacional pactado, y no puede por sí solo justificar la ineficacia de una cláusula libremente acordada QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2003). Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. Aranzadi civil (2), pág. 45.

[73] Del mismo modo, los intentos de recurrir a la ausencia de causa han sido desestimados por la jurisprudencia, que considera que el mero hecho de que la pena exceda los daños reales no implica necesariamente ilicitud de la causa ni enriquecimiento injustificado del acreedor. STS 1437/1985, de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1985:1437, "La cuantía mayor o menor de la estipulatoria penal es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa, determinante de la radical nulidad del negocio con arreglo al artículo 1275". STS 9787/1990, 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:1990:9787, que considera, en su FD 3, infundada la alegación de nulidad de la cláusula penal con base en la ilicitud o inexistencia de su causa. La cláusula no infringe la ley ni la moral —al menos entendida esta en su dimensión intrínseca—, aunque su cuantía pueda exceder los estándares habituales del tráfico jurídico. Tampoco puede afirmarse la inexistencia de causa, ya que responde a la legítima función de garantía contractual entre las partes.

[74] RAMOS CHAPARRO, E. (1999). *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales).* Sevilla: Universidad de Sevilla, págs. 105 y ss. estima apropiada para los supuestos de mayor desproporción, en los que el vendedor retiene íntegramente las cantidades percibidas, sin establecerse límite alguno, de modo que el comprador pierde todo lo abonado incluso si ha cumplido en gran parte con sus obligaciones. Sin embargo, se ha negado que la exigencia del pago íntegro de la pena constituya un ejercicio abusivo del derecho, en la medida en que el acreedor se limita a reclamar aquello que fue expresamente pactado por las partes. STS 9787/1990, 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:1990:9787 no aprecia abuso del derecho en los términos del artículo 7.2 CC, puesto que el ejercicio de la cláusula se produce dentro de los límites pactados.

[75] A diferencia de lo sostenido por una parte de la doctrina respecto del actual Código Civil —según la cual la autoridad judicial podría intervenir *ex officio* para moderar una cláusula penal o de estimación del daño cuando ésta resulte manifiestamente desproporcionada—, la PRMOC de 2023 adopta una posición más estricta y deliberada en defensa del principio dispositivo. Subraya con claridad que la intervención moderadora del juez no puede desplegarse de manera automática ni arbitraria, sino que requiere en todo caso la iniciativa de parte, concretamente del deudor afectado por la cláusula.

[76] Por el contrario, en relación con la Propuesta de 2009, MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret* (2), pág. 12: "A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 CC ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto y, de nuevo, redactada con redundancias ("penas convencionales", "indemnizaciones")".

[77] Lo mismo pasaba con la PMOC de 2009, cuyo artículo 1150 establecía: "*El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*". Lo que introduce el artículo 1197 de la PRMOC de 2023, respecto del correspondiente artículo 1150 de la PMOC, más allá del uso terminológico más inclusivo al referirse a la "autoridad judicial" en lugar de "juez", es la incorporación de un segundo apartado que aborda expresamente la nulidad de la cláusula de estimación anticipada del daño cuando, por su cuantía irrisoria, tiene como efecto dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento del contrato.

[78] En este sentido; MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret* (2), pág. 11; MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE págs. 177 s.: "De hecho, la entrada en vigor del artículo 1150 la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6".

[79] Conviene recordar que, ya en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —hoy derogada y sustituida por el TRLGDCU—, se contemplaba como cláusula abusiva aquella que imponía al consumidor una indemnización "desproporcionadamente alta" por el incumplimiento de sus obligaciones. Sobre esta cuestión, véase: MARTÍ MARTÍ, J. (2002). Cláusula penal o cláusula abusiva. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (3), págs. 1572 s. y ZUMAQUERO GIL, L. (2006). La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores. En A. CAÑIZARES LASO, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos, págs. 266 y ss. Según la última Autora, la cláusula penal debía considerarse desproporcionadamente alta cuando la indemnización superaba de forma manifiesta los daños previsibles. Añadía, además, que era necesario atender al caso concreto, puesto que, al no tratarse de una cláusula incluida en la llamada "lista gris", se requería una valoración detallada de todas las circunstancias del caso.

[80] SOLER PRESAS, A. (2023). El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato. *Revista de Derecho Civil*, X (3), pág. 120, entiende por desproporcionadamente alta "la que exceda los daños previsibles, dado que el control de las condiciones generales atiende al momento de celebración del contrato".

[81] MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 187 y ss., señala que en la jurisprudencia española

persiste una relevante tensión interpretativa en torno al tratamiento de las cláusulas penales abusivas en los contratos con consumidores, especialmente a la luz de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por una parte, un sector de la jurisprudencia nacional se alinea con STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), ECLI:EU:C:2012:349, y con la STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13), ECLI:EU:C:2014:282, que proclaman la nulidad radical de la cláusula abusiva y prohíben a la autoridad judicial nacional su moderación, integración o sustitución por una disposición supletoria del Derecho nacional, salvo cuando ello resulte imprescindible para preservar el contrato en beneficio del consumidor.

Por otra, el Tribunal Supremo ha adoptado en ocasiones una posición divergente, admitiendo la moderación del contenido económico de determinadas cláusulas declaradas abusivas —notablemente, las relativas a intereses moratorios—, con el fin de preservar una cierta proporcionalidad indemnizatoria y evitar desequilibrios excesivos en la relación contractual. En este sentido STS 1723/2015, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1723, en FD VI, "Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada". En el mismo sentido: STS 5618/2015 de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5618; STS 626/2016 de 18 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:626.

[82] V. BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). La cláusula penal y la protección de los consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (748), págs. 963 y ss.

[83] Así la mejor doctrina: CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). Comentario al artículo 62. En S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, págs. 545 s.

[84] MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 186 s.

[85] V. nota n. 4.

[86] Para un análisis detallado de la norma contenida en el artículo 1197 del PRMOC de 2023, en la parte en que prevé la moderación de la indemnización cuando esta sea notoriamente desproporcionada, en relación con la disciplina establecida en el artículo 85.6 del TRLGDCU, véase párrafo: IV.2. La necesaria razonabilidad de la cláusula de estimación anticipada del daño.

[87] STS 5329/2024 de 6 de noviembre – ECLI:ES:TS:2024:5329, "La cláusula penal actúa bien en función coercitiva o de garantía para estimular al deudor al cumplimiento de las obligaciones contraídas y también en función estrictamente sancionadora civil, al castigar el incumplimiento contractual, imponiendo de este modo consecuencias más onerosas al deudor que es desleal al negocio". Así, STS 10851/1990 de 22 de octubre – ECLI:ES:TS:1990:10851, "la existencia de cláusula penal no exige una forma especial, sí se requiere, para su existencia, bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, ya una función liquidadora del daño, o sea la de evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación, ora una función estrictamente

penal, consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado, atribuyéndose consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual".

[88] PINTO MONTEIRO, A. (2024). Sobre a modificação judicial de penas contratuais «manifestamente excessivas» – A proposta espanhola de 2023. *Revista de Derecho Civil*, XI (4 extraordinario), págs. 160 s. se muestra muy crítico con esta diferencia de supuestos. "Finalmente, cremos que teria sido melhor fazer depender a modificação judicial do mesmo pressuposto, tanto em face de penas convencionais como em face de indemnizações convencionais, pressuposto esse que seria o da sua manifesta excessividade. É que, nos termos em que está redigido o art. 1197, se já não é fácil apurar quando é que a pena é «manifestamente excessiva», a dificuldade duplica quando se terá de encontrar também o critério para decidir quando é que as cláusulas indemnizatórias são «notoriamente desproporcionadas»! Pelo nosso lado, teríamos preferido fazer depender a intervenção do juiz, num caso e no outro, do mesmo pressuposto: penas ou indemnizações convencionais manifestamente excessivas. Penso que ninguém duvidaria que uma indemnização previamente convencionada que viesse a revelar-se desproporcionada aos danos efectivamente sofridos seria tida como «manifestamente excessiva» para efeitos da sua modificação/redução judicial!".

[89] Una cláusula que excluya la acumulación podría ser útil, por ejemplo, en contratos donde la pena convencional ya incluye una valoración aproximada de los daños previsibles, evitando así duplicidades o complejidades en la reclamación.

[90] V. párrafo: Notas introductorias sobre la cláusula penal en el Código Civil.

[91] Según DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola.* Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 407 s., la cláusula estrictamente penal no puede hacerse valer en caso de resolución contractual. Ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la resolución constituye el ejercicio legítimo de una facultad, por lo que resulta incoherente sancionar al deudor por una decisión adoptada libremente por el acreedor; en segundo lugar, porque quien resuelve se libera de sus obligaciones y recupera lo prestado, lo que incide tanto en la cuantía del daño como en la justificación misma de la penalización. Además, permitir que la cláusula penal otorgue al acreedor la totalidad del interés que le habría generado el cumplimiento, aun habiéndose liberado mediante la resolución, supondría desvirtuar el equilibrio del artículo 1124 del Código Civil y vulnerar su régimen de opciones defensivas. Tal uso de la cláusula se aproximaría a un fraude de ley. Según PINTO MONTEIRO, A. (1990). *Cláusula Penal e Indemnização.* Coimbra: Almedina, págs. 693 y ss., la problemática se plantea cuando la pena convencional no ha sido expresamente prevista para el supuesto de resolución del contrato. El autor subraya que se trata de una cuestión particularmente delicada, sobre la cual la doctrina no ha alcanzado una posición uniforme. Destaca, además, que el daño derivado de la resolución posee una naturaleza cualitativamente distinta respecto al daño originado por el incumplimiento, de modo que si las partes, al convenir la cláusula penal, tuvieron en mente una reparación específicamente vinculada al incumplimiento de la prestación, no sería posible extender automáticamente dicha penalidad al supuesto de resolución, donde el perjuicio responde a una lógica y a una estructura distintas.

[92] DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola.* Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 406 s.: "Hay que señalar, sin embargo, que el daño de resolución no se puede identificar o parificar con el daño de incumplimiento. Por supuesto no trato de abrir la polémica en torno a si tras la resolución se debe solo el interés

negativo. Formo parte de los convencidos de que la indemnización debida tras la resolución alcanza interés positivo o interés de cumplimiento. Por ejemplo: claramente el acreedor que resuelve tiene derecho al mayor costo que suponga el negocio de sustitución porque «el interés positivo» era y es recibir la prestación en el precio señalado. No obstante lo anterior, el daño de resolución no se iguala al daño de incumplimiento, entre otras razones porque el demandante de la resolución, o el que la acuerda, obtiene con ello algunas ventajas, como son notoriamente la de quedar librado de cumplir sus propias obligaciones o la de obtener la restitución de aquello que hubiera transmitido o atribuido, que es la razón por la cual, en definitiva, ha elegido este camino. Por la misma razón coma no constituirá un daño indemnizable, tras la resolución el conjunto de lucros cesantes que después de ella se hubieran producido, aunque nadie ponga en duda que sí lo constituirán todos aquellos que hubieran acaecido en un momento anterior".

[93] PINTO MONTEIRO, A. (2024). Sobre a modificação judicial de penas contratuais «manifestamente excessivas» – A proposta espanhola de 2023. *Revista de Derecho Civil*, XI (4 extraordinario), 154: "Pois bem, sendo o principal perigo da cláusula penal o de ela propiciar abusos por parte do credor, em razão do montante excessivo da pena, o poder de fiscalização judicial, nos termos em que a lei o consagra, surge como uma forma adequada de enfrentar a situação. Em vez de, pura e simplesmente, invalidar a pena, o tribunal limitar-se-á a reduzi-la a um montante equitativo; em vez de, pura e simplesmente, corrigir a pena sempre que superior ao dano efectivo, o tribunal fá-lo-á, tão-só, quando ela se mostre manifestamente excessiva, seja por que razão for, e tenha ou não havido cumprimento parcial".

[94] DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7), pág. 40, señala que los ordenamientos jurídicos pueden valerse de al menos tres técnicas distintas para limitar los efectos de las cláusulas penales excesivas. La primera consiste en otorgar a la autoridad judicial la facultad de moderar aquellas penas que resulten manifiestamente desproporcionadas. La segunda, en línea con la anterior, establece los criterios que la autoridad judicial debe considerar al momento de valorar dicho carácter excesivo, orientando así su discrecionalidad. Finalmente, algunos sistemas optan por fijar criterios objetivos y predeterminados que la autoridad judicial debe aplicar para proceder a la reducción de la penalidad estipulada, reforzando con ello la previsibilidad y la seguridad jurídica. Desde la perspectiva de la técnica legislativa, esta cuestión se traduce en la disyuntiva entre recurrir a reglas precisas o a cláusulas generales. Íñigo sostiene que no existe una técnica intrínsecamente superior, sino opciones que resultan más adecuadas según el tipo de justificación invocada para limitar la cláusula penal. Así, si se adopta una regla y la justificación se basa en la justicia conmutativa, ello presupone que el legislador puede determinar con exactitud, más allá de las particularidades del contrato, en qué momento se rompe la equivalencia de las prestaciones. Si, en cambio, la justificación es de orden distributivo, ello implicaría que el legislador es capaz de definir con precisión cómo se reparte el poder de negociación en la sociedad. Por el contrario, la elección de un estándar sugiere que es la autoridad judicial quien se encuentra en mejor posición para valorar la equidad concreta del intercambio obligacional.

[95] Comparto plenamente la idea de DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7), págs. 42 s., quien sostiene que, en materia de moderación de la cláusula penal, es preferible un estándar a una regla, aun reconociendo que ello implica un margen de discrecionalidad judicial. Esta opción, si bien no elimina el riesgo de incertidumbre, permite desarrollar criterios interpretativos progresivamente, a través del diálogo entre doctrina y jurisprudencia, mientras que las reglas rígidas bloquean desde el inicio esa evolución.

[96] DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 225 s.; MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal.* Madrid: BOE, págs. 92 y ss.

[97] GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. *Anuario de Derecho Civil*.

[98] ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62 (4), pág. 1601, se refiere a esa cláusula penal como alternativa.

[99] DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal.* Madrid: RDU Ediciones, págs. 43 s.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1153. En *Comentario del Código civil.* Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 159: "Se admite, sin embargo, la posibilidad de que se conceda al deudor esta facultad. En tal caso estaríamos ante una auténtica obligación facultativa (STS 21-11-69, 13-VI-62 y 28-XII-46). En rigor, más que una genuina pena convencional, existiría lo que la doctrina denomina «pena de arrepentimiento» (DÍEZ-PICAZO, Fundamentos, 1, pág. 575)". MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal.* Madrid: BOE, pág. 104: "En puridad, la multa penitencial o pena de arrepentimiento no es una cláusula penal, sino una obligación facultativa". ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62 (4), pág. 1601: "Cuando la cláusula penal atribuye al deudor la facultad de liberarse de la obligación principal pagando la suma de dinero acordada, su naturaleza de obligación accesoria de una principal, a la que refuerza o asegura, queda desvirtuada". ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, pág. 51.

[100] DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 201 s.: "si queremos una definición de cláusula penal que comprenda todos los tipos posibles, habría que decir que lo es cualquier estipulación que establezca una obligación accesoria para satisfacer al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal. Esa satisfacción no tiene por qué ser exactamente la misma que produciría el cumplimiento correcto, sino otra aceptada previamente por el acreedor. En el fondo la cláusula penal penitencial o desistimiento no es sino una liquidación anticipada de los daños y perjuicios que provocaría el desistimiento en el acreedor". Ya, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho civil* (13 ed., Vol. II). Madrid: Edisofer, pág. 267; PUIG BRUTAU, J. (1973). *Fundamentos de Derecho civil* (Segunda ed., Vol. I). Barcelona: Bosch, pág. 528.

[101] V. nota n. 44.

[102] QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2003). Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. *Aranzadi civil* (2), págs. 2071 y ss.

[103] En la reciente STS 726/2025 de 19 de febrero – ECLI:ES:TS:2025:726, relativa a un contrato de compraventa con pacto inicial de arras penitenciales, la Sala desestima la interpretación de la Audiencia Provincial, que había entendido que dichas arras se habían transformado en confirmatorias como consecuencia de sucesivas novaciones contractuales. El TS rechaza expresamente tal conclusión, afirmando que los documentos posteriores únicamente acordaban una ampliación del plazo para el otorgamiento de la escritura y un incremento en la cuantía de las arras, sin que ello supusiera alteración alguna de su naturaleza jurídica ni de los efectos pactados inicialmente. En este contexto, el TS considera inaplicable el artículo 1504 CC, cuya invocación por parte de la Audiencia resulta improcedente al no tratarse de una compraventa con precio aplazado ni de un contrato con cláusula resolutoria expresa, sino de un acuerdo

sujeto al régimen específico del artículo 1454 CC. En consecuencia, al no haberse otorgado la escritura dentro del plazo prorrogado por causa imputable al comprador, el Alto Tribunal declara procedente la pérdida de las cantidades entregadas en concepto de arras, conforme a lo expresamente pactado por las partes y reiteradamente aceptado por el comprador. La Sala fundamenta su decisión tanto en la literalidad de las cláusulas contractuales, que mantuvieron inequívocamente el carácter penitencial de las arras, como en el contexto negocial, incluyendo las comunicaciones de la agencia inmobiliaria al comprador en las que se le advertía de las consecuencias del incumplimiento. Finalmente, el TS subraya que, de haber sido arras confirmatorias, se habría exigido desde el inicio el abono del 10 % del precio total, lo cual no ocurrió.

[104] Para un análisis detallado de la norma contenida en el artículo 1197 del PRMOC de 2023, en la parte en que prevé la moderación de la indemnización cuando esta sea notoriamente desproporcionada, en relación con la disciplina establecida en el artículo 85.6 del TRLGDCU, véase párrafo IV.2. La necesaria razonabilidad de la cláusula de estimación anticipada del daño.

Trabajo recibido el 28 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025

DICTÁMENES Y NOTAS

Acercamiento a la implementación de las nuevas tecnologías en la reciente legislación europea de dibujos y modelos industriales[1]

An approach to the implementation of new technologies in recent European design legislation.

por
MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS
Catedrática acreditada de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: En esta contribución se revela la actualizada y nueva reglamentación del diseño industrial en la Unión Europea y se pone especial énfasis en sus conexiones con las novedosas tecnologías sea en la configuración, solicitud, como representación del diseño industrial. Igualmente, se investiga acerca de la impresión 3D y el manejo de la Inteligencia Artificial como limitaciones a los derechos, que puede otorgar esta modalidad de la propiedad industrial y cómo se contribuye con ello a la política de transición digital tan querida por la Unión Europea, en orden a competir con los grandes bloques económicos y seguir incentivando la sociedad del conocimiento.

ABSTRACT: This contribution reveals the new and recent regulations of industrial design in the European Union and is particularly relevant in its connections with new technologies in the configuration, application, as the representation of industrial design. Additionally, we it is analyzed 3D printing and the handling of artificial intelligence as there are limits to the possibilities that can be used in this way of industrial production and as it contributes to the digital

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.04

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

transformation policy demanded by the European Union, in order to compete with the big economic blocks and incentivize society of knowledge.

PALABRAS CLAVE: diseño industrial, legislación europea, impresión 3D, inteligencia artificial, propiedad industrial.

KEYWORDS: industrial design, European legislation, 3D printing, artificial intelligence, industrial property.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NOCIÓN LEGAL DE DISEÑO INDUSTRIAL VINCULADA A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.—III. SOLICITUD Y REPRESENTACIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL.—IV. LA IMPRESIÓN 3D Y LA UTILIZACIÓN DE LA IA POR EL DISEÑO INDUSTRIAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No se discute que nos encontramos ante una sociedad cada vez más digitalizada y globalizada, que persigue amparar e implementar en nuestro día a día las nuevas tecnologías emergentes: Inteligencia Artificial (IA)[2], *Big Data, Blockchain*[3], realidad aumentada, utilización de la impresión 3D y 4D, entre otras, que confluyen en la Industria 4.0 y, que resulta ser el origen de una nueva revolución —la conocida como Cuarta Revolución Industrial—, así como servir de coadyuvantes al fomento constante y recurrente de la sociedad del conocimiento[4].

Cabalmente, un instrumento idóneo que puede atraer y canalizar la introducción de estas nuevas tecnologías[5] se ve reflejado en el diseño industrial[6] o, empleando la terminología europea de dibujos y modelos industriales. La legislación europea y su afectación en el derecho nacional español en torno al diseño industrial coexisten y presentan más de 20 años de vida[7]. Cierto que durante este tiempo la normativa no ha estado exenta de polémicas, primero, por dejar ciertos límites sin reglamentación armonizada para la protección del diseño (por ejemplo, no cubre las interconexiones entre los componentes) o, precisamente, el avance habido en la incorporación de la digitalización a los procesos de configuración de los diseños industriales.

Hay que tener presente que la introducción y el desarrollo de los avances y tecnologías abría nuevas ópticas de debate en torno a la concepción y uso del diseño industrial. A modo de ejemplo, qué sucede con la impresión 3D y 4D[8] (diseños inteligentes que reaccionan al entorno y se transforman con el tiempo) vinculado al empleo y utilización de diseños industriales. En similar línea, cabe subrayar el uso de la Inteligencia Artificial (IA) y su alcance y consecuencias

legales[9]. No se desconoce que se ha estudiado la IA respecto a otras modalidades de la propiedad industrial: la patente de invención[10], pero no se ha profundizado tanto en las implicaciones con relación al diseño industrial.

Adviértase que la legislación europea sobre el diseño industrial presenta soluciones muy actuales, toda vez que desde el 28 de noviembre de 2022 se planteó dos propuestas[11] de reforma, que incidían directamente sobre el diseño industrial[12] como eran una propuesta de Reglamento y de Directiva (versión refundida)[13], respectivamente, modificando las pretéritas legislaciones[14], —que venían a ordenar este activo intangible— y, a la par, responder a los desafíos de la realidad *ut supra* descrita; es decir, ante nuevos hechos, nuevo derecho. Estas propuestas siguen sus derroteros y tramitación parlamentaria con la vista en tener cuánto antes una legislación referente en toda la UE[15]. Al punto que el 23 de octubre de 2024 se ha depositado en el Registro de documentos del Consejo, la Directiva[16] y el Reglamento[17] de dibujos y modelos industriales, que como paquete legislativo van unidos y, finalmente, ambos se han publicado el 18 de noviembre de 2024.

Así las cosas, —hoy en día—, nos encontramos con un Reglamento (UE) 2024/2822[18] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, *por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, sobre los dibujos y modelos comunitarios, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2246/2002 de la Comisión*. Y, de otro, la Directiva (UE) 2024/2823[19] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre *la protección jurídica de los dibujos y modelos* (versión refundida).

Tampoco puede descuidarse dentro del estudio de este trayecto normativo, que la legislación europea del diseño se ve impulsada y, como efecto domino y reflejo por la reglamentación marcaria: Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas*[20](versión refundida) y, el respectivo, Reglamento (UE) 2017/1001[21] del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la *marca de la Unión Europea* (versión codificada).

Subráyese que el diseño industrial dentro de la propiedad industrial es una herramienta estratégica y es manifestación de la creatividad, la innovación y el desarrollo aplicado de la investigación y, se convierte, por tanto, en una pieza económica[22] clave y necesaria para poder ayudar a la finalidad de paliar los efectos inherentes al cambio climático[23] y reflejar el avance hacia la transición digital o neutralidad tecnológica. De esta suerte, el diseño industrial[24] se convierte en un catalizador como modalidad de la propiedad industrial[25] destinado a eliminar o reducir los menoscabos que se están produciendo en el medio ambiente y en el

cambio climático, además, de alentar la economía circular y la transformación digital.

Corresponde de seguido analizar bajo el método de hermenéutica jurídica algunos de los aspectos incorporados por las nuevas tecnologías dentro de la nueva reforma del diseño industrial en Europa, en concreto, el empleo de la impresión 3D y la utilización de la Inteligencia Artificial. Y, sin olvidar, aunque pudiera parecer *ab initio* compartimentos estancos de análisis, que también se ha incorporado el uso de las nuevas tecnologías tanto en la propia conceptualización legal del diseño industrial, así como en la solicitud de registro del diseño y su representación en la oficina de registro pertinente al alcance territorial, sea nacional (OEPM) o europeo (EUIPO), dentro del ámbito geográfico de la Unión Europea. Sea como fuere, se deja clara la pretensión del legislador de tener muy presente las nuevas tecnologías como elementos enriquecedores y de impulso del diseño industrial como modalidad de la propiedad industrial, aunque a veces —como observaremos— sólo se quede en una mera intención y no se descienda al detalle.

II. LA NOCIÓN LEGAL DE DISEÑO INDUSTRIAL VINCULADA A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En lo tocante al concepto legal de "dibujo o modelo" de la UE, —se encauza con el término diseño—, se define por el Reglamento (UE) 2024/2822 *ex* art. 3. 1) como: *la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características especiales de, en particular, línea, configuración, color, forma, textura o material del producto en sí o de su decoración, incluidos el movimiento, la transición o cualquier otra forma de animación de esas características*.

Hay que llamar la atención del contenido legal, que se varía el término 'ornamentación' empleado en la precedente disciplina legal, por la expresión 'decoración', dando a entender mayor amplitud desde una óptica empresarial. *Ítem* más, tal y como se descuelga del tenor literal, se amplían las cualidades-rasgos que construyen la apariencia o forma del objeto o producto al introducir «*el movimiento, la transición o cualquier otra forma de animación de esas características*», a tal fin, *cfr.*, art. 3.1, del Reglamento[26] y, su similar *ex* art. 2, relativo a las *definiciones* en la Directiva (UE) 2024/2823. En la versión definitiva de la Directiva (*cfr.*, especialmente, art. 2, apartado 3.º) se fijan las nociones del siguiente modo:

A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) *«órgano»: el órgano central de la propiedad industrial del Estado miembro o la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux responsable del registro de dibujos y modelos;*
2) *«registro»: el registro de los dibujos y modelos que lleva un órgano;*
3) *«dibujo o modelo»: la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto derivada de las características, en particular las líneas, los contornos, los colores, la forma, la textura, los materiales del producto en sí o su decoración, incluidos el movimiento, la transición o cualquier tipo de animación de dichas características;*
4) *«producto»: todo artículo industrial o artesanal, con exclusión de los programas informáticos, independientemente de si está incorporado a un objeto físico o se presenta en formato no físico, incluidos: a) el embalaje, los conjuntos de artículos, la disposición espacial de elementos destinados a formar un entorno interior o exterior, y las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo; b) las obras o los símbolos gráficos, los logotipos, los patrones de superficie, los caracteres tipográficos y las interfaces gráficas de usuario;*
5) *«producto complejo»: un producto constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto.*

Como puede inferirse también aquí se está dando entrada y esgrimiendo las nuevas tecnologías digitales[27], así como las nuevas realidades que supone el metaverso[28] o realidad aumentada o virtual. En otras palabras, para adaptarse al mundo tecnológico[29] y a los avances digitales, la definición de diseño industrial se está ampliando y redefiniendo, apreciado este nuevo contexto asociado al metaverso[30]. *A fortiori,* se replantea el concepto de diseño con la incorporación de la animación entre sus características y la panoplia de casos y situaciones, que pueden manifestarse, se expanden potencialmente y, con ello, mostrándonos varios interrogantes[31] a los que se tendrán que dar respuesta *ad hoc, vgr.,* sus frentes abiertos y límites con relación a la marca de movimiento o marca tridimensional, así como con los derechos de autor.

Es verdad que se mantiene el núcleo legal precedente y se parte de la definición ya contenida en la normativa, —que se pretende modificar—, si bien ahora se da entrada a las tecnologías de vanguardia.

Según las nuevas características que confluyen en el concepto de diseño, cabe la posibilidad de registrar ahora diseños digitales y virtuales. Sin embargo, observamos que la legislación actualizada nada dice expresamente respecto a la creación de diseños a través de Inteligencia Artificial, dejándose un fleco abierto, que hay que calibrar y ordenar más pronto que tarde.

Queda claro que se contempla una extensión del diseño y ya no se limita a objetos físicos, toda vez que se puede proteger también diseños digitales y ele-

mentos dinámicos como el movimiento, transición o cualquier tipo de animación que determine la apariencia del producto o de una parte de este: *inter alia,* desde objetos virtuales, partes de videojuegos, hasta espectáculos de luces y, vallas publicitarias dinámicas.

Se ha de aventurar, pues, que en el futuro tendremos el registro de bienes digitales diseñados para ser utilizados específicamente en el metaverso u otros elementos de diseño dentro del mundo virtual, como tiendas virtuales o no fungibles: tokens (NFT)[32].

Ni que decir tiene que nos encontramos ante un gran desafío y recorrido —el metaverso[33]— o mundo paralelo en torno a la protección virtual de los dibujos y modelos; temática ya más avanzada y explorada en el ámbito de las marcas[34] y, que existen ya marcas registradas[35] en este nuevo ecosistema. Es cierto, pues, que estamos ante una nueva definición de dibujo y modelo industrial, que integra la noción de objeto animado y este relevante cambio facilitará la presentación de dibujos y modelos de productos virtuales[36].

En parecida sintonía, se extiende la noción de producto, introduciendo la posibilidad que los objetos estén o no incorporados en un soporte físico o, bien se materialicen en formato digital, tal y como anticipábamos, siempre que no sean programas de ordenador[37] al ser tutelados por el derecho de autor, como es sabido. Por lo tanto, los objetos pueden visualizarse en un gráfico, si son corpóreos o físicos, pero también se permite que el objeto pueda captarse mediante disposición espacial. Traigamos a colación lo que se decreta y entiende en el art. 3. 2) del Reglamento 2024/2822 —a semejanza el art. 2 de la Directiva 2024/2853 *ex* art. 2. 4.ª—, —se reitera de nuevo—, como: "producto": *todo artículo industrial o artesanal, que no sea un programa informático, con independencia de que esté incorporado a un objeto físico o de que adopte una forma no física, incluidos: a) embalajes, conjuntos de artículos, disposiciones espaciales de elementos destinados a formar un entorno interior o exterior, y piezas destinadas a su montaje en un producto complejo; b) obras gráficas o símbolos, logotipos, patrones de superficie, caracteres tipográficos e interfaces gráficas de usuario.*

Se declara expresamente en la versión definitiva de la Directiva: "*(…) independientemente de si está incorporado a un objeto físico o se presenta en formato no físico"*. En un borrador anterior, las palabras eran "forma digital", pero ahora se han ampliado para abarcar la forma "no física".

Nótese que en las enmiendas a los textos legales propuestos originalmente querían evitar la inseguridad, *a sensu contrario*, buscaban la certeza jurídica y es, por ello, que el concepto amplío de diseño y producto no sólo se refiera a la forma "digital", como sugería la Comisión y, a tal efecto, en la versión definitiva el Consejo ha optado por una solución más amplía e incluir forma "no física" en la definición y aclara que no sólo se considera la disposición espacial de los

elementos destinados a moldear, en particular, un entorno interior, sino también exterior y, ambos pueden ser considerados como producto.

También el producto es redefinido por las reformas legales y da cabida, *vgr.,* a la disposición espacial de objetos como el diseño de una tienda, así como símbolos gráficos, logotipos, patrones de superficie e interfaces gráficas de usuario. Al especificar que los productos ya no necesitan estar incorporados en objetos físicos, las nuevas reglas intentan alinear el auxilio del diseño con los avances técnicos actuales y encontrarnos con diseños en forma digital —no física—, diseños que subsisten solo en el metaverso, productos virtuales autenticados mediante tokens no fungibles ("NFT"), interfaces gráficas de usuario ("GUI") y archivos CAD 3D necesarios para imprimir modelos 3D, tal y como venimos comentando.

Al hilo de lo descrito, la idea que subyace con las nuevas propuestas legales promovidas por la Comisión Europea es redefinir los términos "diseño" y "producto", con el fin de protegerlos al ritmo de los avances tecnológicos emergentes y no ocasionar una brecha de inseguridad jurídica en torno a las creaciones formales ilustradas en el diseño industrial.

III. SOLICITUD Y REPRESENTACIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL

Según las modificaciones propuestas en la reforma legal, especialmente, en los artículos 36 y 36 bis[38] del Reglamento (UE) 2024/2822, se busca asegurar que todas las representaciones de dibujos y modelos sean suficientemente detalladas y *explicativas* para que se publiquen todos los aspectos del objeto protegido, sin la necesidad de presentar una muestra física. Esto indica un movimiento y un paso adelante hacia una completa digitalización del proceso en el que los diseñadores presentan sus dibujos y modelos para obtener auxilio legal, lo que refleja la creciente prevalencia de las tecnologías digitales en el diseño y su manufactura. Estos cambios destacan la importancia de adaptar la legislación a la realidad digital[39] actual y de poner límites claros para proteger los derechos de los creadores en el entorno digital. La nueva reforma legal viene a integrar plenamente la impresión 3D y otras formas de tecnología digital, persigue un marco legal que no solo proteja las creaciones existentes, sino que también fomente la innovación y el desarrollo en un mundo cada vez más digitalizado.

En la representación del diseño, pareciese y, se puede inferir la influencia habida en el pre legislador europeo de la jurisprudencia alemana, en concreto, la sentencia del TJUE de 5/7/2018, C-217/17 P (Mast-Jägermeister/EUIPO)[40], en cuanto que el diseño debe ser claramente identificable en su representación y, que

nos evoca y recuerda a otra sentencia paradigmática, —ésta en sede marcaría—, a la que se reenvía el TJUE como es el caso *Sieckmann*[41].

Una de las cuestiones que facilita el acceso y la simplificación a los dibujos y modelos de la Unión Europea es concebir una representación ante las oficinas de registro más acorde a los fenómenos, en particular, la introducción de las nuevas tecnologías, como anticipábamos. A mayor abundamiento y, en torno a la incorporación de las tecnologías en esta materia, buen ejemplo, también nos lo demuestra el art. 26 de la Directiva (UE) 2024/2823 en sede de *representación del dibujo o modelo* por su detalle y precisión y, encontrar rasgos impensables hace unos años. Expresa el artículo 26.1: *El dibujo o modelo se representará en cualquier forma de reproducción visual, ya sea en blanco y negro o en color. La reproducción podrá ser estática, dinámica o animada y se llevará a cabo por cualquier medio adecuado, utilizando la tecnología generalmente disponible, incluidos dibujos, fotografías, vídeos o formación de imágenes / modelización por ordenador*.

Para entender de forma acabada este mandato hay que ponerlo en conexión con lo establecido en el artículo 25, apartado 1, letra c), *una representación suficientemente clara*[42] *del dibujo o modelo que permita determinar el objeto para el que se solicita la protección*.

El art. 26 de la Directiva (UE) 2024/2823 sigue detallando cómo se ha de efectuar la solicitud y con respecto al texto de la precedente propuesta de Directiva se ha venido a simplificar[43] de forma acertada para evitar incoherencias en las diferentes oficinas de registro. A tal finalidad, en el apartado *2.º:*

La reproducción mostrará todos los aspectos del dibujo o modelo cuya protección se solicita, en una o varias perspectivas. Además, podrán proporcionarse otros tipos de perspectivas con el fin de detallar más las características específicas del dibujo o modelo.

3.º: Cuando la representación contenga distintas reproducciones del dibujo o modelo o incluya más de una perspectiva, estas deberán ser coherentes entre sí, y el objeto del registro quedará determinado por todas las características visuales de dichas perspectivas o reproducciones combinadas. 4.º El dibujo o modelo se representará solo, sin incluir otros aspectos. 5.ª Todo elemento para el que no se solicite protección se indicará mediante renuncias de tipo visual. Estas renuncias de tipo visual deberán utilizarse de forma coherente.

En igual línea que los arts. 36 y 36 bis del Reglamento (UE) 2024/2822, ya referidos y, —a grandes rasgos y como efecto espejo—, la representación del diseño industrial se ha ampliado de forma considerable, tal y como se descuelga del tenor literal del artículo 26 de la Directiva mencionado, dedicado a la representación de modelos o dibujos, que muestra una notable adaptación a las nuevas tecnologías, *vgr., modelización por ordenador*. Según este artículo la representa-

ción de un dibujo o modelo puede consistir en cualquier forma de reproducción visual ya sea estática, dinámica o animada realizadas a través de cualquier medio tecnológicamente disponible, como dibujos, fotografías o videos. La representación debe cubrir todos los aspectos del diseño que se desee proteger, pudiendo proporcionarse otras perspectivas para destacar características específicas. Si la representación incluye diferentes reproducciones y perspectivas, estas deben ser coherentes entre sí para que el objeto registrado refleje todas las características visuales presentadas.

Repárese, pues, que se facilita la representación del diseño industrial, apreciando que se extiende a elementos gráficos, digitales, modelados por ordenador, en movimiento o representados en vídeo[44]. Se propugna por la reforma del diseño industrial que el procedimiento de registro de diseños resulte simplificado y optimizado cuyo objetivo es facilitar la presentación de solicitudes de registro de diseños mediante el uso de sistemas electrónicos (por ejemplo, enviando archivos de vídeo).

A nuestro juicio, el legislador europeo ha querido introducir las nuevas tecnologías de vanguardia en orden a la configuración, solicitud y representación del diseño industrial, pero pareciese que se muestra rácano y 'corto de miras' respecto de algunas tecnologías —no se menciona explícitamente la IA— y, prefiere adoptar fórmulas genéricas inclusivas de cualquier avance o tecnología que se vaya generando y permitiendo su implementación de conformidad con las circunstancias y el progreso y, sin perder de vista que estamos ante una legislación marco y de *minimis* que las reglas internas de los diferentes Estados miembros —vía transposición de la Directiva—, bien pueden enriquecer en adecuación a los tiempos y sin vulnerar el derecho europeo.

IV. LA IMPRESIÓN 3D Y LA UTILIZACIÓN DE LA IA POR EL DISEÑO INDUSTRIAL

La impresión 3D como muestra de IA aditiva, así como la IA serán consideradas de forma cumulativa bajo este apartado, toda vez que ambas tecnologías presentan denominadores comunes tanto en las reflexiones a realizar como en las implicaciones legales. Partiendo que los derechos otorgados por el diseño industrial se decretan señalando que el titular, de conformidad con el art. 19.1[45] del Reglamento (UE) 2024/2822, proporcionará: *derecho exclusivo de utilización y de prohibir su utilización por terceros sin el consentimiento del titular. Id est,* como toda modalidad de la propiedad industrial nos encontramos con el *ius utendi* otorgado por la exclusividad y toda su extensión y, de otro lado, el *ius*

prohibendi, de prohibir aquellos actos en contra del intangible sin consentimiento autorizado.

Centrémonos a continuación en el análisis hermenéutico del punto 2.º, *ex* art. 19 del Reglamento (UE) 2024/2822, al declarar:

Podrá prohibirse en particular, en virtud del apartado 1:

a) fabricar, ofrecer, poner en el mercado o utilizar un producto al que se encuentre incorporado el dibujo o modelo o al que este se haya aplicado;

b) importar o exportar un producto de los contemplados en la letra a);

c) almacenar un producto contemplado en la letra a) para los fines contemplados en las letras a) y b);

d) crear, descargar, copiar y compartir o distribuir a otros cualquier soporte o software que registre el dibujo o modelo con el fin de permitir la elaboración de un producto contemplado en la letra a).

Se destaca aquí el verbo *utilizar* (*ex* art. 19.1) y el énfasis *en particular*. Hay que detenerse en el examen de este mandato y el uso de la expresión *en particular* a terceros *ex* art.19.2 del Reglamento. El empleo de la declaración "en particular" demuestra la intención del legislador de no prohibir 'todas' las utilizaciones del dibujo y modelo, amparando la posibilidad según la casuística de encontrarnos ante otras prohibiciones, que no sean sólo las expresamente mencionadas y resaltadas. Extremo que puede inducir a inseguridad jurídica.

Percátese de lo expresado que las propuestas legales de reforma van más allá e incrementan la lista de derechos exclusivos del propietario del dibujo o modelo. En efecto, se incorporan nuevos derechos exclusivos, en concreto, referidos al derecho a impedir según se expresa en el apartado: «d) crear, descargar, copiar y compartir o distribuir a otros cualquier soporte o software que registre el dibujo o modelo con el fin de permitir la elaboración de un producto contemplado en la letra a): fabricar, ofrecer, poner en el mercado o utilizar un producto al que se encuentre incorporado el dibujo o modelo o al que este se haya aplicado".

Se puede inferir aquí, también, que la impresión 3D[46] de un dibujo o modelo será considerada como una forma de utilización, requiriendo previamente la autorización del titular del dibujo y modelo para poder imprimirlo en 3D[47] legalmente (*cfr.,* Considerando (11)[48] de la propuesta de Reglamento —en su versión definitiva en el Considerando (14)[49]— y, el Considerando (27)[50] de la Directiva (UE) 2024/2823 sobre diseños). Si se lee de forma detenida los diferentes Considerandos en torno al Reglamento, se incorpora el uso de la IA en la última redacción, pero no se perfila nada en el articulado y cuerpo legal, sino que se prevé sólo en la declaración de intenciones del preámbulo de la norma; planteamiento, —a nuestro entender—, desaprovechado.

En lo tocante al alcance y contenido del derecho exclusivo del titular del diseño industrial, se plantea por el legislador una preocupación por aclarar la lista

de actos prohibidos, en los arts. 19.2 del Reglamento y art. 16 de la Directiva, respectivamente, al punto de prohibir de forma innovadora y explícita ciertos actos preparatorios para la fabricación de productos, que puedan menoscabar o violar el derecho de exclusiva. De esta suerte, el *ius prohibendi* del titular cubre ahora la creación, descarga, copia y el suministro de cualquier medio o *software* para registrar dibujos o modelos para permitir la fabricación de un producto en el que se incorpora o aplica el diseño en atención a los desafíos que surgen de las tecnologías de impresión 3D, como se hace referencia expresa en la Exposición de Motivos de las normas propuestas. Luego, la elaboración o compartir *software* capaz de reproducir el diseño protegido se convierte en un acto ilegal, incluso antes e, independientemente, que se emplee en aras de fabricar el producto[51].

Se entiende que si el escaneo y la impresión 3D[52] permiten reproducir fácil y rápidamente diseños complejos: la legislación europea sobre dibujos y modelos debe ofrecer amparo contra este tipo de uso[53]. No se escapa, pues, que el alcance de los derechos sobre el diseño puede suscitar algunas dudas[54] cuando los productos se crean o fabrican mediante impresión 3D[55]. La pregunta es sí será suficiente con lo estipulado en la reforma. De cualquier manera, hay que significar que, con las nuevas propuestas de la UE, los diseños confeccionados mediante la impresión 3D van a tener cierta tutela legal y supervisión.

Al hilo de lo reseñado, se realizan ajustes para tener en cuenta las tecnologías de impresión 3D, permitiendo a los titulares de derechos controlar la reproducción de sus diseños.

Las nuevas reglas establecen que *crear, descargar, distribuir o compartir medios o software* con copias de un diseño protegido puede constituir una infracción de los derechos sobre el diseño. La pretensión es que las normas sobre la observancia de los derechos de diseño sean aplicables a la impresión 3D de objetos protegidos con diseños.

Luego, ante la democratización del empleo de las tecnologías de impresión 3D[56], las propuestas legales agregan nuevas prerrogativas al titular del diseño industrial *ex* Considerando (27) de la Directiva, —ya anotado— y, artículo 16, (d) de la Directiva y artículo 19 (d)[57] del Reglamento, respectivamente. De esta manera, el consentimiento del titular de los derechos se vuelve esencial para "la creación, descarga, copia y uso compartido o distribución a otros de cualquier medio o software que registre el dibujo o modelo con el fin de permitir la fabricación de uno de los productos (…)" en el que el diseño se incorpora o al que se aplica.

Hay que traer a colación aquí los antecedentes para ponderar los avances por cuanto que la cuestión de la adaptación de los derechos de propiedad industrial se consideró ya en el informe de la Comisión Europea titulado: *Las implicaciones de la propiedad intelectual en el desarrollo de la impresión 3D industrial* (12 de

febrero de 2020)[58]. En aquel momento, en lo que respecta al Derecho positivo y frente a las amenazas que podían temer por el mayor despliegue de las tecnologías de impresión 3D[59], la posición expresada consistía en general en estar satisfecha con las prerrogativas existentes en la Directiva 98/71 y en el Reglamento 6/ 2002 —legislación precedente—, en la medida en que:

Poner un archivo 3D en línea (cargar) puede analizarse como un acto de falsificación "directa", toda vez que estaría dentro de las diferentes acepciones que detenta el verbo 'cargar' nutriéndose de un surtidor de información o, en otros términos explicativos utilizando la fuente original.

El alojamiento se asimila al uso: el informe sobre la impresión 3D compara el alojamiento con el almacenamiento y recuerda que el almacenamiento se asimila explícitamente a un acto de uso por el artículo 12 de la Directiva 98/71 (*ex* artículo 19.1 del Reglamento 6/2002).

Además, en este informe *ut supra* referido, al final del capítulo 4.4. en materia de infracción del diseño industrial, puede interpretarse que no era necesario adaptar las disposiciones existentes, ya que cubrían el alojamiento de ficheros por asimilación al almacenamiento:

"(b) el alojamiento también se considera un uso del diseño y por ello son innecesarias las aclaraciones que se han sugerido al respecto."

El nuevo y significativo apartado d), del art. 19 del Reglamento (UE) 2024/2822 mencionado, donde se incluye la posibilidad de la impresión 3D, enumera una serie de actos en una lista cerrada (creación, descarga, copia e intercambio o distribución). Allí no se menciona el alojamiento. Compartimos la opinión de aquellos[60] que temen que alojar un archivo 3D no aparezca como un acto sujeto a la autorización del titular de los derechos sobre un dibujo o modelo y, de ahí que se solicite una enmienda a esta situación, aunque podemos pensar también que ya en el art. 19, letra c) expresamente se declara: "almacenar un producto de los contemplados en la letra a) para los fines contemplados en las letras a) y b)" y, quedaría resuelto.

Ahondemos más en el alcance de este relevante art. 19 del Reglamento, toda vez que la norma incorpora de forma expresa, la capacidad de prohibir a terceros la *creación, descarga, copia y distribución de cualquier soporte o software que registre el dibujo o modelo con el fin de fabricar, utilizar y ofrecer en el mercado un producto que incorpore dicho diseño*. Vinculado con el ámbito de la impresión 3D y 4D, las implicaciones de este mandato sugieren que, si un usuario final imprime un archivo CAD que contiene un diseño atribuible a un autor o creador específico en casa con su propia impresora o a través de un servicio de impresión 3D en línea, para uso personal y sin compartirlo, esta actividad entraría generalmente dentro de la excepción de uso privado y no constituirá una infracción de los derechos del diseñador. Sin embargo, si el usuario comparte el

producto impreso a cambio de una remuneración o lo distribuye a través de una plataforma que genera ingresos publicitarios, la excepción por uso privado no sería aplicable.

Sea como fuere, la legislación no aclara de forma certera si el uso de la impresión 3D constituye una excepción legítima a los derechos exclusivos del diseñador o si se trata de una limitación que necesita una regulación explícita para proteger estos derechos. La inclusión de términos como «utilización» en el aludido artículo 19.1 sugiere un esfuerzo por integrar las nuevas tecnologías en este marco de protección, pero sigue provocando cierta ambigüedad en cuanto a la aplicación práctica de estas disposiciones y habrá que estar a los casos *ad hoc*.

Junto a lo comentado, hemos de mencionar que, si la impresión 3D[61] ha sido una de las preocupaciones de la Comisión Europea, no tendría que ser menos otra herramienta incorporada de la digitalización como es la Inteligencia Artificial[62]. El sistema legislativo sobre el que se sustenta la IA por parte de la UE se fundamenta en el riesgo. Se busca a toda costa preservar valores de especial transcendencia como son la salud, la seguridad o los derechos fundamentales. Se pretende controlar desde el inicio hasta el final los posibles riesgos que pueda generar el empleo de la IA. De tal suerte que los niveles de riesgo han venido marcando la clasificación de los sistemas de IA. Nos podemos encontrar supuestos que sean irrelevantes para el Derecho y otros que tengan que ser limitados por prohibiciones por afectar a los derechos y valores fundamentales[63]. Ahora, —y después de diferentes vaivenes—, el faro referente en IA a nivel legal de la UE es el definitivo Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, de *Inteligencia Artificial* ("Reglamento IA")[64]. Esta normativa es un buen punto de partida para los operadores de la IA en su desarrollo y uso, en especial, por atender a los diferentes principios, legislación, responsabilidad y transparencia que predica este instrumento legal.

El nuevo Reglamento de la IA pretende evitar y minimizar los riesgos derivados de la IA, buscando una innovación responsable y circunscrita a los nuevos avances tecnológicos. La visión es integral y la reglamentación es pionera a nivel global no sólo europeo. Se insiste que el sistema se basa en riesgos y se ordena una clasificación que se reconoce por la propia normativa. De igual modo, se fijan quiénes son los operadores y cómo estos han de observar una serie de condicionantes y obligaciones tanto para los desarrolladores como para los usuarios de sistemas de IA.

Nótese que el propio Reglamento de IA permite que se establezcan estándares normalizados de los requisitos de cumplimiento mediante la labor que llevan a cabo tanto la Comisión Europea como las autoridades europeas de normalización podrán establecer estándares normalizados de especificaciones comunes para los requisitos de observancia del Reglamento IA y, a fin de fomentar que los

sistemas de IA muestren su adaptación al Reglamento. En efecto, los operadores que desarrollen e implementen o utilicen sistemas de IA deberán cumplir con la nueva regulación e incorporar en su *modus operandi* un sistema de gestión de cumplimiento legal desde el inicio hasta el final del proceso, que asegure que se observan los condicionantes, obligaciones y reglas exigidos.

El incumplimiento de las obligaciones y requisitos propuestos *ex lege* genera la aplicación de una serie de sanciones económicas sobresalientes, así como reputacionales y/o legales, que inclusive puede atentar contra el devenir o viabilidad de la empresa u operador económico.

Asimismo, también se ha de tener muy presente lo prescrito en el artículo 4 Reglamento IA, relativo a *Alfabetización en materia de inteligencia artificial. Los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los grupos de personas en que se utilizarán dichos sistemas.*

Unido a lo precedente, tampoco debe descuidarse la redacción y complemento de Códigos de conducta. En este contexto, la Oficina de IA promocionará la confección de Códigos de prácticas dentro del ámbito de la UE, siempre con la mirada de observar lo reglamentado para la IA. De igual modo, la Comisión Europea y los Estados miembros incentivarán la creación de Códigos de conducta con la finalidad de promover la aplicación y asunción voluntaria de algunos de los condicionantes del Reglamento IA para algunos de los sistemas de IA, que se contempla en la precitada norma.

Expresamente, también decreta el artículo 56 del Reglamento de IA, *Códigos de buenas prácticas 1. La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión a fin de contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta los planteamientos internacionales. (…).*

La legislación de *soft law* es un buen recurso complementario[65] a la legislación vinculante en orden a que son muchos los aspectos que concurren dentro de la mecánica de actuación de la IA. No resulta extraño que a nivel internacional podamos encontrarnos los principios de la OCDE sobre la IA[66] (42 países involucrados, que lo han suscrito el 22 de mayo de 2019).

En lo relativo al ámbito de exclusión, el Reglamento (UE) 2024/1689, no se aplicará a determinados quehaceres de desarrollo y modelos de gestión de IA, en particular, por apreciar en líneas generales que no suponen o infieren ser un riesgo elevado para los sujetos. De igual modo, se deja claro que el Reglamento

IA no altera ni interfiere en la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida en el Reglamento (UE) 2065/2022 de Servicios Digitales (DSA)[67].

En lo concerniente a la entrada en vigor del Reglamento IA, se atiende a diferentes escalas de cronología[68] en función de los riesgos y sistemas a abordar[69]. Entrando en vigor el 1 de agosto de 2024, si bien será aplicable en su totalidad 24 meses después y, en función de qué comportamientos o riesgos de los prescritos en la norma su entrada en vigor se verá escalonada en el tiempo.

Hay que tener presente que, junto a este marco normativo de la IA, hay otros conectados de especial calado como es el empoderamiento, la protección y la transparencia de los consumidores, o sobre la responsabilidad por daños del sistema o producto con IA.

Adviértase —a nuestro interés— lo que se disciplina *ex* art.53.1, letra c) del Reglamento IA: "establecerán directrices para cumplir el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines, y en particular, para detectar y cumplir, por ejemplo, a través de tecnologías punta, una reserva de derechos expresada de conformidad con el artículo 4, apartado 3, de la Directiva (UE) 2019/790[70]". No olvidemos aquí la especial y señera naturaleza jurídica del diseño industrial y su acumulación[71] tuitiva legal del estatus del derecho de autor y de la propiedad industrial y que por razones de espacio no podemos detenernos a analizar con detalle, pero sí cabe retener la naturaleza *híbrida*[72] que concurre en el diseño industrial como modalidad de la propiedad industrial y situarse entre dos regímenes jurídicos fuertemente diferenciados, tanto por su espíritu como por su regulación: la propiedad industrial, por un lado, y el derecho de autor por el otro, en dependencia del menor o mayor nivel artístico asociado a los derechos de autor. Percátese lo que se relata en el art.3 de la Ley de Propiedad Intelectual[73]: la forma de un producto pueda ser tutelado simultáneamente mediante un derecho de diseño y derecho de autor, siempre que la forma cumpla los requisitos que la Ley de Propiedad Intelectual exige para conceder tutela. En definitiva, ambas formas de protección son *independientes, acumulables y compatibles*[74].

Simplemente, —bajo este contexto de actuación—, cabe mencionar que entre los problemas que pudieran suscitarse nos encontramos con la delimitación de la autoría en el resultado del diseño industrial al aplicarse la IA aditiva, —entendiéndose como tal la aplicación de la IA a la composición, fabricación aditiva o impresión 3D, que viene a incrementar la eficiencia y la calidad de los productos, amén de rebajar los tiempos de producción—. A tal propósito, qué sucedería respecto al entrenamiento de los modelos de IA generativa a partir de "crear, descargar, copiar y compartir o distribuir a otros cualquier soporte o software que registre el diseño con el fin de permitir la elaboración de un producto de los contemplados en la letra a)" *ex* art. 19 d) del Reglamento 2024/2822, así como

en qué casos puede haber una infracción/vulneración en el proceso de entrenamiento.

De igual modo, si el propio modelo entrenado implica una infracción al estar ante un hipotético acto de los contenidos en el apartado a), art. 19: "fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar un producto en el que se encuentre incorporado el diseño o al que este se haya aplicado". O, inclusive dentro de la "creación", "descarga", "compartición" o de "distribución" de los diseños atendiendo al tenor legal referido. Ante este panorama y, —a nuestro parecer—, cabe interpretar *mutatis mutandis* que los modelos de IA aditiva contravendrían la normativa tuitiva de los *derechos conferidos por un diseño de la UE ex* art. 19 Reglamento 2024/2822, ya aludido. La cuestión de seguido que también pudiera plantearse es cuándo se encuentran tutelados los diseños resultantes de aplicar las tecnologías de IA y, a tal efecto, hemos de estar y observar lo disciplinado en el art. 20[75] del Reglamento 2024/2822 relativo a la *limitación de los derechos conferidos por un diseño de la UE*.

En cualquier caso, adviértase que el Reglamento de IA va a tener que dar cabida a la legislación de la propiedad intelectual en sentido genérico, amén de coexistir y respetar los derechos preexistentes habidos en materia de derechos de autor y la ordenación legal de los dibujos y modelos (diseño industrial) en Europa.

Reténgase aquí que las propuestas legales europeas originarias sobre dibujo y modelos (2022) no apreciaban, ni consideraban en su normativa el impacto de la inteligencia artificial[76], salvo en las versiones ya definitivas (2024), que sólo se hace, lamentablemente, una alusión genérica, tal y como hemos comentado.

Ante esta tesitura, el legislador europeo no podía pasar por alto la herramienta incorporada de la digitalización como es la Inteligencia Artificial[77]. No resulta extraño que en la primera lectura del Parlamento Europeo del 14 de marzo de 2024[78] sobre el texto de la propuesta de Reglamento de diseño, se apreciaba y se expresaba ya en el Considerando (14) el empleo de la Inteligencia Artificial, al decir: *(14) En vista del creciente despliegue de tecnologías de impresión 3D en diferentes sectores de la industria, incluso con la ayuda de la inteligencia artificial, así como los consiguientes desafíos para los titulares de derechos de diseño a la hora de impedir eficazmente la copia ilegítima de sus diseños protegidos, es apropiado disponer que la creación, descarga, copia y puesta a disposición de cualquier medio o software que registre el diseño con el fin de reproducir un producto que infrinja el diseño protegido constituye un uso del diseño que debe estar sujeto a la autorización del titular del derecho.*

Y, agregado a lo precedente, se insiste en que hemos de atender y entender lo disciplinado en el *Reglamento por el que se establecen normas armonizadas relativas a la inteligencia artificial*[79] y su vínculo con el diseño industrial. La

razón de ser de esta última normativa se deja claro desde el inicio del texto en su Exposición de Motivos, al decir:

La inteligencia artificial (IA) es un conjunto de tecnologías de rápida evolución que puede generar un amplio abanico de beneficios económicos y sociales en todos los sectores y las actividades sociales. Mediante la mejora de la predicción, la optimización de las operaciones y de la asignación de los recursos y la personalización de la prestación de servicios, la inteligencia artificial puede facilitar la consecución de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental, así como proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y la economía europea. Esto es especialmente necesario en sectores de gran impacto como el cambio climático, el medio ambiente y la salud, el sector público, las finanzas, la movilidad, los asuntos internos y la agricultura. No obstante, los mismos elementos y técnicas que potencian los beneficios socioeconómicos de la IA también pueden dar lugar a nuevos riesgos o consecuencias negativas para personas concretas o la sociedad en su conjunto. En vista de la velocidad a la que cambia la tecnología y las dificultades que podrían surgir, la UE está decidida a buscar un enfoque equilibrado.

Se tiene que entresacar y quedarnos, —en este momento—, con lo disciplinado en el art. 3 del Reglamento de Inteligencia Artificial, que establece con carácter genérico algunas *definiciones*, a nuestro interés, se entenderá por: *1* «sistema de IA»: *un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, 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 información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales.*

Son varios los condicionantes[80] que han de concurrir para señalar que estamos en un sistema de inteligencia artificial[81], a saber:

- Está sustentado en máquinas.
- Está configurado para funcionar con distintos niveles de autonomía.
- Presenta capacidad de adaptación una vez se despliegue.
- Para cumplir objetivos implícitos y explícitos, pueda inferirse de la entrada que recibe, el cómo generar salidas ilustradas en predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales.

De igual modo, venimos remarcando que el sistema se basa en ponderar y mitigar los posibles riesgos. De ahí que la norma venga a identificar el *riesgo ex* art. 3. 2 en: *la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio.*

La potencia y la democratización de estos sistemas no dejarán de conducir a cuestiones jurídicas potencialmente complejas, como lo demuestran, en materia de derechos de autor[82] y de la propiedad industrial. Sin ir más allá, habría que examinar el principio de la excepción que la Directiva (UE) 2019/790[83] sobre derechos de autor, establece en el artículo 4, para "reproducciones y extracciones de obras y otros objetos protegidos legalmente accesibles con fines de extracción de textos y datos". ¿Están abiertas las bases de Office para que se puedan entrenar herramientas de inteligencia artificial creadoras de diseños? Es decir, se abren nuevas opciones que pueden incidir —y mucho— en la creación de un diseño industrial.

El inconveniente bajo este *modus operandi* o planteamientos hipotéticos es que mirando la legislación tuitiva del diseño industrial europeo de carácter reciente no entra a calibrar, ni reglamentar esta posibilidad de saber quién sería el autor[84] del diseño (quién maneja los datos y crea el ser humano o la máquina trámite IA generativa[85]), ni tampoco el alcance de su reproducción por la técnica, teniendo que acudir a los paradigmas tradicionales de autoría y responsabilidades, que nos vienen dadas por los derechos de autor[86].

Entonces, nadie puede dudar que estamos limitados y rodeados de IA en diferentes ámbitos y que abarata costes y fomenta la eficiencia[87], si bien es cierto que plantea un sinfín de preguntas e incertidumbres aún sin resolver desde una perspectiva legal y, *a fortiori*, en el ámbito del diseño industrial. Pensemos en el sector de la moda tan vinculado al diseño industrial, las herramientas y dispositivos de IA, que actualmente se están utilizando en la industria de la moda para crear patrones de moda, diseños de telas, joyas y ropa. Cuando hablamos de diseños generados por IA, nos centramos en los frutos de la innovación: más prendas de vestir-más facturación; diseños de moda con más expectativas de satisfacción del cliente, pero sin prestar atención a quién es el diseñador[88], sobre todo, paremos a pensar cuándo se superponen cadenas sucesivas de producción mediante la incorporación de tecnologías avanzadas y cumulativas sustentadas en IA con mayor o menor autonomía de actuación y de gestión.

En definitiva, atendiendo a todo lo referido *ut supra* y, —a nuestro parecer—, en relación con la impresión 3D las propuestas de nueva reforma plantean cuestiones de mejora como es la necesidad de la autorización del titular del diseño para crear o reproducir a través de estas tecnologías 3D del diseño original, pero no sabemos si se ha desaprovechado una ocasión para ir mucho más allá en la reglamentación. Extremo que, sí se puede afirmar en torno al empleo de la IA, toda vez que el legislador, prácticamente, no dice nada sobre este uso y, con ello, plantea una mirada bastante limitada en este sentido con sólo una mera mención en el expositivo del Reglamento (UE) 2024/2822 y, efecto reflejo en la

Directiva. Lo que nos provoca pensar el por qué en tiempos de la IA y de una legislación de reciente creación, sin embargo, se haya desatendido o descartado esta materia respecto a los diseños industriales y, tengamos que ir con el paso 'atrasado' sustentándonos en modelos tradicionales e intentando calzar o 'encajar' en soluciones no siempre acordes a los avances y, a sabiendas que la normativa europea establece directrices y guías de actuación *de minimis*, aún queda un margen de actuación vía Directiva (UE) 2024/2823 de diseño de la UE por parte de los legisladores nacionales en su transposición, cabalmente, en esos márgenes de tiempo presente y futuro veremos si apostamos o simplemente seremos meros espectadores de lo habido.

V. CONCLUSIONES.

I. La reforma legal de la modalidad de los dibujos y modelos industriales en la Unión Europea —conocidos bajo la terminología de diseño industrial— trámite la Directiva (UE) 2024/2823 y Reglamento (UE) 2024/2822 sobre dibujo y modelo de la UE quiere armonizar y potenciar esta vertiente de la propiedad industrial. En concreto, alinear y poner al día las normas actuales al proceso de transición digital y economía circular y verde promovida por la UE, tal y como venimos explicando e insistiendo a lo largo de esta contribución.

Partiendo que se sigue manteniendo el derecho preexistente en torno a la identidad y avances alcanzados en torno a la ordenación del diseño industrial como modalidad de la propiedad industrial durante esta dos últimas décadas precedentes, también es cierto que se ha construido un paquete de medidas legislativas en el marco de la Unión Europea respecto a los dibujos y modelos industriales para seguir fortaleciendo este activo intangible por su especial interés para las economías domésticas y, en especial, para atender a los nuevos retos y metas, que impone la globalización, la digitalización y la neutralidad climática dentro de una economía circular, resiliente y sostenible.

II. Se han examinado algunos pilares claves vinculados a la implementación de las nuevas tecnologías como son el concepto legal de diseño, la solicitud y representación del diseño en orden a ser los trámites más simplificados y transparentes mediante el empleo de tecnologías avanzadas, así como las prohibiciones a los derechos otorgados por el diseño, en concreto, en su vertiente *ius prohibendi* ilustrada en el uso particular de la impresión 3D y la Inteligencia Artificial. Necesitándose autorización por parte del titular del diseño industrial.

Se pretende abrir una serie de oportunidades y posibilidades al incorporar una legislación clara, competitiva, moderna y predecible, con la introducción de nuevas propiedades en la configuración de diseños y potenciado el registro,

amén de atender a las necesidades, que vienen impuestas por realidades como el metaverso y las tecnologías cada vez más sofisticadas, inclusive, en el modo de entender la representación y la utilización de los derechos sobre el dibujo y modelo a través de la impresión 3D y, habría que incluir también la 4D. Respecto a la impresión 3D y su alcance y consecuencias como excepción al derecho de exclusiva que tiene el diseñador planteará problemas en el futuro más cercano sino se delimita de forma más clara hasta dónde puede llegar el uso privado, provocándose aquí una indefinición, toda vez que el legislador se ha mostrado cicatero, pero todo dependerá de la evolución y progresión de este fenómeno.

Adviértase de la circunstancia que las propuestas legales europeas abogan por ofrecer una representación del diseño, que ya no tanto va a reflejarse en maquetas o soportes físicos, sino que se va a manifestar en formatos digitales (*vgr.,* realidad aumentada o virtual), que pueden alterar o redimensionar un dibujo y modelo, con un abaratamiento de costes y riesgos que vienen asociados al uso o la fabricación de prototipos tradicionales, amén de coadyuvar a la labor de los creadores-diseñadores. El tener un marco legal referente genera que el amparo de los diseños industriales sea más económico y simplificado en toda la UE. *Ergo*, la legislación en su versión definitiva ayudará a mejorar aún más las condiciones en las que las empresas pueden innovar, aun cuando no se haya fijado de forma precisa cuál es el empleo y consecuencias de la IA respecto al diseño industrial, demos tiempo al tiempo.

III. La armonización, los avances y simplificación comentada y expuesta en torno a la legislación del diseño industrial en Europa, sin embargo, no puede negar la mayor en cuanto hace a la no disciplina legal del uso de la Inteligencia Artificial y, en particular, la generativa dentro de la mecánica de creación y desarrollo del diseño industrial; extremo desaprovechado por parte del legislador europeo y que sólo se entiende por la aparición de razones de índole política o estratégica de los diferentes Estados en orden a la querencia de lograr una solución armonizada sobre la materia y, a su vez, mirar hacia otro lado para proyectar el foco en la aplicación y desarrollo del Reglamento de IA que, tampoco aborda en detalle esta cuestión. Destáquese que nos encontramos ante unas reglas prácticamente coetáneas en el tiempo en promulgación y cronología de aplicación, esperando de este modo a las resultas para saber por dónde encaminarse, toda vez que el diseño industrial de futuro será un gran aliado, pero también deudor de la Inteligencia Artificial y las implicaciones legales aún no están del todo cerradas (autoría del creador o de la máquina, extensión y limitaciones de los derechos de exclusiva, responsabilidad por uso de terceros, entre otras). Esta historia recién empieza y no acaba aquí, seguirá.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. (2023). Repensar el diseño industrial: ¿ecodiseño o diseño ecológico-sostenible?. En: Candelario Macías, M.ª I. (dir.), *Oportunidades y Retos de la propiedad industrial en el entorno de cambio climático,* Capítulo 6. Valencia: Tirant Lo Blanch, (pp.127-171).

CASADO CERVIÑO, A. (2025). Inteligencia artificial y derecho de patente: algunas reflexiones. *Revista propiedad intelectual e innovación digital*, vol. 2, núm. 1, 13-25.

CHÁVEZ VALDIVIA, A. K. (2022). Entre el derecho y los sistemas creativos: una nueva dimensión del diseño de moda por medio de la inteligencia artificial. *Revista de Derecho Privado*, núm. 43, 353-386.

GASPARINI, G. (2023). Il Green Design e le problematiche legali del 3D printing. [En línea], 21 de abril, https://dirittoaldigitale.com/2023/04/21/green-design-3d-printing/ [consultado el 13 de octubre de 2023].

GIL CELEDONIO, J.A. (2022). Digitalización, inteligencia artificial y sus impactos jurídicos: una aproximación al caso de la propiedad industrial. En: Candelario Macías, M.ª I. (dir.), *La propiedad industrial en tiempos de COVID-19*, Capítulo 1. Valencia: Tirant Lo Blanch, (pp. 17-48).

GIL CELEDONIO, J.A. (2024). La reforma del régimen jurídico para la protección de los diseños industriales en Europa: principales elementos de una (esperada) innovación normativa. En: Candelario Macías, M.ª I. (dir.), *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad industrial*, Capítulo 6. Cizur Menor: Aranzadi, (pp.147-177).

GIL PECHARROMÁN, X. (2023). Vídeo y 3D llegan a la legislación comunitaria sobre dibujos y modelos. [En línea], 20 julio, https://revistas.eleconomista.es/buen-gobierno/2023/julio/video-y-3d-llegan-a-la-legislacion-comunitaria-sobre-dibujos-y-modelos-BA14506465 [consultado el 22 de noviembre de 2023].

GUIMBERTEAU, B. (2023). Le métavers et le droit des dessins ou modèles. [En línea], 6 Février, https://blip.education/le-metavers-et-le-droit-des-dessins-ou-modeles-un-article-de-boriana-guimberteau-avocate-associee-au-sein-du-cabinet-stephenson-harwood-et-magali-courroye-avocate-collaboratrice-au-sein-du-meme [consultado el 18 de febrero de 2023].

JIMÉNEZ SERRANÍA, V. (2022). La Blockchain como medio de protección del diseño: "Design blockchain by design". *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación, Ensayos*, núm. 106, 204-226.

KLEIN, F. y TRAUB, F. (2024). New EU design rules adopted but AI opportunity missed. [En línea], https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/new-eu-design-rules-adopted-but-ai-opportunity-missed [consultado el 13 de junio de 2024].

LASTIRI SANTIAGO, M. (2022). Reestructurando el derecho de propiedad industrial: hacia la transición ecológica y digital. *La Ley Mercantil*, núm.90, 1-36.

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, 55-100.

MIGUEL ASENSIO, P. A. (2021). Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial. *La Ley Unión Europea,* núm.92, 1-8.

PEGUERA POCH, M. y ARRIBAS SÁNCHEZ, B. (2023). *Perspectivas regulatorias de la inteligencia artificial en la Unión Europea.* Madrid: Editorial Reus.

ROJAS, E. (2023). La reforma de la legislación europea en materia de diseños durante la Presidencia Europea. [En línea], 20 de diciembre, https://www.madrimasd.org/blogs/patentesymarcas/2023/la-reforma-de-la-legislacion-europea-en-materia-de-disenos-durante-la-presidencia-europea/ [consultado el 17 de diciembre de 2024].

SEIJO BAR, A. y VENDRELL CERVANTES, C. (2024). Propiedad intelectual y entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial a propósito de la Sentencia del Tribunal Territorial de Hamburgo de 27 de septiembre de 2024. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 103, septiembre/diciembre, 123-140.

SOUSA E SILVA, P. (2024). A revisâo da disciplina europeia dos desenhos ou modelos. Traços essenciais. *Revista de Direito Intelectual*, núm.1, 93-104.

YILMAZTEKIN, H.K. (2023). *Artificial Intelligence, Design Law and Fashion*. Routledge.

NOTAS

[1] Este trabajo es fruto y se incardina dentro del proyecto PID2022-138339OB-I00, "Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ "FEDER Una manera de hacer Europa".

[2] [i] FERNÁNDEZ MUÑOZ, D. (2023). Diseño y desarrollo de una lámpara de mesa, y evaluación de la posible integración de la Inteligencia Artificial en el proceso de diseño. Tesis Doctoral, Universitat Politècnica de València, [en línea] https://riunet.upv.es/handle/10251/195790 [consultado el 7 de octubre de 2023]. CHÁVEZ VALDIVIA, A. K. (2022). Entre el derecho y los sistemas creativos: una nueva dimensión del diseño de moda por medio de la inteligencia artificial. *Revista de Derecho Privado*, núm.43, 353-386. A nivel prelegislativo, véase, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial* (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), COM/2022/496 final, 28.9.2022. 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, 55-100.

[3] JIMÉNEZ SERRANÍA, V. (2022). La Blockchain como medio de protección del diseño: "Design blockchain by design". *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación, Ensayos*, núm. 106, 204-226.

[4] *Un plan de acción en favor de la propiedad intelectual para apoyar la recuperación y la resiliencia de la UE* puede atenderse a las diferentes iniciativas e informes, [en línea], https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0453_ES.html [consultado el 27 de diciembre de 2022]. También, véase, *El cambio climático y la P.I.* como política de actuación de la WIPO, [en línea], https://www.wipo.int/policy/es/climate_change/ Y, en https://www.wipo.int/policy/es/news/climate_change/2022/news_0001.html [consultado el 28 de diciembre de 2022]. Al respecto, LASTIRI SANTIAGO, M. (2022). Reestructurando el derecho de propiedad industrial: hacia la transición ecológica y digital, *La Ley Mercantil*, núm.90, 1-36.

[5] Apunta GASPARINI, G. (2023). Il Green Design e le problematiche legali del 3D printing, [en línea], 21 de abril, https://dirittoaldigitale.com/2023/04/21/green-design-3d-printing/ [consultado el 13 de octubre de 2023], "(…) en comparación con otros derechos de propiedad intelectual, los derechos de diseño pueden ofrecer una forma más eficiente, sencilla y menos costosa de proteger estos nuevos productos. Estos derechos pueden resultar especialmente interesantes para empresas que operan en sectores como la moda, la ingeniería, la automoción y la aeroespacial, que desde hace muchos años son objeto de una presión creciente en relación con su impacto medioambiental".

[6] Más en CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. (2023). Repensar el diseño industrial: ¿ecodiseño o diseño ecológico-sostenible?. En: Candelario Macías, M.ª I. (dir.), *Oportunidades y Retos de la propiedad industrial en el entorno de cambio climático,* Capítulo 6. Valencia: Tirant Lo Blanch, (pp. 127-171).

[7] PRADOS, X. (2024). Principales pinceladas sobre la nueva normativa de protección de diseños y modelos en la UE, *Tribuna* [En línea], núm.24-04, https://elderecho.com/principales-pinceladas-sobre-la-nueva-normativa-de-proteccion-de-disenos-y-modelos-en-la-ue [consultado el 13 de junio de 2024], apunta que "estas dos décadas de vigencia de esta normativa de referencia han permitido la armonización de las normativas nacionales y un impulso de esta modalidad de protección en toda la Unión Europea, que acumula más de 1 millón de registros de Diseños en la UE".

[8] Para más información, véase [En línea]: https://www.iberdrola.com/innovacion/que-es-la-impresion-4d [consultado el 9 de octubre de 2023], señala que: *La impresión 4D recurre a las impresoras 3D para crear objetos tridimensionales vivos sin cables ni circuitos. Lo hace utilizando materiales inteligentes, que pueden programarse para cambiar de forma, color o tamaño cuando reciben un estímulo externo. Es el caso de resinas de hidrogel, polímeros activos o, incluso, tejidos vivos. Se imprimen en 3D con un diseño específico que con el tiempo y al entrar en contacto con la humedad, la luz, la presión o la temperatura, entre otros factores, evolucionan hasta lograr el acabado previsto.*

[9] En igual medida, no puede desconocerse que el empleo de la IA supone el manejo de datos asociados al proceso de aplicación y, de hecho, ya la UE ha adoptado una postura tutelar en torno a proteger toda la información de los ciudadanos europeos ante el proceso de digitalización, tal y como se nos muestra en el Reglamento Europeo de Protección de Datos, que fija un estándar global de protección de datos en aras a reforzar el mercado interior de la UE, en beneficio tanto de los ciudadanos como de las empresas al posibilitar un mayor control sobre sus propios datos personales, mejorando su seguridad online y fuera de la Red. Al respecto, *cfr.,* Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L 119*, 4 de mayo de 2016. *El Reglamento general de protección de datos es aplicable desde el 25 de mayo de 2018, dos años después de que la UE acordara una importante reforma de su marco de protección de datos.* Más [En línea] https://eur-lex.europa.eu/content/news/general-data-protection-regulation-GDPR-applies-from-25-May-2018.html?locale=es [consultado el 17 de diciembre de 2024]. A nivel nacional, nos encontramos el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, *de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos*. *BOE* N.º 183, de 30/07/2018.

[10] *Cfr.,* GIL CELEDONIO, J.A. (2022). Digitalización, inteligencia artificial y sus impactos jurídicos: una aproximación al caso de la propiedad industrial. En: Candelario Macías, M.ª I. (dir.), *La propiedad industrial en tiempos de COVID-19*, Capítulo 1. Valencia: Tirant Lo Blanch, (pp. 17-48). ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. (2022). El futuro del derecho de patentes ante el imparable avance en inteligencia artificial. *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 78, 143-180. SÁNCHEZ GARCÍA, L. (2024). Retos actuales del sistema de patentes en la era de la inteligencia artificial. *Economía industrial*, núm. 433, (Ejemplar dedicado a: 200 aniversario de la Oficina Española de Patentes y Marcas), 151-163. CASADO CERVIÑO, A. (2025). Inteligencia artificial y derecho de patente: algunas reflexiones. *Revista propiedad intelectual e innovación digital*, vol. 2, núm. 1, 13-25.

[11] Se enumera de forma clara cuáles son los objetivos y finalidad perseguida en el proceso legislativo, diciendo: Las propuestas para modificar el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo (el Reglamento sobre diseños comunitarios) y, en paralelo, para refundir la Directiva 98/71/CE (la Directiva sobre diseños) tienen como objetivo alinear el sistema de protección de diseños en la UE con la era digital y hacerlo más accesible y eficiente para los solicitantes. En términos de digitalización, la actualización propuesta de los requisitos para representar diseños permitiría a los solicitantes presentar nuevos tipos de diseños digitales (por ejemplo, mediante el uso de tecnologías de impresión 3D). En términos de eficiencia, las propuestas pretenden abaratar y simplificar los procedimientos de solicitud y agilizar los procedimientos de registro, al tiempo que garantizan una mayor previsibilidad y seguridad jurídica para los diseñadores individuales, las PYME y las industrias intensivas en diseño que buscan protección de diseños en la UE.

Véase, Revision of the EU legislation on design protection. [En línea], *Briefing* 07/07/2023, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_BRI(2023)751401 [consultado el 12 de octubre de 2023].

[12] En palabras de GÓMEZ SEGADE, J.A. (2023). Apunte sobre el futuro del diseño industrial en la UE. En: GARCÍA-CRUCES, J.A. (coord.), *De iure Mercatus, Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO*, Capítulo 25, Valencia: Tirant Lo Blanch, 850, "(…) globalmente no deba calificarse como 'revolucionaria'". En similar línea de que no es una legislación revolucionaría: KLEIN, F. y TRAUB, F. (2024). New EU design rules adopted but AI opportunity missed. [En línea], https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/new-eu-design-rules-adopted-but-ai-opportunity-missed [consultado el 13 de junio de 2024].

[13] Al respecto, *cfr.,* GIL CELEDONIO, J.A. (2024). La reforma del régimen jurídico para la protección de los diseños industriales en Europa: principales elementos de una (esperada) innovación normativa. En: Candelario Macías, M.ª I. (dir.), *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad industrial*, Capítulo 6, Cizur Menor: Aranzadi, (pp.147-177).

[14] CAÑERO LOIS, C.I. (2024). El futuro de la normativa europea de dibujos y modelos industriales. *Revista Lex Mercatoria*. DOI: https://doi.org/10.21134/xqqws372

[15] Según ROJAS, E. (2023). La reforma de la legislación europea en materia de diseños durante la Presidencia Europea. [En línea], 20 de diciembre, https://www.madrimasd.org/blogs/patentesymarcas/2023/la-reforma-de-la-legislacion-europea-en-materia-de-disenos-durante-la-presidencia-europea/ [consultado el 8 de enero de 2024]: "La adopción de una posición común constituye un hito en el procedimiento legislativo europeo e implica la existencia de acuerdo entre Comisión y Consejo de la UE (representante de los veintisiete Estados miembros) sobre el texto de la propuesta que la Presidencia española ha dirigido en su debate en "triálogos", es decir, en los debates a tres bandas que se celebran entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento para la aprobación de los textos y que tuvo lugar durante los meses de noviembre y diciembre de 2023".

[16] *Vid.,* acto PE-97-2023-REV-1.

[17] Acto PE-CONS 96/1/23 REV 1.

[18] *DOUE* N.º 2822, de 18 de noviembre de 2024.

[19] *DOUE* N.º 2823, de 18 de noviembre de 2024.

[20] *DOUE* L 336, de 23.12.2015.

[21] *DOUE* L 154, de 16.6.2017.

[22] Se extrae la conveniencia del diseño industrial como modalidad de la propiedad industrial de los diferentes Considerandos del paquete legislativo de reforma europeo sobre la materia, véase también GIL PECHARROMÁN, X. (2023). Vídeo y 3D llegan a la legislación comunitaria sobre dibujos y modelos. [En línea], 20 julio, https://revistas.eleconomista.es/buen-gobierno/2023/julio/video-y-3d-llegan-a-la-legislacion-comunitaria-sobre-dibujos-y-modelos-BA14506465 [consultado el 22 de noviembre de 2023]: "El diseño industrial, lo que supone el acto de dar forma y características a un producto antes de producirlo, es lo que confiere a los productos su atractivo visual e influye en los consumidores a la hora de elegir un producto en lugar de otro. Entre 2017 y 2019, representaron casi el 16 % del PIB de la UE y el 13 % de todos los puestos de trabajo comunitarios". La relevancia del diseño se descuelga en la evolución histórica y, en especial, en el ámbito de la Unión Europea en GÓMEZ SEGADE, J.A. Apunte sobre el futuro del diseño industrial en la UE. *Op. cit.,* 826 a 831. Muestra de la importancia que se infiere de los propios textos europeos la pone de manifiesto SOUSA E SILVA, P. (2024). A revisâo da disciplina europeia dos desenhos ou modelos. Traços essenciais. *Revista de Direito Intelectual*, núm.1, 93, al declarar que el diseño: "(…) se considera, con

razón, una apuesta ganadora, dada la adhesión masiva por parte de operadores económicos, que han realizado más de 1,6 millones de registros desde su entrada en vigor, con una media anual de pedidos superior a los 100.000 en últimos cinco años. Según los servicios del Consejo Europeo, el uso intensivo de diseños representa casi el 16% del PIB y el 14% del total de empleos en la unión europea".

[23] Al respecto, *vid.,* CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. (2023). Los nuevos confines legislativos del diseño industrial (dibujos y modelos) en Europa: confluencia y encaje del diseño industrial y el ecodiseño en una economía circular. En: CURTO POLO, M. (coord.), *Reflexiones sobre la propiedad Industrial en el Siglo XXI*, capítulo 24, Cizur Menor: Aranzadi, (pp. 599-626).

[24] En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, sobre los dibujos y modelos comunitarios, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2246/2002 de la Comisión, se pone de manifiesto la relevancia del diseño industrial, al declarar: "Los derechos sobre los dibujos y modelos industriales protegen la apariencia de un producto. Son lo que hace que un producto resulte atractivo. El atractivo visual es uno de los factores decisivos para que los consumidores prefieran un producto a otro. Los productos bien diseñados confieren a los productores una importante ventaja competitiva. Para fomentar la innovación y la creación de nuevos dibujos y modelos de productos en la era digital, cada vez es más necesario que la protección jurídica de los derechos sobre los dibujos y modelos sea accesible, tenga perspectivas de futuro y resulte eficaz y coherente".

[25] Nótese que "Los sectores que hacen un uso intensivo de la propiedad intelectual e industrial desempeñan un papel destacado a la hora de apoyar una economía resiliente, ecológica y competitiva en la UE, ya que generan el 47 % del total del PIB y casi el 40 % del empleo total. Las industrias creativas e innovadoras europeas son pioneras en tecnologías ecológicas y productos sostenibles. (….) La protección de los DPII se traduce equitativamente en un aumento de la actividad económica, la inversión, el empleo y la productividad, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)", como se desprende del Considerando (1), Recomendación (UE) 2024/915 de la Comisión de 19 de marzo de 2024 sobre *medidas destinadas a luchar contra la falsificación y a reforzar la observancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial* (*DOUE* L 26.3.2024).

[26] Las novedades nos las explicaba ya en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo*: "Definiciones de «dibujo o modelo» y de «producto» (artículo 3). "Las definiciones se actualizan, aclaran y amplían con el fin de: i) hacer que la propuesta de Reglamento tenga perspectivas de futuro y tenga en cuenta el progreso tecnológico y ii) dar mayor seguridad jurídica y transparencia en cuanto a la materia que puede optar a la protección de los dibujos y modelos. En particular, en respuesta a la aparición de nuevos dibujos y modelos tecnológicos que no están incorporados a productos físicos, se propone actualizar y ampliar el concepto de «producto» para abarcar y distinguir mejor los productos visualizados en un gráfico, incorporados a un objeto físico o visibles a partir de la disposición espacial de los elementos para formar un entorno interior".

[27] Se justifica en el preámbulo de la Directiva por cuanto "(…) esté mejor preparada de cara a los futuros avances tecnológicos, así como proporcionar una seguridad jurídica y una transparencia mayores en cuanto a la materia susceptible de protección de los dibujos y modelos".

[28] Ilustrativa es la información contenida en La proprietà intellettuale nel Metaverso. [En línea], https://www.praxi-ip.praxi/news-detail/167/Metaverso-proprieta-intellettuale [consultado el 3 de diciembre de 2023]: "El término "metaverso" ha entrado en el lenguaje común desde que Mark Zuckerberg, CEO de la empresa Facebook (ecosistema del que forman parte diversas plataformas como Facebook, Messenger, Instagram, Whatsapp y YouTube), anunció al final el cambio de nombre de su empresa desde 2021 a empresa en Meta. Metaverso (en inglés *metaverse*) es un término acuñado allá por 1992 por Neal Stephenson en su libro de género cyberpunk "Snow Crash": una especie de realidad virtual compartida a través de Internet, donde estás representado en tres dimensiones a través de tu propio avatar. El metaverso actual va más allá del concepto de realidad virtual y de redes sociales: a través de tu avatar no sólo puedes interactuar y socializar con amigos virtuales —como ya ocurre desde hace algún tiempo en las plataformas de juegos online— sino también "vivir" una realidad paralela que lleva consigo realizar experiencias virtuales inmersivas como hacer deporte, viajar, ir a conciertos y, sobre todo, realizar compras como si estuvieras en el mundo real (terrenos, casas, mobiliario, ropa, equipamiento...). Inmediatamente llaman la atención las oportunidades que se avecinan para las empresas y sus marcas, como la posibilidad de desarrollar iniciativas de marketing vinculadas a experiencias de juego y de compra (tanto en el mundo real como en el virtual), probar el potencial de un punto de venta, verificar el público. interés en un nuevo producto, simular la efectividad de una campaña promocional, crear concursos online y mucho más. Las primeras empresas que aterrizaron en el metaverso fueron las del sector de la moda. El líder fue Nike con la inauguración de Nike Land, un showroom virtual en la plataforma de juegos Roblox, seguido en la misma plataforma por Gucci con su Gucci Garden y posteriormente por otras empresas del mismo sector".

[29] En la versión final del Reglamento (UE) 2024/2822, se nos aclara en el Considerando (11): *Desde el establecimiento del sistema de dibujos y modelos comunitarios, el auge de las tecnologías de la información ha supuesto la aparición de nuevos diseños que no están incorporados a productos físicos. Por ello, es necesario ampliar la definición de los productos que pueden acogerse a la protección de los diseños, a fin de incluir claramente los que están incorporados a un objeto físico, o los que se visualizan en un gráfico o los que se perciben a través de la disposición espacial de elementos destinados a formar un entorno interior o exterior. En este contexto, debe reconocerse que la animación, como el movimiento o la transición, de las características de un producto puede contribuir a la apariencia de los diseños, en particular de los que no están incorporados a un objeto físico*.

[30] El metaverso, etimológicamente "más allá del universo", es un entorno virtual digital persistente en el que los usuarios interactúan a través de avatares, que pueden moverse, encontrarse con amigos o incluso comprar objetos. GUIMBERTEAU, B. (2023). Le métavers et le droit des dessins ou modèles. [En línea], 6 Février, https://blip.education/le-metavers-et-le-droit-des-dessins-ou-modeles-un-article-de-boriana-guimberteau-avocate-associee-au-sein-du-cabinet-stephenson-harwood-et-magali-courroye-avocate-collaboratrice-au-sein-du-meme [consultado el 18 de febrero de 2023]. MARTÍNEZ CRESPO, A. (2023). Utilización de elementos protegidos por Diseño Industrial en el Metaverso. En: AA.VV., *Derecho de los videojuegos: aspectos jurídicos y de negocio*, Aranzadi, (pp. 719-721). AYLLON SANTIAGO, H. (2023). Derecho de propiedad intelectual e industrial en el metaverso. En: GARCÍA-CRUCES, J.A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez Cano,* Capítulo 10, Valencia: Tirant Lo Blanch, (pp. 334-369).

[31] *Cfr.,* el interesante planteamiento expuesto por ÁLVAREZ DE TOLEDO, F. (2023). ¿Se puede (o se debería) proteger el diseño de un avatar creado por inteligencia artificial en el

metaverso?, dónde reflexiona y se interroga: ¿se puede (o se debería) proteger el diseño de un avatar creado por inteligencia artificial en el metaverso?. [En línea], 13 de junio, https://blogip.garrigues.com/propiedad-intelectual/se-puede-o-se-deberia-proteger-el-diseno-de-un-avatar-creado-por-inteligencia-artificial-en-el-metaverso [consultado el 30 de noviembre de 2023].

[32] En este sentido, véase: VOEGELI-WENZL (2023). Reformvorschläge zur Modernisierung des europäischen Designrechts, *GRUR-Prax*, Parte I, 189 y ss., en particular, 191.

[33] *In totum*, SERRANO ACITORES, A. (2022). *Metaverso y Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos. CRUZ ÁNGELES, J., (2023). Los guardianes de acceso al metaverso. (Re)pensando el Derecho de la competencia de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional,* núm..15, 1, 275-296, en particular, 276, realiza una aproximación a qué sea metaverso y sus diferentes acepciones.

[34] Al respecto, LASTIRI SANTIAGO, M. (2008). Los desafíos del Derecho de Marcas en los mundos virtuales como el: *Second Life*. *Revista de Contratación Electrónica*, núm.99, 123-169. GARCÍA VIDAL, A. (2022). La propiedad industrial en el metaverso. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia,* núm.96, mayo-agosto, 17-26. RAMOS, A. (2022). El metaverso, los TNF y los derechos de propiedad intelectual: ¿reglamentar o no reglamentar?. [En línea], *Revista de la OMPI,* núm.2, https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2022/02/article_0002.html [consultado el 18 de febrero de 2023].

[35] Según el artículo de opinión: La proprietà intellettuale nel Metaverso. [En línea] https://www.praxi-ip.praxi/news-detail/167/Metaverso-proprieta-intellettuale [consultado el 3 de diciembre de 2023]: "Pionera en este sentido siempre ha sido Nike, que procedió a registrar sus marcas NIKE y NIKELAND primero en la Oficina de Marcas de Estados Unidos (USPTO) y luego también en la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), alegando "nuevas" clases de productos y servicios tales como:

9.— Productos virtuales descargables, en concreto, programas informáticos con calzado, prendas de vestir, artículos de sombrerería, gafas, bolsos, bolsas de deporte, mochilas, equipos deportivos, arte, juguetes y accesorios para su uso en línea y en mundos virtuales en línea; Software de juegos interactivos descargable para su uso a través de una red informática global y a través de diversas redes inalámbricas y dispositivos electrónicos; software descargable para participar en redes sociales e interactuar con comunidades en línea; software descargable para acceder y transmitir contenido de entretenimiento multimedia; software descargable para proporcionar acceso a un entorno virtual en línea; Software descargable para crear, producir y modificar diseños y personajes digitales animados y no animados, avatares, superposiciones digitales y máscaras para acceder y utilizar en entornos en línea, entornos virtuales en línea y entornos virtuales de realidad extendida.

35.— Facilitación de un sitio web interactivo y software de aplicación para servicios de juegos de realidad virtual.

41.— Servicios de entretenimiento, en concreto, suministro de calzado, prendas de vestir, artículos de sombrerería, gafas, bolsos, bolsas de deporte, mochilas, equipos deportivos, arte, juguetes, accesorios, diseños y personajes digitales virtuales animados y no animados, avatares, digitales, no descargables en línea superposiciones y máscaras para uso en entornos virtuales; Servicios de realidad virtual y juegos interactivos prestados en línea desde una red informática mundial ya través de diversas redes inalámbricas y dispositivos electrónicos; Servicios de entretenimiento, en concreto, suministro de software de juegos en línea no descargable y videojuegos en línea; servicios de entretenimiento, en concreto suministro de entornos virtuales en los que los usuarios pueden interactuar con fines recreativos, de entretenimiento o de entretenimiento; servicios de entretenimiento, en concreto, suministro de un entorno en

línea que ofrece transmisión de contenidos de entretenimiento y transmisión en vivo de eventos de entretenimiento; Servicios de entretenimiento en forma de organización, puesta en escena y presentación de espectáculos virtuales y eventos de entretenimiento social.

42.— Software no descargable para crear, producir y modificar dibujos y personajes animados y no animados, avatares, superposiciones digitales y máscaras para acceder y utilizar en entornos en línea, entornos virtuales en línea y entornos virtuales de realidad extendida.

El ejemplo de Nike fue seguido por muchas otras empresas, tanto pertenecientes al mundo de la moda como a otros sectores de productos (cosmética, alimentación, bebidas energéticas, relojes, equipos deportivos), generando un aumento de las solicitudes de registro de nuevas marcas o de ampliación de marcas ya en uso.

El objetivo para las empresas es doble: impedir el registro fraudulento de sus marcas para productos y servicios virtuales por parte de terceros (las víctimas conocidas, en este caso, fueron Prada y Gucci) protegerse de intentos fraudulentos de producir y vender NFT (Non Fungible Tokens), que reproduzcan sus productos (ya existen numerosos litigios en este sentido, como la demanda interpuesta por Hermès contra el artista Mason Rothschild por la venta del bolso MetaBirkin, inspirado en el modelo icónico de la maison)".

[36] Los derechos de dibujo y modelo existen para proteger el diseño de un producto, incluidas formas, colores o materiales, del uso no autorizado. A medida que el diseño y la tecnología evolucionan, es importante que la ley se actualice, especialmente, para proteger los derechos de los diseñadores en los nuevos mundos digitales, como en el "metaverso" virtual y en plataformas de juegos como Fortnite y Pokémon Go. Al respecto, RUBINGH, N. (2023). Droit Européen des dessins et modèles: mises à jour en cours. [En línea], 18 janvier, https://www.village-justice.com/articles/droit-europeen-des-dessins-modeles-mises-jour-cours,44819.html [consultado el 18 de febrero de 2023].

[37] *Cfr*., Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre *la protección jurídica de programas de ordenador, DOUE* L 111, de 5.5.2009. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. *BOE* N.º 97, de 22 de abril de 1996. *Vid.,* artículo 10, *Obras y títulos originales*, *1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: (…) i) Los programas de ordenador. 2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella*.

[38] Se nos dice en el artículo 36 bis: *Atribución de competencias de ejecución en relación con la solicitud. La Comisión adoptará actos de ejecución que precisen los detalles que deben figurar en la solicitud de registro de un diseño de la UE. Tales actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen contemplado en el artículo 109, apartado 2*.

[39] Menciona el art. 36, apartado 5.º: «5. Además de los requisitos mencionados en los apartados 1 a 4, la solicitud de registro de un dibujo o modelo de la UE deberá cumplir los requisitos formales establecidos en el presente Reglamento y en los actos de ejecución adoptados con arreglo a este. En la medida en que dichos requisitos se refieran a la representación de dibujos y modelos y a los medios a que se refiere el apartado 1, letra c), el director ejecutivo determinará el modo de numeración de las diferentes perspectivas en caso de representación mediante vistas estáticas, los formatos y el tamaño del archivo electrónico, así como cualquier otra especificación técnica pertinente. (…)".

[40] ECLI:EU:C:2018:534.

[41] TJUE de 12/12/2002, C-273/00 (*Sieckmann*) ECLI:EU:C:2002:748.

[42] Evoca a lo disciplinado en sede de marcas en el art. 3, apartado b), Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas* (versión refundida): *ser representados en el registro de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a sus titulares*. Y, *ex* art. 4 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 *sobre la marca de la Unión Europea* (Versión codificada).

[43] Nótese lo que se ordenaba en borradores/versiones anteriores de la Propuesta de Directiva en el contenido del art. 26: (…) *2. Podrá consistir en cualquier forma de reproducción visual del dibujo o modelo, ya sea en blanco y negro o en color. La reproducción podrá ser estática, dinámica o animada y se llevará a cabo por cualquier medio adecuado, utilizando la tecnología generalmente disponible, incluidos dibujos, fotografías, vídeos o formación de imágenes / modelización por ordenador.*

3. La reproducción mostrará todos los aspectos del dibujo o modelo cuya protección se solicita, en una o varias perspectivas. Además, podrán proporcionarse otros tipos de perspectivas con el fin de detallar más las características específicas del dibujo o modelo, en particular los siguientes:

a) perspectivas ampliadas, en las que se muestre parte del producto por separado en una escala mayor;

b) perspectivas de corte o sección, en las que se muestre una parte transversal del producto;

c) perspectivas explosionadas, en las que las piezas desmontadas de un producto se muestren por separado en una sola perspectiva; o

d)perspectivas parciales, en las que las partes de un producto se muestren por separado en distintas perspectivas.

4. Cuando la representación contenga distintas reproducciones del dibujo o modelo o incluya más de una perspectiva, estas deberán ser coherentes entre sí, y el objeto del registro quedará determinado por todas las características visuales de dichas perspectivas o reproducciones consideradas de manera conjunta. (…).

[44] *Vid.,* la reseña: Des changements à venir dans le système européen de protection des dessins et modèles. (2023). [En línea], 20 de junio, https://www.acbm-avocats.com/commission-europeennes-droit-dessin-modele-reforme/ [consultado el 16 de octubre de 2023].

[45] Ordena el artículo 19 del Reglamento. *Derechos conferidos por un diseño de la UE. 1. Un diseño de la UE registrado conferirá a su titular el derecho exclusivo de utilizarlo y de prohibir su utilización por terceros sin el consentimiento del titular*.

[46] *Cfr.,* GRIFFIN, J. (2019). The State of Creativity. En *The Future of 3d Printing, 4d Printing and Augmented Reality*. UK: Edward Elgar Law, Technology and Society, Cheltenham. https://doi.org/10.4337/9781786438270

[47] Subráyese que la impresión 3D se ha consolidado como un nuevo tipo de tecnología de procesamiento en el campo del diseño industrial. Comparada con la tecnología de fabricación tradicional, la impresión 3D puede fabricar productos más complejos a un costo reducido, con alta eficiencia y a través de procedimientos simples. Es por ello por lo que esta tecnología no sólo acelera el desarrollo del diseño industrial, sino que también hace que la fabricación de productos satisfaga las necesidades de un espectro más amplio de usuarios. Asimismo, brinda una gran comodidad a los diseñadores industriales, solo se requiere que estos dominen el lenguaje de control computarizado y el uso del software de modelado 3D para poder expresar

completamente sus ideas. Mediante la impresora 3D, el modelo concebido en su mente puede ser perfectamente representado en la realidad, sin la necesidad de entender los cientos de procesos y requisitos de producción convencional.

[48] Se apunta en el Considerando (11) de la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo*: "El uso de tecnologías de impresión 3D en distintos ámbitos de la industria va en aumento, lo que plantea dificultades a los titulares de derechos sobre dibujos y modelos a la hora de impedir de manera efectiva que se copien ilegítimamente sus dibujos y modelos protegidos. Por consiguiente, procede disponer que crear, descargar, copiar y poner a disposición de cualquier soporte o software que registre el dibujo o modelo, con el fin de reproducir un producto que infrinja el dibujo o modelo, constituya una utilización del dibujo o modelo para la que el titular del derecho debe dar su autorización".

[49] *Vid*., Considerando (14): *Habida cuenta del creciente despliegue de las tecnologías de impresión 3D en diferentes ámbitos de la industria, también con ayuda de la inteligencia artificial, así como de los consiguientes retos para los titulares de derechos sobre diseños a la hora de impedir de manera efectiva la realización de copias ilegítimas de sus diseños protegidos, conviene disponer que la creación, descarga, copia y puesta a disposición de cualquier soporte o software que registre el diseño, a efectos de la reproducción de un producto que infrinja el diseño protegido, constituya una utilización del diseño que debe estar sujeta a la autorización del titular del derecho.*

[50] Se estipula en el Considerando (27) de la Directiva: "Habida cuenta del creciente despliegue de las tecnologías de impresión 3D en diferentes ámbitos de la industria, también con ayuda de la inteligencia artificial, así como de los consiguientes retos para los titulares de derechos sobre dibujos y modelos a la hora de impedir de manera efectiva la realización de copias ilegítimas de sus dibujos y modelos protegidos, conviene disponer que la creación, descarga, copia y puesta a disposición de cualquier soporte o software que registre el dibujo o modelo, a efectos de la reproducción de un producto que infrinja el dibujo o modelo protegido, constituya una utilización del dibujo o modelo, que debe estar sujeta a la autorización del titular del derecho".

[51] *Cfr.,* SOUSA E SILVA, P. A revisâo da disciplina europeia dos desenhos ou modelos. Traços essenciais, *cit.,* 99.

[52] *La impresión 3D, se trata de un archivo de diseño asistido por computadora, más comúnmente conocido como "CAD", que proporciona datos para imprimir un modelo 2D o 3D, generalmente mediante un proceso de unión de materiales capa por capa. Algunos expertos de la industria predicen que la impresión 3D revolucionará por completo la fabricación y el comercio minorista. Sin embargo, desde la perspectiva de la protección del diseño, algunos expertos han descubierto que el uso de la impresión 3D puede facilitar potencialmente las infracciones del diseño*. Al respecto, GASPARINI, G. Il Green Design e le problematiche legali del 3D printing, *cit.*

[53] Sobre los antecedentes de esta técnica, *cfr.,* La impresión 3D y las Patentes. (2016). [En línea], https://www.madrimasd.org/blogs/patentesymarcas/2016/la-impresion-3d-y-las-patentes/, 27 de enero, [consultado el 15 de abril de 2024].

[54] Según SOSNA, J. (2024). EU Design Law Reform: Modernizing for the Digital Age (Update 2024). [En línea], May 21, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=86a97f76-986b-4f66-bb69-2463361e6b15 [consultado el 13 de junio de 2024]: "la ley existente, ha planteado incertidumbre legal sobre si crear y compartir un archivo CAD de un diseño protegido constituiría en sí mismo una infracción, incluso si aún no se hubiera impreso en 3D ninguna

copia física. También surgieron dudas sobre la responsabilidad de los intermediarios en línea y las empresas de servicios de impresión 3D. Para abordar estos desafíos modernos, las propuestas de reforma del diseño incluyen reglas de infracción reforzadas adaptadas a la era digital. Las nuevas reglas aclaran que crear, descargar, copiar o compartir un diseño protegido (por ejemplo, en forma de archivo CAD o de impresión 3D) sin permiso ahora puede ser un acto de infracción directa, incluso si no se ha producido ninguna reproducción física (…). Al prohibir claramente la copia y distribución no autorizadas de diseños protegidos en formatos digitales, las reformas intentan cortar la infracción en una etapa más temprana del flujo de trabajo digital, antes de que surja un producto físico falsificado".

[55] Sobre este tópico, véase el estudio: The Intellectual Property implications of the development of industrial 3D printing. [En línea], https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e193a586-7f8c-11ea-aea8-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-124493516 [consultado el 17 de diciembre de 2024], reseñable de este informe es identificar las consideraciones relevantes de propiedad intelectual según los diferentes elementos del proceso de impresión 3D, es decir, diseñar un archivo CAD, usar y compartir un archivo CAD, imprimir el archivo CAD, distribuir el producto impreso y, finalmente, otorgar una licencia.

[56] La mecánica a grandes rasgos del funcionamiento de la impresión 3D se sustenta en la transformación de modelos digitales en entidades físicas tridimensionales a través del método de fabricación aditiva, caracterizado por la acumulación sucesiva de material en capas consecutivas. Este proceso se distribuye en las siguientes fases: 1. Creación de un diseño asistido por ordenador (CAD): Esta fase implica el desarrollo de un diseño digital detallado, es decir, el plano del modelo físico indispensable para la ejecución de la impresión. Este archivo no solo incluye el diseño en sí, sino que puede contener datos detallados sobre las dimensiones, los métodos de fabricación y las propiedades de los materiales utilizados. Sin un archivo CAD, la impresora 3D carece de las instrucciones necesarias para materializar el objeto deseado. 2. Difusión y modificación de los archivos CAD: Los usuarios finales comparten y, en ocasiones, modifican archivos de diseño para imprimirlos en 3D en casa o en una plataforma de fabricación digital personalizada como *Shapeways*. Asimismo, las empresas recurren a servicios de fabricación en línea profesionales, como *Hubs*, que facilita la conexión con una amplia red de proveedores de servicios de impresión 3D, abarcando una diversidad de tecnologías a nivel profesional. Estas plataformas digitales desempeñan un rol fundamental en el proceso, simplificando y haciendo accesible la fabricación aditiva. 3. La impresión del modelo 3D contenido en el archivo CAD: El funcionamiento de una máquina de impresión 3D requiere tres componentes fundamentales: el software (archivo CAD anteriormente explicado), el hardware (la impresora, que opera bajo diversas tecnologías de impresión) y los materiales apropiados (tales como el plástico, el polvo de termoplástico o resinas entre otros). 4. Distribución del producto final: Una vez completada la impresión 3D del objeto, este puede distribuirse a través de múltiples vías, ya sea directamente por empresas especializadas o a través de otros minoristas, siendo el contrato de licencia el empleado. Al respecto, MENDIS, D., SECCHI, D., REEVES Ph. (2015). A Legal and Empirical Study of the Intellectual Property Implications for 3D Printing Intellectual Property Office. [En línea], marzo, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/549044/Legal-Empirical-_Executive-Summary.pdf [consultado el 17 de diciembre de 2024]. JUNK, S. y KUEN, Ch. (2016). Review of open source and freeware CAD systems for use with 3D-printing. *Procedia CIRP*, vol. 50, diciembre, 430-435.

[57] Se insiste en el tenor legal: *d) crear, descargar, copiar y compartir o distribuir a otros cualquier soporte o software que registre el diseño con el fin de permitir la elaboración de un producto de los contemplados en la letra a).*

[58] Bajo este contexto, hemos de tener siempre presente el ya aludido informe intitulado: The Intellectual Property implications of the development of industrial 3D printing, más en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e193a586-7f8c-11ea-aea8-01aa75ed71a1, *cit.*

[59] Según SEWELL, N. (2022). Art & Fashion Industry | 3D Printing | Solid Print3D. Solid Print3D. [En línea], 2 de septiembre, https://solidprint3d.ie/art-fashion/#:~:text=3D%20printers%20can%20even%20bring,elements%20in%20costumes%20and%20clothing.&text=The%20worlds%20of%20art%20and,a%20matter%20of%20mere%20hours [consultado el 15 de abril de 2024], se explica con ejemplos varios que "la escalabilidad de las tecnologías de impresión 3D permite que todas las empresas de arte y moda las utilicen. Desde escultores independientes hasta las mayores empresas de moda, artistas y diseñadores de todo el mundo están aplicando impresoras 3D de forma creativa. Algunas de sus aplicaciones son tan artísticas como los productos y piezas que crean los impresores".

[60] *Cfr.,* https://blip.education/paquet-modeles-premiers-commentaires-et-premieres-propositions-dameliorations-2-2-par-frederic-glaize-cpi-et-associe-au-cabinet-plasseraud-ip [consultado el 20 de noviembre de 2023].

[61] Al respecto, *vide,* Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la impresión tridimensional, un reto en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual y de la responsabilidad civil (2017/2007(INI)), en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0223_ES.html [consultado el 17 de diciembre de 2024], entre sus aspectos se destaca: "(…) F. Considerando que la impresión 3D tiene un enorme potencial para transformar las cadenas de suministro en la fabricación que puede ayudar a Europa a aumentar los niveles de producción. La aplicación de esta tecnología brinda nuevas oportunidades para la innovación y el desarrollo empresarial; G. Considerando que la Unión ha incluido esta tecnología entre los ámbitos tecnológicos prioritarios; que la Comisión la menciona en su reciente documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización como uno de los principales factores que darán lugar a la transformación industrial; H. Considerando que la Comisión ha señalado la impresión en 3D como ámbito prioritario de actuación que posee un potencial económico relevante, en particular para las pequeñas empresas innovadoras; que ya son muchos los países que han reconocido el potencial de transformación que entraña la impresión en 3D y han empezado a adoptar, aunque sea de forma desigual, diferentes estrategias para crear un ecosistema económico y tecnológico que favorezca su desarrollo (…)".

[62] *In extenso,* PEGUERA POCH, M. y ARRIBAS SÁNCHEZ, B. (2023). *Perspectivas regulatorias de la inteligencia artificial en la Unión Europea,* Madrid: Editorial Reus.

[63] *Cfr.,* MUÑOZ GARCÍA, D. (2023). *Regulación de la Inteligencia Artificial en Europa. Incidencia en los regímenes jurídicos de protección de datos y de responsabilidad por productos.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 55 y ss.

[64] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE* N.º 1689, de 12 de julio de 2024. Además, se ha de observar la Decisión (UE) 2024/2218 del Consejo, de 28 de agosto de 2024, *relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio Marco*

del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. DOUE N.º 2218 de 04 de septiembre de 2024.

[65] Se comparte la opinión de MUÑOZ GARCÍA, D., *Regulación de la Inteligencia Artificial en Europa, cit.,* 43 y 44: "Se propone la gestación de Códigos de conducta que tengan como objetivo ser complementarios y orientadores en la aplicación del Reglamento de IA. Ejemplo en nuestro país viene dato por Sandbox que concilia la relación entre las autoridades competentes con las compañías desarrolladoras de IA en orden a propiciar buenas prácticas y guías técnicas de ejecución y supervisión".

[66] Más en https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/artificial-intelligence.html [consultado el 16 de abril de 2025].

[67] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo *a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (Reglamento de Servicios Digitales). *DOUE* N.º 277, de 27 de octubre de 2022.

[68] La vigencia del Reglamento como Ley de Inteligencia Artificial europea comenzaría a los dos años de su publicación, ergo, se puede considerar que entraría en vigor allá por mayo o junio del año 2026. Este dato es relevante toda vez que los operadores encargados de aplicar y desarrollar la Ley en Europa van a tener que supeditarse a la misma, amén de focalizarse en delimitar, legislar y perfilar los diferentes riesgos que puedan surgir en aplicación del Reglamento de IA y cuál es la asunción y consecuencias para las empresas y, a tal efecto, diseñar modelos de gestión y gobernanza de la IA.

[69] *Cfr.,* https://www.uria.com/documentos/circulares/1814/documento/13676/Nota_ESP.pdf?id=13676&forceDownload=true, 17, [consultado el 17 de diciembre de 2024]: "El Reglamento IA tendrá efecto y aplicación directa en todos los países de la UE y entra en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, es decir, el 2 de agosto de 2024. No obstante, el Reglamento IA no será aplicable hasta pasados los dos años desde su publicación, es decir, hasta el 2 de agosto de 2026, salvo determinados preceptos: Las disposiciones generales del Reglamento IA y las prácticas de IA prohibidas serán aplicables a partir de los seis meses después de la entrada en vigor, es decir, el 2 de febrero de 2025. Las disposiciones relativas a las autoridades notificantes y organismos notificados, a los modelos de IA de uso general, a la estructura de gobernanza (oficina de IA, creación y estructura del Comité Europeo de IA, funciones del Comité, foro consultivo, etc.) y a las sanciones serán aplicables a partir de los doce meses después de la entrada en vigor, es decir, el 2 de agosto de 2025. Las disposiciones relativas a los sistemas de IA clasificados como sistemas de alto riesgo y las obligaciones correspondientes serán aplicables a los tres años después de la entrada en vigor, es decir, el 2 de agosto de 2027".

[70] Atiéndase a la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre *los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.* Establece el artículo 4. *Excepción o limitación relativa a la minería de textos y datos* "1. Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva con respecto a las reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos. (…) 3. La excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos

de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea. (…)".

[71] STJUE de 12 de septiembre de 2019 (caso CONFEMEL) (ECLI:EU:C:2019:721) y, la argumentada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 06 de marzo de 2020, RES:512/2020 REC:560/2019. A nivel doctrinal, *vid*., CUEVA DE CAÑAS, J.A. (2020). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2019 (C-683/17): ¿ha arrojado el TJUE luz sobre la acumulación de protección mediante diseño industrial y Propiedad intelectual?. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 89, 163-180. AMOR CORDERO, C., SANMARTÍN, J.A. y MONEGIER, H. (2022). Acumulación de protecciones: diseño industrial y derechos de autor. Umbral de originalidad necesario. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia,* núm. 97, septiembre-diciembre, 107-121.

[72] Véase, por su lado, el tenor del Código da Propiedad Industrial portugués de 2018, *ex* Decreto-Ley n.º 110/2018, Diário da República n.º 237/2018, Série I de 2018-12-10, en su artículo 194.º, relação com os direitos de autor: "Qualquer desenho ou modelo registado beneficia, igualmente, da proteção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado, ou definido, sob qualquer forma". La antigua redacción del Código de 2003, Decreto-Lei n.º 36/2003, el contenido era similar. Más en SOUSA E SILVA, P. (2016). *A Proteção Jurídica do Design*. Coimbra: Almedina.

[73] Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. *BOE* N.º 97, de 22 de abril de 1996. Expresamente, estipula el artículo 3 *Características. Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con:*

1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual.

2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra.

3.º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley.

[74] Téngase en consideración lo estipulado por la Disposición Adicional Décima *Compatibilidad de la protección*, de la Ley 20/2003. *La protección que se reconoce en esta ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual*. SUÑOL, A. (25 de septiembre 2019). Cuando los árboles no dejan ver el bosque. [En línea] https://almacendederecho.org/cuando-los-arboles-no-dejan-ver-el-bosque [consultado el 13 de diciembre de 2023].

[75] Prescribe el artículo 20. *Limitación de los derechos conferidos por un diseño de la UE*. "1. Los derechos conferidos por un diseño de la UE no podrán ejercerse respecto de:

los actos realizados en privado y con fines no comerciales;

los actos realizados con fines experimentales;

los actos de reproducción realizados con fines de cita o docentes;

los actos realizados con el fin de identificar un producto como el del titular del derecho sobre el diseño o con el fin de referirse a tal producto;

los actos realizados con fines de comentario, crítica o parodia;

el equipamiento de buques y aeronaves que estén matriculados en un tercer país y que sean introducidos temporalmente en territorio de la Unión;

la importación en la Unión de piezas de recambio y accesorios destinados a la reparación de los buques y aeronaves a que se refiere la letra f);

la ejecución de las labores de reparación de los buques y aeronaves a que se refiere la letra f).

2. El apartado 1, letras c), d) y e), solo será de aplicación cuando los actos sean compatibles con prácticas comerciales leales y no menoscaben indebidamente la explotación normal del diseño y, en el caso a que se refiere la letra c), cuando se mencione la fuente del producto al que se encuentre incorporado o se haya aplicado el diseño".

[76] De acuerdo con SOSNA, J. EU Design Law Reform: Modernizing for the Digital Age (Update 2024), *cit.,* opina: "This missed opportunity is disappointing as AI will undoubtedly have a major impact on the design industries in the near future. This technology will revolutionise how, by whom, and how many designs are created, and will also have a major impact on how to detect and enforce infringements. Businesses and stakeholders will have to base their IP and AI strategy on the existing law and wait to see how the courts apply this to AI technology in the cases that will inevitably come before them, and probably sooner rather than later". También, *vid.,* ANTIKAINEN, M. and HÄRKONEN, H. Artificial Intelligence and EU Design Law (September 19, 2023). Forthcoming in Dana Beldiman (ed), Design Law: Global Law and Practice. [En línea], https://ssrn.com/abstract=4575982; http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4575982

[77] *Cfr., in extenso*, PEGUERA POCH, M. y ARRIBAS SÁNCHEZ, B. *Perspectivas regulatorias de la inteligencia artificial en la Unión Europea, cit.*

[78] Véase, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0164_EN.html#title2

[79] Nótese como antecedente lo contenido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión COM/2021/206 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206 *Cfr.,* al respecto, MIGUEL ASENSIO, P. A. (2021). Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial, *La Ley Unión Europea,* n.º 92, 1-8.

[80] Más en https://finreg360.com/alerta/el-parlamento-europeo-aprueba-el-reglamento-de-inteligencia-artificial/, 13 de marzo de 2024, [consultado el 17 de diciembre de 2024].

[81] FERNÁNDEZ-MIRANDA, F. (2024). Marco regulatorio actual sobre inteligencia artificial. [En línea], 15 de febrero, https://www.pwc.es/es/newlaw-pulse/legaltech/marco-regulatorio-actual-inteligencia-artificial.html [consultado el 4 de mayo de 2024].

[82] Véase las reflexiones acertadas que realiza el juez: YILMAZTEKIN, H.K. (2023). *Artificial Intelligence, Design Law and Fashion*, Routledge, 38-72, "(…) la ley de diseños de la UE exige que los diseñadores sean personas físicas. Sin embargo, no existen reglas claras sobre qué persona física podría calificar como diseñador y quién podría poseer los diseños de moda generados por IA. Del mismo modo, este capítulo describe tres circunstancias principales en las que el uso de un sistema de IA en el diseño de moda podría potencialmente infringir el derecho de diseño: recopilar un corpus digital de datos de capacitación-formación (donde una selección de diseños de moda se digitaliza y/o reproduce en la fase de preparación para la capacitación), realizando copias intermedias no autorizadas de imágenes durante el entrenamiento en redes neuronales y finalmente generando un trabajo derivado que reproduce elementos de un diseño

original por IA (…) también hay que abordar la legalidad de estos usos y los regímenes de responsabilidad dentro del alcance actual de protección bajo la ley de diseños de la UE".

[83] Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre *los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas* 96/9/CE y 2001/29/CE, *DOUE L* 130/92, 17.5.2019.

[84] SEIJO BAR, A. y VENDRELL CERVANTES, C. (2024). Propiedad intelectual y entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial a propósito de la Sentencia del Tribunal Territorial de Hamburgo de 27 de septiembre de 2024. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 103 (septiembre/diciembre), 123-140.

[85] Véase SATTELE, V. REYES, M. y FONSECA, A. (2023). La Inteligencia Artificial Generativa en el Proceso Creativo y en el Desarrollo de Conceptos de Diseño. *Umática: revista sobre creación y análisis de la imagen*, núm. 6, ejemplar dedicado a Art-Driven AI: la inteligencia artificial en el arte y el diseño, 53-73.

[86] GUADAMUZ, A. (2017). La inteligencia artificial y el derecho de autor. [En línea], *Revista de la OMPI*, https://www.wipo.int/es/web/wipo-magazine/articles/artificial-intelligence-and-copyright-40141, [consultado el 14 de abril de 2025].

[87] Ejemplo de sectores dónde se emplea la IA: CHÁVEZ VALDIVIA, A. K. Entre el derecho y los sistemas creativos, *cit.,* 353-386.

[88] Como bien explica en su obra YILMAZTEKIN, H.K. *Artificial Intelligence*, *cit.,* 10 y ss.: "Los diseñadores invierten mucho talento, tiempo y dinero en el diseño y creación de cada prenda y accesorio, antes de lanzar su trabajo al público. La elaboración de patrones es el primer y más importante paso en la confección. Los diseñadores suelen comenzar con un boceto general en papel; añadir estilos, elementos y colores; revisar y perfeccionar todo; y finalmente entregar su diseño a las modistas. La IA acelera este proceso que requiere mucho tiempo y trabajo. Sin embargo, a menudo se olvidan todas las consecuencias legales de la IA en la industria de la moda. La capacidad de un dispositivo de inteligencia artificial para generar diseños de moda plantea la cuestión de quién poseerá los derechos de propiedad intelectual sobre los diseños de moda. ¿Será el diseñador de moda quien contrate o contrate al programador de IA? ¿Será el programador? ¿O será la propia IA? ¿O será un trabajo conjunto de humanos y computadoras? ¿Y quién será responsable de las infracciones derivadas del uso de material de terceros en diseños de moda generados por IA?".

Trabajo recibido el 21 de abril 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 3-6-2025
BOE 1-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL.

Se analiza un caso de un derecho de superficie que se constituye sobre varias fincas registrales y sobre parte de otra.

En primer lugar, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019, afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen.

En el caso que nos ocupa el derecho de superficie se constituye íntegramente sobre tres fincas registrales (25.558, 25.575 y 25.576) y sobre parte de las registrales 3.002, 5.087, 15.881 y 25.564. Las tres primeras, junto con la registral 3.002 forman parte de la parcela 37 del polígono 28. Y las tres restantes se corresponden con la parcela 11 del mismo polígono. La delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.05

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

los que resulta la ubicación de la porción sobre la que se constituye el derecho, si bien, referido a la totalidad de las parcelas catastrales citadas, dada la correspondencia parcial de las referidas fincas en la forma que se ha expuesto. En principio, ello se haría con pleno respeto al principio de especialidad registral, bastando la constancia del mero listado de coordenadas, sin necesidad de ser aportada tal georreferenciación en un concreto formato GML ni que la misma venga suscrita por técnico; dicho plano georreferenciado parte del título público presentado a inscripción, cumpliendo, por tanto, con las exigencias del principio de titulación pública.

Como señala la registradora en su informe, tales fincas no tienen incorporada su referencia catastral y que la manifestación de correspondencia que se efectúa en el título no puede determinar por sí sola la incorporación de la referencia catastral si el registrador no aprecia tal correspondencia. La claridad con la que se pronuncia el art, 44 de la Ley del Catastro no deja lugar a interpretación alguna sobre la posibilidad de inscribir el documento aunque no se haya aportado documento acreditativo de la referencia catastral, circunstancia esta que en ningún caso puede considerarse defecto que impida la inscripción, como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Dirección General (cfr. Resolución 7 de agosto de 2006). Como tampoco puede constituir un obstáculo que para determinar la porción de finca sobre la que se constituye el derecho se utilice un plano georreferenciado en relación a una parcela catastral cuya correspondencia con varias registrales se afirma.

De estos datos de hecho, es evidente que resulta contradictorio con la descripción literaria de la finca que el derecho de superficie se constituya sobre una porción de territorio mayor que la que se encuentra comprendida dentro de los linderos de la finca que contienen la extensión superficial consignada en el Registro. Como ha afirmado este Centro Directivo uno de los principios fundamentales del sistema registral es el de folio real, según el cual el Registro se lleva por fincas abriendo a cada una el número registral correspondiente (cfr. artículos 8.1.º y 243 de la Ley Hipotecaria), lo que exige su plena identificación y descripción (cfr. Resolución de 7 de junio de 2012). Por tanto, constando en el Registro la extensión superficial de una finca y cuando a juicio del registrador no queda acreditada la correspondencia de la finca con la parcela catastral cuya correspondencia se afirma en el título (cfr. Resoluciones de 18 de octubre y 12 de noviembre de 2012 y 21 de enero de 2014), el intento de constituir el derecho de superficie sobre una porción de territorio superior a la consignada en la descripción literaria de la finca sobre la que se constituye supondría el intento de aplicar el folio de la finca a una porción de territorio colindante a la misma no comprendida en el referido folio.

No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

No encontrándose la constitución del derecho de superficie entre los supuestos de inscripción obligatoria de la representación gráfica previstos en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, esta previa georreferenciación solamente será exigible cuando existan dudas de que la porción de finca delimitada con coordenadas sobre la que recae el derecho se ubique efectivamente en la finca registral. La circunstancia de ubicarse las coordenadas aportadas en los límites de la parcela o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si las mismas pueden extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico. En el caso de este expediente, la registradora no ha explicitado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de que el plano georreferenciado incorporado al título se hace en referencia a la parcela catastral cuya correspondencia se afirma con la finca registral, pero sin que pueda establecerse la necesaria identidad entre ésta y aquélla.

Resolución de 3-6-2025
BOE 1-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL.

Se analiza un caso de un derecho de superficie que se constituye sobre varias fincas registrales y sobre parte de otra.

En primer lugar, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019, afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen.

En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de los que resulta la ubicación de la porción sobre la que se constituye el derecho, con pleno respeto al principio de especialidad registral, bastando la constancia del mero listado de coordenadas, sin necesidad de ser aportada tal georreferenciación en un concreto formato GML ni que la misma venga suscrita por técnico.

Como señala la registradora en su informe, tales fincas no tienen incorporada su referencia catastral y que la manifestación de correspondencia que se efectúa en el título no puede determinar por sí sola la incorporación de la refe-

rencia catastral si el registrador no aprecia tal correspondencia. La claridad con la que se pronuncia el art, 44 de la Ley del Catastro no deja lugar a interpretación alguna sobre la posibilidad de inscribir el documento aunque no se haya aportado documento acreditativo de la referencia catastral, circunstancia esta que en ningún caso puede considerarse defecto que impida la inscripción, como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Dirección General (cfr. Resolución 7 de agosto de 2006). Como tampoco puede constituir un obstáculo que para determinar la porción de finca sobre la que se constituye el derecho se utilice un plano georreferenciado en relación a una parcela catastral cuya correspondencia con varias registrales se afirma.

De estos datos de hecho, es evidente que resulta contradictorio con la descripción literaria de la finca que el derecho de superficie se constituya sobre una porción de territorio mayor que la que se encuentra comprendida dentro de los linderos de la finca que contienen la extensión superficial consignada en el Registro. Como ha afirmado este Centro Directivo uno de los principios fundamentales del sistema registral es el de folio real, según el cual el Registro se lleva por fincas abriendo a cada una el número registral correspondiente (cfr. artículos 8.1.º y 243 de la Ley Hipotecaria), lo que exige su plena identificación y descripción (cfr. Resolución de 7 de junio de 2012). Por tanto, constando en el Registro la extensión superficial de una finca y cuando a juicio del registrador no queda acreditada la correspondencia de la finca con la parcela catastral cuya correspondencia se afirma en el título (cfr. Resoluciones de 18 de octubre y 12 de noviembre de 2012 y 21 de enero de 2014), el intento de constituir el derecho de superficie sobre una porción de territorio superior a la consignada en la descripción literaria de la finca sobre la que se constituye supondría el intento de aplicar el folio de la finca a una porción de territorio colindante a la misma no comprendida en el referido folio.

No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en los fundamentos precedentes, debe entenderse que no procede su inscripción en cuanto a las registrales 15.460 y 25.562, en cuanto que el recurso se reduce exclusivamente a éstas, siendo necesario que se identifiquen, de manera separada para cada una de ellas, la porción concreta de finca sobre la que se constituye el derecho mediante la aportación de sus coordenadas georreferenciadas, sin perjuicio de la posibilidad de exigir la inscripción de sus respectivas representaciones gráficas en caso de existir dudas de que la futura edificación se extralimite o rebase los límites de cada una de las fincas.

Resolución de 3-6-2025
BOE 1-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL.

Se analiza un caso de un derecho de superficie que se constituye sobre varias fincas registrales y sobre parte de otra.

En primer lugar, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019, afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales—concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen.

En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de los que resulta la ubicación de la porción sobre la que se constituye el derecho, con pleno respeto al principio de especialidad registral, bastando la constancia del mero listado de coordenadas, sin necesidad de ser aportada tal georreferenciación en un concreto formato GML ni que la misma venga suscrita por técnico.

Como señala la registradora en su informe, tales fincas no tienen incorporada su referencia catastral y que la manifestación de correspondencia que se efectúa en el título no puede determinar por sí sola la incorporación de la referencia catastral si el registrador no aprecia tal correspondencia. La claridad con la que se pronuncia el art, 44 de la Ley del Catastro no deja lugar a interpretación alguna sobre la posibilidad de inscribir el documento aunque no se haya aportado documento acreditativo de la referencia catastral, circunstancia esta que en ningún caso puede considerarse defecto que impida la inscripción, como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Dirección General (cfr. Resolución 7 de agosto de 2006). Como tampoco puede constituir un obstáculo que para determinar la porción de finca sobre la que se constituye el derecho se utilice un plano georreferenciado en relación a una parcela catastral cuya correspondencia con varias registrales se afirma.

En base a lo anterior, debemos señalar que la registral 23.405 consta con una cabida inscrita de 165.288 metros cuadrados, constituyéndose el derecho de superficie sobre una porción de la misma de 171.654 metros cuadrados, que se corresponden, según el plano georreferenciado que se incorpora al título, íntegramente con la parcela 28 del polígono 28 y parcialmente con la parcela 27 del mismo polígono, hallándose separadas ambas parcelas por un barranco, según resulta de la cartografía catastral. Es evidente que resulta contradictorio con la

descripción literaria de la finca que el derecho de superficie se constituya sobre una porción de territorio mayor que la que se encuentra comprendida dentro de los linderos de la finca que contienen la extensión superficial consignada en el Registro. Como ha afirmado este Centro Directivo uno de los principios fundamentales del sistema registral es el de folio real, según el cual el Registro se lleva por fincas abriendo a cada una el número registral correspondiente (cfr. artículos 8.1.º y 243 de la Ley Hipotecaria), lo que exige su plena identificación y descripción (cfr. Resolución de 7 de junio de 2012). Por tanto, constando en el Registro la extensión superficial de una finca y cuando a juicio del registrador no queda acreditada la correspondencia de la finca con la parcela catastral cuya correspondencia se afirma en el título (cfr. Resoluciones de 18 de octubre y 12 de noviembre de 2012 y 21 de enero de 2014), el intento de constituir el derecho de superficie sobre una porción de territorio superior a la consignada en la descripción literaria de la finca sobre la que se constituye supondría el intento de aplicar el folio de la finca a una porción de territorio colindante a la misma no comprendida en el referido folio.

No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

Resolución de 6-6-2025
BOE 1-7-2025
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 2.

HERENCIA: PARTICIÓN CON INTERVENCIÓN DE UN DEFENSOR JUDICIAL.

No constando la oportuna exención en el auto de nombramiento del defensor judicial, es necesaria la aprobación judicial de la partición.

El recurso ha de ceñirse exclusivamente a los documentos presentados en tiempo y en forma; razón por la que no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, del decreto de aprobación de la partición de fecha 9 de abril de 2024 es suficiente para la subsanación del defecto impugnado. Y es que, en aplicación de dos preceptos legales antes transcritos, es constante doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, Resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo y en la doctrina del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. Y es igualmente doctrina reiterada (vid., por todas, Resoluciones de 19 de enero y 13 de octubre de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

Y por lo que respecta a la cuestión de fondo del recurso, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1060 del Código Civil Español, que dispone lo siguiente: «(…) El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (…)». En el decreto de nombramiento, se designó al defensor judicial para la práctica de las operaciones particionales de los bienes dejados por los padres de don A. R. R. a éste; pero no hay declaración alguna de dispensa de la aprobación judicial posterior de la partición, sino que, por contra, ésta es exigida específicamente. Además, el notario advierte expresamente sobre este extremo en la escritura objeto de calificación.

Resolución de 6-6-2025
BOE 1-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 39.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL.

No cabe acceder a la cancelación de una hipoteca si no presta su consentimiento el actual titular registral.

El principio de legitimación impone la presunción de que los asientos del Registro son exactos y válidos, considerando al titular registral como legitimado para actuar en los ámbitos judicial y extrajudicial; en íntima conexión con el anterior, el principio de tracto sucesivo impide que acceda al Registro ningún título relativo a un derecho en el que no haya tenido intervención el titular del mismo. En particular, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria prohíbe la cancelación de inscripciones o anotaciones preventivas si no es por sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.

La circunstancia de que la publicidad registral, en forma de nota simple informativa, no reflejara de forma precisa la extensión de las citadas hipotecas, no es causa legal para cancelarlas en cuanto al 7,586 % objeto del contrato de compraventa, pues, de conformidad con los principios señalados, la cancelación sólo puede practicarse por las causas y con los requisitos que a estos efectos establecen la Ley y el Reglamento Hipotecario, entre las cuales no se encuentra la circunstancia de que dichas hipotecas no se hayan reflejado en la nota informativa expedida.

Resolución de 3-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL.

Se analiza un caso de un derecho de superficie que se constituye sobre varias fincas registrales y sobre parte de otra.

En primer lugar, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019, afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen.

En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de los que resulta la ubicación de la porción sobre la que se constituye el derecho, con pleno respeto al principio de especialidad registral, bastando la constancia del mero listado de coordenadas, sin necesidad de ser aportada tal georreferenciación en un concreto formato GML ni que la misma venga suscrita por técnico.

No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

En el caso de este expediente, la registradora no ha explicitado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de que el plano georreferenciado incorporado al título se hace en referencia a la parcela catastral cuya correspondencia se afirma con la finca registral, pero sin que pueda establecerse la necesaria identidad entre ésta y aquélla. Debe recordarse que las dudas del registrador sobre una posible extralimitación de la finca deben motivarse de forma clara y suficiente en la nota de calificación. Sin embargo, las razones y motivos que justifican las dudas de identidad manifestadas por la registradora son señaladas en el informe emitido en defensa de la nota de calificación. El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Constando en el Registro la extensión superficial de una finca y cuando a juicio del registrador no queda acreditada la correspondencia de la finca con la parcela catastral cuya correspondencia se afirma en el título (cfr. Resoluciones de 18 de octubre y 12 de noviembre de 2012 y 21 de enero de 2014), el intento de constituir el derecho de superficie sobre una porción de territorio superior a la

consignada en la descripción literaria de la finca sobre la que se constituye supondría el intento de aplicar el folio de la finca a una porción de territorio colindante a la misma no comprendida en el referido folio, además de implicar una extralimitación de la futura edificación ejecutada en ejercicio del derecho constituido, que es precisamente lo que se quiere evitar mediante la incorporación de las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación en las declaraciones de obra nueva, conforme a lo indicado en los anteriores fundamentos.

Resolución de 3-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL.

Se analiza un caso de un derecho de superficie que se constituye sobre varias fincas registrales y sobre parte de otra.

En primer lugar, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019, afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales—concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen.

En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de los que resulta la ubicación de la porción sobre la que se constituye el derecho, con pleno respeto al principio de especialidad registral, bastando la constancia del mero listado de coordenadas, sin necesidad de ser aportada tal georreferenciación en un concreto formato GML ni que la misma venga suscrita por técnico.

No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

En el caso de este expediente, la registradora no ha explicitado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de que el plano georreferenciado incorporado al título se hace en referencia a la parcela catastral cuya correspondencia se afirma con la finca registral, pero sin que pueda establecerse la necesaria identidad entre ésta y aquélla. Debe recordarse que las dudas del registrador sobre una posible extralimitación de la finca deben motivarse de forma clara y suficiente en la nota de calificación. Sin embargo, las razones y motivos que justifican las dudas de identidad manifestadas por la registradora son señaladas en el informe emitido en defensa de la nota de calificación. El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Por tanto, no estando justificadas las dudas, la calificación no puede mantenerse en este punto respecto de la registral 3.952 y el recurso debe estimarse; sin embargo, debe resolverse que no es inscribible el documento en cuanto a la registral 52.436, sin perjuicio de la posibilidad de lograr su inscripción previa rectificación de la descripción literaria de la extensión superficial de la finca y simultánea inscripción de su representación gráfica georreferenciada a través de los procedimientos regulados en los artículos 199 ó 201 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL.

Se analiza un caso de un derecho de superficie que se constituye sobre varias fincas registrales y sobre parte de otra.

En primer lugar, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019, afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen.

En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de los que resulta la ubicación de la porción sobre la que se constituye el derecho,

con pleno respeto al principio de especialidad registral, bastando la constancia del mero listado de coordenadas, sin necesidad de ser aportada tal georreferenciación en un concreto formato GML ni que la misma venga suscrita por técnico.

No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

En el caso de este expediente, la registradora no ha explicitado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de que el plano georreferenciado incorporado al título se hace en referencia a la parcela catastral cuya correspondencia se afirma con la finca registral, pero sin que pueda establecerse la necesaria identidad entre ésta y aquélla. Debe recordarse que las dudas del registrador sobre una posible extralimitación de la finca deben motivarse de forma clara y suficiente en la nota de calificación. Sin embargo, las razones y motivos que justifican las dudas de identidad manifestadas por la registradora son señaladas en el informe emitido en defensa de la nota de calificación. El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

No existiendo invasión demanial, no calificándose una pretendida falta de correspondencia entre finca y parcela catastral con la que parcialmente se corresponde, ni excediendo la extensión sobre la que se constituye el derecho de superficie la cabida inscrita de la finca, no se aprecian razones que permitan sostener las dudas de identidad manifestadas por la registradora, más allá de la circunstancia de no extenderse el derecho de superficie a la totalidad de la finca que, conforme a lo expuesto en los anteriores fundamentos, no puede justificar una negativa a la práctica de la inscripción solicitada.

Resolución de 4-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Parla, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA: REQUISITOS.

No cabe anotación de una sentencia si su objeto carece de trascendencia real.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 828/2008, de 22 de septiembre, afirma: «La anotación preventiva de demanda (artículo 42.1.º LH) tiene por objeto el dar a conocer, mediante la publicidad de que gozan los asientos registrales, la existencia de un proceso pendiente que pueda afectar a algún derecho real que

con anterioridad haya accedido al Registro, todo ello con la finalidad de evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho puedan desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurran todas las exigencias de los principios de buena fe (art. 34 LH) y legitimación (art. 38 LH) registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica».

Este Centro Directivo considera que el artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria incluye en su ámbito de aplicación todas aquellas demandas que, de prosperar, producirían una alteración de la situación jurídica que el Registro publica. Y la práctica judicial, amparada por las Resoluciones de este Centro Directivo, ha conferido una amplitud notable a los supuestos en que procede la anotación preventiva de demanda, yendo mucho más allá de los supuestos en que se ejercitan acciones de propiedad o pretensiones que afecten al nacimiento, desarrollo o extinción de derechos reales inmobiliarios.

No puede sino confirmarse la nota de calificación de la registradora, pues en el documento judicial objeto de este expediente no existe un procedimiento en trámite de resolución, sino una sentencia ya dictada, sin aportar mandamiento o providencia judicial ordenando la práctica de asiento registral alguno con sus requisitos legales de contenido y forma. A su vez, el objeto de la misma no es una acción real ni capaz de producir una modificación jurídico real sobre la finca registral, en tanto consiste en la condena al pago de una cantidad de dinero reclamada, ni se pretende hacer valer la afección real de la finca a los gastos de comunidad previstos en la Ley sobre propiedad horizontal. Tampoco resulta que se incluya en uno de los supuestos del último apartado del artículo 42 de la Ley Hipotecaria al no ser un supuesto en que esta ley u otra norma atribuya el derecho a solicitar anotación preventiva.

Finalmente, constando inscrita la finca registral con carácter ganancial a favor de la demandada y su esposo, igual suerte debe correr el último motivo de recurso, al señalar la registradora que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es preciso que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges por aplicación del principio registral de tracto sucesivo, tal y como ha entendido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones como en la Resolución de 4 de junio de 2020.

Resolución de 4-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz.

EXPEDIENTE DE DOBLE INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA EXISTENCIA DE LA DOBLE INMATRICULACIÓN.

Solo cuando concurren dudas claras y fundadas cabe apreciar que no existe doble inmatriculación que justifique tramitar el expediente.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que el plazo para calificar e inscribir es de 15 días, computados desde el asiento de presentación. Ciertamente, existen supuestos en los que dicho plazo puede prorrogarse, como el supuesto de que no se acredite la liquidación del tributo correspondiente, o la existencia de títulos previos pendientes de despacho. En ese caso,

deben expresarse en la nota de calificación todas las vicisitudes por las que ha atravesado el procedimiento registral, que hayan podido retrasar la calificación. Por otro lado, la emisión de una calificación negativa fuera de plazo, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 25 de abril de 2016, no determina la nulidad de la misma. En la parte relativa a la defensa de la nota, como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 1 de octubre de 2024, no puede el registrador añadir nuevos defectos a los incluidos en la nota de calificación negativa ni alterar sustancialmente su fundamentación o formulación básica, sino desarrollar los fundamentos expresados en la calificación y, en su caso, rebatir la argumentación del recurrente en el desarrollo de esos fundamentos. En el presente caso el registrador se ha limitado a defender la nota de calificación, obviando la parte procedimental del informe.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General en Resoluciones, como las de 29 de noviembre de 2023 y 22 de marzo de 2024, debe determinarse si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. También la Resolución de 4 de marzo de 2021, en su fundamento de Derecho cuarto, declara que la negativa a tramitar el expediente del artículo 209 de la Ley Hipotecaria debe ser motivada suficientemente, «de forma análoga a lo que sucede en caso de duda del registrador en cuanto a la identidad de la finca para casos de inmatriculación o excesos de cabida, siendo aplicable a este supuesto la reiterada doctrina de esta Dirección General en cuanto al rigor de la calificación». Para ello, el registrador ha de partir, como declaró la Resolución de 5 de diciembre de 2018, de los indicios que resulten de la instancia por la que se solicita la iniciación del expediente del contenido del Registro, de lo que resulta del contenido del Registro y del análisis de las georreferenciaciones implicadas mediante la aplicación informática homologada para el tratamiento de las bases gráficas del distrito hipotecario del artículo 9 de la Ley Hipotecaria. A su vez también existen otros indicios de la posible existencia de doble inmatriculación, que no resultan de las descripciones registrales, pero sí del contenido del Registro.

Visto el contenido del Registro y esta documentación adicional, debe añadirse que los argumentos señalados por el registrador no tienen la suficiente entidad como para no iniciar la tramitación del expediente. Por tanto, procede la tramitación del expediente del artículo 209 de la Ley Hipotecaria para subsanar la posible doble inmatriculación que, por las circunstancias del caso, parece una doble inmatriculación conflictiva, puesto que la misma realidad física ha accedido a dos folios registrales diferentes, estando las fincas inscritas a nombre de personas distintas.

Resolución de 4-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA DE LA DESC RIPCIÓN CON EL TÍTULO PREVIO.

No es imprescindible una plena coincidencia entre el título inmatriculador y el previo.

A la luz delo previsto en el art. 205 LH es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta entre ambas descripciones, puesto que en ese caso no necesitaría juicio alguno por parte del registrador en su calificación, siendo por ello preciso una identificación razonable entre ambos modelos descriptivos, tanto en lo relativo a superficie, como en su ubicación, identificación y demás elementos definitorios de la finca.

En el supuesto del presente expediente, habida cuenta de la antigüedad del título previo, que expresa la superficie de la finca en una medida aproximada y, que, según explica la notaria autorizante del título inmatriculador, delimita los linderos por mera referencia a los puntos de la misma situados más al norte, sur, este y oeste, así como de la posterior tramitación de una modificación catastral para adecuar la descripción de la finca, tal y como consta en el título inmatriculador, a la realidad física, la calificación registral negativa, basada exclusivamente en la discrepancia entre el título previo y el inmatriculador, no puede confirmarse.

Resolución de 5-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO: PRESUPUESTO.

No procede la tramitación de este expediente si no se ha producido una interrupción del tracto, aunque se haya tratado de simular con un título instrumental.

Por lo que se refiere al expediente de reanudación de tracto interrumpido, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. resoluciones citadas en «Vistos») que se trata de un medio excepcional para lograr la inscripción por tres motivos: primero, porque permite la inscripción a favor del promotor sin el consentimiento del titular registral y sin resolución judicial dictada en procedimiento declarativo entablado contra él (artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria); segundo, porque se produce una declaración dominical contraria a un pronunciamiento registral en un procedimiento en el que no interviene el favorecido por dicho pronunciamiento, a pesar de la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y, finalmente, porque permite la inscripción de un título que puede no estar consignado en documento público, en contra de los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria. Esta excepcionalidad impone una interpretación restrictiva de sus normas, en especial, las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, y exige que el registrador califique minuciosamente la documentación aportada para evitar que el expediente pueda utilizarse para la vulneración de derechos de terceros o para eludir las formalidades exigidas de ordinario (como las relativas a la exigencia de documento público para la inscripción en el Registro, o las obligaciones fiscales, entre otras).

Esta Dirección General ha admitido que existe interrupción del tracto no sólo cuando falta uno de los eslabones del tracto sucesivo, sino también cuando, para pasar del último eslabón registral al actual, existe una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que subsanaría tal falta de tracto, circunstancia

que el propio notario autorizante debería reflejar como justificación para la tramitación de este expediente.

En el presente caso, consta en varios de los títulos aportados que los promotores del expediente adquirieron las participaciones indivisas de que son titulares por título de compraventa de los herederos de los titulares registrales, si bien se dice que dicha compraventa fue verbal o por documento privado no acreditado. Además, en la documentación aportada no se justifica expresamente, ni tampoco es posible deducir de ella, la existencia de una «extraordinaria dificultad» para otorgar la documentación necesaria que justifique la tramitación del expediente de reanudación de tracto.

Como consecuencia de lo anterior, debe concluirse que la registradora obró con la cautela debida, indicando, en el momento en el que tuvo conocimiento de la iniciación del expediente, que a su juicio no se daban los requisitos para su tramitación (si bien ello no fue motivo suficiente para denegar la expedición de certificación, como también es doctrina reiterada de este Centro Directivo); y una vez concluyó el expediente, y a la vista de las pruebas aportadas e incorporadas al acta final, puesto que en ellas no se justificó una dificultad extraordinaria que permitiera excepcionar la doctrina general de imposibilidad de tramitación del expediente por el promotor causahabiente del titular registral o de sus herederos, denegó la inscripción solicitada, en aplicación de los principios de tracto sucesivo, legitimación y exigencia de titulación pública o auténtica para la inscripción.

Resolución de 5-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2.

DERECHO BALEAR: PACTO DE DEFINICIÓN.

Si tiene lugar la revocación del pacto de definición al amparo del artículo 42 de la Ley balear 8/2022, atendida la naturaleza compleja de dicho pacto sucesorio, se está dejando sin efecto también la atribución patrimonial que precisamente se llevó a cabo en consideración a dicho pacto.

Negar la posibilidad de interponer el presente recurso, alegando que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales, supondría un caso de indefensión para la parte recurrente, porque precisamente los asientos que se dice que están bajo la salvaguardia de los tribunales son los que resultan de la propia calificación del registrador que se pretende recurrir, ya que en la misma se deja sin efecto el carácter de pacto de definición, pero se mantiene la titularidad a favor del donatario; como si se tratara de una suerte de calificación parcial.

El artículo 38 de la misma, aplicable a Mallorca y Menorca, regula el pacto sucesorio de definición en virtud del cual los descendientes legitimarios pueden pactar la renuncia a la legítima o por más de la legítima en la sucesión de sus ascendientes, en consideración a alguna donación, atribución o compensación que, de estos, o de su heredero contractual o de otros ascendientes, reciban o hayan recibido con anterioridad (artículo 38 de la citada Ley balear 8/2022). La jurisprudencia ha puesto de manifiesto su carácter oneroso, inherente al negocio comple-

jo. Dos son los elementos condicionados entre sí que integran necesariamente el pacto de definición: la atribución patrimonial y la renuncia a la legítima futura, elementos, además, que se verifican el uno en función del otro, como señala la citada sentencia número 3/2001, de 20 de diciembre.

Así las cosas, puede mantenerse que si tiene lugar la revocación del pacto de definición al amparo del artículo 42 de la Ley balear 8/2022, atendida la naturaleza compleja de dicho pacto sucesorio, se está dejando sin efecto también la atribución patrimonial que precisamente se llevó a cabo en consideración a dicho pacto al estar ambas cosas ligadas una con la otra y por lo tanto los bienes que fueron objeto de donación tienen que ser restituidos a la parte donante, y ello con independencia de las repercusiones fiscales —que no procede analizar en aquí— de este nuevo negocio jurídico, distinto del pacto sucesorio, que se está formalizando.

Resolución de 5-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 6.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: ELEVACIÓN A PÚBLICO DE UN CONTRATO DE VENTA POR LOS HEREDEROS DEL VENDEDOR.

Para elevar a público un contrato de venta se necesita la intervención de todos los herederos del vendedor fallecido.

Por lo que se refiere al primero de los defectos, y para soslayar la ineludible exigencia de unanimidad e intervención de todos los herederos (de la en su día vendedora), alega el recurrente que, en este caso, la elevación a público del documento privado en cuya virtud la vendedora transmitió en su día inmueble no es un acto de disposición sobre aquel, sino un acto debido, conforme a lo prescrito en el artículo 1279 del Código Civil. Ahora bien y dicho lo anterior, aparte de la necesaria intervención de todos los herederos, como sucesores y continuadores de la personalidad del causante, el principio de tracto sucesivo recogido en el capital artículo 20 de la Ley Hipotecaria tampoco puede ser soslayado. Añádase a lo anterior que las escrituras en que se reconoce la existencia de un acto o contrato anterior (cfr. artículo 1224 del Código Civil) tienen un evidente valor de reconocimiento de la autenticidad, existencia y contenido del negocio. Por tal razón, se requiere que, tratándose de negocios bilaterales o plurilaterales, concurran al otorgamiento de la escritura todos los que en ellos fueron parte o sus herederos.

Finalmente y por lo que se refiere a la valoración de la no contestación por el heredero a quien se notificó el otorgamiento de la escritura calificada, desde la perspectiva propiamente registral no puede obviarse que los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo (artículos 1, párrafo tercero, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria), impiden que pueda tener acceso al Registro cualquier acto que suponga una modificación de la titularidad tabular sin que presten su consentimiento los titulares registrales afectados, o sin que se presente una sentencia dictada en un procedimiento en el que los mismos hayan sido parte.

Y, en cuanto al segundo defecto, poco cabe añadir a lo expresado en la calificación respecto de la intervención de la contadora-partidora, excediendo su inter-

vención en este supuesto —claramente— de la función y cometido del contador-partidor («contar y partir»); por la simple razón que no se trata de una operación particional, ni necesaria, ni preparatoria para la partición de la herencia, sino que se trata de un acto totalmente ajeno a la partición.

Resolución de 6-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 1.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: ART. 1320 CC.

La declaración relativa al destino futuro de la vivienda cuya construcción se declara no justifica la exigencia expresada por el registrador sobre la intervención del otro cónyuge asintiendo la constitución de la hipoteca, pues se trata de una finca que, en el momento del otorgamiento de la escritura, no es apta para constituir vivienda habitual.

En relación con las hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual de los hipotecantes, con la finalidad de reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y mejorar el mercado hipotecario así como los procedimientos de ejecución hipotecaria, con la adecuada protección del deudor, se introdujeron en nuestra legislación determinadas medidas entre las que se encuentran los artículos 21, 114 y 129 de la Ley Hipotecaria.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la manifestación a que se refieren los citados artículo 21 y 129.2 de la Ley Hipotecaria puede no ser suficiente a los efectos del cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las de los artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia (cfr. Resoluciones de 28 de octubre y 4 de noviembre de 2021, entre otras). En el presente caso la objeción expresada por el registrador en su calificación se refiere a estas últimas normas. A tal efecto, es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículo 70 del Código Civil).

Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

«Habitual" no equivale a «permanente» pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión «vivienda habitual» se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia (artículo 1.406.4.º). Pero la falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión se suscite más de una vez en contiendas judiciales que versan sobre la aplicación del artículo 1320. En la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan

alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados.

De la escritura calificada y del título previo resulta que uno de los cónyuges declara una obra, en fase inicial de su construcción, sobre un terreno privativo y manifiesta (a los efectos de lo establecido en los citados artículos 21 y 129.2 de la Ley Hipotecaria, como se infiere de la redacción de dicho título) que va a constituir su vivienda habitual y simultáneamente la hipoteca en garantía de un préstamo que tiene por finalidad la construcción de la vivienda y del cual se dispondrá previa presentación de certificaciones de obra y en proporción a la obra ejecutada que de éstas resulte. Debe concluirse, por ello, que esa declaración relativa al destino futuro de la vivienda cuya construcción —in fieri— se declara no justifica la exigencia expresada por el registrador sobre la intervención del otro cónyuge asintiendo la constitución de la hipoteca, pues se trata de una finca que, en el momento del otorgamiento de la escritura, no es apta para constituir vivienda habitual.

Resolución de 6-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 4.

TÍTULO FORMAL: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE

Se mantiene la doctrina de que el auto de homologación de una transacción no es suficiente a los efectos de su reconocimiento como título inscribible.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo para las partes carácter de cosa juzgada (artículos 1809 y 1816 del Código Civil); mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional respecto del poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. Ciertamente, el auto judicial por el que se lleva a cabo la homologación del contrato de transacción no es un documento privado. Pero la homologación judicial no altera el objeto, contenido y forma del acuerdo entre las partes; no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente y precisamente por ello, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas ni una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada. Son las partes las que, mediante la prestación de su consentimiento y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el ordenamiento, declaran, constituyen, modifican o extinguen

una relación jurídica preexistente que hace innecesaria la existencia del proceso que queda así sin objeto. Consecuentemente, y de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento, la alteración del contenido del Registro de la Propiedad requiere que el acuerdo alcanzado entre las partes se documente adecuadamente (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), a fin de poder provocar el efecto acordado entre las partes (artículos 40, 76 y 82 de la Ley Hipotecaria).

En el presente caso, junto con el auto de homologación de la transacción, se aporta como complementario testimonio de la sentencia de divorcio y aprobación del convenio regulador de los citados cónyuges, dictada el día 6 de julio de 2020, por el cual se atribuyó al ahora recurrente el uso y disfrute de la vivienda familiar (la misma finca después adjudicada a él mediante la transacción), sin que se llegara a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales. En supuestos como el presente, por tanto, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la división judicial de patrimonios (cfr. artículo 406 del Código Civil). Esta Dirección General también ha tenido ocasión de afirmar que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por dicho precepto legal.

Resolución de 10-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Cangas.

LEGISLACIÓN DE MONTES: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

No hay lugar a derecho de tanteo y retracto cuando la finca transmitida tiene naturaleza mixta rústica-urbana.

Es conveniente comenzar destacando que los montes, públicos o privados, cumplen una clara función social, por lo que su derecho de propiedad está delimitado con precisión. En este sentido, las facultades dominicales ordinarias de la propiedad forestal estarán sometidas a determinados límites, entre los cuales se encuentra que la libre disposición por parte de los propietarios privados para enajenar sus terrenos se condiciona al ejercicio del derecho tanteo y retracto a favor de la Administración forestal.

En base a lo expuesto la expresión «superficies colindantes» no resulta excesivamente técnica, pudiendo dar lugar a pensar que cabe en ella toda superficie, rústica o urbana, forestal o no. Sin embargo, dicho término ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, poniendo en relación el artículo 57.1 al señalar «superficies colindantes, cuya integración permita una disminución o mejor definición del perímetro del monte vecinal» con el citado artículo 2.2 que define el ámbito de aplicación y de exclusión de un terreno forestal. Por ello, en un sentido literal, debemos entender que el ámbito objetivo del derecho de retracto en materia de montes no ha de incluir terrenos de naturaleza mixta, rústica/ urbana, máxime con vivienda en ella ubicada como ocurre en el presente caso.

En base a lo expuesto, es necesario que haya una coincidencia entre el bien objeto de la venta y el bien objeto del retracto, lo que no ocurre en el presente caso, dado que el objeto de la venta tiene naturaleza rústica/urbana.

Resolución de 12-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: LICENCIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

No es que no sea admisible la adquisición de licencias por silencio administrativo positivo al amparo de una legislación que lo contemple, sino que se necesita una manifestación expresa, en este caso del Ayuntamiento, relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción de la segregación.

Desde un punto de vista sustantivo, el artículo 330, apartado primero, de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, establece que: «Están sujetas a previa licencia urbanística municipal las actuaciones que seguidamente se relacionan: a) Las parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación». N o obstante la regla general del silencio positivo que pueda contemplar, en su caso, la ley autonómica, debe tenerse en cuenta la citada prescripción que forma parte de las determinaciones estatales de carácter básico. Por lo que, no ajustándose una pretendida parcelación al ordenamiento jurídico, resulta clara la imposibilidad de su materialización por el mecanismo del silencio administrativo positivo.

Desde el punto de vista registral, debe recordarse la dificultad que presenta la acreditación de las licencias concedidas por silencio positivo de la Administración como efecto de la compleja prueba del hecho negativo y el carácter no contradictorio del procedimiento registral. Del régimen expuesto se deriva que, con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, susceptible ser acreditada en el ámbito administrativo o judicial por cualquier medio de prueba admitido en Derecho —cfr. artículo 24.4 de la Ley 39/2015—, su trascendencia a efectos registrales, dado el carácter no contradictorio y de alcance limitado del procedimiento, requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador canario, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante —artículo 33 de la Ley Hipotecaria— y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la admi-

nistración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

En definitiva, como señala la Resolución de 3 de julio de 2015, no es que no sea admisible la adquisición de licencias por silencio administrativo positivo al amparo de una legislación que lo contemple, sino que se necesita una manifestación expresa, en este caso del Ayuntamiento, relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción de la segregación. Por tanto, con independencia de la admisibilidad del silencio positivo en los actos de división o segregación de fincas —cfr. artículo 11.4 del texto refundido de la Ley de Suelo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 143/2017, de 14 de diciembre—, el legislador básico estatal determina la imposibilidad de entender adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística y que la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística —cfr. artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo—, constituyendo un presupuesto esencial para la inscripción en el Registro de la Propiedad que se justifique al registrador la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta conforme a la legislación que le sea aplicable.

Resolución de 12-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Villena.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DOMINIO PÚBLICO.

Se analizan las diferentes opciones cuando se pretende inscribir una base gráfica de una finca colindante con el dominio público.

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, como en el presente caso, lo procedente es denegar, no suspender la inscripción.

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación, y el juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

Ciertamente, la incidencia del acto de clasificación de una vía pecuaria sobre los dominios particulares que colindan con la misma se realiza a través de su deslinde administrativo, conforme al artículo 8.1 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, que

es «el acto administrativo por el que se definen los límites de las vías pecuarias de conformidad con lo establecido en el acto de la clasificación», declarando, conforme al artículo 8.3, «la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados». El título inscribible es la certificación administrativa que incorpora el acto administrativo firme de deslinde, tras el oportuno expediente, junto con el plano georreferenciado de la vía pecuaria. Solo así la georreferenciación de la vía pecuaria resultante del deslinde, como acto de ejecución del acto de clasificación puede producir efectos jurídicos y rectificar las situaciones registrales contradictorias.

Es la delimitación jurídica de la vía pecuaria la que impide que se practique una inscripción contradictoria con la misma. Esta delimitación de la vía pecuaria a la que se refiere el precepto es la que resulta del deslinde que es la que permite la delimitación cartográfica oficial. De la comparación de geometrías, a realizar por el registrador en la fase de calificación registral, puede resultar la invasión de dominio público, puesto que es el deslinde, tras expediente con notificación a los propietarios afectados, el que determina los límites georreferenciados de la vía pecuaria, sin perjuicio de las acciones reivindicatorias correspondientes en defensa de su derecho. Cuando el registrador tenga dudas sobre la posible invasión de la vía pecuaria, deberá solicitar el correspondiente certificado administrativo. En el presente caso, la registradora funda su calificación negativa en las alegaciones de la Administración, que se opone a la inscripción de la georreferenciación porque se invade parcialmente una vía pecuaria clasificada.

Esta matización del principio de protección general del dominio público, incluido el no inmatriculado, que debe entenderse al debidamente deslindado, cuando la delimitación respecto a sus colindantes sea dudosa, por no estar el dominio público precisamente delimitado, ha sido defendido por algunas Resoluciones de esa Dirección General, basándose en la prohibición de indefensión de cualquier ciudadano, que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Y es que el hecho de que la Comunidad Autónoma en el año 1963 clasificó un terreno colindante a su finca como vía pecuaria, sin que el propietario de la finca registral objeto del expediente, que se inscribió 5 años antes de la publicación de la Orden, haya sido oído en dicho expediente de clasificación puede suponer una situación de indefensión, pues puede afectar al tráfico de su finca, sin que haya sido oído para alegar lo que a su derecho convenga.

Por tanto, en atención a esta última doctrina, debe entenderse que la alegación realizada por la Administración no tiene la consistencia necesaria para convertir en contencioso el expediente, puesto que la inscripción de la rectificación superficial y de la ampliación de obra nueva no perjudica, de por sí, al dominio público ni perpetúa su usurpación, sino que determina el inicio del procedimiento de rectificación de la usurpación por parte de la Administración, mediante un expediente de deslinde abreviado.

Por tanto, sin perjuicio de la calificación registral de las circunstancias determinadas de cada caso, procede clarificar las distintas situaciones en que puede encontrarse la finca registral que linda con dominio público en la tramitación de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, para cohonestar la aplicación de los principios de protección del dominio público del artículo 132 de la Constitución con los de seguridad jurídica y prohibición de la indefensión de los artículos

9.3 y 24.2 de la Constitución. a)respecto a fincas colindantes con dominio público deslindado y georreferenciado: el registrador protegerá con su calificación registral cualquier usurpación del dominio público, mediante la aplicación informática homologada del artículo 9 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el registrador denegará la tramitación del expediente del artículo 199. b)respecto a las fincas colindantes con dominio público, cuyo deslinde no consta en el Registro de la Propiedad, el registrador tramitará el expediente, pudiendo darse dos situaciones: i)que el expediente de dominio esté iniciado, pero no concluido, sin que se haya solicitado la práctica de la nota marginal de inicio del procedimiento de deslinde. En este caso, para que la alegación de la Administración pueda ser estimada por el registrador, para aplicar el principio de protección del dominio público deberá acompañarse al escrito de alegaciones la resolución administrativa de inicio del deslinde, con plano georreferenciado de la porción de superficie de dominio público invadida y solicitud de la práctica de la nota marginal para hacer constar el inicio del expediente de deslinde, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 3/2014, de 3 de julio, citada. ii)que el expediente de deslinde no esté iniciado: en este caso, para que la oposición de la Administración pueda ser estimada por el registrador, deberá acreditarse que se ha dictado resolución administrativa de inicio del expediente de deslinde abreviado respecto a la finca en cuestión, tras la recepción de la notificación del Registro, acompañada del plano georreferenciado de la franja de dominio público invadido y acreditación de su remisión al titular registral de la finca afectada, solicitando la práctica de la nota marginal de constancia del inicio del expediente de deslinde abreviado, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 3/2014, de 3 de julio. Si dicha resolución no pudiera ser dictada dentro de los 20 días de plazo para alegar, que expresa el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, la Administración podrá solicitar una prórroga del plazo, por igual duración, para que pueda presentarse la solicitud. iii)si la Administración no pudiera aportar la resolución dentro del plazo de alegaciones, o el de su prórroga, podrá hacer constar por nota al margen de la última inscripción de dominio la clasificación ambiental, urbanística o administrativa del suelo en el que se ubica la finca registral, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria, siempre que identifique la porción de dominio público afectada y acredite que la resolución de clasificación se ha notificado al titular registral de la finca. Con dicha nota marginal se puede advertir la posible afección al dominio público y al posible expediente de deslinde de todo o parte del suelo de la finca registral, hasta que se inicie el mismo, pero sin paralizar el tráfico jurídico de la finca y sin perjuicio de las acciones judiciales que competan al titular registral en la defensa de su derecho.

Resolución de 13-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

HIPOTECA: PACTOS INSCRIBIBLES.

Se analizan diferentes pactos y su inscribibilidad.

En cuanto a la cláusula decimoséptima, se suspende la inscripción de lo que hace referencia a los domicilios, la forma que entre las partes se entenderán he-

chas las comunicaciones, los correos electrónicos y los números de teléfono de aquéllas. Así, respecto de la cláusula decimoséptima se ha suspendido la inscripción de todo lo relativo a lo que carece de trascendencia frente a terceros, constando en el Registro, de la citada cláusula, el domicilio a efectos de notificaciones del deudor, lo que se recoge en la cláusula decimoctava, y se suspende de la cláusula decimoséptima la constancia de dicho domicilio porque ya se recoge en la cláusula siguiente, que está referida a la ejecución hipotecaria; la decimoséptima se refiere a las comunicaciones entre las partes a todos los efectos, incluidos los personales. Por tanto, no tiene acceso al Registro y debe desestimarse este punto del recurso.

En cuanto a la cláusula cuarta, en la inscripción practicada se expresa la fórmula del cálculo de las cuotas por capital e intereses del sistema francés de amortización, en función del tipo de interés aplicable y el capital pendiente de reembolso en cada momento es la que consta en la escritura que motiva esta inscripción. Como bien alega el recurrente, para la determinación de la cifra exacta debe aplicarse la fórmula matemática cuya inscripción se ha omitido, por lo que, siendo que la registradora afirma en su informe que ha sido inscrita la formula, se hace conveniente que en la nota no haya dudas en ese aspecto, y se aclare la literalidad empleada —«se suspende por ser fórmulas aritméticas carentes de trascendencia real»—. Tal como aparece en la nota de calificación, no parece que se haya inscrito, si bien la registradora en su informe dice que consta inscrita. En cuanto al punto 4.4 consta inscrito, por lo que se desestima el recurso.

En cuanto a la cláusula séptima, se suspende la constancia de la cláusula matemática tal como consta literalmente, pero, a la vista del asiento de inscripción, consta en el Registro lo siguiente: «la fórmula del cálculo de las cuotas por capital e intereses del sistema francés de amortización (…) es la que consta en la escritura que motiva este asiento». De la misma manera que se ha expuesto antes, se estima esta parte del recurso.

En cuanto a la cláusula octava, relativa a la amortización anticipada, conviene recordar la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 16 de julio de 1996, reiterada por muchas otras) que pone de relieve la diferencia y doble efecto de los contratos en que se contienen: por un lado, las relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario y, por otro, la constitución de un derecho real sobre una finca. De forma que, sin prejuzgar sobre la validez civil de los referidos pactos en el orden de las citadas relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario, es indudable que tratándose de obligaciones y facultades meramente personales que no quedan alcanzadas en su cobertura por la garantía hipotecaria (ni siquiera se establece una garantía indirecta a través del pacto de vencimiento anticipado), carecen de las condiciones necesarias para acceder a los libros del Registro (cfr. artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 7, 9 y 51, número 6, del Reglamento Hipotecario). Así, la facultad de amortización anticipada no tiene efectos reales y, por tanto, no accede al Registro; en consecuencia, el orden de imputación de esas amortizaciones anticipadas, tampoco es inscribible dado el carácter accesorio de la primera. En definitiva, es una facultad que le reconoce el acreedor al deudor, pero no a terceros, por lo que es personal y por tanto no tiene acceso al Registro.

Resolución de 13-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que prohíbe desarrollar en las viviendas cualquier actividad profesional, mercantil o industrial impide la concesión del NRUA.

De los estatutos de la comunidad en que se ubica la vivienda: el artículo 6.11 establece que: «Los propietarios de las viviendas habrán de destinarlas exclusivamente a uso residencial, permanente o temporal. Queda prohibido desarrollar en ellas cualquier actividad profesional, mercantil o industrial». Y el artículo 15.1 determina que: «Los Inmuebles de que consta esta Comunidad, habrán de dedicarse exclusivamente a su uso como tal y de acuerdo con la Legislación vigente en cada momento sobre la materia. 15.2 Queda prohibido por tanto a sus propietarios u ocupantes desarrollar en ellos actividades que supongan alteración de dicho destino (...) Queda prohibido el uso total o parcial de cualquiera de las unidades o porciones de las que integran la Comunidad, para el ejercicio de cualquier actividad comercial, incluyendo negocios de hostelería y negocios de restauración».

Cita el recurrente la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, número 264/2025, de 18 de febrero, en la que se enumeran una serie de sentencias previas de las que se desprende la necesidad de una prohibición expresa de la actividad a la que se refiere el arrendamiento. Y alega que la actividad de hostelería necesariamente incluye la oferta de servicios de restauración, entendiendo que la mención del artículo 6.11 de los estatutos de que «queda prohibida cualquier actividad profesional, mercantil o industrial» no puede extenderse al caso de un alquiler como alojamiento turístico, por cuanto eso impediría también el alquiler de larga duración. También alega que debería existir una prohibición expresa a la actividad de alojamiento turístico de corta duración. A ello cabe oponer que si, en palabras de la propia Sentencia de 18 de febrero de 2025, se alude a la existencia (necesaria) de «una prohibición fundada en una estipulación clara y precisa»; tal prohibición resulta del mismo tenor literal del artículo 6.11 citado, cuando dispone que «queda prohibido desarrollar en ellas cualquier actividad profesional, mercantil o industrial».

Por consiguiente, la cita de esta Sentencia no refuerza la postura del recurrente, pues precisamente hay una norma estatutaria claramente prohibitiva. Y la Sentencia del Tribunal Supremo 1232/2024, de 3 de octubre, citando las Sentencias número 1643/2023 y 1671/2023 del mismo Tribunal, señala que «consideramos que tanto la legislación administrativa estatal, como la autonómica y municipal, califican como actividad económica la de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente (...)». De todo ello cabe concluir que, a la luz de la reciente jurisprudencia, la prohibición que se contiene en los estatutos de la comunidad, comprende expresamente la del alquiler turístico o vacacional, en cuanto se considera una actividad económica y la misma está expresamente prohibida.

La conclusión que se sigue de lo expuesto conduce a la ineludible aplicación del artículo 9.2.5.º del Real Decreto 1312/2024, que exige, para la obtención del

número de Registro: «Si la unidad está sujeta a un régimen de título habilitante como la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable (…) y sin que del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles resulte la existencia de resolución obstativa alguna, incluyendo, en su caso, la autorización, prohibición o limitación para tal uso conforme a la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal».

Resolución de 13-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que impone la obligación de destinar las viviendas de que consta el edificio a vivienda o domicilio personal del respectivo propietario, excluye la posibilidad de destinar la vivienda, para la que se solicita número de registro a un alquiler de corta duración.

En efecto, el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de derecho —párrafo segundo, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación».No obstante, en aplicación del principio «pro actione» y a la vista del escrito del recurrente, se entra a resolver el recurso.

Cierto es que, en este caso, la regulación contenida en los estatutos de la comunidad es anterior a las nuevas obligaciones que derivan del Real Decreto 1312/2024 ya citado; por tal razón, y para delimitar el alcance de la norma estatutaria alegada en la calificación, hemos de acudir tanto a decisiones jurisprudenciales que puedan ser aplicables al caso, como a la normativa sectorial en la materia (creciente, cabría apostillar, en intensidad y extensión). Ahora bien y como pone de relieve la calificación, los estatutos de la comunidad de vecinos en la que está integrada la finca registral número 31.699, imponen la obligación de destinar las viviendas de que consta el edificio a vivienda o domicilio personal del respectivo propietario, lo que excluye la posibilidad de destinar la vivienda, para la que se solicita número de registro a un alquiler de corta duración; alquiler que por definición es incompatible con el concepto de «hogar», o residencia de carácter permanente, que imponen los estatutos de la comunidad para todas las viviendas. Puntualizar, que esta norma estatutaria no es disconforme con la más reciente jurisprudencia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2025, que exige «una prohibición fundada en una estipulación clara y precisa»; prohibición que, en este caso es clara a la vista del tenor literal del artículo cuarto citado.

La conclusión que se sigue de lo expuesto conduce a la ineludible aplicación del artículo 9.2.5.º del Real Decreto 1312/2024, que exige, para la obtención del número de Registro: «Si la unidad está sujeta a un régimen de título habilitante como

la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable (…) y sin que del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles resulte la existencia de resolución obstativa alguna, incluyendo, en su caso, la autorización, prohibición o limitación para tal uso conforme a la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal».

Resolución de 17-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Lepe.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Solo en casos de certeza total puede denegarse la iniciación del procedimiento.

El inicio del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, que tiene por finalidad inscribir la georreferenciación de las fincas registrales, la cual a su vez determina la ubicación, delimitación y superficie precisa de cada finca, solo se puede denegar de raíz en aquellos casos en los que claramente se aprecie desde el principio, por ejemplo mediante el empleo de la aplicación gráfica registral homologada, que su tramitación estaría condenada al fracaso. Concretamente, ello puede apreciarse en los siguientes supuestos: a)que la georreferenciación aportada por el promotor y cuya inscripción solicita invada otra georreferenciación que ya conste inscrita para otra finca registral. b)que invada la delimitación del dominio público deslindado, incluso aunque dicho dominio público no estuviera debidamente inmatriculado. c)que claramente altere la identidad de la finca inscrita. En el caso que nos ocupa, los motivos en los que el registrador funda su negativa a iniciar siquiera el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria son tres: a) que respecto de la finca 2.117 «resulta de la ortofoto que la parcela catastral entra dentro de otra zona de cultivo». b)que además «se sitúa casi en su totalidad sobre zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre, y en parte, en zona de dominio público». c)que la finca 2.118 tiene la misma referencia catastral que consta ya en el folio de otra finca registral. De esos tres motivos, el primero y el último han de ser revocados por no ajustarse a los criterios que se acaban de razonar en el fundamento jurídico anterior, ya que sólo son determinantes de posibles dudas, pero no de certezas que permitan denegar el inicio del procedimiento del artículo 199, destinado, precisamente, a que con las notificaciones y posibles alegaciones de colindantes y terceros puedan ser finalmente confirmadas o disipadas tales dudas. Y, en cuanto al segundo motivo, la posibilidad de que la georreferenciación de una finca pueda intersectar con una zona de servidumbre de protección no es de por sí impedimento alguno para inscribir tal georreferenciación, pues, conceptualmente, por el propio concepto de servidumbre, las limitaciones legales derivadas de tal servidumbre pública afectarán, en su caso, a los usos, o a las facultades edificatorias, o de vallado o cerramiento de fincas, pero nunca a la titularidad dominical de la porción afectada por esa zona de servidumbre. En consecuencia, este primer inciso del concreto defecto señalado por el registrador ha de ser también revocado.

Por ello, sólo la alusión a que la georreferenciación pretendida pueda invadir, en parte, el dominio público marítimo-terrestre, tendría enjundia suficiente para motivar la denegación del inicio del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. También este concreto motivo señalado por el registrador sobre supuesta invasión parcial del dominio público marítimo-terrestre como causa para denegar el inicio del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ha de ser revocado, pues no sólo no concretaba el registrador gráficamente cuál fuera la zona o porción de tal invasión parcial, incurriendo en motivación insuficiente y causando con ello indefensión al recurrente, sino que de la información disponible y a la que se ha acudido para tratar de subsanar tal omisión, no resulta invasión alguna.

Resolución de 18-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La actividad de arrendamiento por temporada —y especialmente para estudiantes—, sería contraria —y se opone— a la exigencia estatutaria de destinar viviendas o locales de que consta el edificio a hogar de sus propietarios o inquilinos; razón por la que se trataría, a efectos de la asignación del número de registro solicitado y a día de hoy, de una actividad contraria a los estatutos comunitarios.

Podemos concluir en la exigencia de que, para la asignación de número de registro de alquiler de corta duración, tales arrendamientos han de tener como finalidad primordial uso distinto del de vivienda, pues caso de tratarse de un arrendamiento propio de vivienda, este quedaría excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto 1312/2024.

El Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, define las características de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración sujetos al mismo —de acuerdo con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre y el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024—, al exigir: «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». Por consiguiente, caen también dentro de su ámbito de aplicación los arrendamientos con finalidad de estudios, siempre que no supongan la necesidad de vivienda de carácter permanente del arrendatario.

La calificación del registrador que se recurre pone de manifiesto la existencia de obstáculos para la asignación del referido número; con base, principalmente, en el artículo 8 de los estatutos comunitarios de la finca matriz, que establece que las viviendas y locales del edificio «se destinarán a hogar de sus propietarios o inquilinos, no pudiendo dedicarse a hospedería, hotel o pensión (…)».Es cierto y también criterio general, que la interpretación de las limitaciones debe ser siem-

pre de carácter restrictivo, como cualquier limitación del derecho de propiedad, siendo clara y constante la jurisprudencia al respecto.

En el caso que motiva este recurso, la cuestión gira en torno al sentido que haya de darse al término estatutario «hogar de sus propietarios o inquilinos, no pudiendo dedicarse a hospedería, hotel o pensión (…)». Y qué duda cabe que la expresión «hogar de sus propietarios o inquilinos» tiene el sentido de necesaria dedicación a un uso residencial y estable de los propietarios o inquilinos (es patente la carga semántica de permanencia y estabilidad que conlleva el vocablo «hogar»); y no puede extenderse a un supuesto de uso por temporada, ni tampoco dedicarse a hospedería, hotel o pensión. La conclusión final que se impone es que, de conformidad con los estatutos comunitarios, la actividad de arrendamiento por temporada —y especialmente para estudiantes—, sería contraria —y se opone— a la exigencia estatutaria de destinar viviendas o locales de que consta el edificio a hogar de sus propietarios o inquilinos; razón por la que se trataría, a efectos de la asignación del número de registro solicitado y a día de hoy, de una actividad contraria a los estatutos comunitarios.

Resolución de 18-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La actividad de arrendamiento por temporada —y especialmente para estudiantes—, sería contraria —y se opone— a la exigencia estatutaria de destinar viviendas o locales de que consta el edificio a hogar de sus propietarios o inquilinos; razón por la que se trataría, a efectos de la asignación del número de registro solicitado y a día de hoy, de una actividad contraria a los estatutos comunitarios.

Podemos concluir en la exigencia de que, para la asignación de número de registro de alquiler de corta duración, tales arrendamientos han de tener como finalidad primordial uso distinto del de vivienda, pues caso de tratarse de un arrendamiento propio de vivienda, este quedaría excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto 1312/2024.

El Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, define las características de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración sujetos al mismo —de acuerdo con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre y el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024—, al exigir: «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». Por consiguiente, caen también dentro de su ámbito de aplicación los arrendamientos con finalidad de estudios, siempre que no supongan la necesidad de vivienda de carácter permanente del arrendatario.

La calificación del registrador que se recurre pone de manifiesto la existencia de obstáculos para la asignación del referido número; con base, principalmente, en el artículo 8 de los estatutos comunitarios de la finca matriz, que establece que las viviendas y locales del edificio «se destinarán a hogar de sus propietarios o inquilinos, no pudiendo dedicarse a hospedería, hotel o pensión (…)».Es cierto y también criterio general, que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier limitación del derecho de propiedad, siendo clara y constante la jurisprudencia al respecto.

En el caso que motiva este recurso, la cuestión gira en torno al sentido que haya de darse al término estatutario «hogar de sus propietarios o inquilinos, no pudiendo dedicarse a hospedería, hotel o pensión (…)». Y qué duda cabe que la expresión «hogar de sus propietarios o inquilinos» tiene el sentido de necesaria dedicación a un uso residencial y estable de los propietarios o inquilinos (es patente la carga semántica de permanencia y estabilidad que conlleva el vocablo «hogar»); y no puede extenderse a un supuesto de uso por temporada, ni tampoco dedicarse a hospedería, hotel o pensión. La conclusión final que se impone es que, de conformidad con los estatutos comunitarios, la actividad de arrendamiento por temporada —y especialmente para estudiantes—, sería contraria —y se opone— a la exigencia estatutaria de destinar viviendas o locales de que consta el edificio a hogar de sus propietarios o inquilinos; razón por la que se trataría, a efectos de la asignación del número de registro solicitado y a día de hoy, de una actividad contraria a los estatutos comunitarios.

Resolución de 18-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Viveiro.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA CON LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA.

El defecto del título inmatriculador es que no se incorpora una georreferenciación de la finca que sea coherente con la descripción de la finca en el título inmatriculador.

Antes de entrar en el fondo del asunto, procede aclarar al recurrente que la alusión a la escritura de compraventa en la calificación registral se debe a un error de transcripción, pues el registrador identifica debidamente el título calificado, con el notario autorizante, la fecha de otorgamiento y el número de protocolo, existiendo un error en cuanto a la identificación del negocio jurídico, fácilmente subsanable por el propio recurrente, que tiene conocimiento del negocio jurídico de pacto de mejora.

En la inmatriculación del 205 la segunda operación registral es la de calificar la coincidencia entre la descripción del título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica, que se incorpora al título inmatriculador, la cual ha de producirse «en todo caso», como literalmente dispone el artículo citado. Y es esta coincidencia la que entiende el registrador que no se cumple en el título inmatriculador calificado.

Estando el defecto alegado por el registrador en esa segunda operación, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 8 de noviembre de 2019, si el

registrador rechaza la inmatriculación por falta de identidad entre la finca descrita en el título inmatriculador y en el Catastro, ha de razonar adecuadamente su criterio, detallando los extremos concretos en que aprecia la falta de identidad. El registrador razona esa falta de identidad al declarar en la nota de calificación: «La identidad descriptiva entre título inmatriculador y Certificación Catastral Descriptiva y grafica debe ser idéntica a efectos de inmatriculación, lo que no se cumple en el presente caso) ya que se describe con una superficie y linderos que difiere de la que resulta de la Certificación Catastral descriptiva y grafica que se acompaña». Y, efectivamente, no puede inmatricularse una finca, cuando se declara que la misma es parte de una parcela catastral, cuya georreferenciación completa es la que se incorpora al título.

Y es que, realmente, el defecto del título inmatriculador es que no se incorpora una georreferenciación de la finca que sea coherente con la descripción de la finca en el título inmatriculador. La operación de inmatriculación es una de las operaciones jurídicas en las que la georreferenciación es circunstancia necesaria de la inscripción, conforme al artículo 9.b), primer párrafo, de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, el defecto debe ser confirmado en los términos en que ha sido redactado, por ajustarse a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que exige la coincidencia entre la descripción del título inmatriculador y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Este defecto podrá subsanarse aportando la georreferenciación concreta de la finca a inmatricular.

Resolución de 18-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍA MUNICIPAL.

En el presente caso no se acredita ante el registrador la existencia de la declaración dirigida a la Administración competente y su presentación en Oficina de Correos por sello de imposición del que resulta la identificación de la Oficina y la fecha.

Para poder practicar en el Registro de la Propiedad la inscripción correspondiente de cualquier documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana deberá acreditarse previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales.

En este sentido, el Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la correspondiente Ordenanza Fiscal estableciendo como obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo (vid. artículo 24.1 de la Ordenanza). No obstante, este carácter obligatorio, la misma Ordenanza permite presentar declaración ante la Administración Tributaria Municipal cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta (artículo 26 de la Ordenanza).

La cuestión se centra en determinar si la declaración que acompaña a la escritura pública es suficiente para acreditar la presentación de la declaración ante la Administración Tributaria competente y la respuesta es forzosamente negativa. Como afirmara esta Dirección General en el supuesto de la Resoluciones de 3 de junio y 7 de diciembre de 2013, los envíos aceptados por el operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal, siguiendo las formalidades previstas, se considerarán debidamente presentados, a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo, de conformidad con el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que desarrolla la normativa contenida en la Ley 24/1998, de 13 de julio, de Servicio Postal Universal y Liberalización de Servicios Postales.

En el presente caso no se acredita ante el registrador la existencia de la declaración dirigida a la Administración competente y su presentación en Oficina de Correos por sello de imposición del que resulta la identificación de la Oficina y la fecha.

Resolución de 19-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN Y LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.

Es necesaria la intervención de los legitimarios del transmitente en la partición de herencia del primer causante.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad a los causantes el transmitente, debiendo ser en definitiva los transmisarios los que lleven a cabo la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a la aceptación o repudiación de la herencia de los causantes. En el año 2013, fue el Tribunal Supremo el que zanjó en parte esta discusión, en la Sentencia de 11 de septiembre, al señalar que «(…) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren

la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y sólo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto este Centro Directivo en las citadas Resoluciones de 22 de enero, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018, 5 y 11 de abril y 6 de junio de 2019, 3 de febrero y 26 de mayo de 2021, 7 de marzo de 2022, 19 de abril y 4 de diciembre de 2023 y 29 de enero de 2024, sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por el Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «ius delationis» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, éste pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dichas Resoluciones, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Sin duda, el llamado como heredero por el transmitente —o por la Ley— está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas. Por todo ello, concluyó este Centro Directivo que en la partición de la herencia del primer causante era necesaria la intervención del legitimario del transmitente.

Como claramente se deduce de lo expuesto, este Centro Directivo no se aparta de la Sentencia dictada por el Pleno de Sala Primera del Tribunal Supremo el 11 de septiembre de 2013, y lo único que pone de manifiesto en las últimas Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente es que la obligada protección de los legitimarios exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «ius delationis» también se computa en la herencia del transmitente, en los términos antes expresados; esto es, que resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios como interesados en la herencia del denominado transmitente a los efectos de exigir —o no— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia. Y entre tales interesados está incluida, sin ningún género de dudas, la viuda del finado como legitimaria.

Resolución de 19-6-2025
BOE 8-7-2025
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN ELEMENTO PRIVATRIVO.

Aun cuando, en el presente caso, la modificación en la descripción de un elemento privativo con incremento de su superficie privativa a costa de los elementos comunes de la división horizontal cuenta con el acuerdo unánime de la junta

de propietarios (siquiera sea suplida la voluntad de uno de ellos por resolución judicial), lo cierto es que la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal deberá ser formalizada por los representantes de la comunidad de propietarios.

Atendiendo a los hechos referidos y a la documentación objeto de la calificación impugnada, no puede confirmarse el criterio de la registradora por el que considera necesario expresar la causa que permita al titular de la finca referida construir una planta más sobre la azotea del edificio en que se ubica y hacer suya la planta resultante. Como resulta de las escrituras y acta calificadas —y reconoce la propia registradora—, se solicita la inscripción de la rectificación de la descripción de uno de los elementos privativos que integran el edificio en régimen de propiedad horizontal no porque se haya realizado una construcción posterior a la constitución de dicho régimen, sino porque se debe rectificar una descripción registral que no se corresponde con la realidad existente desde la inicial construcción del edificio del que dicha finca forma parte, de modo que la descripción que ahora se expresa fue la que debió constar al declararse la obra nueva y constituirse el régimen de propiedad horizontal. No obstante, debe confirmarse el defecto expresado por la registradora relativo a la falta de intervención del presidente de la comunidad de propietarios, sin que sea suficiente la rectificación de la descripción del elemento privativo formalizada únicamente por los propietarios de este.

Aun cuando, en el presente caso, la modificación en la descripción de un elemento privativo con incremento de su superficie privativa a costa de los elementos comunes de la división horizontal cuenta con el acuerdo unánime de la junta de propietarios (siquiera sea suplida la voluntad de uno de ellos por resolución judicial), lo cierto es que la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal deberá ser formalizada por los representantes de la comunidad de propietarios.

En los supuestos de inscripción de obra nueva por antigüedad, tanto en la certificación de despacho como en la del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, como en cualquier otra publicidad que con posterioridad se expida, debe expresarse que se ha notificado al Ayuntamiento para que éste dicte la resolución procedente sobre la situación urbanística de la edificación y las posibles limitaciones a que pueda sujetarse el derecho de propiedad y proceda a solicitar su constancia registral por nota marginal.

Resolución de 17-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Casas-Ibáñez.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe la inscripción de la base gráfica si constan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no

haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación, y el juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

En el concreto caso de este expediente, la registradora funda sus dudas de identidad en las alegaciones de un colindante quien advierte que con la inscripción de la representación gráfica propuesta se produce una invasión de un patio común, que sirve a cada una de las dos fincas que se comprenden bajo la misma parcela. Sin embargo, la existencia de dicho patio común no consta en la descripción de la finca objeto del procedimiento, ni en la del colindante que plantea oposición (pues no tiene inmatriculada su finca), sino que la referencia a su existencia deriva del escrito de oposición, el cual se sustenta en un documento privado incompleto del que resulta la colindancia de la finca del alegante por su frente con un patio mancomunado, el cual da a la calle de situación de la finca.

Es cierto por tanto que el colindante que se opone no es titular registral y la documentación que aporta es privada, por lo que en principio no sería merecedor de la misma protección que el titular registral promotor del expediente. Ahora bien, sí que goza del carácter de documento público la resolución librada por el gerente territorial de Catastro en Albacete en aclaración sobre la notificación recibida en recurso de reposición en la que se deja claro que «se modifica la participación en la titularidad del suelo, al actualizar la base de datos alfanumérica con la base de datos gráfica», de tal manera que el porcentaje de participación en la titularidad del suelo pasa, respecto de la finca del alegante, de un 43,84 % al 30,60 % que se recoge en la actualidad.

Por tanto, constatado que existe una controversia entre titulares de fincas colindantes (aunque una de ellas no se encuentre inmatriculada) acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, dada la oposición manifestada por un titular de la finca colindante, aunque no tenga inscrita en el Registro de la Propiedad su correspondiente georreferenciación, es más, aunque no tenga su finca inmatriculada, pues la inscripción de la representación gráfica de la finca del promotor podría impedir o condicionar la inscripción de su propia representación gráfica en un momento posterior. 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 17-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Caducada la anotación al tiempo de presentar la adjudicación y el mandamiento de cancelación, no cabe cancelar las cargas posteriores, pero sí inscribir dicha adjudicación si no ha variado el tracto.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de ésta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

Respecto de las alegaciones realizadas en el escrito de recurso en relación con la postura que el Tribunal Supremo en los últimos años sobre esta materia, conviene recordar que el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— en su Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

En el presente caso, al tiempo en que se presentaron en el Registro la certificación de adjudicación en el procedimiento administrativo de apremio y el consiguiente mandamiento de cancelación de cargas (29 de enero de 2025), la anotación de embargo practicada a consecuencia de dicho procedimiento había incurrido claramente en caducidad, dado que tanto la anotación como la nota marginal de expedición de certificación de cargas eran de fecha 15 de abril de 2019. Por tanto, de acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, queda claro que no cabe cancelar las cargas posteriores a la referida anotación, dado que estas mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetas a la limitación que para ellas implicaba aquel asiento.

Considera el registrador que para la inscripción de la adjudicación sin cancelar la carga posterior se necesita solicitud expresa del interesado, lo que ahora no

sucede, conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. No puede mantenerse el criterio del registrador. No se trata de un caso de inscripción parcial que requiera el consentimiento expreso del interesado. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que se establece para los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, en los que, por exigencia del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, se han de presentar conjuntamente el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación, en los casos de ejecución ordinaria o en los procedimientos de apremio administrativo es posible presentar ambos títulos de forma separada, debiendo procederse a su calificación independiente.

Resolución de 17-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Cuenca.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ELEMENTO DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se admite la posibilidad de inmatricular un elemento en régimen de propiedad horizontal de manera independiente a los restantes elementos, cuando no constaba previamente inscrita la finca donde se procedía a la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal. Pero se necesita la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica del solar donde se asienta el edificio en propiedad horizontal

Desde el punto de vista material, este Centro Directivo ya admitió en su Resolución de 12 de diciembre de 2019, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 10 de marzo de 2020, la posibilidad de inmatricular un elemento en régimen de propiedad horizontal de manera independiente a los restantes elementos, cuando no constaba previamente inscrita la finca donde se procedía a la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de aportar la titulación precisa para justificar la previa adquisición de todos los propietarios de los elementos integrantes de la misma. Ningún obstáculo se advierte para rechazar esa inmatriculación en virtud de una primera inscripción de una cuota de participación en una comunidad especial si aparece completamente definido el régimen de esa comunidad y por consecuencia, el contenido de aquel derecho de cuota, como ocurre en el presente caso en el que se describe el total inmueble, se determina la parte de uso singular y exclusivo y, por exclusión, la de uso común, y la cuota respectiva (artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal).

No obstante, como también se dijo en las citadas resoluciones, deben tenerse en cuenta también los aspectos formales de la inmatriculación, pues, aunque sólo se vaya a inscribir la titularidad de uno de los elementos, la inmatriculación física de la finca sobre la que se asienta la división horizontal será de toda la finca. Para dicha inmatriculación, se impone una debida coordinación entre la descripción literaria de la finca y su base gráfica catastral o alternativa, en los términos señalados por los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 205 de dicha ley. Por lo que debe confirmarse en este punto la nota de calificación registral. La aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica del solar donde

se asienta el edificio en propiedad horizontal es un requisito formal ineludible en todos los supuestos de inmatriculación de finca en el Registro de la Propiedad, con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y urbanística.

Resolución de 18-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Parla, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO.

Se reitera el criterio de la DG sobre la demanda dirigida contra la herencia yacente y en los casos de bienes gananciales cuando la sociedad está disuelta y no liquidada.

Sobre la facultad de calificación del registrador respecto de lo documentos judiciales, ha de partirse, una vez más, del principio de tracto sucesivo como garante de los intereses y derechos que ostentan los titulares registrales. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Entrando en el estudio del defecto observado, en primer lugar, se solicita por la registradora la acreditación del fallecimiento de los cónyuges titulares registrales. El defecto debe confirmarse. Para extender asientos relativos a procedimientos seguidos contra la herencia yacente del titular registral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesaria la constancia de su fallecimiento, circunstancia que debe ser calificada por el registrador. El documento que da fe de la muerte de una persona y de la fecha y lugar de fallecimiento es el certificado de defunción. En el ámbito procesal, el fallecimiento tiene, igualmente, que quedar debidamente acreditado para justificar la legitimación procesal de la propia herencia yacente (artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 265.1 y.2 del mismo texto legal). Por lo tanto, una vez el juez haya admitido la demanda, será suficiente que se refleje en el mandamiento la fecha del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que, si ese dato no consta, como sucede en este caso, pueda obtenerse mediante una diligencia de adición al mismo o mediante la aportación del certificado de defunción.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. Comienza el Tribunal reconociendo que, con carácter general, el registrador debe «verificar que la titular registral o, caso de haber fallecido, sus herederos (quienes según la información registral son titulares de derechos afectados por la sentencia objeto de inscripción), han tenido posibilidad

de ser parte». A la vista de la señalada sentencia, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: — que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. — que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada, no puede establecerse la existencia de concretas personas llamadas a la herencia, ni la forma en que, en su caso, se hayan producido las notificaciones. Por lo tanto, el defecto, en este punto, debe así mismo confirmarse.

También se señala en la nota de calificación que, dado que la finca embargada aparece inscrita con carácter ganancial a nombre de los cónyuges don A. P. S. y doña A. E. R. y que se manifiesta que don A. P. S. ha fallecido, nos encontramos ante una situación de sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, por lo que habrán de cumplirse las reglas previstas en el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario: «Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos».En el presente caso, del tenor del mandamiento objeto de calificación, se ordena el embargo sobre «derechos de propiedad o cualesquiera otros que pudiera corresponder al ejecutado herencia yacente de A. P. S. sobre la Finca registral n.º 8703». Nada se dice del otro cónyuge titular registral ni de sus eventuales herederos. Por tanto, debe también confirmarse la calificación respecto de este defecto.

Resolución de 19-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 47.

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO SOBRE BIEN GANANCIAL.

Un negocio jurídico de disolución de condominio, que se deriva o trae causa de esa titularidad registral ganancial reflejada tabularmente en favor de los dos esposos, ha de ser realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

Respecto de la naturaleza jurídica de la extinción de comunidad, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de tal acto, que no implica un título de transferencia inmobiliaria. Por otra parte, distinto sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución. Esta Dirección

General ha abordado esta cuestión (vid., por todas, las Resoluciones de 1 de julio de 2016, 25 de julio de 2017, 19 y 27 de julio de 2018 y 25 de septiembre y 27 de noviembre de 2023, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente). Y, desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o personas con discapacidad implicados en la disolución de comunidad, este Centro Directivo ha exigido la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

Tiene razón la registradora al afirmar que, al estar inscrita con carácter ganancial la cuota indivisa que ya pertenecía al adjudicatario, es necesario el consentimiento de la esposa de este. Así lo ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resolución de 9 de mayo de 2017, entre otras.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 analizó un caso bastante similar al que es objeto de este recurso. Partiendo de la base de que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, se plantea si uno de los cónyuges, en este caso el marido, puede ejercitar solo la acción de división, o bien debe actuar conjuntamente con la esposa, tal como disponen los artículos 1375 y 1377.1 del Código Civil. Y responde a esta disyuntiva: «La conclusión a que se llega es que deben seguirse las reglas normales de la acción de división, es decir, que o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales».

En definitiva, un negocio jurídico como el realizado, que se deriva o trae causa de esa titularidad registral ganancial reflejada tabularmente en favor de los dos esposos, ha de ser realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria; lógica consecuencia, por tanto, de la legitimación que se deriva de los asientos registrales y del principio registral de tracto sucesivo.

Resolución de 19-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe la concesión del número de registro si existe una cláusula que restringe el uso a propietarios y arrendatarios.

Para resolver el presente recurso, debemos partir, del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 8 de las normas estatutarias, que dispone: «los sesenta y seis apartamentos existentes en el edificio será destinados exclusi-

vamente a vivienda, sin que pueda por tanto instalarse en ninguno de ellos, ni en parte del mismo industrias, comercios ni, en suma, ejercer ninguna actividad o profesión su titular o cualquier persona que pudiera ocuparlo». Por consiguiente, únicamente se permitiría el uso de vivienda, tanto para los propietarios como los arrendatarios; concepto, el de arrendamiento de vivienda, por lo demás claramente definido en el artículo 2.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos: «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».

Cierto es que, en este caso, la prohibición contenida en los estatutos de la comunidad no alude literalmente a las viviendas de uso turístico, dado que tales estatutos son anteriores al auge de aquellas; razón por la cual para delimitar (respecto de la cuestión suscitada) el concepto y el alcance de la norma estatutaria alegada en la calificación, hemos de acudir tanto a decisiones jurisprudenciales que puedan ser aplicables al caso, como a la normativa sectorial en la materia (creciente, en intensidad y extensión). Es también criterio general, que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictiva, como cualquier limitación del derecho de propiedad.

Ahora bien, y dejando sentado que una determinada calificación administrativa (adquisición previa de dicho carácter de vivienda de uso turístico), no prejuzga ni condiciona la asignación de número independiente ni la calificación registral (conforme las previsiones del Real Decreto 1312/2024); la cláusula estatutaria, en la que se basa la calificación negativa, es muy similar a las enjuiciadas por el Tribunal Supremo en sentencias como las reseñadas, e incluye la prohibición de alquiler turístico, por lo que aquella se ajusta plenamente a las previsiones del citado real decreto. Y es que, en conclusión, un título habilitante administrativo (autonómico en este caso) se mueve en la esfera administrativa, pero no supone la validez civil del alquiler turístico en la finca; siendo la comunidad de propietarios quien —si lo desea— puede modificar los estatutos para excluir, de las actividades prohibidas, la actividad turística.

Resolución de 20-6-2025
BOE 9-7-2025
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REGISTRO INCOMPETENTE.

No cabe la concesión del número de registro si se solicita en un Registro incompetente.

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 si se aportara un nuevo código registral único rectificado correspondiente a ese Registro.

En el presente caso, ni el código registral único ni las fincas ubicadas en (…) corresponden a la demarcación del Registro de la Propiedad de Barcelona número 11.

Resolución de 23-6-2025
BOE 24-7-2025
Registro de la Propiedad Madrid, número 19.

URBANISMO: EXPROPIACIÓN EN PROCEDIMIENTO DE COMPENSACIÓN.

Debe considerarse correcta la calificación de la registradora al señalar como defecto que impide la inscripción el no consignarse o depositarse la diferencia entre el importe pagado y el justiprecio fijado por el Jurado Territorial de Expropiación.

El artículo 108 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, regula el desarrollo del sistema de compensación como instrumento de ejecución urbanística. Este artículo prevé (apartado 3.b) que «los propietarios que no hubieran participado en la iniciativa deberán incorporarse a la Junta, si no lo hubieran hecho ya antes, dentro del mes siguiente a la notificación individualizada de la aprobación definitiva de los estatutos y las bases de actuación de aquélla, y transcurrido este plazo serán expropiados a favor de la Junta todos los propietarios que no se hubieran incorporado a ella». Para la expropiación, según el artículo 123 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, podrá aplicarse tanto el procedimiento individualizado como el de tasación conjunta, conforme a la legislación de expropiación forzosa También establece dicha ley que el justiprecio de los bienes y derechos se determinará mediante aplicación de los criterios establecidos por la legislación de expropiación forzosa y que podrá fijarse por mutuo acuerdo entre la Administración actuante y el expropiado. El mutuo acuerdo será posible en cualquier momento anterior a la fijación definitiva en vía administrativa del justiprecio y deberá respetar los citados criterios de valoración establecidos por la legislación de expropiación forzosa (artículo 121). En caso de discrepancia de los propietarios y restantes titulares de derechos con la hoja de aprecio formulada por la Administración expropiante, la fijación definitiva del justiprecio corresponderá al Jurado de Expropiación competente (artículo 140). En este caso se ha seguido el procedimiento de expropiación por tasación conjunta, cuya regulación se contiene en el artículo 202 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Considerando lo dispuesto en los artículos citados, el mencionado artículo 26.3 del Real Decreto 1093/1997 es el que centra el debate en este caso. Como reconoce el propio recurrente, las resoluciones del jurado de expropiación ponen fin a la vía administrativa, pues así resulta tanto del artículo 35.2 de la Ley sobre expropiación forzosa citado como del artículo 240.2 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid. En consecuencia, no parece que pueda aplicarse este artículo 26.3 para la inscripción en este caso, dado que el justiprecio ha sido fijado mediante resolución del Jurado Territorial de Expropiación de Madrid, que como se ha dicho pone fin a la vía administrativa. Aun cuando puede ser cierto que el justiprecio no sea definitivo a pesar de que se haya fijado mediante resolución que pone fin a la vía administrativa, sí que parece que lo que el artículo quiere decir es que el justiprecio ha sido ya fijado definitivamente en esa vía administrativa, de modo que la Administración ya no puede rectificarlo, sin perjuicio de su posible revisión judicial. Debe tenerse en cuenta que en este caso la Administración que aprueba la expropiación es una entidad distinta de la entidad urbanística colaboradora bene-

ficiaria de esta y que ha recurrido el justiprecio, que tiene intereses contrapuestos a los del particular expropiado. Es decir, en este caso no existe discrepancia del propietario afectado o interesado con el justiprecio fijado en vía administrativa. Por eso, podría entenderse que en un caso como este en que el justiprecio ha sido ya fijado definitivamente en vía administrativa, podría practicarse la inscripción sin perjuicio de los derechos del titular de la finca de origen de que se trate para revisar, en el procedimiento jurisdiccional que corresponda —no ya administrativo en este caso, pues ya no es posible—, la cuantía definitiva del precio pagado o depositado, pero siempre que se haya pagado o depositado el justiprecio fijado en vía administrativa por el Jurado Territorial de Expropiación.

En consecuencia, debe considerarse correcta la calificación de la registradora al señalar como defecto que impide la inscripción el no consignarse o depositarse la diferencia entre el importe pagado y el justiprecio fijado por el Jurado Territorial de Expropiación.

Resolución de 23-6-2025
BOE 24-7-2025
Registro de Barcelona, número 11.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY DE USURA.

En cuanto a este defecto relativo a la falta de determinación de las retenciones la nota de calificación debe ser ratificada, por cuanto el registrador debe calificar la existencia de una identificación adecuada y concreta de las cuantías retenidas, sin que sean admisibles fórmulas omnicomprensivas que no las detallen.

Determinación de la ley aplicable. Todas las circunstancias expuestas: fecha del contrato, carácter profesional del prestamista, finca hipoteca de carácter residencial, y prestatario y garante persona física —aunque sea no consumidor— lleva a la conclusión, por concurrir los requisitos señalados en su artículo 2.1.a), que la ley aplicable es la Ley 5/2019, de 15 de marzo, aunque el préstamo sea de carácter mercantil y los prestatarios se declaren no consumidores a los efectos del contrato, porque según la Exposición de Motivos de la citada ley, apartado III, como regla general «la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores».

En cuanto al alcance de esa extensión normativa, esta Dirección General viene sosteniendo (vid. Resoluciones de 13 y 27 de julio de 2019), que la aplicación de la legislación sobre consumidores a los fiadores, garantes de préstamos o créditos concedidos a no consumidores, solo afectaría al contrato de fianza, aval o hipoteca, pero no así al contrato principal de préstamo o crédito porque ambas relaciones jurídicas han de ser consideradas como autónomas. Ahora bien, en este supuesto en el que los garantes, aunque son personas físicas unidas funcionalmente a la sociedad prestataria y, por tanto, no consumidoras, lo que confirman con sus manifestaciones, no solo hipotecan una finca de carácter residencial, sino que también se convierten en responsables directos de la deuda, al situarse como prestatarios solidarios de un préstamo que por su destino es exclusivo de la sociedad mercantil, que también es prestataria; la aplicación de la normativa sobre

consumidores alcanzaría también al contrato principal de préstamo o crédito que dejaría de ser autónomo y debería ajustarse estrictamente a las limitaciones contractuales de las cláusulas financieras establecidas por la Ley 5/2019.

En concreto, en lo que afecta a este recurso, dispone el artículo 1, párrafo segundo de la citada Ley de 1908 que «será igualmente nulo [por usura] el contrato [préstamo o crédito hipotecario] en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias (…)». Pues bien, según la doctrina del Tribunal Supremo que resulta de la Sentencia antes citada de 2 de diciembre de 2014, en esta causa de nulidad contractual por usura de «cuando en realidad se recibe una cantidad de dinero prestado inferior a la nominalmente contratada», caso del denominado préstamo falsificado, la aplicación de la usura se objetiva plenamente en orden a la sanción de nulidad del contrato, con independencia de otras posibles consideraciones, que puedan concurrir, como se infiere de la expresión legal de «cualesquiera que sean su entidad y circunstancias»; por lo que para su apreciación solo deberá atenderse a sí esa cantidad recibida de menos directamente por el prestatario responde a una causa justificada teniendo en cuenta el tipo de relación negocial de que se trata y la práctica imperante en ese ámbito de la contratación.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo número 302/2020, de 15 de junio, que aborda un supuesto en el que se debate si en el contrato se «da como recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada», por haberse retenido el prestamista diversas cantidades, señala como regla general lo siguiente: «Debemos señalar que, de forma aislada, el que se cobren por adelantado los intereses no determina que nos encontremos ante un contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. De la misma manera que pueden incluirse en la cantidad prestada, y descontarse de lo que se entrega, las cantidades que razonablemente correspondan a servicios prestados. Tampoco existe inconveniente en que el prestamista, según lo acordado, retenga cantidades para pagar deudas del prestatario, sin que ello suponga de forma automática una disconformidad entre la cantidad declarada y la realmente recibida. Es decir, que el prestamista retenga cantidades del dinero prestado o que las entregue a terceras personas no comporta necesariamente que se trate de un "préstamo falsificado". En todos estos casos, si están debidamente identificados los gastos, guardan relación con el préstamo y deben ser asumidos por el prestatario, debe entenderse que las cantidades necesarias para satisfacerlos han sido "verdaderamente entregadas" al prestatario en el sentido del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura».

En el presente caso solo se encuentra debidamente identificada la tercera partida relativa a la comisión de apertura, cuyo cobro se encuentra expresamente admitido por el artículo 14.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, como un gasto del contrato del préstamo hipotecario. Las otras dos partidas retenidas no se identifican en modo alguno en la escritura y, aunque en el recurso presentado se señala que se corresponden respectivamente, la primera, a la cancelación de cargas previas —pagos a terceros— y costes de gestión, y, la segunda, a gastos de intermediación financiera, mediante el cual se ha obtenido el acceso a la financiación; esas afirmaciones no pueden ser tenidas en cuenta en este recurso al no haber sido objeto de la calificación recurrida, faltando, además la individualización de

los conceptos de la primera retención y la indicación de la hipoteca a cuya cancelación se refiere.

En conclusión, en cuanto a este defecto relativo a la falta de determinación de las retenciones la nota de calificación debe ser ratificada, por cuanto el registrador debe calificar la existencia de una identificación adecuada y concreta de las cuantías retenidas, sin que sean admisibles fórmulas omnicomprensivas que no las detallen. Ahora bien, esta calificación no puede extenderse a la comprobación de la realidad material del destino de cada retención, por cuanto tal comprobación exige unos medios de prueba o una ponderación del conjunto de las circunstancias que concurran en cada caso o un levantamiento del velo societario (sociedades con el mismo domicilio, socios o administradores, etc.), que son de competencia judicial.

Por último, respecto del segundo defecto de la nota de calificación, relativo a la no inscripción de las causas de vencimiento anticipado 9 y 10 de la estipulación sexta bis, que establece tal vencimiento: «9) Si esta escritura no llegare a inscribirse en el Registro de la Propiedad dentro del plazo de tres meses, a contar desde el día de hoy, por causas imputables a la parte prestataria y/o hipotecante. 10) si en caso de producirse una calificación negativa por parte del registrador por defectos subsanables, el prestatario y/o hipotecante no colaborasen activamente a requerimiento de la acreedora para la subsanación de los defectos, incluyendo la personación en notaría para la corrección de defectos en el plazo de 2 semanas desde el requerimiento»; es cierto que responde a una causa jurídica adecuada, que tiene su fundamento en la misma razón de ser que la norma del artículo 1129 del Código Civil cuando indica que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: (...) 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido». Ahora bien, una vez que ya se ha inscrito la hipoteca con conservación de la prioridad derivada de la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, esta cláusula tiene carácter superfluo, ya que el vencimiento anticipado que proclama no puede operarse, como ya señalaron las Resoluciones de este Centro Directivo de 21 de diciembre de 2010, 8 de junio de 2011 y 9 de marzo de 2016; por lo que en términos de reclamar su inscripción, como hace la parte recurrente, debe también ratificarse la calificación registral.

Resolución de 24-6-2025
BOE 24-7-2025
Registro de la Propiedad de Lleida, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Se mantiene la doctrina sobre la caducidad de las anotaciones preventivas.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación,

de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de ésta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

Respecto a la postura que el Tribunal Supremo en los últimos años sobre esta materia, conviene recordar que el Alto Tribunal —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— en su Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

En el presente caso, al tiempo en que se presentaron en el Registro el decreto de adjudicación y el consiguiente mandamiento de cancelación de cargas (7 de febrero de 2025), la anotación de embargo practicada a consecuencia de dicho procedimiento había sido cancelada por caducidad.

Resolución 25-6-2025
BOE 24-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: FINCA DESCRITA COMO LOCAL COMERCIAL.

No cabe la concesión del número de registro si la finca aparece en el Registro como local.

Hay que poner de relieve que el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, que regula el procedimiento de registro único de alojamientos de corta duración, es aplicable a viviendas (siempre que no supongan necesidad permanente para la persona arrendataria); no a locales comerciales, según resulta de la propia Exposición de Motivos de dicho texto legal y de su artículo 4.2, que se refiere a: «Los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración tendrán las siguientes características de acuerdo con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024: 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». Dicho lo cual, lo cierto es que la finca consta en el Registro de la Propiedad como local comercial, y para que le fuese asignado el número de registro de alquiler, debería inscribirse previamente la escritura de

cambio de uso de local comercial a vivienda. Pero como sería factible inscribir dicho cambio de uso, procede confirmar el defecto, matizando, eso sí, que el mismo es subsanable.

Existe, por tanto, plena libertad para establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal; de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado. Eso sí, a no ser que este uso esté legalmente prohibido, o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo, o su regulación estatutaria; como ponen de relieve las Sentencias de 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 entre otras. La cláusula estatutaria en la que se basa la calificación negativa incluye, (en tanto que actividad económica) la prohibición de alquiler turístico, por lo que —reiteramos— aquella se ajusta plenamente a las previsiones del citado Real Decreto. Y es que un título habilitante administrativo (autonómico en este caso) se mueve en dicha esfera, pero no supone ni conlleva la validez civil del alquiler turístico en la finca; siendo la comunidad de propietarios quien si lo desea podrá modificar los estatutos para excluir, de las actividades prohibidas, la actividad económica de alquiler turístico (cfr. artículos 7.3 y 12 de la vigente Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 25-6-2025
BOE 24-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

CAMBIO DE USO: REQUISITOS A LOS EFECTOS DEL ART. 28.4 DE LA LS.

A los efectos del artículo 28.4 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, para admitir como medio de prueba del carácter consolidado de las obras que determinan el cambio de uso o destino de una finca integrada en edificios ya declarados, es necesario acreditar el oportuno certificado del órgano administrativo competente en materia de disciplina urbanística.

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura, integrando el contorno que delimita su contenido. De ello se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. Paralelamente, el denominado aprovechamiento urbanístico, expresión económica del derecho de propiedad urbana, viene directamente determinado por parámetros de edificabilidad y tipología de uso. El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado a cabo de acuerdo con, entre otros extremos, los usos previstos y aprobados. Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige

nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (vid. artículo 28, apartado 3, de la Ley de Suelo).

Ciertamente, como señaló la Resolución de esta Dirección General de 21 de julio de 2021, el hecho de que la superficie mínima o las condiciones de habitabilidad que han de tener las viviendas según la normativa urbanística sea un dato objetivo no impide la aplicación de la doctrina expuesta, pues al registrador le corresponde el control de la legalidad urbanística, pero solo a través de los mecanismos legalmente previstos, entre los cuales no se encuentra el realizar un juicio sobre si una vivienda reúne o no las características exigidas por la legislación urbanística para tener la consideración de tal, dada su limitada competencia en la materia y el propio régimen de recursos contra la calificación, en el que tanto la calificación negativa del registrador como las resoluciones de la Dirección General son recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil —cfr. artículo 328 de la Ley Hipotecaria—. Es al Ayuntamiento al que le corresponde ese concreto control y reaccionar contra la infracción urbanística que se hubiere podido cometer, solicitando en su caso que se anote en el Registro de la Propiedad el expediente incoado.

No obstante, en la reciente Resolución de esta Dirección General de 9 de abril de 2024, relativa a una escritura de declaración de obra antigua de habilitación de buhardilla como vivienda en el País Vasco, se afirmó que la aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles se condiciona a que tanto la normativa urbanística de aplicación como la jurisprudencia que la interpreta posibiliten la prescripción o caducidad de la acción de restablecimiento de legalidad respecto al uso. En el caso de la Comunidad de Madrid, en relación con los actos de cambio de uso la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —cfr. sentencias de 24 de julio de 2019 y de 4 de noviembre de 2022—, ha mantenido que el procedimiento previsto en el artículo 195 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, es aplicable tanto a los actos de edificación como a los actos de uso del suelo ya finalizados cuando tales actos o el uso se realicen sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ellas, siendo que en todos los supuestos —y, por tanto, también en los de privación o cese del uso— el ejercicio de la potestad para el restablecimiento de la legalidad urbanística está condicionado a que se lleve a cabo por la Administración en el plazo de cuatro años (plazo que se eleva a seis años por Ley 7/2024, de 26 de diciembre de 2024) desde la total terminación de las obras. Son los usos no permitidos por el planeamiento urbanístico los únicos que no están sometidos al plazo de caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística, como ha reiterado la más reciente Sentencia de 12 de marzo de 2021. No resulta suficiente acreditar que el local en cuestión, total o parcialmente, ha venido dándosele un uso residencial, dado que tal uso bien pudo dársele sin que existiese acceso de vehículo, sin cubrición de la nave o sin la actualmente distribución en diversas dependencias, «pues es necesario, reiteramos, acreditar, no desde cuando se le viene dando un uso residencial a la nave industrial, sino cuando fueron llevadas a cabo y ejecutadas las concretas obras, no otras…» —cfr. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2021—.

Por ello, el hecho de que exista jurisprudencia que no admita la prescripción del uso como actividad continuada no obsta a la posible aplicación de la doctrina de esta Dirección General que se refiere a las obras que determinan la modificación del destino de la finca en cuanto a cualidad descriptiva. Ahora bien, dado el carácter no contradictorio del procedimiento registral y el hecho de que se trate de actuaciones interiores que, en muchos casos, solo podrán ser conocidas por el Ayuntamiento tras su comunicación registral, como primer signo exterior, deben matizarse los requisitos regulados por el artículo 28.4 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, para admitir únicamente, como medio de prueba del carácter consolidado del cambio de uso o destino de fincas integradas en edificios ya declarados, el oportuno certificado del órgano administrativo competente en materia de disciplina urbanística. Este planteamiento permite conciliar el tratamiento registral de los actos que implican modificación en la descripción de la finca con la jurisprudencia antes citada que únicamente admite la virtualidad de la prescripción respecto a usos compatibles con la ordenación urbanística aplicable.

En conclusión, a los efectos del artículo 28.4 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, para admitir como medio de prueba del carácter consolidado de las obras que determinan el cambio de uso o destino de una finca integrada en edificios ya declarados, es necesario acreditar el oportuno certificado del órgano administrativo competente en materia de disciplina urbanística.

Resolución de 30-6-2025
BOE 24-7-2025
Registro de la Propiedad de Málaga, número 10.

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS RESPECTO DE UNA ESCRITURA PENDIENTE DE DESPACHO.

El conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Esta doctrina es aplicable al caso de presentación del mandamiento penal ordenando la prohibición de disponer con posterioridad a la escritura que documenta el acto dispositivo, pero estando está aún pendiente de despacho, y habiéndose otorgado dicho acto con posterioridad a la expedición del mandamiento referido.

Conviene, en primer lugar, recordar la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer. De acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 21 de julio de 2017), se han de distinguir dos grandes categorías: — Por un lado, las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (vid. Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habérsele transmitido la

facultad dispositiva. A «sensu contrario», si cuando el titular otorgó el acto dispositivo no tenía limitado su poder de disposición, por no haberse aún otorgado la referida prohibición, dicho acto sí sería válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, si bien la inscripción de tal acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que ésta debe arrastrarse (vid. Resolución de 8 de julio de 2010). — Por otro lado, encontramos las prohibiciones de disponer adoptadas en los procedimientos penales y administrativos, mediante las cuales se pretende garantizar el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición.

Constituye también doctrina de este Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar. Esta doctrina dictada en relación a prohibiciones de origen contractual, voluntario o en procedimientos de índole civil, se consideró aplicable también a las prohibiciones de disponer ordenadas penal o administrativamente, de manera que se admitía anotación del embargo posterior, pero el adjudicatario quedaba sujeto a la prohibición de disponer penal o administrativa, de manera que esta no queda perjudicada. Así las Resoluciones citadas en la de 17 de diciembre de 2024 (entre ellas las de 31 de enero de 2012 y 28 de octubre de 2015) admitieron practicar anotación del embargo presentado cuando ya consta anotada una anotación de prohibición de disponer ordenada en causa penal o por la Agencia Tributaria, ex artículo 170.6 de la Ley General Tributaria.

Respecto a la inscripción de los actos dispositivos de fecha posterior al acceso registral de la medida cautelar, pero basados en asientos anteriores a la misma, procede realizar también esa doble diferenciación, atendiendo a la doctrina establecida por este Centro Directivo en las recientes Resoluciones de 3 de octubre y 17 de diciembre de 2024. El referido cierre registral no solo afecta a los actos dispositivos voluntarios, sino también a las enajenaciones forzosas derivadas en un asiento anterior al de la prohibición de disponer. En particular, rige aquí el criterio reseñado en la Resolución de 17 de diciembre de 2024. Señaló entonces el Centro Directivo que, en el caso de que «la prohibición de disponer judicial o administrativa, de orden público, se haya practicado con posterioridad al gravamen que se ejecuta, el cierre registral a la inscripción de la ejecución posterior a la medida cautelar de prohibición será total, sin que sea de aplicación el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, tal como se estableció en la Resolución de 3 de octubre de 2024. En estos casos, será el juez de lo Penal o la autoridad administrativa que acordó la medida cautelar de prohibición de disponer quien debe autorizar o no la inscripción del testimonio de adjudicación y los términos en que debe hacerse (con subsistencia o no de la medida cautelar)». Por el contrario, tratándose de

prohibiciones de disponer voluntarias o adoptadas en un proceso judicial civil, el criterio de cierre registral absoluto no puede sostenerse, pues distintos son los intereses tutelados, y, por tanto, distinta debe ser también la interpretación teleológica del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, así como su exégesis sistemática en relación al principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

Una vez analizado el acceso registral de los actos de disposición, voluntarios o forzosos, anteriores o posteriores a las prohibiciones de disponer de carácter penal o administrativo, o bien civil o voluntario, procede estudiar el supuesto de hecho planteado en el presente expediente, esto es, el caso de presentación del mandamiento penal ordenando la prohibición de disponer con posterioridad a la escritura que documenta el acto dispositivo, pero estando está aún pendiente de despacho, y habiéndose otorgado dicho acto con posterioridad a la expedición del mandamiento referido. La Resolución de 25 de febrero de 2025, en un supuesto equivalente al ahora planteado, recuerda que el conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo.

Sin embargo, lo argumentado no quiere decir que el defecto aducido por el registrador tenga naturaleza de insubsanable; por el contrario, podría subsanarse aportando autorización judicial expedida por el Juzgado de Instrucción que ordenó la prohibición de disponer, pues es a este a quien constitucionalmente compete decidir si la el acto dispositivo cuya inscripción se pretende y su reflejo registral obstan o no al estricto cumplimiento de la legalidad administrativa o al resultado del proceso penal que el juez de lo Penal trata de salvaguardar. Tal fundamento subyace igualmente en el citado artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 2-7-2025
BOE 24-7-2025
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 7.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PATRIMONIO PROTEGIDO.

Se analiza la trascendencia de una modificación de las reglas de administración del patrimonio protegido.

Para resolver la cuestión planteada en este expediente debe determinarse si, una vez modificado el régimen de administración dispuesto en la primitiva escritura pública constitutiva del patrimonio protegido, ha de entenderse o no subsistente la exigencia que en dicha escritura se impone respecto de la autorización judicial para la venta de los bienes integrantes del patrimonio. En definitiva, se trata de resolver si la modificación del régimen de administración del patrimonio protegido constituido por la ahora recurrente, que pasa de atribuirse a un órgano

de administración integrado por cuatro de sus hijos a conferirse en exclusiva a ella misma, constituyente y beneficiaria de dicho patrimonio, implica necesariamente que todas aquellas disposiciones referidas al órgano y régimen de administración previstos en la escritura originaria resultan inaplicables por cuanto tal órgano ha dejado de existir como tal.

En el supuesto contemplado en el presente expediente nos encontramos ante un patrimonio protegido constituido por la propia beneficiaria, afectada con un 52 % de discapacidad, si bien en su otorgamiento, comparecieron, en su representación, cuatro hijos. El hecho de que el inicial órgano de administración estuviera formado por cuatro hijos y posteriormente rectificado este órgano de administración por el nombramiento como administradora de la propia señora M. G. M. no determina que necesariamente haya de entenderse modificado, simultáneamente, la forma de administración de este patrimonio, excluyéndose de la autorización judicial «(…) aquellos actos que, según las leyes, la requieran, en aplicación de las normas del Derecho Civil sobre la tutela (hoy curatela…)», puesto que es perfectamente posible que la propia constituyente y beneficiaria del patrimonio protegido, con un grado de discapacidad de 52 % en el momento de su constitución, hubiera querido establecer mecanismos de autoprotección. Además, debe señalase que el referido régimen de administración y autorización judicial constan inscritos en el Registro de la Propiedad, cuyo asiento determina la presunción de existencia y pertenencia a su titular del derecho en la forma en que consta inscrito (artículo 38 de la Ley Hipotecaria), cuyo contenido se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 23-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si concurre una duda fundad sobre la finca, no cabe inscribir la base gráfica.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y

201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio.

Ha sido definido el exceso —y defecto— de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación con su naturaleza y alcance, y con base en los argumentos legales correspondiente, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro.

En el supuesto de hecho objeto de este expediente, las dudas de la registradora manifestadas en su nota de calificación deben entenderse justificadas, habida cuenta la oposición formulada, el cual, además, se encuentra respaldado por un informe de técnico que recoge las coordenadas de ubicación geográfica de la finca del colindante, resultando de la superposición entre éstas y la representación gráfica catastral cuya inscripción se solicita, la existencia de un solape. Resulta evidente la existencia de una controversia latente respecto de la línea de separación entre dos fincas 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 declararon las Resoluciones de 3 de julio de 2023 y 24 de febrero de 2025.

Resolución de 23-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad El Puerto de Santa María, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si concurre una duda fundad sobre la finca, no cabe inscribir la base gráfica.

Como cuestión previa debe recordarse que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria «el recurso deberá 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».

Cada una de las incidencias relevantes que se produzcan durante la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley, tales como el inicio y conclusión de su tramitación, así como la remisión y recepción de notificaciones o edictos, comparecencias, alegaciones, acuerdos, etc., se documentarán debidamente mediante sucesivas diligencias firmadas por el registrador con valor de certificación. El completo expediente así formado quedará archivado en el registro, debidamente relacionado con el asiento de presentación, y en su caso, con la inscripción practicada. Siendo esto así, el registrador, salvo que concurran y se motiven por parte del registrador razones de protección de datos personales, podrá e incluso deberá proporcionar publicidad formal de tal expediente completo, o de incidencias particulares, a quien lo solicite teniendo interés legítimo para ello. De lo expuesto cabe concluir que el promotor y recurrente tiene razón al quejarse de que no se la haya facilitado, pese a solicitarlo, el contenido íntegro de la oposición formulada contra su pretensión.

El problema es que, en el caso presente, la georreferenciación catastral inscrita es la que costaba incorporada al título de compraventa para precisar el objeto del negocio otorgando por dos partes negociales, esto es, la vendedora y la compradora. Y siendo ello así, no puede ahora la compradora por sí sola, sin concurrencia de la vendedora, alterar unilateralmente, ni en poco ni en mucho, cuál fue el objeto del negocio formalizado e inscrito.

En el presente caso, consta oposición de quien acredita ser titular de una finca registral colindante, en concreto la finca 8.604, y su oposición es terminante, documentada gráficamente, y, lo que resulta esencial, con concreción de la porción geográfica respecto la que formula tal oposición. Por tanto, la nota de calificación registral negativa fundamentada en tales extremos resulta conforme a Derecho, por lo que ha de ser confirmada, y desestimado el recurso contra ella.

Resolución de 23-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Picassent, número 1.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: LICENCIA.

El registrador debe comprobar la correspondencia de la operación jurídica realizada con el documento administrativo que acredite la conformidad, aprobación o autorización administrativa.

Todos los documentos que se aportan al tiempo de la interposición del recurso, y que, por tanto, la registradora no ha tenido ocasión de calificar, se consideran extemporáneos y no pueden ser tenidos en cuenta en la resolución del recurso.

Tanto notarios como registradores cumplen con exigir que se aporte la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable, sin que sea preciso que indaguen la licitud intrínseca de dicha autorización, de conformidad con la presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos (cfr. artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa»). Sin embargo, sí deben comprobar la correspondencia de la operación jurídica realizada con el documento administrativo que acredite la conformidad, aprobación o autorización administrativa.

En el presente caso, es claro que falta la correspondencia entre la superficie contenida en la licencia municipal de segregación (15.690 metros cuadrados), la superficie que consta en el título (10.753,09 metros cuadrados según reciente medición) y la superficie que consta en la certificación catastral en base a la que se solicita la inscripción (10.554 metros cuadrados). Por todo ello, ello resulta plenamente justificada la exigencia de la registradora de adaptar la descripción autorizada inicialmente en la licencia municipal a la variación posterior de la superficie a segregar, ya que el acto de segregación pretendido debe adecuarse a la licencia concedida.

Resolución de 24-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Moralzarzal.

OBRA NUEVA: PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.

La representación gráfica debe ser objeto de inscripción en toda declaración de obra nueva.

La regla general sobre posibilidad de inscripción parcial de los documentos presentados en el Registro de la Propiedad, es que si el pacto o estipulación rechazados por el registrador afectan a la esencialidad del contrato o derecho real cuya inscripción se pretende, la inscripción parcial solo será posible, sin dicho pacto, si media solicitud expresa e indubitada del interesado o interesados (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 18 de julio y 19 y 20 de octubre de 2016, 20 de octubre de 2017, 21 de junio, 31 de octubre y 2 de noviembre de 2018 y 21 de junio de 2019), no pudiendo el registrador actuar de oficio en aras a practicar esa inscripción parcial.

La naturaleza rústica o urbana de la finca es un elemento que complementa su descripción, en orden a la identificación precisa del objeto de derecho. Se refiere, en principio, a su naturaleza desde el punto de vista de la normativa civil, pero adicionalmente podrá constar su calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente si resulta acreditada. Por ello no debe identificarse la naturaleza de la finca a la que se refiere la legislación hipotecaria con su clasificación urbanística, pues en ningún momento se impone la constancia de ésta última y su acreditación, salvo que resulte obligado para la aplicación de una determinada norma. Ello no quiere decir que el registrador, en su función calificadora, no pueda apoyarse en la dicha clasificación en orden a rectificar la descripción registral de la finca, como un elemento más que le ayudará a valorar objetivamente si la finca puede describirse como rústica o como urbana, desde el punto de vista civil.

En el presente caso, la finca, desde su formación por segregación consta inscrita con el carácter de urbana, si bien de la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título resulta su carácter de rústica. Asimismo, en el visor web de planeamiento de la Comunidad Autónoma de Madrid resulta estar ubicada la finca en suelo clasificado como no urbanizable de protección. Aunque el recurrente, en este caso, entiende que no es necesario hacer constar el cambio de naturaleza de la finca para lograr la inscripción de la obra nueva declarada, lo cierto es que la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada es suficiente para determinar la naturaleza rústica de la finca, máxime si consideramos acreditada la correspondencia de la finca registral con las parcela, lo que no se ha cuestionado en la nota, resultando que los datos sobre polígono y parcela constan incorporados al folio real. Existen, por tanto, elementos objetivos para hacer constar la naturaleza rústica de la finca en la descripción registral, tal y como puede entenderse desde un punto de vista civil, tanto por su situación en un ámbito de suelo no urbanizable con determinado grado de protección.

Constituye un presupuesto esencial para toda inscripción de obra nueva la previa inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, con independencia de que la edificación ocupe la totalidad de la superficie de la finca o se encuentre adosada a un lindero (lo que no ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, pese a lo afirmado por el registrador en su nota de calificación), incluso en el caso de que el registrador no aprecie dudas en cuanto a su concreta ubicación, pues únicamente a través de la inscripción de la base gráfica podrá realizarse tal análisis geométrico espacial que permitirá comprobar que, efectivamente, la edificación se ubica dentro de los límites de la finca resultantes de las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Por tanto, la representación gráfica debe ser objeto de inscripción en toda declaración de obra nueva, según lo expuesto, con el efecto fundamental de la extensión de los efectos del principio de legitimación registral a la ubicación y delimitación geográfica resultante de la representación gráfica inscrita y, por extensión, a la ubicación de la edificación que se declara.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio.

Alega el registrador la posible invasión de una vía pecuaria. Efectivamente, de la superposición de la cartografía catastral sobre la información territorial asociada resulta la referida invasión. Tal y como señaló esta Dirección General en las Resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Ahora bien, exige el registrador, como medio para acreditar el carácter no demanial de la vía pecuaria, que el interesado aporte certificación de la Administración titular del dominio público que acredite precisamente que la representación gráfica catastral aportada no invade el dominio público. A este respecto, debe advertirse que tratándose de un exceso de cabida superior al 10 % de la cabida inscrita basado en certificación catastral descriptiva y gráfica, lo procedente sería tramitar el procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En el caso de este expediente, el registrador suspende la inscripción de la representación gráfica alternativa, por la circunstancia de existir un previo exceso de cabida declarado e inscrito sobre la finca y por existir alteraciones en la cartografía catastral, las cuáles no sólo se refieren al dato de la cabida de la parcela sino que, al contrario de lo que afirma el recurrente, también afectan a la geometría de la finca, lo que justifica las dudas de identidad manifestadas por el registrador en su calificación, las cuales se encuentran suficientemente explicitadas en su nota de calificación.

Resolución de 24-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: FINCA COLINDANTE CON EL DOMINIO PÚBLICO.

Se recuerda cómo proceder en los casos en que la finca colinde con el dominio público, según sus distintas situaciones.

En el desarrollo del expediente del artículo 199, hay dos actos de calificación registral. El primero referido a la decisión inicial del registrador de tramitar o no del expediente, según tenga o no dudas en la identidad de la finca, que no puedan resolverse con la tramitación del expediente. Una interpretación lógica y sistemática nos lleva a concluir que dicha calificación inicial debe realizarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha del asiento de presentación del título en virtud del cual se solicita la tramitación del expediente, por aplicación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. El segundo momento es la decisión del registrador a la vista del resultado de la tramitación del expediente, según sus dudas se hayan disipado o no con la misma. Ninguna previsión al respecto contiene el artículo 199. En consecuencia, y por aplicación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria puede deducirse que dicha calificación deberá efectuarse en los 15 días hábiles siguientes a la fecha de conclusión de la tramitación, de la que deberá dejarse constancia en la nota de calificación, a los efectos del cómputo de los plazos.

Entrando en el fondo del asunto, resulta un indicio de invasión del dominio público, que no deriva del contraste en la aplicación gráfica registral, entre la georreferenciación aportada y la capa gráfica del deslinde del dominio público aprobado formalmente, sino que resulta de una apreciación visual al contrastar la georreferenciación aportada con la capa de información territorial pública correspondiente. Por ello, la registradora inicia la tramitación del expediente, siguiendo la doctrina de esta Dirección General de 10 de enero de 2024.

En el presente caso, siendo el colindante que formula alegación una Administración Pública, debemos recordar que la Ley 13/2015, de 24 de junio, impone una obligación de protección del dominio público, incluso no inmatriculado al registrador. Sin embargo, dicho principio debe aplicarse al dominio público indubitado, es decir, aquel respecto del cual no existe duda en cuanto a su trazado, por estar el dominio público precisamente delimitado, por haberse deslindado.

Por tanto, sin perjuicio de la calificación registral de las concretas circunstancias de cada caso, procede clarificar las distintas situaciones en que puede encontrarse la finca registral lindante con dominio público en la tramitación de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria: a)respecto a fincas colindantes con dominio público deslindado y georreferenciado el registrador protegerá con su calificación registral cualquier usurpación del dominio público, mediante la aplicación informática homologada del artículo 9 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el registrador denegará la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria; b)respecto a las fincas colindantes con dominio público, cuyo deslinde no consta en el Registro de la Propiedad, el registrador tramitará el expediente, pudiendo plantearse dos situaciones: i)que el expediente de deslinde

esté iniciado, pero no concluido, sin que se haya solicitado la práctica de la nota marginal de inicio del procedimiento. En este caso, para que la alegación de la Administración pueda ser estimada por el registrador, deberá acompañarse al escrito de alegaciones la resolución administrativa de inicio del deslinde, junto con plano georreferenciado de la porción de superficie de dominio público invadida y solicitud de la práctica de la nota marginal para hacer constar el inicio del expediente de deslinde. ii)que el expediente de deslinde no se encuentre iniciado: en este caso, para que la oposición de la Administración pueda ser estimada por el registrador deberá acreditarse que se ha dictado resolución administrativa de inicio del expediente de deslinde abreviado respecto a la finca en cuestión, tras la recepción de la notificación del Registro, acompañada del plano georreferenciado de la franja de dominio público invadido y acreditación de su remisión al titular registral de la finca afectada, solicitando la práctica de la nota marginal de constancia del inicio del expediente de deslinde abreviado. Si dicha resolución no pudiera ser dictada dentro de los 20 días de plazo para formular alegaciones regulado el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, la Administración podrá solicitar una prórroga del plazo, por igual duración, para que pueda presentarse la solicitud; iii)si la Administración no pudiera aportar la resolución dentro del plazo de formulación de alegaciones, o el de su prórroga, podrá hacer constar por nota al margen de la última inscripción de dominio la clasificación ambiental, urbanística o administrativa del suelo en el que se ubica la finca registral, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria, siempre que identifique la porción de dominio público afectada y acredite que la resolución de clasificación se ha notificado al titular registral de la finca.

Aplicada esta doctrina al supuesto de hecho objeto de debate, debe concluirse que la alegación de la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadiana no reúne los requisitos mínimos de concreción y acreditación exigibles. Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación, con reapertura del expediente, para practicar las diligencias indicadas y que la registradora pueda emitir juicio razonado sobre las dudas en la identidad de la finca, en su caso.

Resolución 24-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 40.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO: REQUISITOS.

Es requisito indispensable para la práctica de la anotación que las obras no se hallen terminadas.

Lo primero que debe afirmarse es que en el recurso contra la calificación de registradores no cabe tener en consideración más que los documentos que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en motivos o documentos no presentados en tiempo y forma (vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que defina el crédito refaccionario. Puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído

en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad. En efecto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. la Sentencia de 21 de julio de 2000 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente Resolución), a la hora de proporcionar rasgos definitorios de esta figura, ha puesto de manifiesto que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros negocios que contribuyan de forma directa al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. Ahora bien, aun manteniendo el concepto amplio de crédito refaccionario, el Tribunal Supremo entiende que el mismo «no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles».

Respecto del concreto defecto expresado en la calificación impugnada, no cabe sino confirmar el criterio del registrador, toda vez que el reconocimiento del concepto amplio de crédito refaccionario que el Tribunal Supremo ha tomado en consideración, según ha quedado expuesto, no puede llegar al extremo de soslayar el requisito temporal que, a efectos de su protección registral, se exige inequívocamente en la legislación hipotecaria (cfr. las Resoluciones de 19 de febrero de 1896 y 9 de junio de 1911, según las cuales es requisito indispensable para la práctica de la anotación que las obras no se hallen terminadas). En consecuencia, constando registralmente por nota marginal que las obras han concluido, y estando los asientos registrales bajo la salvaguardia de los tribunales en virtud del artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, no cabe sino confirmar la nota de calificación del registrador.

Resolución de 25-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 1.

TÍTULO FORMAL: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICALMENTE.

Se reitera la doctrina de la Dirección General sobre la necesidad de elevar a escritura la transacción homologada por un auto judicial.

El auto judicial que acuerda la homologación de la transacción extrajudicial (forma de terminación del proceso, no se olvide) derivada de un procedimiento ordinario, no es un documento privado; ahora bien, la homologación judicial no altera el objeto, contenido y forma del acuerdo entre las partes, y —reiteramos— no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente. Precisamente, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes; tampoco contiene una declaración judicial sobre las mismas, y menos aún supone una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada. Fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin

al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

En otro orden de cosas y a la vista de la cita —más que alegación— del recurrente, esta Dirección General ha de atender a la normativa vigente en el momento de la formalización del acuerdo y a la de su homologación mediante auto; no a la normativa que ha entrado en vigor en el momento de presentación del recurso, pues pese a la cita de la Ley Orgánica 1/2015, que realiza el recurrente, no ha de olvidarse lo que su disposición transitoria novena determina: «1. Las previsiones recogidas por la presente ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor».

Resolución de 25-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que prohíbe desarrollar en las viviendas cualquier actividad profesional, mercantil o industrial impide la concesión del NRUA.

Es evidente que, en el régimen de propiedad horizontal, son legítimas las limitaciones que, al uso de los distintos pisos y locales, establezcan los estatutos comunitarios, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, siempre que respeten, claro está, las disposiciones de derecho necesario que deberán ser escrupulosamente observadas. En consecuencia, dichos pisos y locales podrán utilizarse para fines y actividades no expresamente previstas, siempre que no sean contrarias a las leyes y que no se encuentren prohibidas, aun cuando sean perfectamente legítimas, en el título constitutivo o estatutos comunitarios. Es también criterio general, que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictiva.

En atención a lo expuesto, y a la vista de la prohibición estatutaria consignada, se impone concluir en la conformidad a derecho de la calificación recurrida; prohibición —aquella— que claramente comprende una actividad de naturaleza económica, como la de alquiler turístico, plenamente queda sujeta a la regulación contenida en el Real Decreto 1312/2024. Por último, tampoco es ocioso recordar que una eventual calificación administrativa —de existir— como vivienda de uso turístico, no prejuzga ni condiciona la asignación registral de número independiente, ni la calificación registral al efecto (conforme las previsiones del Real Decreto 1312/2024).

Resolución de 25-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 7.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que prohíbe desarrollar en las viviendas la actividad de alquiler turístico es oponible al dueño de un piso que lo era cuando se adoptó el acuerdo

en junta, sin que pueda acogerse a la inoponibilidad de lo no inscrito, que solo se aplicaría a los terceros.

En cuanto a las referencias que se realizan en el recurso a los efectos, frente a terceros, de la inscripción de los acuerdos de comunidad; es obvio que ello sería referible a los terceros hipotecarios, es decir propietarios que hubieran adquirido la titularidad de las fincas de dicha propiedad horizontal con posterioridad a la fecha de la adopción del acuerdo. En tal caso, al carecer de efectos retroactivos los acuerdos de comunidad y no ser parte, es decir, propietario en el momento de la celebración del acuerdo, no habrían podido tener conocimiento de su contenido hasta el momento de su inscripción registral; lo que no es aquí el caso. En suma, que el propietario estaría afectado por una limitación estatutaria, derivada de un acuerdo de junta y que ha de ser objeto de calificación, conforme prevé el artículo 10 del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre.

En atención a todo lo expuesto y a la vista de la citada prohibición estatutaria derivada del acuerdo comunitario, ha de concluirse en la conformidad a derecho de la calificación recurrida; pues el alquiler turístico cae de lleno en la prohibición y queda plenamente sujeto a la regulación contenida en el Real Decreto 1312/2024.

Por último, hay que reiterar de nuevo que una determinada calificación administrativa (adquisición previa de dicho carácter de vivienda de uso turístico) no prejuzga, ni condiciona, la asignación de número independiente, ni tampoco la calificación registral (conforme las previsiones del Real Decreto 1312/2024).

Resolución de 30-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de Alcobendas, número 2.

BIENES ADQUIRIDOS POR CÓNYUGES SUEJTOS AL RÉGIMEN ECONÓMICO EXTRAJERO: CASO DE LA INDIA.

Dado que en el sistema indio no hay comunidad conyugal sino titularidad privativa de cada cónyuge, es necesario determinar la cuota conforme al art. 54 del RH.

Debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva. De un lado, el artículo 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el notario autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto.

Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario. n tales casos, y de lege lata, la legitimación registral no se extiende a cuál sea el régimen matrimo-

nial aplicable, lo que obliga a una acreditación a posteriori del Derecho extranjero y, en particular, de la legitimación de los cónyuges de nacionalidad extranjera para realizar los actos dispositivos sobre los bienes o derechos inscritos en tal forma. Ahora bien, en el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso.

En el presente caso, el notario hace constar en la escritura calificada que, según manifiestan los compradores, su régimen económico-matrimonial es el legal de su nacionalidad. Pero en el presente supuesto, como bien señala la registradora, en el Derecho indio no existe propiamente un régimen de bienes del matrimonio, por lo que cada cónyuge conserva la propiedad privativa de sus bienes adquiridos por cualquier título constante el matrimonio y los conservan sin limitaciones una vez disuelto. Por lo que se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirientes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 30-6-2025
BOE 26-7-2025
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: NOTIFICACIONES.

No cabe la inscripción si se aprecian deficiencias en las notificaciones preceptivas en el expediente.

Como cuestión previa debe recordarse que, como ya se dijo en la Resolución de 7 de noviembre de 2019, tras la Ley 13/2015, los expedientes de dominio se documentan en actas notariales, pero no son actas de notoriedad. Si se compara el expediente de dominio regulado en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, como medio para inmatricular fincas, con la vía del doble título traslativo regulada en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, resulta que en el expediente de dominio la titulación que ha de aportarse es más sencilla, pues basta aportar un simple título de propiedad, incluso formalizado en simple documento privado, mientras que en la vía del artículo 205 se necesita aportar dos títulos públicos traslativos sucesivos otorgados con al menos un año de separación entre ellos. Y en cambio, los efectos de la inmatriculación por la vía del artículo 203 son más contundentes que por la vía del artículo 205, ya que en este segundo supuesto se aplica la limitación de efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria. Y la razón por la que con menores requisitos documentales de partida se obtienen mayores efectos jurídicos por la vía del artículo 203 que por la del artículo 205 es, precisamente, por la exigencia de un sistema riguroso de notificaciones previas que dotan al artículo 203 de más garantías que el artículo 205.

El presente recurso ha de ser desestimado y confirmada la calificación registral negativa que objetó las citadas deficiencias en las notificaciones notariales preceptivas, las cuales constituyen trámites esenciales del procedimiento del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, sin cuya estricta observancia no puede producir

los efectos inmatriculadores que la ley le atribuye. Para concluir, ninguna relevancia cabe otorgar, para la resolución del presente recurso, al hecho de que la notaría autorizante del expediente de dominio haga constar en sus alegaciones que «está suficientemente acreditada la notoriedad de que la entidad "Cooperativa Agrícola Insular de La Gomera" es considerada como dueña de la finca objeto del Expediente. Igualmente, si bien no se hace constar específicamente en el expediente, se puede señalar que la citada entidad, ha poseído el inmueble de forma pública, pacífica y notoria, durante más de treinta años». Como se ha señalado más arriba, el expediente de dominio no es un acta de notoriedad, ni su virtualidad inmatriculatoria deriva de juicio alguno de notoriedad.

Resolución de 30-6-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Villafranca del Bierzo.

PRINCIPIO DE TRACRTO SUCESIVO: FUSIÓN DE SOCIEDADES.

La inscripción de transmisión de fincas llevada a cabo por parte de una sociedad absorbente exige la previa inscripción de aquellas como consecuencia de la exigencia del principio de tracto sucesivo.

Las Resoluciones de 20 de septiembre y 13 de octubre de 2011 ya pusieron de manifiesto que la inscripción de transmisión de fincas llevada a cabo por parte de una sociedad absorbente exige la previa inscripción de aquellas como consecuencia de la exigencia del principio de tracto sucesivo (a diferencia del supuesto de transmisión de finca inscrita a nombre de la absorbida pero que llega al Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción de la reforma estructural en el Registro Mercantil). Con posterioridad, la Resolución de 25 de octubre de 2018 (4.ª), en un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que da lugar a la presente, ahondó en la cuestión poniendo de manifiesto como no debe confundirse la exigencia de tracto para poder llevar a cabo la inscripción con la posibilidad de que el cumplimiento de dicho principio se lleve a cabo en un solo asiento mediante la técnica de tracto abreviado. El efecto de sucesión universal del patrimonio de las sociedades que como consecuencia del procedimiento de reforma estructural se extinguen o quedan modificadas no exime de la previa inscripción a nombre de la sociedad beneficiaria en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos que queden comprendidos en la misma si lo que se pretende es inscribir una nueva transmisión a favor de un tercero (artículo 20 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 2-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que prohíbe desarrollar en las viviendas cualquier actividad profesional, mercantil o industrial impide la concesión del NRUA.

De los estatutos de la comunidad en que se ubica la vivienda: el artículo 6.11 establece que: la prohibición de la utilización para el ejercicio de la «actividad comercial, profesión o industria tarífal».

Existe, por tanto, plena libertad para establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal; de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado. Eso sí, a no ser que este uso esté legalmente prohibido, o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo, o su regulación estatutaria; como ponen de relieve las Sentencias de 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 entre otras.

En atención a lo expuesto se impone concluir en la conformidad a derecho de la calificación recurrida, a la vista de la prohibición estatutaria consignada; prohibición que claramente comprende una actividad de naturaleza económica, como la de alquiler turístico, que plenamente queda sujeta a la regulación contenida en el Real Decreto 1312/2024.

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Picassent, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General en relación con el objeto del recurso (vid., entre otras muchas la Resolución de 17 de mayo de 2018 o 14 de marzo de 2019), con base en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Pedreguer.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Sólo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código Civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador.

De las Resoluciones citadas en los «Vistos» se puede concluir que el convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio sólo puede incluir aquellas precisiones que encuentran apoyo legal en los artículos de la norma sustantiva que lo regula, es decir, los artículos 90 y siguientes del Código Civil. Sin perjuicio de

otros efectos personales, las consecuencias patrimoniales de una separación conyugal sólo pueden referirse a la liquidación del régimen económico-matrimonial, la atribución de una pensión o prestación compensatoria, el régimen de cargas y alimentos, o a la asignación del uso sobre la vivienda habitual. La repentina inclusión de nuevos bienes en el patrimonio ganancial o en la liquidación de bienes comunes, no puede por tanto producirse en el convenio regulador de la liquidación de dicho régimen económico al carecer de justificación o razón para ello, por lo que se trata de un desplazamiento patrimonial ajeno a su propia naturaleza y finalidad, que deberá hacerse fuera de dicho convenio, es decir, en su caso, en escritura pública notarial.

En el aspecto material, en el concreto supuesto de este expediente, debe advertirse que en el convenio objeto de calificación no se liquida ninguna comunidad de bienes existente entre los cónyuges, pues en aquél cada uno de los inmuebles se inventarían como propiedad exclusiva del respectivo cónyuge, cediéndose recíprocamente el pleno dominio de los mismos.

En definitiva, sólo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código Civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2.

BIENES GANANCIALES: USUFRUCTO.

Se reitera el régimen jurídico de las diferentes situaciones de usufructo ganancial.

De una parte, el carácter vitalicio, unido al de personalísimo que tradicionalmente se atribuye al derecho de usufructo, y de otra, la naturaleza sui géneris de la sociedad de gananciales, como comunidad de tipo germánico y que no aparece dotada de una personalidad jurídica independiente de la de los dos esposos, origina que, al ponerse en relación ambas instituciones, se planteen complejos problemas jurídicos de no fácil solución.

Deben diferenciarse las siguientes situaciones: a)si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudos propietarios el pleno dominio, siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal; b)si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo, este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción. En tal hipótesis es necesario que a la muerte del otro esposo se requiera, para disponer del

derecho de usufructo, o bien que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique previamente en la forma que estimen conveniente todos los interesados (cfr. Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 30 de junio de 2012), o que al menos consientan los herederos del adquirente en la transmisión operada. c)si el usufructo es adquirido conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de gananciales, sin ninguna prevención adicional relativa al régimen jurídico del derecho adquirido, fallecido uno de ellos debe estimarse que subsiste el usufructo hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación. d)y, por último, si el usufructo es adquirido conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de gananciales y se agrega, además, que es «sucesivo», como indicó la Resolución de 21 de enero de 1991 «debe esta cláusula ser entendida en el sentido más adecuado para que produzca efecto y no sea una cláusula simplemente inútil o redundante. Si es conjunto, es ya efecto natural —mientras del título constitutivo no resulte otra cosa— el que, muerto uno de los cousufructuarios el usufructo persista entero hasta la muerte del último (cfr. artículo 521 del Código Civil y Resolución 1 diciembre 1960). Si ahora se agrega que es sucesivo es porque se quiere algo (…) significa que a pesar de estar constituido por los donantes sobre bienes gananciales, el usufructo pasará —en su día— al cónyuge supérstite y quedará excluido de la liquidación de gananciales».

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Sitges.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Sólo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código Civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador y que resulten con suficiente claridad del convenio.

Ciertamente, en el convenio regulador no se recoge de manera específica y singular la constitución de un usufructo a favor de doña M. C. M. G., ni existe una cláusula de regulación y atribución del usufructo. Su atribución aparece recogida en el pacto —antes transcrito— relativo al domicilio y ajuar familiar, bajo la rúbrica «extinción del proindiviso condominio» y solo se menciona tal usufructo exclusivamente al hacer referencia a la extinción del proindiviso. Ciertamente, la redacción del convenio regulador, al menos en este pacto, no es afortunada, pues la expresión «conservando» implica necesariamente mantenimiento o retención de algo que ya se tenía porque hay otra parte que se pierde o de la que el que conserva se desprende. Es decir que si hay conservación de parte es porque hay pérdida o disposición de algo.

De lo expuesto, resulta de forma clara que se tiene la intención de hacer una donación de la nuda propiedad de la vivienda al hijo común, reservando los cónyuges el usufructo vitalicio a favor de doña M. C. M. G. Alega la recurrente el ejercicio ininterrumpido durante 15 años del derecho de usufructo, pero esto se trata de una situación de hecho que se produce en un ámbito extrarregistral y cuya apreciación excedería de los límites del recurso, toda vez que el registrador en su

función calificadora se ve constreñido, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a los documentos que se presenten para su inscripción en el Registro y a lo que resulte de sus asientos. Este argumento puede tener cabida en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional, donde los medios de prueba no están tasados, pero no en el procedimiento registral. Por tanto, la redacción y alcance del convenio es cuestión que atañe a las partes, siendo de obligado cumplimiento entre ellos de conformidad con su voluntad.

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 8.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN EN EL DESPACHO DE LOS TÍTULOS.

Hallándose pendiente de despacho un título anteriormente presentado, no procede calificar el siguiente.

El artículo 17 de la Ley Hipotecaria dispone que «no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento». Por tanto, el despacho del documento objeto de este recurso queda pendiente del resultado del título previamente presentado y de su oportuna calificación registral.

En consecuencia, están de acuerdo registradora y recurrente en que la finca ha sido objeto de una expropiación y que la transmisión se refiere exclusivamente a la porción de finca registral que no ha sido objeto de la misma, no obstante, el título aportado carece de referencia alguna a la existencia de expropiación o modificación de entidad hipotecaria, limitándose a describir la finca tal y como consta tabularmente. En caso de resultar inscrito el título previo se estará, conforme a lo señalado en el apartado segundo, a nueva descripción registral de la finca. Si bien, no constando inscrita la expropiación no puede, a priori, exigirse al adquirente la solicitud de una rectificación de cabida que no resulta de la actual situación tabular.

Cuestión distinta, y acorde a lo señalado por el recurrente en su escrito de recurso sería la pretensión de inscribir la compraventa en relación a la porción de finca resultante después de la expropiación, en cuyo caso sería preciso, en primer lugar, que se describiera ésta en el título de conformidad con los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 47 y 51 del Reglamento Hipotecario, determinando el resto y efectuando, en su caso, la oportuna rectificación de la descripción.

La incorrecta emisión de la publicidad registral no puede en ningún caso prevalecer respecto del efectivo contenido de los libros registrales cuyo contenido, como anteriormente se ha expuesto, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales. No procede, por tanto, la inscripción de la compraventa de la participación indivisa libre de cargas, como se solicita en la escritura, si del Registro resulta la

existencia de cargas vigentes, por lo que la calificación debe ser ratificada en este punto.

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199.

No sólo es perfectamente posible, sino altamente recomendable, que cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199. Y esta doctrina debe reiterarse en el presente caso, en el que se advierten dudas por la registradora de que la finca a inmatricular se encuentre comprendida en otra.

Resolución de 8-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 13.

ANTICRESIS: CONSTITUCIÓN SOBRE UNA PARTICIPACIÓN INDIVISA.

Sería posible constituir una anticresis sobre el 75 % del pleno dominio, si los titulares del otro 25 % consintieran en la desposesión durante el plazo de duración de la anticresis, admitiendo el derecho de retención a favor del acreedor, así como regulando el destino del 25 % de los frutos no incluidos en la anticresis.

Nuestro Código Civil regula la anticresis en los artículos 1881 a 1886, con la remisión que hace este precepto al artículo 1857, párrafo segundo del artículo 1866 y los artículos 1860 y 1861. Es un derecho real de garantía que en los últimos años está adquiriendo una gran importancia a través de la denominada anticresis asistencial.

El registrador califica negativamente por el defecto de que «no es posible constituir un derecho real de anticresis sobre el setenta y cinco por ciento del pleno dominio de la finca ya que tal y como está establecido requiere la detentación posesoria, por lo que solo cabe sobre el pleno dominio. Además, es preciso el consentimiento de todos los condueños». En resumen, sería posible constituir una anticresis sobre el 75 % del pleno dominio, si los titulares del otro 25 % consintieran en la desposesión durante el plazo de duración de la anticresis, admitiendo el derecho de retención a favor del acreedor, así como regulando el destino del 25 % de los frutos no incluidos en la anticresis.

Resolución de 9-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Valencia de Alcántara-Alcántara.

HERENCIA. PARTICIÓN EN LOS CASOS DEL ART. 841 Y SIGUIENTES DEL CC.

Para aplicar lo establecido en los arts. 841 y siguientes es preciso cumplir los requisitos en ellos establecidos.

La especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la liquidación, partición y adjudicación de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuarlas (artículo 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una pars bonorum, y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o pars valoris bonorum.

No se cuestiona en la calificación que esta partición esté sujeta a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino que resulta necesario que se cumplan los requisitos exigidos por esos preceptos para la efectividad del ejercicio de esta facultad. Teniendo en cuenta que la apertura de la sucesión se produce el 11 de diciembre de 2017, han transcurrido evidentemente los plazos legales para el ejercicio de la misma. El primer requisito es el cumplimiento de plazos de notificación de la decisión del pago de la legítima en esa forma, esencialmente para protección de los derechos de los legitimarios. Conforme a lo previsto por el 844 del Código Civil, la decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y el pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario.

El segundo requisito que motiva el defecto, deviene del artículo 843 del Código Civil, según el cual, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha requerirá aprobación por el letrado de Administración de Justicia o notario —tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, ya que en la redacción en vigor al tiempo de la apertura de la sucesión de este expediente era la aprobación judicial—.

Resolución de 9-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Aunque quede acreditada la situación de soltería de una persona, será preciso el consentimiento de quien aparece en el Registro como su cónyuge cotitular de la finca.

En cuanto al certificado de defunción del titular registral que acompaña al escrito de recurso, debe este Centro Directivo recordar su doctrina respecto a la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso y que el registrador no ha podido tener en consideración al emitir la calificación impugnada. En tal sentido y conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al Registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021). En consecuencia, no será tenido en cuenta este documento para la resolución del expediente.

Como se señaló en la citada Resolución de 17 de enero de 2020, la prueba de la soltería a los efectos de rectificar la inscripción del titular registral en el Registro de la Propiedad requeriría, como condición necesaria, certificación de nacimiento en que no se refleje nota marginal alguna de referencia a otra de matrimonio de la persona (sin perjuicio de los supuestos de nulidad matrimonial). Dicha afirmación se matizó con el inciso «sin que ahora se prejuzgue su suficiencia dadas las circunstancias concurrentes» dado que en el momento de dictarse la reiterada resolución no se pudieron tener en cuenta los documentos ahora presentados.

Ahora, según resulta de los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, la causante aparece como soltera; en el testamento de fecha 19 de mayo de 2014 —posterior a la compraventa—, manifiesta que es soltera; y se presenta una certificación negativa del Registro Civil de Madrid en la que se declara que durante el período comprendido entre los días 1 de enero de 1980 y 12 de junio de 2024 no figura en ese Registro inscripción de matrimonio de la misma, aunque esto no es una acreditación determinante pues podría haber contraído matrimonio en otra localidad. Pero tales certificaciones no son suficientes para proceder a la rectificación registral, ya que no puede obviarse el hecho de que la persona que figura en el Registro como esposo de la causante, ha aparecido como titular de la finca haciendo valer los derechos que le otorga el asiento extendido a su favor conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria antes citado.

Resolución de 9-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Mérida, número 1.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: OBJETO.

Fuera de este expediente no cabe practicar anotación expresiva del mejor derecho sobre una finca.

El expediente de reanudación de tracto sucesivo se encuentra regulado en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria y por remisión por el artículo 203 de la misma ley. Dicho expediente se tramita ante notario por el procedimiento previsto en el señalado artículo 203, entre cuyos trámites está el de la solicitud que debe realizar el notario al registrador de la Propiedad competente de expedición de certificación con los requisitos y efectos previstos en el artículo citado 203. Fuera de dicha

tramitación, no contempla nuestra legislación hipotecaria una anotación como la que pretende la recurrente de constancia de un mejor derecho sobre la finca.

Resolución de 9-7-2025
BOE 28-7-2025
Registro de la Propiedad de Mérida, número 1.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: OBJETO.

Fuera de este expediente no cabe practicar anotación expresiva del mejor derecho sobre una finca.

El expediente de reanudación de tracto sucesivo se encuentra regulado en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria y por remisión por el artículo 203 de la misma ley. Dicho expediente se tramita ante notario por el procedimiento previsto en el señalado artículo 203, entre cuyos trámites está el de la solicitud que debe realizar el notario al registrador de la Propiedad competente de expedición de certificación con los requisitos y efectos previstos en el artículo citado 203. Fuera de dicha tramitación, no contempla nuestra legislación hipotecaria una anotación como la que pretende la recurrente de constancia de un mejor derecho sobre la finca.

Resolución de 8-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DISTINCIÓN CON LOS COMNPLEJOS INMOBILIARIOS.

La DG considera, atendiendo a las circunstancias del caso y a la antigüedad del título constitutivo, que estamos en presencia de un complejo inmobiliario.

En definitiva, la cuestión que se plantea en el presente expediente es determinar si el elemento 148 forma parte de un elemento en propiedad horizontal (tumbada), donde su suelo y vuelo son elementos comunes, por lo que se precisaría acuerdo de la comunidad de propietarios o si, por el contrario, el elemento 148 forma parte de un conjunto urbanístico, donde suelo y vuelo son privativos, por lo que no se precisaría dicho acuerdo.

Ciertamente la cuestión que se plantea en el presente recurso es compleja, y esa complejidad responde en gran medida a la fecha, 1976, en la que se practicaron las inscripciones de los diversos elementos que forman parte de la comunidad. Debe interpretarse una comunidad constituida en 1976, de acuerdo con unos criterios que se han ido perfilando a lo largo de estos últimos 40 años. Debe tenerse en cuenta que la configuración jurídica de ambas instituciones, propiedad horizontal (tumbada) y complejo inmobiliario, ha sido resultado, en gran medida, de una práctica notarial y registral, cuyo reconocimiento legislativo se ha producido de manera paulatina y donde sus contornos diferenciadores se han ido perfilando a lo largo de los años. Puede decirse, en grandes rasgos, que la propiedad horizon-

tal (tumbada) se caracteriza por la coexistencia de una propiedad privativa, junto con una cuota indivisa sobre elementos comunes, entre los cuales se incluye el suelo y el vuelo.

Por el contrario, el complejo inmobiliario, se aplica, en términos muy generales, en grandes urbanizaciones, centros comerciales, donde se mantiene la propiedad privativa de la propiedad unidad o parcela, con su suelo y vuelo, pero que mantienen unos elementos en común, como pueden ser los accesos, viales, servicios, jardines, con una unidad de gestión y administración.

En el supuesto del presente expediente, se trata de una comunidad que, según resulta del historial registral, está formado por sietes bloques, con sus viviendas, locales y garaje, y una nave comercial, que es el elemento privativo número 148, objeto del presente recurso. Existen 20 viviendas por bloque. Según resulta del expediente, cada vivienda de cada uno de los bloques tiene una cuota sobre el total de la comunidad y otra cuota, para gastos de su respectivo bloque. Ciertamente en una primera aproximación, puede entenderse que estamos en presencia de una única propiedad horizontal de modo que la cuota global es una cuota sobre el total de la comunidad. Pero este elemento, atendiendo a la fecha de la constitución de la comunidad, tampoco es determinante, pues también puede interpretarse que es una cuota no en toda la comunidad formada por los siete bloques y la nace, sino únicamente sobre lo que constituye elementos comunes, como accesos, viales o jardines.

En el presente caso, la configuración utilizada en el título constitutivo debe ser analizada en el contexto de una época en la que, a pesar de la falta de regulación expresa, empezaron a proliferar bajo la forma de propiedad horizontal distintas modalidades de complejos inmobiliarios privados que fueron objeto de atención doctrinal (Congreso de Roma de 1982) y de varios intentos de regulación positiva. Por todo ello, esta Dirección General, considera que atendiendo a las concretas circunstancias que concurren en el presente expediente, tratándose de siete bloques, con veinte viviendas y plazas de garaje cada bloque, y una nave comercial, separada de los bloques, parece haberse configurado un complejo inmobiliario, por lo que el recurso debe ser estimado.

Resolución de 8-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Adra.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el presente caso, en el que se dice que tanto la finca en cuestión como otra más proceden por segregación de la misma finca matriz, registral 3.108, y que, además, la porción que se pretende añadir ahora a la primera se encuentra situada en medio de ambas, parece fácil concluir que tal porción tiene muchas probabilidades de corresponder a esa finca matriz.

Como cuestión previa, de carácter terminológica pero también conceptual no está de más advertir que, aunque tanto el notario como el registrador emplean

la expresión de "acta de notoriedad para…", e incluso el notario concluye declarando que "estimo justificada por notoriedad la pretensión de…(…)", en realidad el nuevo expediente de dominio cuya tramitación la Ley 13/2015 encomendó a los notarios, no es un acta de notoriedad. Y el hecho de que ese expediente de dominio notarial se documente a través de actas notariales con sus respectivas diligencias, y no de una escritura pública, no debe inducir a pensar erróneamente, como por inercia ocurre con frecuencia, que estemos propiamente ante un acta de notoriedad.

No sólo procede denegar o suspender la inscripción de una georreferenciación cuando haya motivos fundados para apreciar posible invasión de otra finca registral o del dominio público incluso no inscrito, sino también, como tercera causa, que además es la primera enunciada en el precepto legal transcrito, cuando sin invasión de finca registral alguna ni de dominio público, se aprecie fundadamente que se está encubriendo la pretensión de incorporación a una finca registral de terreno adyacente a la misma que no formaba parte de ella ni constituyó el objeto del título inscrito, pues tal pretensión no respetaría la identidad de la finca, ni tendría encaje en el concepto de exceso de cabida. Y finalmente, aunque como se ha razonado no sea ello requisito para una calificación negativa, en el presente caso, en el que se dice que tanto la finca en cuestión como otra más proceden por segregación de la misma finca matriz, registral 3.108, y que, además, la porción que se pretende añadir ahora a la primera se encuentra situada en medio de ambas, parece fácil concluir que tal porción tiene muchas probabilidades de corresponder a esa finca matriz.

Resolución de 8-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de Madrid, número 11.

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

Constando anotada una prohibición de disponer dictada por la Fiscalía Europea de Madrid en causa penal, no cabe la inscripción de un decreto de adjudicación derivado de la ejecución de un embargo anterior a dicha anotación sin la correspondiente autorización judicial que expresamente lo permita.

Para resolver este recurso, conviene, en primer lugar, recordar la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer. De acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 21 de julio de 2017), se han de distinguir dos grandes categorías: — Por un lado, las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (vid. Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habérsele transmitido la facultad dispositiva. «a sensu contrario», si cuando el titular otorgó el acto dis-

positivo no tenía limitado su poder de disposición, por no haberse aún otorgado la referida prohibición, dicho acto sí sería válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, si bien la inscripción de tal acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que ésta debe arrastrarse (vid. Resolución de 8 de julio de 2010).Si bien tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que esta debe arrastrarse. — Por otro lado, encontramos las prohibiciones de disponer adoptadas en los procedimientos penales y administrativos, mediante las cuales se pretende garantizar el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición.

Constituye también doctrina de este Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar. Así las Resoluciones citadas en la de 17 de diciembre de 2024 (entre ellas las de 31 de enero de 2012 y 28 de octubre de 2015) admitieron practicar anotación del embargo presentado cuando ya consta anotada una anotación de prohibición de disponer ordenada en causa penal o por la Agencia Tributaria, ex artículo 170.6 de la Ley General Tributaria. Sin embargo, este criterio debe adecuarse a la ya citada doctrina de este Centro Directivo más reciente, que diferencia las anotaciones preventivas penales y administrativas de las civiles o voluntarias, considerando que, aun pudiendo practicarse la anotación del embargo —factor común a todas ellas—, no cabría inscribir la adjudicación derivada del mismo, mientras no se levante la prohibición, si se trata de prohibiciones penales o administrativas en las que prevalece el componente de orden público, siendo aquí el cierre total.

Respecto a la inscripción de los actos dispositivos de fecha posterior al acceso registral de la medida cautelar, pero basados en asientos anteriores a la misma, procede realizar también esa doble diferenciación, atendiendo a la doctrina establecida por este Centro Directivo en las recientes Resoluciones de 3 de octubre y 17 de diciembre de 2024. En las prohibiciones de disponer de naturaleza penal o administrativa se haya practicado con posterioridad al gravamen que se ejecuta, el cierre registral a la inscripción de la ejecución posterior a la medida cautelar de prohibición será total, sin que sea de aplicación el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, tal como se estableció en la Resolución de 3 de octubre de 2024. En estos casos, será el juez de lo Penal o la autoridad administrativa que acordó la medida cautelar de prohibición de disponer quien debe autorizar o no la inscripción del testimonio de adjudicación y los términos en que debe hacerse (con subsistencia o no de la medida cautelar).

Por el contrario, tratándose de prohibiciones de disponer voluntarias o adoptadas en un proceso judicial civil, el criterio de cierre registral absoluto no puede

sostenerse, pues distintos son los intereses tutelados, y, por tanto, distinta debe ser también la interpretación teleológica del artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Si se otorgó antes, esto es, cuando aún no se había limitado el poder de disposición del titular, el acto sí sería válido y debe inscribirse, pese a la prioridad registral de la prohibición de disponer, si bien esta no se cancelará, sino que debe arrastrarse. Dicha doctrina debe también aplicarse a los actos de enajenación forzosa presentados en el Registro con posterioridad a la anotación de disponer, pero derivados de un asiento vigente con anterioridad a la misma, por ejemplo, una hipoteca o un embargo, en cuyo caso debe atenderse con especial detalle al tenor literal del artículo 145 del Reglamento Hipotecario.

En el presente caso, sin embargo, la prohibición de disponer vigente sobre la finca ha sido ordenada por la Fiscalía Europea de Madrid. En consecuencia, no procede siquiera analizar si el asiento de que la adjudicación trae causa es anterior o posterior al de dominio objeto de la prohibición de disponer, sino que, al tutelar estos intereses de orden público, prevalece el cierre registral absoluto y no será posible inscribir la referida adjudicación sin la correspondiente autorización judicial que expresamente lo permita.

Resolución de 9-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Cabe anotar un embargo sobre una finca ganancial en un proceso dirigido por uno de los esposos frente al otro, aunque no sobre la supuesta mitad indivisa del demandado.

En el caso concreto de este expediente, la finca se halla inscrita con carácter ganancial, a favor de los cónyuges don H. F. H. y doña Y. R. L., habiéndose disuelto la sociedad de gananciales por causa de su divorcio ocurrido el día 3 de marzo de 2020 (lo que resulta del escrito de interposición del recurso), sin que conste en el Registro la efectiva liquidación de la misma, y aun cuando se sostiene por la recurrente que se produjo esta mediante un convenio regulador que no consta tampoco en el Registro. El artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario dispone que: «Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos».

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6.º y 46 de la Ley Hipoteca-

ria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. artículo 166.1.ª, «in fine», del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.ª, «in fine», del Reglamento Hipotecario.

En el presente caso lo que pretende uno de los cónyuges es el embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor sobre un bien ganancial, supuesto que no es admisible, pues como se ha expresado anteriormente, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, no tiene cada uno de los cónyuges una mitad indivisa sobre cada uno de los concretos bienes gananciales, pues se trata de una comunidad de tipo germánico. Y, todo ello, sin perjuicio, de que pudiera embargarse la cuota abstracta que sobre la globalidad del patrimonio ganancial corresponde a cada uno de los cónyuges.

En el presente expediente, no consta la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales —no ha sido presentada en el Registro la sentencia firme de divorcio—; la demanda es de uno de los cónyuges contra el otro, y por tanto han sido parte del procedimiento ambos, por lo que huelga la notificación pues resulta expresamente del mandamiento presentado, que es el cónyuge del demandado el que solicita el embargo y el demandado es parte del procedimiento; se trata de una medida cautelar en orden a garantizar el resultado de un proceso. Lo que no cabe nunca es el embargo de la mitad indivisa del bien que se dice pertenecer al cónyuge deudor, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente.

Resolución de 9-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Palencia, número 3.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ASIENTO DE PRESENTACIÓN CADUCADO.

El registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación.

Pues bien, la única cuestión a dilucidar es si cabe realizar una calificación en base a un asiento de presentación caducado o, dicho de otro modo, si a pesar de haber transcurrido los plazos establecidos en el artículo 210.1, regla octava, de la Ley Hipotecaria, con posterioridad se practica un asiento de presentación relativo al procedimiento que motivó la anotación de embargo, y dicho asiento de presentación se encuentra cancelado por caducidad en el momento en que se inicia el procedimiento registral, el asiento de presentación caducado tiene la virtualidad de considerar vigente la anotación de embargo e impedir su cancelación por la vía solicitada.

Como resulta de las Resoluciones de 14 de abril de 2009, 24 de septiembre de 2011 y 29 de mayo de 2018, el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno

títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación. Del artículo 18 de la Ley Hipotecaria resulta que la función calificadora de los registradores debe ejercerse con base en lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro. Por tanto, la caducidad de un asiento, cuando tiene un plazo de vigencia fijado, como ocurre con los asientos de presentación, opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de su vigencia, haya sido cancelado o no, si no ha sido prorrogado previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico. En consecuencia, dado que carece de cualquier efecto, tampoco puede ser tenido en cuenta para realizar la calificación de otro documento presentado.

Resolución de 9-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

CLÁUSULAS DE NATURALEZA PERSONAL: EFECTOS.

Las estipulaciones de naturaleza personal que constan en una inscripción no surten efectos frente a terceros.

La circunstancia de que un derecho personal (en el caso debatido, una serie de obligaciones que asume la parte compradora) figure inscrito no altera su específica naturaleza (cfr. artículo 98 de la Ley Hipotecaria), de manera que solo podrá desenvolver su eficacia en el restringido ámbito de quienes lo estipularon, salvo que estuvieran garantizadas dichas obligaciones con hipoteca o condición resolutoria que no ocurre en el presente caso. Además, una cosa es el respeto a la validez del derecho inscrito y otra bien diferente es la pretensión de eficacia «erga omnes» de cualesquiera cláusulas estipuladas con ocasión de su constitución.

Resolución de 9-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Jávea, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir la base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca que resultan de las alegaciones de un colindante y del historial registral de la finca

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

La alegación del colindante no puede limitarse a oponerse a la inscripción, sino que, como declaró la Resolución de 9 de julio de 2024, es de suma importancia que el colindante acompañe algún principio de prueba que sustente su alegación, como puede ser un informe técnico, según la Resolución de 31 de octubre de 2024. Pero, ello no es una obligación impuesta por la ley por lo que, la ausencia de ese principio de prueba no debe conllevar automáticamente la desestimación de las alegaciones.

En el presente caso, el registrador basa su calificación en las alegaciones del colindante y comprueba en el contenido del archivo registral que ciertamente existe una servidumbre constituida entre la finca registral 8.354, como predio dominante y la 8.356, como predio sirviente, lo que determina que aunque el titular del predio sirviente no pueda acceder al garaje del predio dominante y que el titular de este tenga que pagar los gastos de mantenimiento del mismo, no implica que se altere la titularidad dominical de la porción de terreno destinada a garaje, la cual corresponde al predio sirviente y no al dominante. Por tanto, de la alegación del recurrente y del contenido del Registro resulta la existencia de un indicio de controversia sobre la titularidad de esa porción de terreno, cuya resolución también excede del ámbito de la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. En conclusión, hay una serie de indicios que determinan que no hay concordancia entre la realidad física de la georreferenciación aportada y la realidad jurídica registral amparada por el folio.

Resolución de 9-7-2025
BOE 29-7-2025
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 10.

SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: LEY 2/1994.

Se analizan los requisitos legales para la inscripción de estas subrogaciones.

Los requisitos del procedimiento de subrogación de la Ley 2/2014 son los siguientes: a) oferta vinculante de la nueva entidad de crédito al prestatario, que una vez aceptada por el prestatario debe notificarse a la entidad acreedora titular registral de la hipoteca; b) emisión por ésta de un certificado del débito, en el plazo de 7 días naturales desde la efectiva recepción de la oferta vinculante, cuya emisión ya no es obligatoria; c) posible oferta de enervación de la anterior entidad acreedora emitida y formalizada en el plazo de 15 días naturales desde la entrega del certificado del débito si ésta ha tenido lugar, plazo durante el cual no podrá otorgarse la escritura de subrogación, y d) pago por la nueva entidad acreedora al antiguo acreedor del débito certificado por éste, o en su defecto calculado por la entidad subrogada, y aporte al notario de un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria o depósito de dicha suma en poder del notario.

El artículo 2 de la citada Ley 2/1994 constituye una normativa de carácter excepcional, ya que prescinde del consentimiento expreso del titular registral, cuya interpretación determina que la eficacia de la subrogación en él prevista deba supeditarse al cumplimiento estricto de los requisitos legalmente establecidos, singularmente al transcurso del plazo previsto en la norma referida. Estas circunstancias, dada su transcendencia jurídica, deben ser controladas por los operadores jurídicos, notarios y registradores de la propiedad, involucrados en su tramitación. El espíritu

y finalidad de la Ley es claro en el sentido de que la posibilidad de subrogación es un derecho del prestatario que no puede quedar supeditada a la falta de diligencia u oposición por parte del acreedor original, teniendo en cuenta, además, que la fecha de entrega del certificado del saldo debido por la misma condiciona también el tiempo en que puede otorgarse la escritura de subrogación. En consecuencia, la acreditación del cumplimiento de los requisitos de tramitación de la subrogación, como los que es objeto de este recurso, debe resolverse mediante la adecuada ponderación de los elementos gramatical, lógico, sistemático y teleológico de la norma del artículo 2 de la Ley 2/1994, teniendo en cuenta todos los intereses implicados.

El deudor no podrá otorgar la escritura de subrogación mientras no transcurra el plazo de veintidós días naturales desde la fecha de entrega de la oferta vinculante, si el antiguo acreedor no ha entregado el certificado del importe debido, o el que resulte de sumar quince días naturales desde la fecha de la entrega de ese certificado con anterioridad a su fecha máxima; plazo que, como se ha indicado, opera como determinante de la eficacia de la subrogación. En consecuencia, para una correcta determinación del día a partir del cual se podrá otorgar la escritura de subrogación se hace necesario acreditar al notario autorizante dos fechas, la de entrega de la oferta vinculante al antiguo acreedor y la de entrega al nuevo acreedor del obligatorio certificado de la cantidad debida, sin que este requisito imperativo pueda resultar de la simple manifestación de la nueva entidad de crédito.

En concreto en este expediente se plantean dos cuestiones interpretativas respecto de la nueva redacción del procedimiento de subrogación activa del artículo 2 de la Ley 2/1994, debida a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre. La primera es si, a falta de emisión por parte del acreedor titular registral del certificado del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario objeto de la subrogación, el cálculo del mismo por parte de la entidad subrogada exige una manifestación expresa de que lo verifica «bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error». Se trata de una fórmula mejorable, pero que no deja dudas acerca de que el importe a pagar se ha calculado por parte de la entidad que se va a subrogar en el préstamo, la cual, por otra parte, lo refrendaría al firmar la escritura. Es criterio de este Centro Directivo, que la expresión «tras manifestarlo» del artículo 2, que sigue al referido cálculo y efecto, y que dice: «bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo (…)», se refiere tanto al importe a pagar, como al reflejo contractual de la responsabilidad que se asume en caso de error.

La segunda cuestión interpretativa es doble y se refiere a si, en el supuesto objeto del recurso, resulta acreditado el pago del importe de la deuda a la entidad acreedora inicial, ya que en el justificante de pago que se inserta, resulta beneficiario el propio deudor y no dicha entidad; y, además, porque la forma de pago alegada no se ajusta a lo previsto en la ley pues consiste en una transferencia bancaria del importe y no en un depósito notarial del mismo, que parece que es a lo que se refiere el párrafo del artículo 2 de la Ley 2/1994 cuando se refiere a los trámites a seguir si el antiguo acreedor no ha expedido el certificado del saldo debido.

En cuanto al primer aspecto, referente a la alegación de falta de pago al acreedor primitivo, debe tenerse en cuenta, primero, que en la transferencia el prestatario señala expresamente que la misma tiene como finalidad: «cancelar el préstamo

hipotecario que se identifica con su número», lo que permitiría a ese acreedor tomar posesión de esos fondos. Además, el sistema de transferencia utilizado es el sistema Target, que se trata de un mecanismo que permite a los bancos del Eurosistema bancario realizar transferencias de dinero entre sí en tiempo real, garantizando la liquidación inmediata de los pagos interbancarios en euros.

Tiene razón el notario recurrente al señalar que el artículo 2, no recoge un doble e incompatible sistema de pago al acreedor antiguo, el de transferencia bancaria cuando el mismo hubiera expedido el certificado del importe debido, y el de depósito de tal importe en poder del notario en caso contrario, como defiende la registradora calificante. Antes al contrario, la interpretación sistemática de los dos párrafos referidos —cuarto y quinto— y, en especial, la frase «(…) no obstante, si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada bastará con que la entidad subrogada la calcule y deposite dicha suma en poder del notario a disposición del deudor»; llevan a la conclusión que la entidad acreedora que pretenda la subrogación, si la entidad acreedora anterior no ha emitido la certificación del débito, puede optar por pagar mediante transferencia o, en este caso, también mediante depósito notarial a disposición de la entidad anterior.

Por último, en cuanto al tercer defecto, referido a la falta de acreditación de la titularidad del crédito por parte de la entidad —«Ibercaja Banco, S.A.»— a cuyo favor se realiza la transferencia, ya que la hipoteca consta inscrita a favor de la entidad «Banco Grupo Cajatres, S.A.», y no se refleja en la escritura el tracto sucesivo en la titularidad del mencionado crédito; es doctrina reiterada de este Centro Directivo la necesidad de acreditar ante el Registro de la Propiedad el tracto registral en caso de fusiones o reestructuraciones bancarias. En este caso, en el que no se va a practicar inscripción alguna a favor de la entidad absorbente o resultante de la fusión, puede limitarse a verificar la sucesión patrimonial universal mediante la consulta de los libros de su propio Registro o acudiendo al fichero localizador de entidades inscritas del Registro Mercantil correspondiente; por lo que en los términos en que se ha expresado este defecto no puede ser mantenido.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 2-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro Mercantil de Badajoz

DENEGACIÓN ASIENTO DE PRESENTACIÓN. CIERRE REGISTRAL: FALTA DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma que no cabe la presentación en el Libro Diario de la solicitud de la recurrente por ser la denuncia un acto no inscribible en el Registro Mercantil. Asimismo, consecuencia de haber incumplido la sociedad el deber de depositar

las cuentas anuales se le podrá cerrar el registro a la sociedad e informar del incumplimiento a la DG, conforme a los arts.282 LSC y 378 y 371 RRM.

Resolución de 3-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife

QUORUM O MAYORIA REFORZADA.

SE CONFIRMA

La DG confirma que el quorum reforzado exigido en los estatutos para "la modificación del órgano de administración" es de aplicación tanto al cambio de estructura del órgano de administración como al cambio de personas que lo integran sin modificar el sistema de administración.

Resolución de 4-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII

CERTIFICACIÓN PARA SUBSANAR DEFECTOS.

SE REVOCA

La DG indica que una vez incorporada a la matriz del documento público mediante diligencia una certificación expedida por las personas competentes —cuyas firmas han sido legitimadas por el notario— por la que se subsanan los defectos previamente indicados, es irrelevante quien haya entregado la certificación al notario autorizante.

Resolución de 5-6-2025
BOE 2-7-2025
Registro Mercantil de Valencia, número III

OBJETO SOCIAL Y RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

SE ESTIMA PARCIALMENTE

Conforme a la reiterada doctrina de la DG en materia de objeto social de una sociedad en virtud de la cual las actividades deben estar claramente delimitadas, entendiendo como tal todas las actividades salvo fórmula omnicomprensiva de toda posible actividad comercial o industrial en donde se empleen términos generales, pero no existirá indeterminación cuando a través de términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general, en el presente caso, las actividades propias de las sociedades holding, incluida "la mera administración del patrimonio de los socios. Estos dos elementos se cumplen en el objeto social del caso que nos ocupa, es decir, las actividades están suficientemente delimitadas y pueden integrar el objeto social, sin que invadan, por lo demás, actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión.

Por otro lado, la DG vuelve a confirmar, tal y como señaló en su resolución de 13 de mayo de 2025, que el sistema retributivo de los miembros del consejo de admi-

nistración debe de estar regulados de forma explícita en los estatutos a tenor del art. 217 LSC. También confirma su doctrina en relación a que esta exigencia no es de aplicación respecto a los consejeros delegados y aquellos miembros del consejo de administración que tengan funciones ejecutivas "consejeros ejecutivos" donde esta regla es más flexible, concretamente la DG considera —con el mismo criterio que el TS en Sentencia de 26 de febrero de 2018 que aunque los conceptos retributivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o sólo por alguno de los conceptos retribuidos fijados en los estatutos; compatibilizando de esta manera la protección a los socios con la adaptación a las necesidades de la práctica por cuanto se atribuye al consejo de administración la competencia de elegir, caso por caso, los conceptos retributivos previstos en los estatutos aquellos concretos que se aplican en contrato sin necesidad de modificación estatutaria. (art. 249 LSC). En el caso concreto, la previsión de un seguro de responsabilidad civil para los administradores en general debe figurar en estatutos como concepto retributivo y no dejarse al arbitrio de la junta, si bien en cuanto a los consejeros ejecutivos puede remitirse la cuestión al citado contrato.

Resolución de 10-6-2025
BOE 3-7-2025
Registro Mercantil de Cuenca

DENEGACIÓN DEL DEPÓSITO DE CUENTAS CON AUDITORIA: SOLO SI LA SOCIEDAD ESTÁ OBLIGADA Y HA SIDO IMPOSIBLE LA ELABORACIÓN DEL INFORME POR EL AUDITOR.

SE REVOCA

La DG reitera su criterio de que solo cuando concurra la falta de emisión del informe de auditoría y la sociedad obligada no puede verificar sus cuentas, pese a estar obligada, cabe la denegación del depósito de las cuentas anuales por haberse producido una circunstancia que ha impedido al auditor designado llevar a cabo su labor de auditoría. (art. 279 LSC)

En cambio, en el caso que nos ocupa, el auditor si ha podido elaborar el informe de auditoría, otra cuestión es que el resultado de éste haya sido desfavorable por entender que la cuentas no reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad. (Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas) Resolución de la DG de 10 de octubre de 2018.

Resolución de 11-6-2025
BOE 3-7-2025
Registro Mercantil de Madrid, número XX

DEPOSITO DE CUENTAS: LITISPENDENCIA CIVIL.

SE CONFIRMA

La DG reitera su doctrina de que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de auditor, el Registrador Mercantil debe esperar a que la misma adquiera firmeza.

En el caso que nos ocupa no se puede depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil porque la sociedad esta incursa en un expediente de designación de auditor a instancia de la minoría que se encuentra suspendido por existir una litispendencia civil respecto de la legitimación del socio solicitante. No debemos entender este supuesto como denegación del depósito de cuentas anuales sino una situación suspendida y condicionada al resultado que resulte en el expediente de designación de auditor.

La DG no puede pronunciarse sobre los particulares del expediente de la designación de auditor. (Stcia del TS, de 22 de mayo de 2000 en relación con el art. 326 LH)

La situación en suspenso que se observa en este caso no produce el efecto de cierre registral que regula el art. 378 RRM.

Resolución de 12-6-2025
BOE 3-7-2025
Registro Mercantil Central

RESERVA DENOMINACIONES SOCIALES.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

La DG reitera su doctrina en esta materia, en virtud de la cual la identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, sino que se proyecta a otros casos que no son fáciles de precisar, en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Por eso, la DG tiene declarado que en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama "cuasi identidad" o "identidad sustancial".

Par el caso que nos ocupa se confirma la calificación del registrador para la sociedad EVM, S.L. por existir otra sociedad denominada EVM Group, S.L. y el término "Group" se encuentra incluido en la relación de términos o expresiones genéricas. También lo confirma para las sociedades EVM Engage Viral Movement, S.L. y Engage Viral Movement EVM, S.L. por estar incursa en las prohibiciones del art. 398.2 RRM.

En cambio, respecto de la denominación EVM Hub, S.L. considera la DG que al añadir el término diferenciador y no genérico "Hub" no incurre en la prohibición de identidad de denominaciones.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La gestación por sustitución en España, en la legislación internacional y los derechos de las partes intervinientes

Surrogacy in Spain, international law and the rights of the intervening parties

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: La gestación por sustitución se ha estudiado en múltiples ocasiones hasta determinarse la nulidad de dichos contratos en la LTRHA. El estudio que planteamos es porque continúan existiendo controversias en este asunto ya que se sigue realizando esta práctica en diversos países en donde se autoriza, por eso analizamos la STS 1626/2024, de 4 de diciembre. En ella se plantea que la celebración del contrato de gestación por sustitución vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos porque considera que se les trata como meros objetos. Además, se penaliza la actuación de los padres de intención porque con su pretensión de que el contrato, validado por sentencia extranjera, determine la relación paternofilial se siguen vulnerando la dignidad y el libre desarrollo de la mujer gestante y del menor. Se analizan en el presente estudio los derechos de las partes intervinientes, el interés superior del menor, el procedimiento de exequátur y la inscripción de los menores nacidos fruto de la gestación por sustitución en el Registro Civil español.

ABSTRACT. Surrogacy has been studied on multiple occasions, leading to the nullity of such contracts in the LTRHA (Spanish Constitutional Court). We propose this study because controversies continue to exist on this matter, as this practice continues to be carried out in various countries where it is authorized. Therefore, we analyze Supreme Court Ruling 1626/2024, of December 4. It argues that the execution of a surrogacy contract violates the dignity and free development of personality of both the surrogate mother and the children born, because it considers that they are treated as mere objects. Furthermore, the actions of intended parents are penalized because

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.06

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

their claim that the contract, validated by a foreign judgment, determines the parent-child relationship continues to violate the dignity and free development of the surrogate mother and the child. This study analyzes the rights of the parties involved, the best interests of the child, the exequatur procedure, and the registration of children born as a result of surrogacy in the Spanish Civil Registry.

PALABRAS CLAVE. Gestación por sustitución. Interés superior del menor. Exequatur. Derechos fundamentales.

KEYWORDS. Surrogate pregnancy. Best interests of the child. Exequatur. Fundamental rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. A. Tpos de gestación por sustitución. B. Regulación de la gestación por sustitución en la ltrha. C. Regulación de la gestación por sustitución en la normativa internacional: 1. *Prohibición total 2. Regulación parcial o restringida 3. Regulación permisiva.*—III. FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA Y DERECHOS DEL MENOR. LA JURISPRUDENCIA DEL TS.—IV. EL PROCEDIMIENTO DE EXEQUATUR EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.—V. DERECHOS DE LAS PARTES INVOLUCRADAS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución o subrogada, también conocida comúnmente como maternidad subrogada o, en lenguaje más coloquial, vientre de alquiler, es un proceso mediante el cual una mujer llamada "gestante" o "madre sustituta", lleva a cabo un embarazo y da a luz a un bebé en nombre de otra persona u otra pareja, quienes serán los padres del nacido. Esta gestación es convenida mediante un contrato, con o sin precio, que obliga a la mujer a renunciar a la filiación materna del futuro hijo a favor del contratante[1].

En este artículo analizamos la reciente STS 1626/2024, de 4 de diciembre, sobre el contrato de gestación por sustitución que llevaron a cabo una pareja homosexual con una mujer del estado de Texas y su marido. En las actuaciones que dan lugar a dicha sentencia, se ve un procedimiento iniciado en Estados Unidos donde se acuerda la validación del contrato de gestación por sustitución en donde las partes se obligan a que la pareja contratante serán los progenitores de cualquier niño al que la contratada dé a luz en virtud del presente acuerdo. Tras este procedimiento, la gestante dio a luz a dos niños que fueron inscritos en el Registro Civil de Texas y en donde se indicó que los progenitores eran los contratantes. A raíz de esta resolución, se presenta demanda de exequatur en Primera Instancia en España con la intención de que se reconozcan los efectos de la sentencia dictada por el Juzgado 73 del Condado de Béxar en Texas que confirma la paternidad de los demandantes.

Tras esta petición se inicia un proceso en el que se analizan por diversas instancias cuestiones como la prohibición de dicha técnica de reproducción asistida

en España según lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo[2], en adelante LTRHA, y el interés superior de los menores nacidos a través de dicha técnica. Asunto que es uno de los temas bioéticos más polémicos del momento en donde también podemos encontrar cuestiones como violencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, la explotación reproductiva de las mujeres por su situación de pobreza o vulnerabilidad, el turismo reproductivo, la disociación entre la gestación y la maternidad y otras muchas cuestiones polémicas que van surgiendo a medida que la contratación de mujeres gestantes se está convirtiendo en un creciente negocio[3]. Analizaremos también la publicidad en materia de gestación por sustitución y el evidente incumplimiento por parte de determinadas empresas que promueven las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El concepto de gestación por sustitución plantea la posibilidad de separar la gestación de la maternidad, comparando ésta con la adopción, ya que se establece una distinción entre la madre legal y la biológica, pero diferenciándose en que, en la adopción, no existe un acuerdo previo entre la mujer que gesta el niño y las personas que asumen la paternidad ya que este acuerdo o contrato es la causa de toda gestación subrogada. En la actualidad existe un debate en torno a esta técnica puesto que en España esta práctica está prohibida mientras que en otras partes del mundo está totalmente aceptada, llevándonos al supuesto que analizamos con la STS 1626/2024 de turismo reproductivo, aunque este es uno de los múltiples casos que se encuentran a día de hoy en la vía judicial española.

A. Tipos de gestación por sustitución

En el punto anterior hemos tratado de definir la gestación por sustitución, aunque en este momento ahondaremos más en el tema entrando a analizar los tipos de gestación subrogada, diferenciando según la participación genética y según la compensación económica. En primer lugar, cuando hablamos de la participación genética en esta técnica nos referimos a la procedencia de los óvulos, debiendo diferenciar entre: *gestación subrogada parcial o tradicional,* donde se hace uso del óvulo de la gestante, es decir, que la madre biológica del embrión es la madre gestante; o *gestación subrogada completa o gestacional*, donde se hace uso de gametos de terceros o de los comitentes, es decir, que la madre gestante actúa sin aportar sus ovocitos, es la encargada de llevar a término el embarazo y dar a luz al bebé.

Esta primera diferenciación es muy habitual encontrarla en normas de otros países donde se permite la gestación subrogada puesto que es en la que se basan para determinar que sólo se permite la modalidad completa o gestacional porque se entiende que es un proceso muy complejo en relación a las emociones y sentimientos de la mujer gestante, en Tailandia, por ejemplo, sólo se permite este tipo

de gestación por sustitución aunque desde el 2015 sólo está permitida para las parejas tailandesas heterosexuales casadas.

En segundo lugar, diferenciamos la gestación por sustitución en función de si la gestante recibe o no compensación económica por el embarazo. En el caso de que la gestación se realice sin motivación económica por parte de la mujer gestante nos encontramos ante la *gestación por sustitución altruista*, en este supuesto la mujer no recibe ningún pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo, es decir, que existe exclusivamente compensación por gastos y daños. En el caso de que haya una retribución económica a la gestante que exceda de los gastos ocasionados y las molestias sufridas nos encontraremos ante una *gestación por sustitución comercial*.

Esta clasificación que ofrecemos es la más habitual pero no es la única, ya que se pueden hacer diferenciaciones en función de la relación con la mujer gestante e incluso en función del país donde se realiza[4].

B. Regulación de la gestación por sustitución en la LTRHA

La normativa española ha regulado las técnicas de reproducción humana asistida a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y con ello se ha tratado de proporcionar una solución a los problemas de esterilidad de las parejas acorde con el estado de la ciencia y la práctica clínica corrigiendo así las regulaciones anteriores.

El contrato de gestación subrogada se regula en el artículo 10 de la LTRHA indicando en su primer apartado que el mismo es nulo de pleno derecho independientemente del tipo de gestación por sustitución de la que estemos hablando y siempre que la mujer renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Esto nos lleva a que *cualquier contrato que tenga por objeto la gestación subrogada será nulo.*

En su apartado segundo señala que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Esta afirmación nos lleva a dividir la filiación en madre y padre. En primer lugar, respecto de la figura de la madre, podemos determinar que la mujer gestante será la madre del niño, si nos ponemos en la situación de que la gestante no estuviese casada, la filiación materna se inscribirá como no matrimonial de la mujer gestante, aunque el gameto femenino perteneciese a la mujer de la pareja contratante. Y, en segundo lugar, respecto de la figura del padre, si la mujer gestante no estuviese casada y el gameto masculino perteneciese al varón de la pareja contratante, podría éste inscribir su paternidad como no matrimonial si quisiera reconocerlo[5].

Y, en su apartado tercero y último, se configuran las acciones de reclamación de paternidad indicando que "queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Esto es porque se permite la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico haciendo ineficaz los efectos de la posible renuncia de la filiación materna.

C. Regulación de la gestación por sustitución en la normativa internacional

Como ya hemos mencionado, la gestación subrogada es un creciente negocio que genera un alto beneficio económico a través de la comercialización de la capacidad reproductiva de las mujeres[6]. Hemos adelantado que en España existe una prohibición total, pero, si esto es así, ¿cómo es posible que sigamos encontrando en la vía judicial sentencias relativas a contratos de gestación por sustitución? Esto es porque no existe una regulación unificada en esta materia a nivel de técnicas de reproducción humana asistida, por lo que muchas parejas que no pueden tener hijos, pero quieren tenerlos con su carga genética acuden a otros países en donde esta práctica sí está permitida, generando un conflicto de intereses al volver a España con el bebé entre la normativa aplicable y el interés superior del menor.

1. Prohibición total

En España a través de la LTRHA parece que se prohíbe la gestación por sustitución determinando que el contrato será nulo de pleno derecho, sin embargo, autores como FERRER VANRELL consideran que esto no prohíbe expresamente la técnica de que la mujer se someta a ella por facultativos ya que la gestación por sustitución no se sanciona en el Capítulo VIII LTRHA. Entiende que el contrato de la aplicación de la gestación por sustitución se llevará a cabo entre la usuaria y el equipo médico y ese contrato no se especifica como nulo, sino que se considera nulo el acuerdo entre la pareja que busca la gestación y la usuaria gestante.

En fecha 30 de abril de 2025, el Gobierno de España ha aprobado una instrucción para hacer efectiva la prohibición de los vientres de alquiler y la medida principal para ello es que el Registro Civil dejará de inscribir de forma directa a los bebés nacidos a través de esta práctica, aunque se cuente con una resolución administrativa o judicial extranjera que valide el contrato. Esto quiere decir que la inscripción sólo podrá formalizarse siguiendo los cauces de determinación de la filiación por vínculo biológico o por adopción.

Sin embargo, existen otros países con prohibición total de la gestación por sustitución que han ido más allá como Francia que prohíbe esta práctica en su artículo 16-7 del Código Civil Francés[7] y el artículo 227-12[8] del Código Penal Francés. Esta regulación prevé la nulidad del contrato al igual que lo hace la española, pero se ve complementado con lo establecido en su Código Penal desde la visión de que los padres estarían abandonando al niño en favor de otra pareja que se haría cargo del menor. Aun estando contemplado esto en ambos códigos, seguimos sin ver una prohibición de contrato de este tipo de técnicas entre la usuaria y las clínicas de fertilidad, por lo que podría ser que nos encontrásemos en la misma laguna jurídica que en España, aunque entendemos que en Francia hay una lucha muy activa en contra de la gestación por sustitución la cual se pretende criminalizar tanto por el alquiler de vientres como por la venta de niños, lo que hace que equiparen la gestación por sustitución con la trata de seres humanos[9]. Igualmente, en Italia está explícitamente prohibida la maternidad subrogada por la Ley 40 de 19 de febrero de 2004, e incluso por la reciente ley de 16 de octubre de 2024 que

ha prohibido la gestación subrogada en el extranjero, imponiendo penas de cárcel y multas a todos aquellos que hagan uso del turismo reproductivo.

En Alemania también se prohíbe la técnica de la gestación por sustitución en la Ley de protección del embrión de diciembre de 1990 en la cual se imponen penas de privación de libertad a quienes transfieran a una mujer un óvulo no fecundado ajeno y a quienes emprendan una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente[10]. Esta normativa sólo permite a las mujeres tener y dar a luz a su propio hijo, con quien existe vínculo genético, sólo se permite la fecundación in vitro con el uso de óvulos propios.

2. Regulación parcial o restringida

Con la regulación parcial nos referiremos a aquellos países que permiten la maternidad subrogada con ciertas limitaciones. Entre estos países podemos hablar de Reino Unido, Países Bajos, Canadá o Portugal. Todos ellos tienen en común que en sus respectivas regulaciones se permite la gestación por sustitución siempre que sea altruista, es decir, no lucrativa. En estos casos la gestante no puede recibir remuneración o compensación económica alguna pero los gastos médicos y los posibles daños deben ser abonados por los padres adoptivos.

En el caso de Reino Unido hemos de destacar la figura de Orden parental que se utiliza para transferir la filiación de la gestante a los adoptantes siempre que estos estuvieren casados, fueran mayores de edad, residieran en el Reino Unido y, al menos uno de ellos, tuviera un vínculo genético con el menor, todo esto sumado a la necesidad de que la gestación sea altruista. Pueden acceder a este tipo de técnica tanto parejas de mismo o distinto sexo y las personas solteras de ambos sexos.

En el caso de Países Bajos, se establecen a su vez determinados requisitos para las personas que quieren someterse a esta técnica, determinando que debe existir una indicación médica, los adoptantes deben estar casados y no tener más de 40 años, la gestante ya debe tener descendencia, no tener más de 44 años y debe tener el consentimiento de su pareja si estuviera casada. Además, se establece expresamente que sólo se permite la compensación a la gestante por los servicios médicos, el alojamiento y el período durante el cual la misma no puede trabajar. Podemos equipararlo a lo dispuesto en Canadá donde se impone un límite al importe que puede recibir la gestante como compensación[11].

Y, por último, en el caso de Portugal, se exige a la madre adoptante una acreditación con certificado médico de que tiene problemas físicos en el útero, o que, fruto de problemas médicos, su útero no podrá gestar un bebé, por lo que el acceso a dichas técnicas se encuentra limitado.

3. Regulación permisiva

La regulación permisiva es la de aquellos países en donde la gestación subrogada comercial es legal, aunque en dichas normativas se establecen también requisitos para poder participar de la gestación subrogada. Hemos incluido en este

apartado los países que permiten tanto la gestación subrogada comercial como la altruista. Entre estos países encontramos Ucrania, Rusia y algunos estados de Estados Unidos entre otros.

De estas normativas debemos destacar que se establecen para los padres de intención determinados requisitos que deben cumplir para poder acceder a la gestación por sustitución. En el caso de Ucrania, hasta el inicio de la guerra, se permitía la práctica a personas extranjeras, aunque sólo podían solicitarlo parejas heterosexuales casadas. Por otro lado, en el caso de Rusia, se permite el acceso a parejas heterosexuales y mujeres solteras, prohibiendo el acceso a las parejas del mismo sexo.

En este tipo de regulaciones los contratos de gestación subrogada tienen validez legal y fuerza ejecutiva, así se garantizan los derechos de los padres de intención y de la gestante. En el caso de Ucrania[12] se establece que el certificado de nacimiento es expedido a nombre de los padres de intención inmediatamente después del nacimiento del niño y la gestante no tiene derecho legal a ser considerada como madre de un niño que dio a luz en un programa de subrogación. Con estas consideraciones legales se facilita el reconocimiento de la filiación sin necesidad de largos procedimientos judiciales.

En el caso de Rusia[13], sólo se permite la gestación subrogada gestacional, es decir, aquella en la que la gestante no aporta sus óvulos, sino que los óvulos y espermatozoides deben proceder de la pareja de intención o de un donante. Además, la madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar. En cuanto a las madres solteras, es necesario que aporten su dotación genética.

En EEUU[14] no todos los estados son permisivos con la subrogación, pero se consideran legales los contratos en California, Illinois, Arkansas, Maryland, Utah y Florida entre otros. A efectos legales, lo importante es dónde se redactan y firman los contratos, donde reside la gestante y donde tiene lugar el nacimiento. Además, en EEUU pueden acceder a la gestación por sustitución todos los modelos de familia, sin necesidad de carga genética con el embrión a implantar.

III. FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA Y DERECHOS DEL MENOR. LA JURISPRUDENCIA DEL TS

En la gestación subrogada el recién nacido suele proceder de una fecundación *in vitro* llevada a cabo con espermatozoides y óvulos de los que serán los padres, o de donaciones de otras personas. Normalmente, la gestante no aporta los óvulos, aunque existe ese tipo de gestación subrogada como ya hemos visto con anterioridad, por lo que genéticamente no tiene nada que ver con ese bebé. En España hemos determinado que no está permitido el contrato de gestación por sustitución, sin embargo, el Tribunal Supremo español se centra en el hecho de que, a pesar de la nulidad de este tipo de contratos, la protección del menor no puede verse menoscabada por esta circunstancia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado sobre estos casos argumentando que, negarse a reconocer la filiación biológica de los hijos con sus padres por el hecho de haber recurrido a esta técnica iría en contra del dere-

cho fundamental al respecto de la vida privada según lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[15].

Evidentemente, los niños fruto de gestación subrogada deben gozar de los mismos derechos que cualquier otro, tanto en cuanto a filiación como en cualquier otro plano ya que el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra cuestión. No obstante, en España existe diversidad de opiniones respecto de la inscripción de los menores en el Registro Civil español aunque se puede inscribir la filiación de un menor nacido en un país extranjero mediante gestación por sustitución si se cumplen dos condiciones: en primer lugar, se debe aportar una resolución judicial dictada por un Tribunal competente en donde se determine la filiación del nacido; y, en segundo lugar, se deben cumplir los requisitos establecidos en la Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos[16].

En España, el Tribunal Supremo ha determinado que el interés superior del menor es una cláusula susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial y además es un concepto esencialmente controvertido porque es indeterminado y no permite al juez alcanzar cualquier resultado. Sin embargo, en relación con lo dispuesto en la LTRHA, se determina que los hijos fruto de la gestación subrogada no tienen por qué cargar con las consecuencias negativas que el contrato de gestación haya generado.

El Tribunal Supremo no considera que negar el reconocimiento de las sentencias extranjeras que validan los contratos infrinja el principio superior de protección del menor ya que los padres de intención se estarían aprovechando de esta protección para hacer valer sus intereses y propios criterios sobre la gestación por sustitución[17].

Según lo dispuesto en la LTRHA, los factores determinantes del interés superior del menor serán: por un lado, la filiación biológica del padre; por otro lado, la pertenencia a un núcleo familiar real en el que están el menor, el padre biológico y su pareja; y, por último, la ruptura de todo vínculo del menor con la mujer que los gestó, lo que además está sujeto a control judicial. Evidentemente, los tribunales son quienes otorgan dichas soluciones[18], lo que lleva a plantear que es necesario completar la regulación en la LTRHA en materia de gestación por sustitución[19].

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado a raíz de la STS 1626/2024 que el reconocimiento de la sentencia extranjera que validaba el contrato de gestación por sustitución y atribuía la paternidad de los nacidos a los padres de intención es contrario al orden público. Este orden público se integra según lo dispuesto en los derechos fundamentales y principios de la Constitución Española.

En España únicamente se adjudica directamente la paternidad a los padres intencionales a través de la presentación de una sentencia de un país extranjero en el que se reconozca la filiación. Sin embargo, esta resolución judicial debe seguir los requisitos o exigencias establecidas por la Dirección General de Registros y del Notariado en la Instrucción de 5 de octubre de 2010[20].

Como ya hemos dicho, la filiación legal en la gestación por sustitución, plantea retos en materia de derechos del niño en cuanto al interés superior del menor ya que lo mejor para el niño sería que la filiación legal se estableciese lo antes posible tras el nacimiento, pero además, antes de eso, en los contratos de gestación por sustitución, se establecerán salvaguardias previas, determinaciones del interés

superior, consentimientos de todas las partes del acuerdo, incluso protección del derecho del menor a acceder a sus orígenes[21].

IV. EL PROCEDIMIENTO DE EXEQUATUR EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El exequátur es el conjunto de normas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado comprueba que una sentencia judicial extranjera reúne los requisitos que permiten su reconocimiento y homologación. Exceptuando que fuere de aplicación un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de este procedimiento según contempla la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil[22], en adelante LCJIMC.

Según las normas que regulan este procedimiento, para que pueda aplicarse, la sentencia extranjera debe cumplir con determinados requisitos: en primer lugar, encontrarse dentro de las categorías y provenir de Estados que no sean aquellos miembros de la Unión Europea ni estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, así como aquellos que hayan suscrito un tratado bilateral con España; en segundo lugar, se debe verificar su regularidad y autenticidad; en tercer lugar, la sentencia debe haber sido dictada como consecuencia del ejercicio de una acción personal; y, por último, debe determinar una obligación lícita en España.

El objetivo del exequátur es homologar una resolución extranjera para que tenga la misma fuerza que una resolución judicial española y el mismo no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión.

Como ya hemos indicado, la LTRHA sanciona los contratos de gestación por sustitución y hemos establecido que el Tribunal Supremo determina que esto es contrario al orden público, aun así, entendemos que el artículo 46 de la LCJIMC no determina que esta nulidad lleve directamente a la inadmisión de la demanda de exequátur, ya que debe respetarse el derecho de defensa del solicitante, su derecho a ser oído en el procedimiento y ponderar el interés superior del menor frente al orden público internacional español[23].

Por ello, se entiende que no procede la denegación automática del reconocimiento en este caso de la filiación por motivos de orden público si la misma se basa en que el órgano judicial extranjero ha aplicado un ordenamiento jurídico distinto al que hubiera resultado de las reglas del Derecho internacional privado español, es decir, que no puede entenderse que existe vulneración del orden público español simplemente por haber divergencia normativa y además deben valorarse caso por caso dichas vulneraciones[24].

V. DERECHOS DE LAS PARTES INVOLUCRADAS

Aunque en el ordenamiento jurídico español se considera nulo el contrato de gestación por sustitución, como siguen realizándose estas prácticas en otros países hemos considerado la necesidad de hablar de los derechos de las partes invo-

lucradas. En el contrato de gestación encontramos dos partes: la parte comitente o los padres de intención y la mujer gestante.

En primer lugar, hablaremos de los padres de intención o de elección, se denominan así porque la gestación por sustitución depende de la voluntad de estos que son quienes realizan el encargo de una prestación a la mujer gestante, prestación que consiste en la gestación de un bebé para esos padres de intención. Los padres de elección pueden ser una mujer, un varón, una pareja matrimonial o una pareja conviviente no casada.

Como hemos indicado anteriormente, esta parte contratante se denomina parte comitente, por lo general serán los padres de intención, pero podemos encontrar en los contratos una agencia de intermediación a la que también se le puede atribuir el carácter de parte comitente. Estas agencias son personas jurídicas que ejercen la labor de intermediación entre la mujer gestante y los padres de elección, por lo general con una compensación económica, incluso en aquellos países en los que se regula la gestación subrogada altruista, si los padres de intención realizan esta técnica a través de una agencia de intermediación deberán pagar ese servicio.

En segundo lugar, hablaremos de la otra parte del contrato que es la mujer gestante, la cual asume mediante el contrato la obligación de gestar y dar a luz a un bebé para otra persona o pareja, y, además debe renunciar a la maternidad del niño. La mujer gestante se compromete con ese contrato a someterse a técnicas de reproducción para dar origen al bebé, a todo lo que conlleva el proceso de gestación y a entregar al bebé a la parte comitente.

Respecto de esta figura se realizan muchas valoraciones éticas, independientemente de las que ya se realizan sobre la técnica de la gestación subrogada en sí, sobre todo respecto de la libertad de la mujer gestante. Cuando hablamos de la libertad en este caso es porque en el mundo de la ética se considera que las decisiones que implican una afectación a la integridad física de la persona, no se entiende que se hayan tomado de forma libre si se establece una retribución. Esto es así porque se cree que la persona no habría tomado esa decisión si no fuera por la retribución. Si reflexionamos respecto de esto podemos entender que la gratuidad en estas decisiones respecto de la integridad física de la persona es una garantía de libertad[25].

Además de ello, la mujer gestante se compromete a determinadas obligaciones a la aceptación del contrato de gestación subrogada. Si lo analizamos entendemos que la obligación a la que la mujer gestante se compromete con la aceptación del contrato de gestación constituye una obligación de hacer, también una obligación de dar y además una obligación de no hacer ya que "durante el embarazo habrá de abstenerse de ciertas conductas que puedan poner en peligro la salud del feto y, en definitiva, que puedan frustrar el buen fin del encargo"[26]

Por último, debemos hablar de los menores que, aunque no son parte del contrato, forman parte del mismo ya que son el fin y el resultado. Los menores nacidos por medio de la gestación subrogada tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas en virtud de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y esto nos lleva a que, independientemente de las posiciones individuales de los Estados sobre la gestación por sustitución, todos los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos de todos los menores[27].

A los menores fruto de la gestación por sustitución se les puede inscribir en el Registro Civil español, tanto su nacimiento como su filiación. La Resolución del

18 de febrero de 2009[28] fue la primera en materia de gestación subrogada, en ella se disponía que el nacimiento puede inscribirse de dos formas distintas, bien por declaración o bien por presentación de certificación. En el primer caso, el encargado del Registro Civil es quien lleva a cabo un control de legalidad, mientras que, en el segundo caso, se utiliza el mecanismo dispuesto en el artículo 81 de la Ley del Registro Civil[29]. Actualmente, se inscribirá a los menores siempre que se cumplan con los requisitos dispuestos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010[30] entre los que se encuentran: la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, el procedimiento de exequátur según la LEC, y, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará si la resolución judicial puede ser reconocida en España.

VI. CONCLUSIONES

I. La gestación por sustitución plantea diversos desafíos éticos y legales a nivel de derecho internacional privado, pero específicamente en el ordenamiento jurídico español donde se determina la nulidad del contrato de gestación por sustitución. Las cuestiones más problemáticas en este asunto son que respecto de la parte comitente, por mucho que se tenga el deseo de tener descendencia, utilizando este método se puede estar vulnerando el interés superior del menor. Respecto de la mujer gestante, se prevé una vulneración de derechos además de verse afectada su libertad y correr el riesgo de convertir la gestación en un negocio. Y, respecto de los menores, la evidente vulneración de derechos que pueden sufrir los menores se centran en su identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y el acceso a sus orígenes, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y el derecho a no ser vendidos.

II. Evidentemente, consideramos que es complicado pretender erradicar la práctica de la gestación por sustitución en España cuando la protección de los niños debe prevalecer ante todo mientras que en otros países se permite que personas extranjeras lleven a cabo la gestación por sustitución. Por ello, las personas españolas que llevan a cabo esta práctica en otros países que lo autorizan, cuando vuelven con el menor no se puede pretender no permitirles acceder al país o retirarles la custodia del menor porque estas acciones no estarán protegiendo el interés superior del menor.

III. Finalmente, debemos destacar que en cualquier caso deben respetarse los derechos de las partes y especialmente realizar todas las actuaciones teniendo en consideración el interés superior del menor, aunque este concepto sea jurídicamente indeterminado, por ello como indica la STS 1626/2024 es necesario realizar una ponderación de la que resulte la solución que menor perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico. Por tanto, la protección que se otorgue a los menores debe partir de las leyes, convenios y jurisprudencia aplicable en España, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, n.º 2*, octubre 2014, p. 5.

BAYARRI MARTÍ, María Luisa: "Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España", en *Noticias Jurídicas*. https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-sureconocimiento-en-espana/

CARDONA GUASCH, Olga: "La Maternidad Subrogada: Gestación Comercial", en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 242.

CRESPO LORENZO, Elena: "Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España" en Noticias jurídicas, https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/

DURÁN AYAGO, Antonia: "Gestación por sustitución en España: A hard case needs law, de por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema", *Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, n.º 2*, octubre 2019, p. 582.

Equipo de Babygest. (2021). *¿Qué es la gestación subrogada y qué tipos existen?* https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/#bibliografia

FELDMAN, Fernando; HUALDE SANCHEZ, José Javier; MUNIZ ESPADA, Esther; ROY, Estelle: *Traduction du Code Civil Français en Espagnol*. 2015. https://shs.hal.science/halshs-01402630/file/Traductioncodecivil01072013_fr_es.pdf

FERRER VANRREL, P.: "El llamado interés superior "interés del menor" de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro", en *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson S.L, Madrid, 2018, p. 73-101.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa: "El artículo 10 de la Ley 14/2006 y su análisis comparativo con lo dispuesto en otras legislaciones permisivas. Especial atención a EE. UU y reflexión sobre cláusulas habituales en estos contratos", en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988–2019),* Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 225

IGAREDA, Noelia: "La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana" en *Rev. Bioética y Derecho, 44*, Barcelona, 2018.

KINSON, Khrystyna: "España desaconseja ir a Ucrania en busca de "vientres de alquiler", 2017. https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171219/espana-desaconseja-ucrania-busca-vientres-6506181

LLEDO YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, María Pilar; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio; OCHOA MARIETA, Carmen; y, MONJE BALMASEDA, Óscar: *Gestación subrogada Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019).* Ed. Dykinson S.L., 2019, Madrid.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Reflexiones sobre la maternidad subrogada", en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 93.

Observatorio de la Imagen de las Mujeres en Instituto de las Mujeres. (2023).

Análisis de la Publicidad de la Gestación por Sustitución. https://www.inmujeres.gob.es/observatorios/observImg/informes/docs/AnalisisPublicidadGestacionPorSustitucion2023.pdf

PLA DÍAZ, Carla: "La gestación subrogada: Una problemática por resolver en España" en *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, enero 2022. https://idibe.org/wp-content/uploads/2022/01/cij.pdf

SERRA ALCEGA, Marta: "Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º32*, 2015-II, p. 290.

SOSPEDRA FONTANA, Alejandro: "La gestación subrogada en España" *en Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, 2018. https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf

VILAR GONZÁLEZ, Silvia: "Exequatur por sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019", en *Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, n.º2*, 2018, pp. 1207-1211.

VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH, Gran Sala, 24 de enero de 2017. Caso Paradiso y Campanelli v. Italia, Solicitud n.º 25358/12
- STEDH, Sección Quinta, 26 de junio de 2014. Caso Labassee v. Francia, Solicitud n.º 65941/11
- STEDH, Sección Quinta, 26 de junio de 2014. Caso Mennesson v. Francia, Solicitud n.º 65192/11
- STS, Sala Primera, Sección 991, de 4 de diciembre de 2024. Número Sentencia: 1626/2024. Número Recurso: 7904/2023. Ponente: Rafael Saraza Jimena. STS 5879/2024 – ECLI:ES:TS:2024:5879
- STS, Sala Primera, Sección 991, de 06 de febrero de 2014. Número Sentencia: 835/2013. Número Recurso: 245/2012. Ponente: Rafael Saraza Jimena. STS 247/2014 – ECLI:ES:TS:2014:247
- AAPB, Sala de lo Civil, Sección 12, de 18 de diciembre de 2019. Número Auto: 478/2019. Número Recurso: 998/2019. Ponente: María Gema Espinosa Conde. AAPB 10320/2019 – ECLI:ES:APB:2019:10320A

IX. 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.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Código Civil Francés

- Código Penal Francés
- Ley sobre protección de embriones de 13 de diciembre de 1990, Alemania
- Ley italiana n.º 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida
- Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2) – Ley de reproducción humana asistida de Canadá
- Ley sobre embriones, de 20 de junio de 2002 de Países Bajos
- Regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à sexta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho
- Ley de fertilización humana y embriología, de 1 de noviembre de 1990 de Reino Unido
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Ley Orgánica 19/2003 de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- La Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, sobre extensión y límites de la jurisdicción.
- Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, que determina el procedimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, más precisamente el procedimiento del exequatur.
- La Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, sobre fuerza ejecutiva en España de los títulos ejecutivos extranjeros.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

NOTAS

[1] Aunque no tenemos en la normativa una definición de la gestación por sustitución, nos remitimos a la definición dada por BAYARRI MARTÍ, María Luisa: "Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España", en *Noticias Jurídicas*, en donde se indica que la gestación por sustitución o maternidad subrogada puede definirse como el acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.

[2] La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida es clara y tajante respecto de la gestación por sustitución en su artículo 10 en donde se indican tres cuestiones importantes que analizaremos a lo largo de dicho estudio. Este artículo se indica que: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

[3] Así lo determina el Observatorio de la imagen de las mujeres con su Análisis de la publicidad de la gestación por sustitución: "Según el estudio The Global Surrogacy Market Report, elaborado por Global Market Insights (2022), la cifra del negocio en 2022 ascendió a 14 billones de dólares y se prevé que, para 2032, pueda alcanzar los 129 billones, lo que supone un incremento de más del 24,5% de tasa de crecimiento anual. El mismo estudio identifica como una dificultad para este crecimiento del mercado la legislación gubernamental protectora que existe en diversos países. España es uno de los países donde actualmente estos contratos son nulos de pleno derecho."

[4] Podemos ver estos otros tipos de gestación subrogada en el siguiente enlace https://www.clinicasfertilidad.com/gestacion-subrogada/tipos-de-gestacion-subrogada#:~:text=Gestaci%C3%B3n%20subrogada%20nacional%3A%20los%20futuros,nacer%C3%A1%20fuera%20de%20su%20pa%C3%ADs. E incluso en la misma página países donde la gestación subrogada es legal https://www.clinicasfertilidad.com/gestacion-subrogada/paises-donde-la-gestacion-subrogada-es-legal

[5] Así lo analiza GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa: "El artículo 10 de la Ley 14/2006 y su análisis comparativo con lo dispuesto en otras legislaciones permisivas. Especial atención a EE. UU y reflexión sobre cláusulas habituales en estos contratos", en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988–2019),* Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 225

[6] El Ministerio de Igualdad presenta un informe jurídico a la Abogacía del Estado por la promoción comercial de la gestación por sustitución: https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/el-ministerio-de-igualdad-presenta-un-informe-juridico-a-la-abogacia-del-estado-por-la-promocion-comercial-de-la-gestacion-por-sustitucion/

[7] El artículo 16-7 del Código Civil Francés reza: *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*. Traducido al español: Es nulo de pleno derecho cualquier acuerdo relativo a la procreación o gestación por cuenta de otra persona.

[8] El artículo 227-12 del Código Penal Francés indica: *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. La tentative*

des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines. Traducido al español: El hecho de provocar, bien con fines lucrativos, o mediante dádiva, promesa, amenaza o abuso de autoridad, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 7.500 euros. El hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros. Será castigado con las penas previstas en el segundo párrafo el hecho de intermediar entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. La tentativa de las infracciones previstas en los párrafos segundo y tercero del presente artículo será castigada con las mismas penas.

[9] Además de ello, se ha presentado ante la Asamblea Nacional de Francia una propuesta de resolución con la finalidad de incorporar al derecho francés la criminalización de la gestación por sustitución considerando la misma como una forma de trata de seres humanos y considerando que es un delito a nivel de la Unión Europea. Todavía no se ha resuelto dicha propuesta, pero entendemos que será muy complicado porque con la misma se pretende finalizar con el reconocimiento de los actos de estado civil de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, por lo que si sigue practicándose esa técnica fuera de Francia y en el propio país no se reconoce a la pareja como padres del menor se estaría actuando contra el interés superior de este. https://centrodebioetica.org/francia-propuesta-de-resolucion-sobre-maternidad-subrogada/

[10] Ley sobre protección de embriones de 13 de diciembre de 1990, Alemania, traducida al español: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf

[11] Ley técnicas reproducción humana asistida de Canadá: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/

[12] https://www.surrogacy365.com/es/destinos/ucrania/

[13] https://babygest.com/es/rusia/#:~:text=Ley%20rusa%20de%20gestaci%C3%B3n%20por%20sustituci%C3%B3n,-La%20Ley%20Federal&text=La%20ley%20rusa%20indica%20expresamente,gestante%20no%20aporta%20sus%20%C3%B3vulos.

[14] https://www.surrogacy365.com/es/destinos/estados-unidos/

[15] Así lo señala CRESPO LORENZO, Elena: "Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España" en *Noticias jurídicas*, https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/

[16] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Publicada en BOE núm. 24, de 7 de octubre de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

[17] La Sala Primera del Tribunal Supremo rechaza que negar el reconocimiento de la sentencia extranjera infrinja el principio superior de protección del menor. La concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los padres de intención de la gestación subrogada, ni la protección del interés superior del menor puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación extranjera, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-rechaza-reconocer-una-sentencia-de-Estados-Unidos-que-valida-un-contrato-de-gestacion-subrogada-por-ser-contrario-al-orden-publico

[18] "Como se ha podido comprobar, son los tribunales quienes han proporcionado soluciones a los problemas derivados del art. 10 LTRHA con la finalidad de brindar protección al menor. Así, se ha podido observar que las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia esclare-

cen que la regulación contenida en el art. 10 LTRHA no es suficiente, y que, además, éste es incompleto, produciéndose así cierta inseguridad jurídica." PLA DÍAZ, Carla: "La gestación subrogada: Una problemática por resolver en España" en *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, enero 2022.

[19] Como bien indica MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Reflexiones sobre la maternidad subrogada", en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 93.: "de poco sirve declarar la nulidad del contrato de gestación subrogada y que la madre gestante, si en la práctica, al existir legislaciones permisivas, resulta que el deseo de tener un hijo da lugar a su nacimiento. Y entonces, para proteger el interés de éste, habrá que dar una solución a la filiación, procurando el entorno familiar más adecuado."

[20] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317 Actualmente, sólo en Estados Unidos y Canadá se realiza un juicio de filiación por el que se obtiene sentencia judicial admitida en España. En Grecia, se hace un juicio para autorizar la transferencia embrionaria a la gestante y eso se acepta como sentencia de filiación.

[21] Nota informativa: Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada de UNICEF y Child Identity Protection. https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf

[22] Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: Artículo 42. Procedimiento de exequátur: 1. El procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución se denominará procedimiento de exequátur. 2. El mismo procedimiento se podrá utilizar para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46. El propio artículo 46 determina que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público.

[23] Como sucede, por ejemplo, "cuando el menor respecto del cual pretende inscribirse la filiación se encuentra ya en el país", supuesto en el que habrá que "tener en cuenta el interés superior del menor por encima del orden público". SERRA ALCEGA, Marta: "Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 32*, 2015-II, p. 290.

[24] VILAR GONZÁLEZ, Silvia: "Exequatur por sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019", en *Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, n.º2*, 2018, pp. 1207-1211.

[25] "Podríamos decir que, si no hay contraprestación es más fácil pensar que el sujeto actúa libremente, altruistamente. […] los países en los que más se ha desarrollado la gestación subrogada comercial, en general, son países pobres y en los que la mujer vive en una situación de desigualdad en relación con el varón." SOSPEDRA FONTANA, Alejandro: "La gestación subrogada en España" en Cuestiones de Interés Jurídico, ISSN 2549-8402, IDIBE, 2018. https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf; y, "Un ejemplo de ello sería Ucrania donde los centros de gestación subrogada en Kiev pagan cantidades que rondan los 20.000 euros, lo que empuja a muchas mujeres de bajos recursos económicos a recurrir a este proceso en un país en el que el sueldo medio se sitúa en unos 260 euros mensuales." KINSON, Khrystyna: "España desaconseja ir a Ucrania en busca de "vientres de alquiler", 2017. https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171219/espana-desaconseja-ucrania-busca-vientres-6506181

[26] CARDONA GUASCH, Olga: "La Maternidad Subrogada: Gestación Comercial", en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 242.

[27] "En algunos casos, la gestación subrogada se produce de forma que se protegen, respetan y defienden los derechos humanos de los niños y niñas nacidos por esta vía. Sin embargo, en la actualidad, el derecho internacional de los derechos humanos no proporciona salvaguardias centradas específicamente en la gestación subrogada a nivel nacional y en los acuerdos internacionales de gestación subrogada (AIS), lo que expone a riesgos a los niños y niñas nacidos por este medio. Además, muy pocos Estados cuentan con marcos jurídicos y políticos nacionales que ofrezcan salvaguardias para los derechos de los niños y niñas en los AIS y, en algunos casos, en la gestación subrogada nacional." En Nota informativa: Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada de UNICEF y Child Identity Protection. https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf

[28] Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por I.G.M., S. L., contra la negativa del registrador de la propiedad de Gernika-Lumo a la anotación preventiva de una querella, «BOE» núm. 72, de 25 de marzo de 2009, páginas 29015 a 29017. https://boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2009-5006

[29] Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Artículo 81: El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.

[30] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE-A-2010-15317 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

1.2. Derecho de familia

El ejercicio de la patria potestad: desacuerdos entre los progenitores y conflicto de interes con el hijo menor de edad

The exercise of parental authority: disagreements between parents and conflicts of interest with the minor child

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular) en la Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, pues, la regla general es la titularidad y el ejercicio conjunto tanto en situaciones de normalidad convivencial como en situaciones de crisis matrimonial o de pareja. Al respecto, se consideran válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Ahora bien, en caso de desacuerdos ocasionales o puntuales en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los progenitores podrá acudir a la autoridad judicial y ésta atribuir la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos son reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la patria potestad total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo de dos años. En todo caso, se protege a los terceros de buena fe, presumiendo que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. Es posible el ejercicio individual de uno de los progenitores en defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de ello. En fin, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva y, dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, basta el consentimiento de

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.07

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el otro progenitor ser informado previamente. También será aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género.

Por otra parte, en caso de conflicto entre los progenitores con el hijo menor procede el nombramiento de un defensor judicial. El presente estudio se va a centrar en el estudio de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdos o divergencias entre los progenitores y en los supuestos de ejercicio individual y, asimismo, en el necesario nombramiento de un defensor judicial para el hijo menor en caso de conflicto de éste con sus progenitores.

ABSTRACT. Parental authority may be exercised jointly by both parents or by one parent with the express or tacit consent of the other. The general rule is joint ownership and exercise of parental authority, both in situations of normal cohabitation and in situations of marital or relationship crisis. In this regard, acts carried out by one parent in accordance with social custom and circumstances, or in situations of urgent need, are considered valid. However, in the event of occasional or specific disagreements in the exercise of parental authority, either parent may appeal to the judicial authority, and the latter may assign the decision-making power to one of the two parents. If disagreements are repeated or any other cause seriously impedes the exercise of parental authority, the latter may assign parental authority, in whole or in part, to one of the parents or distribute its functions between them. This measure will be valid for a period of two years. In any case, third parties acting in good faith are protected, assuming that each parent is acting in the ordinary exercise of parental authority with the consent of the other. Individual exercise of parental authority by one parent is possible in the absence or inability of one of them to exercise it. Finally, if the parents live separately, parental authority will be exercised by the parent with whom the child lives. Once a conviction has been issued and criminal liability has not been extinguished or criminal proceedings have not been initiated against one of the parents for violating the life, physical integrity, liberty, moral integrity, or sexual liberty and integrity of the minor children they share, or for violating the other parent, the consent of the latter is sufficient for the care and psychological assistance of the minor children, and the other parent must be informed in advance. This will also apply, even if no prior complaint has been filed, when the woman is receiving assistance from a specialized gender-based violence service. Furthermore, in the event of a conflict between the parents and their minor child, the appointment of a legal guardian is necessary. This study will focus on the ownership and exercise of parental authority in the event of disagreements or disagreements between the parents and in cases of individual exercise of parental authority. It will also focus on the necessary appointment of a legal guardian for the minor child in the event of a conflict between the child and his or her parents.

PALABRAS CLAVES: menor de edad, progenitores, titularidad y ejercicio de la patria potestad, desacuerdos puntuales o reiterados, violencia de género, conflictos de intereses.

KEYWORDS: minor, parents, ownership and exercise of parental authority, specific or repeated disagreements, gender violence, conflicts of interest.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. INTERÉS DEL MENOR Y DESACUERDOS. 1. Interés superior del menor. 2. El ejercicio conjunto o individual de la patria potestad: los desacuerdos entre los progenitores. *A. Los desacuerdos entre los progenitores: simples u ocasionales y reiterados. B. Supuestos concretos de desacuerdos o divergencias entre los progenitores. C. Protección de terceros de buena fe. D. El ejercicio individual de la patria potestad.* 3. El ejercicio de la patria potestad por el hijo menor de edad no emancipado. La asistencia de los progenitores. 4. Expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la intervención judicial en relación con la patria potestad.—III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS PROGENITORES Y EL HIJO MENOR DE EDAD: NOMBRAMIENTO DEFENSOR JUDICIAL. 1. Concepto y caracteres. 2. Nombramiento y contenido. 3.3. Supuestos concreto de actuación jurídica.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad —*potestas*— en origen representaba la jefatura doméstica o soberanía que, el jefe del grupo, el *paterfamilias*, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Era un poder absoluto y despótico concebido a favor de quien lo ejercía, hasta el punto que, en el Derecho romano clásico se declaraba que, el *paterfamilias* gozaba del "derecho de la vida y la muerte" (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos, y, asimismo, se constituía como instrumento de cohesión del grupo mismo. Venía a ser el eje del Derecho de Familia, pues, todas las instituciones familiares se concebían en función de ella; y, así proyectada, representaba un verdadero derecho subjetivo del *paterfamilias* sobre los hijos, así como sobre los bienes o frutos de los bienes que, pudieran pertenecerles (normalmente por haberlos heredado de otros familiares). En los tiempos actuales, sin embargo, la patria potestad es configurada exactamente desde el prisma contrario, pues, aquella es, propiamente hablando, una potestad en sentido técnico, y no conforma en absoluto un derecho subjetivo que, corresponda a ambos progenitores, ya que, las facultades o poderes que el ordenamiento jurídico reconoce a éstos en relación con sus hijos, están estrechamente ligados con el cumplimiento de los deberes que, sobre los progenitores pesan respecto de la educación, crianza y formación de los hijos. Así pues, las facultades que el Código Civil otorga a los progenitores respecto de los hijos son auténticas potestades, en cuanto "se trata de poderes que el ordenamiento les reconoce o concede para que los ejercite precisamente en interés o beneficio de los hijos, y no atendiendo a los propios intereses de los sujetos activos de tales facultades o poderes"[1]. De todo ello resulta que, la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público[2] y como indica CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ "se encuadra entre las medidas de protección de los menores, siendo de entre estas la más natural"[3]. Para ESTELLÉS PERALTA la actual redacción del artículo 154 *in fine* del Código Civil "identifica la patria potestad como una responsabilidad parental"[4]. A tal fin, PÉREZ GIMÉNEZ define la patria potestad como "el conjunto de facultades que se otorgan a los progenitores para que puedan cumplir los deberes y obligaciones que la ley les impone, lo que siempre deberá realizarse en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, con

respecto a su derechos y a su integridad física y mental, para hacer efectiva la responsabilidad parental a la que se hace referencia el artículo 154 del Código Civil"[5].

Sobre tales bases, de la existencia de un vínculo de filiación —por naturaleza o adopción—, legalmente establecido, el Código Civil hace derivar la patria potestad que corresponden a los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados. Así resulta del artículo 154, párrafo primero del Código Civil, en cuanto establece que *"los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres"*. Por tanto, la patria potestad en su configuración jurídica-positiva actual, procedente de la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo de "modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio"[6] se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores con discapacidad. Sólo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social[7]. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII "De las relaciones paterno-filiales", del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (artículos 154 a 171)[8].

Por su parte, la Constitución española otorga rango constitucional a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no lo mencione expresamente. Así, el artículo 39 dispone que *"1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

La actuación de los poderes públicos en relación con el menor se sustancia en tres ámbitos concretos: 1) Se indica que los poderes deben asegurar la protección integral de los menores de edad; 2) La función de atender a los hijos corresponde a los padres; 3) A los menores de edad se les reconocen los derechos que recogen los acuerdos internacionales sobre la infancia, que España ha ratificado[9].

Ahora bien, aunque no se determina en el texto constitucional, está claro que la intervención de los poderes públicos para una adecuada protección de los menores, resulta compatible y opera al mismo nivel que la función de los padres, precisamente, en la asistencia y protección a sus hijos menores de edad[10]. Si bien, no faltan quienes entienden que en el ámbito de las relaciones familiares, resulta necesario plantear una actuación subsidiaria de los poderes públicos con respecto

a la que corresponde a los padres[11]; o, bien, se parte de una operatividad en distinto plano de cualquiera de las acciones protectoras señaladas[12].

No obstante, pese a que se reconoce rango constitucional a la potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad, no se le otorga, sin embargo, el valor de derecho fundamental, sino como un principio rector más de la política social y económica, al formar parte el citado artículo 39 del Capítulo III del Título I y no del Capítulo II del Título I relativo a los derechos fundamentales.

Como complemento y refuerzo del reconocimiento de la titularidad de los padres en la potestad de sus hijos menores de edad, y, por ende, en responsabilidad de aquellos en la atención de sus hijos, el artículo 27.3 del mismo texto constitucional regula el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté acorde con sus propias convicciones[13]. Asimismo, en el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, después de establecer en su Preámbulo que, la familia de origen es el hábitat natural idóneo para el desarrollo del menor, dispone en su artículo 9.1 que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el mejor interés de los menores, y, añade en sus artículos 18.1 y 27 que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la crianza, desarrollo y educación de sus hijos[14]. Igualmente, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992. de 8 de julio, destaca el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo equilibrado y armonioso del niño, subrayando en su apartado 8.11, además de la responsabilidad conjunta del padre y la madre en la educación y desarrollo del menor, y del derecho de todo niño a vivir con sus padres naturales, legales o adoptivos, dispone que corresponde a los padres de forma prioritaria dar al niño una vida digna y en la medida de sus recursos económicos, proporcionar los medios para satisfacer sus necesidades. Todo ello, sin perjuicio, del deber de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, y servicios sociales. Y, finalmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, señala el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (artículo 8)[15].

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (artículo 154, párrafo primero del Código Civil)[16]. Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor[17]. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad[18]. La patria potestad se ejercerá como parentalidad positiva. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente

justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que ésta corresponde en primer lugar a los padres[19]. No cabe duda que, la reforma por Ley 11/1981, se estructuró sobre la base de tres objetivos: configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; dar primacía la interés o beneficio del hijo, y el respecto a su personalidad; y, someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como, en su caso, de la Administración pública. Esta intervención y vigilancia judicial determina que, el Juez ha de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores —artículo 156 del Código Civil—; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres —artículo 159 del Código Civil—, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (artículo 166 del Código Civil); o, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (artículo 167 del Código Civil); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil "de oficio o a instancia de parte del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal" habrá de dictar "dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria", todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo. De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores, bien en un proceso civil *ad hoc*, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional de protección de los menores, la privación de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad, esto es, de los deberes y facultades inherentes a la misma, sin que ello afecte *"per se"* al vínculo legal de filiación, ni impida el ejercicio de determinados derechos, como el de visita[20].

Como precisa, DÍEZ GARCÍA atendiendo a la regla general del ejercicio conjunto "la responsabilidad de los progenitores será conjunta, cuando ésta derive de un acto (u omisión) realizado (u omitido) de igual forma". En consecuencia, para la citada autora "la patria potestad tiene una titularidad plural cuyo ejercicio es, en principio, mancomunado"[21]. Sin embargo, otros autores abogan por el ejercicio solidario[22]. Posición que consideramos acertada, pues, es más acorde con el ejercicio conjunto, sin perjuicio de la posibilidad de una responsabilidad individual de cualquiera de los progenitores, cuando estemos ante un comportamiento culposo o negligente del mismo, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1903 del Código Civil[23].

La patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función puede, por tanto, en determinados casos y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de ley, cuando sus titulares por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos[24].

Esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encontrara en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria

asistencia moral y material —artículo 172 del Código Civil—, con la consiguiente suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, tanto la suspensión como la pérdida de la patria potestad representan una pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, siendo posible, en consecuencia, su recuperación, cuando cese la causa que la ha motivado. Frente a otros supuestos, en los que tiene lugar la terminación de la patria potestad de forma definitiva, como la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; la emancipación del hijo, salvo el supuesto de emancipación tácita, donde es posible su revocabilidad; y, su adopción (artículo 169 del Código Civil).

Como hemos señalado, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta por ambos progenitores, ya lo sea mediante la actuación de ambos, o de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro[25]; no obstante, esta regla general expuesta, el Código Civil contempla determinados supuestos en lo que el ejercicio de la patria potestad es individual (artículo 156 del Código Civil) que serán objeto del oportuno análisis en otro apartado de este estudio: a) Desacuerdos, que pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto y reiterado. En el caso de desacuerdo simple *"cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre"*; cuando son reiterados o concurriera una causa singular que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá —el juez— atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En todo caso, si concurre un interés opuesto al del hijo, por parte sólo de uno de los progenitores, en tal supuesto, corresponderá al progenitor en quien no concurre interés opuesto la representación del hijo menor no emancipado, o completar la capacidad del menor emancipado, en una atribución sin necesidad de especial nombramiento, pues, opera por *ministerio legis* (artículo 163.2 del Código Civil)[26]. De concurrir en ambos progenitores un interés opuesto al del hijo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial[27]; b) En defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (artículo 156 párrafo cuarto)[28]; c) En el caso de separación de los padres, la patria potestad será ejercida por aquél con quien el hijo conviva (artículo 156, párrafo quinto). Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, 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 a su ejercicio. Por tanto, para los casos en los que progenitores no viven juntos, cualquiera que sea la causa[29], la convivencia del hijo con uno de ellos trae consigo la atribución del ejercicio de la patria potestad (guardia y custodia). De no mediar el supuesto de convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores, ni acuerdo al respecto entre los mismos, a tales efectos, el artículo 159 del Código Civil dispone que *"si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitora quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos, si tuvieran suficiente juicio, y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años"*.

En nuestro Derecho, por tanto, el concepto de guarda y custodia se vincula con la atención y cuidado del menor, que se tiene en su compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo; y, en su determinación se plantea la alternativa de si el ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno sólo de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, a los abuelos[30]), de manera individual y exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida, modalidad esta última establecida legalmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el convenio regulador judicialmente homologado debe contener la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos (artículo 90 A) del Código Civil). Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio debe, asimismo, contener un pronunciamiento —siempre fundado en beneficio o interés del menor— relativo a que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponda a uno u otro (artículo 92.4 del Código Civil).

De cualquier forma, en todos estos supuestos descritos, conviene precisar, que tiene lugar una modificación en la titularidad o ejercicio de los contenidos normales de la patria potestad, que puede tener lugar mediante una concentración, redistribución, o alteración de aquéllas.

Así las cosas, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad tienen como referente ordinario a los hijos menores no emancipados. Sobre los hijos beneficiarios recae un deber de obediencia y respeto a los padres y la obligación de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella. Los titulares de la patria potestad son los progenitores cuya filiación esté determinada legalmente, ya sean los hijos menores biológicos o adoptivos[31].

Además del Código Civil, en la actualidad la patria potestad también se encuentra regulada en el Derecho Civil aragonés, catalán y navarro. Así en el Código Civil aragonés en el Título II del Libro I bajo la rúbrica "De las relaciones entre ascendientes y descendientes" —artículos 56 a 74—; el Código Civil catalán, por su parte, en el Capítulo VI del Título II del Libro II con la denominación "la potestad parental" se desarrolla la institución en el artículo 236 apartados 1 a 36; y, en fin, el Título V del Libro I de la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (FNN) "De la patria potestad y de la filiación" —Leyes 64 a 70—.

A tal fin, el artículo 59 del Código Foral aragonés (CFA) dispone que: "Los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de: a) Velar por él; b) Visitarlo y relacionarse con él; y, c) Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo"; asimismo, el artículo 63 relativo a la titularidad establece que: "1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres; 2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos"; y añaden los artículos 64 y 65 "La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de

otras personas, y siempre en interés del hijo"; y, "1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas; b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades; c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años; d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos. 2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos".

En Código Civil catalán (CCC) establece en su artículo 236-1 en cuanto a la titularidad de la potestad parental que: "Los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, tienen la potestad respecto a los hijos menores no emancipados. La potestad parental puede extenderse a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándola o rehabilitándola" y, añade el artículo 236-2 en los referente a su ejercicio que: "La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo".

En la Ley 64 del FNN denomina responsabilidad parental al conjunto de deberes y facultades que corresponden a los progenitores sobre sus hijos menores de edad no emancipados con la finalidad de procurar su pleno desarrollo de acuerdo con su personalidad e interés superior y con respeto a sus derechos y a su integridad. Y, en cuanto a la titularidad. La responsabilidad parental corresponde conjuntamente a ambos progenitores; y, añade en la Ley 67 respecto al ejercicio de la responsabilidad parental que: "a) Regla general. Los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental y todas las decisiones derivadas de los mismos se ejercerán y adoptarán por los progenitores según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán, sin embargo, válidos los actos que cualquiera de ellos realice por sí solo para atender a las necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares y el uso del lugar o en situaciones que exijan una urgente solución".

II. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. INTERÉS DEL MENOR Y DESACUERDOS

El Código Civil establece como regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad[32]; si bien, existen determinados supuestos en los que, pese a la titularidad conjunta de la patria potestad, su ejercicio corresponde a uno solo de los progenitores[33].

Tanto el ejercicio de forma conjunta como individual se ejerce siempre partiendo del interés superior de los hijos menores de edad no emancipados, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y la actuación judicial cuando resulte necesaria y pertinente[34].

Ciertamente, las relaciones familiares por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. Se trata de aplicar la ley conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012[35] dispone que: "Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor". De ahí que, la regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores. La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

En todo caso, el ejercicio de la patria potestad puede conllevar diferentes problemas derivados de los intereses en conflicto así: 1. Discrepancias o desacuerdo entre los progenitores, tanto en caso de crisis matrimoniales como constante matrimonio; o, entre los miembros de la pareja de hecho, igualmente, en situaciones de normalidad convivencial como en situaciones de crisis; 2. Conflicto entre los progenitores y el hijo menor de edad no emancipado con el posible nombramiento de defensor judicial.

De ahí que, el presente estudio se centre en el ejercicio de la patria potestad y la solución a las posibles discrepancias o desacuerdos entre los progenitores y, entre éstos y los hijos menores de edad no emancipado. A tal fin, nos parece oportuno analizar, en primer lugar, lo que representa ese principio general del interés del menor, para luego proceder a estudiar el ejercicio conjunto o individual de la patria potestad y la operatividad práctica en caso de desacuerdos puntuales o reiterados; para finalizar, tratando la resolución de conflictos entre progenitores y sus hijos menores de edad no emancipados y el correspondiente nombramiento de defensor judicial. De todas formas, conviene recordar que, la titularidad de la

patria potestad es siempre conjunta, salvo supuestos de suspensión o privación de aquella; lo que, no impide un ejercicio individual de la misma.

Ahora bien, las decisiones que se incluyen en la patria potestad son las relativas a: 1. El lugar de residencia del menor y los posibles traslados del mismo; 2. La asistencia a una guardería (educación no obligatoria); 3. La elección del colegio y la orientación del mismo: público o privado; laico o religioso; 4. Si se educa al menor en una determinada religión; 5. La recepción de sacramentos (bautismo, comunión y confirmación) y la asistencia a catequesis; 6. El sometimiento del menor a tratamientos médico-quirúrgico y médico-estético, salvo los supuestos de urgente necesidad; 7. La elección de especialistas médicos (pediatra); 8. La realización de terapias psiquiátricas o psicológicas; 9. La realización por el menor de actividades extraescolares formativas, deportivas o lúdicas y, en general, aquéllas que impliquen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores; 10. La posibilidad de estudios en el extranjero (año escolar o meses de verano)[36]; 11. Sobre el deber de corrección —castigos al menor—; y, 12. Supuestos nimios como regalos al profesor/a del curso —regalo colectivo de la clase o individual de cada alumno/a—.

1. Interés superior del menor

Nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, precisa a su vez que el principio de interés del menor se proclama en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) "al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (artículo 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (exposición de motivos, artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

En el mismo sentido, entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, FJ 12.º; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º; 99/2019, de 18 de julio, FJ 7.º; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º c); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5.º; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4.º B) c), y el Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre, FJ 4.º.

De este modo, se viene afirmando de manera reiterada la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º; 77/2018, de 5 de julio, FJ

2.º; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º C); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5.º; y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º, entre otras).

Corresponde en cada caso a los jueces y tribunales ordinarios determinar cuál es el interés superior de las personas menores de edad, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el artículo 2 de la citada Ley Orgánica 1/1996; e, incumbe a este tribunal, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor a fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencias del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.º; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2.º b); 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º C); y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º).

El interés superior del menor representa un principio fundamental en la materia de protección de menores y adolescentes y, asimismo, un principio vertebrador de todas las instituciones de protección que, deberá prevalecer sobre el resto de los intereses legítimos[37]. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 se dota de contenido a lo que hasta ahora representaba un concepto jurídico indeterminado y que ha sido objeto de diversas interpretaciones. Efectivamente, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tras configurar el interés del menor como principio primordial en cuantas "acciones y decisiones" le afecten, consagra un principio interpretativo restrictivo de "las limitaciones a la capacidad de obrar" de los menores, pues estas "se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Dicho interés debe interpretarse y aplicarse "en cada caso", "atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto" (artículo 2.2) y tomando en consideración "los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior" (artículo 2.2 b)).

De significativa importancia es el establecimiento en la Ley Orgánica 1/1996, tras la citada reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, "los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado" (artículo 2.5 a)).

Este concepto, como precisa el Preámbulo de la citada Ley, se define desde un contenido tiple: 1. Es un derecho sustantivo, en el sentido que el menor tiene derecho a que cuando se adopta una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluado y en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2. Es un principio general interpretativo, de manera que cualquier normativa jurídica ha de ser interpretada conforme al mismo con el objeto de realizar la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; por lo que cualquier medida o actuación que se lleva a cabo sobre un menor en situación de riesgo o desamparo, debe operar con lo que es más efectivo y beneficioso para su interés[38]; y 3. Es una norma de procedimiento[39].

Por lo que, a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su es-

pecial vulnerabilidad[40]; el trascurso del tiempo en su desarrollo[41]; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad[42]; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, y, cualquier otro elemento que se considere pertinente y respete los derechos de los menores; y, en caso de concurrir con cualquier otro interés legítimo, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también estos otros intereses legítimos y, en caso de no poder respetarse estos, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir[43]. Además, toda medida en interés del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de febrero de 2022[44]: "no cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que los artículos 172.3 y 11.2 b) LOPJM) supeditan el reintegro del menor a su familia de origen. Como dice la sentencia 444/2015, de 14 de julio[45]: "El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015[46]). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida"".

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre[47] señala en su *Fundamento Jurídico tercero* que "para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (…) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de nuestra incumbencia examinar, si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales" y, recuerda, con cita de numerosos pronunciamientos de este tribunal "la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000[48], FJ 5.º). Deben procurarlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre[49], FJ 2.º; y 77/2018, de 5 de julio[50], FJ 2.º). Asimismo, ha advertido el Tribunal Constitucional en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, que su interés superior "inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 de la Constitución española es, considerado en abstracto, un bien constitucional sufi-

cientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales" (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio[51], FJ 7.º)".

Al respecto también señala nuestro Tribunal que para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (...) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de incumbencia del Tribunal Constitucional examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002[52], FJ 4.º; y, el auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero[53]). Porque, una vez más se ha de subrayar que "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional"".

Es importante destacar que "justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril[54], FJ 5.º); (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3.º; y 2/2024, de 15 de enero[55], FJ 2.º).

Entre los valores y derechos en liza que el órgano judicial ha de incluir en su juicio de ponderación se encuentran los deseos, sentimientos y opiniones del menor. La sentencia del Tribunal Constitucional 5/2023, de 20 de febrero[56], FJ 3.º, a la que nos remitimos, analizaba las disposiciones internacionales y nacionales que tratan de garantizar la participación de las personas menores de edad en los procedimientos que les afecten, en función de su edad y madurez, así como que su opinión, libremente expresada, sea tenida en cuenta en la ponderación de lo que debe considerarse en cada caso como interés superior del menor. En línea con las disposiciones internacionales que regulan la materia, el artículo 2.2 b) de la LOPJM establece entre esos criterios generales "la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior".

Asimismo, apunta la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, acogimiento y adopción, en consideración a que se encuentran en juego intereses de suma relevancia tanto de los menores afectados por la medida, como de sus padres, y de las personas que pretenden la adopción. Dicha doctrina se compendia en la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril, FJ 2.º. Destaca que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de los menores, constitución de los diversos tipos de

acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de estos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes.

Por otra parte, glosa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el respeto a la vida privada y familiar, recordando que la retirada de la tutela de los menores no pone fin a la vida familiar y debe estar debidamente justificada, gozando las autoridades de libertad para evaluar la necesidad de hacerse cargo de un menor, siendo necesario un control más estricto sobre las restricciones adicionales, como las impuestas sobre el derecho de visitas.

En los casos en que las autoridades deciden reemplazar la medida de acogimiento por una más radical, indica que "tales medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo pueden justificarse por un requisito primordial concerniente al interés superior del menor" (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia*). La doctrina del Tribunal se extiende a otras relaciones familiares, en las que se pone de relieve la diferente protección que se otorga a los progenitores respecto de las relaciones con el resto de la familia extensa. A tal fin, el Tribunal ha declarado que la vida familiar abarca los lazos entre parientes cercanos, entre los que se encuentran los abuelos con sus nietos o nietas, ya que pueden jugar un papel importante en la vida familiar. Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos y nietos, por su propia naturaleza requiere un menor grado de protección que la de los progenitores con sus hijos.

Por otra parte, este tribunal tiene una asentada doctrina acerca de la flexibilización de las rigideces procesales y la ampliación de las facultades de los órganos judiciales en los procesos afectantes al Derecho de familia vinculada a la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española, muy en particular, en su apartado cuarto, en tanto que configura el estatuto jurídico del menor como una norma de orden público, de inexcusable observancia por los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º).

De este modo, los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros. Hemos recordado que "Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2.º reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 de la CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos" (sentencias del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4.º; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º B); y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3.º)

En tal sentido, específicamente en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, este tribunal ha destacado que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en

el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio, FJ 6.º; en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3.º).

Así se ha afirmado que "dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad" (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2.º; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º; 75/2005, de 4 de abril, FJ 3.º; y 58/2008, de 28 de abril, FJ 2.º). De modo gráfico, ha indicado el Tribunal en esos mismos fundamentos en relación con tales procedimientos que "lo trascendental en ellos no es tanto su modo como el resultado".

Finalmente, en esa misma línea argumental hemos destacado que la función encomendada en estos casos al juez no es solo la de juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE), sino que, al ser concebida en el marco de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse, de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE, aquellas funciones que la ley les atribuya expresamente en garantía de cualquier derecho (sentencia del Tribunal Constitucional 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3.º).

En tal sentido, los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como hemos tenido ocasión de declarar, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero, FJ 4.º), que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2.º).

También se ha advertido entre otras en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º que: "El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (…). Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto". Se podría afirmar que no basta procurar el interés del menor, sino que, atendido el contexto, dicho interés debe ser bien preservado, ya que en ocasiones soluciones aparentemente simples acaban por generar problemas complejos de difícil solución.

Asimismo, se ha sido destacado de modo completo en estos supuestos el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. Se puede afirmar que concurre en las autoridades

públicas "el deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopese con el deber de considerar el interés superior del niño" (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia* § 85). De modo que "en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible" —sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros c. Noruega*, § 205—).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia* destaca que actualmente existe un amplio consenso en que el interés del menor dicta "que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el desarrollo del niño (…). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (…) debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, "reconstruir" la familia" (§ 49). Reitera que puede haber "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio "entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos" (§ 50). Dicha relación "es diferente en naturaleza y grado" (§ 50) que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, "generalmente exige un menor grado de protección" (§ 50). En otros casos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) "el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminuía por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad" (§ 64), llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta "es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio" (§ 64), basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

Ahora bien, relacionado con el interés del menor es el derecho de éste de ser oído o escuchado.

Hace ya más de treinta años, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, dispuso en su artículo 12.2, la obligación de dar al niño "oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Pocos años después, el derecho de audiencia del menor fue recogido en el apartado 15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992, al afirmar que "toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá

ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten".

Posteriormente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce en su artículo 24.1 que "los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez".

En esta relación de instrumentos internacionales, debemos referirnos al Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015. Su objeto es promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, concederles derechos procesales y facilitarles "el ejercicio de esos derechos"; de modo que "sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial" (artículo 1.2). En "los procedimientos que afecten a un niño" la autoridad judicial, "antes de tomar cualquier decisión", deberá "consultar personalmente al niño" de una forma "apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño" y "tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño" (artículo 6). Dicho convenio, se incardina en las normas procesales y es de aplicación específicamente —conforme establece la declaración contenida en el instrumento de ratificación— en "procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores".

De significativa importancia es el establecimiento en la LOPJM, tras la reforma realizada por la mencionada Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, "los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado" (artículo 2.5 a)).

Este derecho a ser "oído y escuchado", alcanza una gran proyección atendido el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños y la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, al establecerse en términos absolutos en el artículo 9 de la Ley 1/1996 que el "menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad (...) en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez", añadiendo que en "los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente" (artículo 9.1). El derecho a ser oído y escuchado se garantizará "cuando tenga suficiente madurez", precisando que la "madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso" (artículo 9.2). Finalmente, como reflejo de la previsión del apartado 15 de la Carta europea de derechos del niño, se indica que "siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución

será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión" (artículo 9.3) y, se integra en el contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

Es, por ello, que el derecho del menor a ser "oído y escuchado" forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo[57], FJ 5.º). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre[58], FJ 5.º; en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril[59], FJ 7.º; 152/2005, de 2 de junio[60], FFJJ 3.º y 4.º; y 17/2006, de 30 de enero[61], FJ 5.º).

Este mismo Tribunal ha establecido la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (artículo 24.1 y 2 de la Constitución española) en un expediente de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de ahondar en si la audiencia del menor constituye un medio probatorio y, en su caso, la naturaleza de este.

En efecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha reconocido que la entrega a las partes del acta en que se documenta el resultado de la audiencia del menor, esto es, sus manifestaciones imprescindibles, significativas y estrictamente relevantes para la decisión del expediente, constituye "un instrumento perfectamente idóneo para procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión" (sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo[62], FJ 6.º), y con ello para preservar la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses, residenciando en los órganos jurisdiccionales la carga de salvaguardar sus derechos de defensa y contradicción, así como de que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias (sentencia del Tribunal Constitucional 12/2011, de 28 de febrero[63], FJ 3.º; y, las que allí se citan).

Como se afirmó en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019[64], FJ 7.º, refiriéndonos específicamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria, "la entrega del acta detallada a las partes, en suma, atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el artículo 24 de la Constitución española. Una exigencia que, en este caso, se acentúa a la luz de lo dispuesto por el artículo 19.2 de la citada Ley 15/2015, que permite fundar la decisión judicial en los expedientes que afecten a los intereses de un menor en "cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados".

En cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho: el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución española), esto es, el derecho a una motivación reforzada de las resoluciones judiciales, cuando está concernido el interés superior del menor.

Una vez realizadas las precisiones anteriores, procede abordar la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (artículo 24 de la CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución española), y con la protección de la familia y de los niños (artículo 39 de la Constitución española).

Al respecto, es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, "que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4.º; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4.º; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3.º; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3.º; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5.º; y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3.º, entre otras)" (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4.º).

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional también en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son, precisamente, los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la Constitución española no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3.º; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6.º; y, 113/2021, de 31 de mayo). Dado que la demandante de amparo identifica varios principios y valores constitucio-

nales como aquellos que podrían haberse visto afectados por la medida, procede deslindarlos antes de enjuiciar el caso concreto.

Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3.º, que "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la Constitución española y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales". Se trata, por tanto, como indica el *Fundamento Jurídico 5.º* de la misma sentencia, de un canon "reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 de la Constitución española"; de modo que la fundamentación judicial "debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir".

También la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º, recogiendo lo expresado en otras anteriores, afirma que "hemos considerado que la fundamentación "debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio" (sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5.º); o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (sentencia del Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio, FJ 6.º); y hemos afirmado que, el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y, proporcionalidad de la medida adoptada (sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6.º)".

Y en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3.º se ha señalado que "justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la Constitución española), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril, FJ 5.º)".

Respecto a la motivación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución española) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. El Tribunal Constitucional ha subrayado así que "establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva

de entablar relaciones con otras personas" (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4.º).

Nuestra jurisprudencia constitucional ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.º); el nombre y los apellidos (sentencias del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5.º; y, 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2.º); el sexo (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4.º); la expresión de género (sentencias del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio, FJ 3.º); y, la edad (sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4.º). En la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4.º, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el artículo 39.2 de la Constitución española impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la Constitución española); así como la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39.3 de la Constitución española); en tanto se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

En este contexto procede referirnos a la aplicación tanto el interés superior del menor como el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución española): derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho por parte del Tribunal Constitucional, sala Segunda, en dos sentencias de adopción. La primera ya citada de 27 de febrero de 2024 referida a un caso de maternidad subrogada dispone al respecto que: "es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, "que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premi-

sas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4.º; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4.º; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3.º; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3.º; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5.º; y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3.º, entre otras)" (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4.º)".

Como se ha manifestado en líneas precedentes que, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3.º; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6.º; y, 113/2021, de 31 de mayo).

Es, por ello, que en este caso la motivación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución española) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. Se ha subrayado por el Tribunal Constitucional que "establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas" (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4.º).

2. El ejercicio conjunto o individual de la patria potestad: los desacuerdos entre los progenitores

Establece el artículo 156 párrafo 1.º del Código Civil que *"la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores (…)"*. Se parte de la regla general de la actuación conjunta[65]. No obstante, antes las dificultades que se puedan derivar de la exigencia de una actuación conjunta en al ámbito ordinario de la patria potestad, el citado precepto prevé que pueda ejercerse la patria potestad *"por uno de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro"*[66]. En todo caso, esta forma de actuar supone un ejercicio conjunto de la patria potestad, aunque en la práctica, opere en la toma de decisiones y su aplicación uno de los progenitores, aunque con el consentimiento expreso o tácito del otro. No plantea problemas los consentimientos expresos, en cuanto al tácito, como precisa CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ es el deducido de la conducta del otro progenitor y algunos autores lo han recibido con cierta cautela y limitar su campo al ejercicio ordinario"[67]. En todo

caso, para FUENTE NORIEGA ha de tratarse de actos inusuales y excepcionales o exigir el consentimiento expreso para los supuestos en los que pese a existir acuerdo entre los padres, puede ofrecer, sin embargo, dudas[68]. De todas formas, BALLESTEROS DE LOS RIOS precisa que la actuación sin observar el consentimiento es anulable (artículos 1301 a 1322 del Código Civil)[69].

Ahora bien, se ha planteado por la doctrina la posibilidad de consentimientos generales por el que uno de los progenitores autoriza al otro en el ejercicio de la patria potestad. El citado autor CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ los define como "acuerdos de carácter voluntario entre los padres que viven juntos por medio de los cuales, buscando el interés del hijo (y con él, el de la familia), establecen una ordenación del ejercicio de la patria potestad. Adaptándolo a sus circunstancias personales y familiares, de manera que bien se distribuyen entre sí todas o partes de las funciones de la patria potestad, bien uno de ellos autoriza al otro o ambos se autorizan recíprocamente entre sí, para la actuación o ejercicio de todas o parte de aquellas". Y destaca, asimismo, su finalidad que "es la de conseguir un mejor ejercicio de la patria potestad, bien limitado a la esfera externa (consentimiento como mero apoderamiento), bien incluso en la interna (produciendo una auténtica distribución de funciones)"[70]. Ciertamente, en el escaso margen que en Derecho de Familia se posibilita a la autonomía de la voluntad, no cabe duda de la posibilidad de tales consentimientos, máxime si tenemos presente que puede haber un desplazamiento por motivos laborales de uno de los progenitores o se tomen en relación con lo que supone el ejercicio ordinario de la patria potestad, evitando con ello las discrepancias, siempre pensando en el interés superior del menor. Si bien, estos consentimiento generales puede ser revocables y pueden adoptarse en documento público o privado. De incluirse en capitulaciones matrimoniales, se exige escritura pública[71]. En el CCC se admiten estos consentimientos generales, si bien, se exige escritura pública. Así el artículo 236-9.2 dispone que "los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial".

Por su parte, el artículo 236-9 del citado cuerpo legal establece, al respecto que: 1. Los progenitores pueden acordar que uno de ellos ejerza la potestad parental con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones; 2. Al efecto de lo establecido por el apartado 1, los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial.

De igual manera, se pronuncia la Ley 67 a) del FNN cuando señala que: "Los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental y todas las decisiones derivadas de los mismos se ejercerán y adoptarán por los progenitores según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro".

Por otra parte, también establece el artículo 156 párrafo 1 del Código Civil la validez de los actos que realice uno de los progenitores "*conforme al uso social y las circunstancias*" o "*en situaciones de urgente necesidad*". Igualmente, referido a las actuaciones "ordinarias" y "cotidianas", y a aquellas situaciones que no admiten dilación por suponer un grave perjuicio para los intereses del hijo[72]. Se parte

de la validez de los actos, como si hubieran actuado los dos progenitores. Se alude al uso social y las circunstancias. El empleo de la copulativa "y" puede determinar la exigencia de que operen los dos supuestos concretados en el precepto. Si bien, parece entender como más correcto la concurrencia de uno u otro en la actuación particular. Aunque para ello debería haber empleado las disyuntiva "o". De ahí que, por razones prácticas los consideremos conceptos alternativos en su operatividad. En todo caso, el calificativo de sociales hace que se excluya de su ámbito objetivo a los usos jurídicos y de la familia en concreto o del grupo familiar[73]; y, que se trate de uso, además de normal e intrascendente, también frecuente[74]. Por su parte, el artículo 67.2 a) del CFA "circunstancias familiares y el uso del lugar"; e, igualmente, el artículo 236-8.2 letra c) del CCC se refiere al uso social o las circunstancias familiares, normalmente realiza una persona sola, cualquiera de los progenitores puede actuar indistintamente.

En cuanto a las circunstancias, como dispone la normativa foral, serán las familiares[75]. Si bien algún autor entiende que se refieren a las del hijo[76].

En fin, urgente necesidad son actuaciones que no admiten demora y como precisa BALLESTEROS DE LOS RÍOS alcanza a la esfera personal y patrimonial y se admite el ejercicio exclusivo de uno de los progenitores, al no ser posible el consentimiento de ambos[77]. Esta expresión significa, en consecuencia que, cada uno de los progenitores podrá actuar de forma individual tanto en la esfera personal como patrimonial[78] cuando el acto no admita demora en su ejecución[79].

A. Los desacuerdos entre los progenitores: simples u ocasionales y reiterados

En este contexto, el Código Civil se refiere a los posibles desacuerdos de los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad estableciendo para ello dos medidas: la primera se refiere al desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad en un asunto concreto y puntual, estableciendo que *"en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores"* (artículo 156 párrafo 3.º del Código Civil). En este supuesto, el juez atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre conforme a la solución propuesta por cada uno de ellos. Se trata de un desacuerdo puntual y, en la que el progenitor al que se atribuye la facultad de decidir no puede actuar de forma diferente a la opción presentada por él, salvo la aparición de nuevas circunstancias no existentes inicialmente[80]; y, la segunda de las medidas responde a los supuestos de desacuerdos reiterados o que concurra una causa singular, disponiendo al respecto que: *"si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá —la autoridad judicial— atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años"* (artículo 156 párrafo 3.º del Código Civil). De todas formas, si estamos ante esta situación, la realidad es que se anticipa que, a corto plazo nos vamos a encontrar ante una crisis matrimonial o de pareja. De todas formas, conviene precisar que, lo que acuerda el juez es cuál

de los progenitores ha de decidir, cuando la decisión conjunta o común no resulta posible como consecuencia de un desacuerdo ocasional. No decide por los progenitores directamente, aunque si indirectamente, pues, para adoptar la correspondiente resolución debe valorar, atendiendo a las circunstancia del caso concreto, cuál de las posiciones discrepantes es la más adecuada al interés superior del menor. Los desacuerdos puntuales, son desacuerdos esporádicos o asilados y, aunque pueden ser continuos en el tiempo, no pueden mantenerse de forma indefinida[81].

En consecuencia, mediante resolución judicial el ejercicio conjunto de la patria potestad puede operar mediante: 1. La atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores[82]; 2. La atribución de ciertas funciones de la patria potestad a uno solo de los progenitores, subsistiendo la regla de la actuación conjunta para las demás; y, 3. La distribución de las funciones de la patria potestad entre los progenitores. En todo caso, cualquier tipo de atribución que excluya la regla general de actuación conjunta en el ejercicio de la patria potestad no podrá exceder de los dos años. Se trata, por tanto, de una decisión de carácter temporal —no puede exceder de dos años—; y, según parte de la doctrina prorrogable, sin perjuicio que, resulte conveniente el cese de la misma o la adopción de otra distinta; o que si la actitud discrepante de los progenitores termina antes de ese plazo de dos años, se proceda al cese de cualquiera de las medidas adoptadas en relación con el ejercicio de la patria potestad[83].

También alude al plazo de dos años, el artículo 236-13.2 al disponer: *"3. En los procedimientos que se sustancian por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación. Asimismo, la autoridad judicial puede derivarles a una sesión previa de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, esta sesión puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una exploración del conflicto que les afecta. Las partes pueden participar en la sesión previa y en la mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes"*. Sin embargo, no fija plazo el CFA en cuyo artículo 74.2 dispone que: "cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. *Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije*".

En cualquier caso, el Juez habrá de ponderar los factores en juego y, como criterio principal el interés superior del menor[84]. En esta línea, NEVADO MONTERO precisa, al respecto que "la resolución siempre tendrá como fundamento la salvaguarda del interés superior del menor, por lo que no se pueden dar soluciones generalizadas, sino que habrá de analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa cada caso, acudiendo a los usos familiares, los pactos habidos entre las partes y las valoraciones y pruebas que cada progenitor aporte en cuestión"[85].

Ahora bien, al régimen jurídico para resolver los desacuerdos de los progenitores previstos en el Código Civil tiene una base esencialmente judicial; lo que no se contempla en los derechos forales que prevén una alternativa a la intervención judicial. Así, el artículo 74.1 del CFA: "en caso de divergencia en el ejercicio de la

autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin". Si bien, la Ley 67 letra d) del FNN también se refiere a la mediación: "en los procedimientos iniciados por motivo de desacuerdos, los progenitores pueden someter sus discrepancias a mediación". En consecuencia, si no decide el Juez, lo hace la Junta de Parientes o en todo caso recurrir a la mediación. En CCC en su artículo 236-13, asimismo, se opta por la mediación. Así en su apartado 3 señala que: "En los procedimientos que se sustancian por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación. Asimismo, la autoridad judicial puede derivarles a una sesión previa de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, esta sesión puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una exploración del conflicto que les afecta. Las partes pueden participar en la sesión previa y en la mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes".

En este contexto, los supuestos más habituales de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad suelen ser: si el menor va o no a una determinada guardería; escolarización del menor: si va a un colegio público o privado o concertado; religión: si el menor recibe el bautismo; o hace la primera comunión —y sobre la elección del lugar, la vestimenta de la celebración; la asistencia al convite, pago al convite y demás gastos, entre otros—; su orientación religiosa; si es posible o no cambiar de domicilio al menor, alejándolo de su entorno habitual; la elección del nombre o el orden de los apellidos; si se pueden realizar actividades extraescolares o no (campamentos de verano, deportes, música, clases de idiomas); como aquellas que impliquen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores; tratamientos médicos; terapias, vacunaciones; elección de especialista médico —terapias psiquiátricas o psicológicas—; cambio de domicilio: especialmente, su afecta al régimen de visitas; el lugar de residencia del menor y los posibles traslados del mismo; la negativa de firmar la autorización para que si expareja viaje al extranjero con sus hijos; y, fotos y redes sociales: se precisa la autorización de ambos progenitores para que las fotografías de los hijos menores tengan acceso a la red y, mientras sea la guarda y custodia compartida —que es lo habitual— debe contarse con la aprobación y consentimiento de ambos para su publicación.

Por lo general, en la toma de estas decisiones el ejercicio de la patria potestad es conjunto tanto constante matrimonio o de normalidad familiar —pareja de hecho— como en caso de progenitores que no conviven o se separan o divorcio. Se puede atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores, pero el ejercicio de los derechos y deberes (educarlos, alimentarlos, representarlos legalmente, o administrar sus bienes, etc.) continua siendo compartido. Si bien, por razones prácticas, si se trata de decisiones ordinarias relativas a la vida cotidiana del menor: horarios de comidas o de sueño, tipo de ropa o calzado a utilizar, adquisiciones de material escolar o de un determinado juguete, contenido de programas de televisión, etc., la toma de cesión corresponde al progenitor no custodio. Por

el contrario, si se trata de decisiones extraordinarias que tienen una especial relevancia o trascendencia en la esfera personal del hijo menor de edad; así que se requiere inexcusablemente el consentimiento de ambos progenitores para poder llevarse a cabo.

B. Supuestos concretos de desacuerdos o divergencias entre los progenitores

Se considera que la *determinación de domicilio* es una decisión incardinada en el ejercicio de la patria potestad y, en consecuencia, de decisión conjunta. Por tanto, la decisión unilateral de cambio de domicilio no se encuentra regulado en el Código Civil; si en el artículo 211-6 del Código Civil y, exige el acuerdo de ambos progenitores. Ahora bien, tanto la determinación del domicilio como su posterior cambio si existe una discrepancia entre los progenitores constante la relación convivencial, pueden acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria y, a la subsiguiente aplicación del artículo 156 del Código Civil en los términos analizados. Si hay una situación de crisis matrimonial, se fija en convenio regulador a qué progenitor se le atribuye la guarda y custodia y el uso de la vivienda familiar (domicilio); y, si ha tenido lugar un cambio de domicilio por el progenitor custodio sin contar con el no custodio, se puede utilizar por este último, el procedimiento de modificación de medidas, si se considera que el nuevo domicilio de los hijos menores impide, por ejemplo, el régimen de visitas.

En consecuencia, uno de los conflictos familiares es el que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio. Una de las facultades que traen causa de la patria potestad es entre otras la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura. El artículo 19 de la Constitución Española determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca.

Precisamente, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014[86] el problema que se suscita, es sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia. Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su

padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores. De ahí que, se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él.

Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012[87] entiende la solución adoptada por la Audiencia que deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos-deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor y, deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de una niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre que, tampoco ha sido definido ni en cuento al tiempo de permanencia, ni en razón las circunstancias concurrentes, procede a la devolución de los autos a la Audiencia para que dice nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y sus padres.

Por su parte, para la *expedición del pasaporte a los hijos menores de edad* el Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio[88], por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, requiere el consentimiento de ambos progenitores, si tiene la titularidad de la patria potestad. Así el artículo 4.2 dispone que: *"2. Cuando la persona que solicite la expedición del pasaporte fuera menor de edad y no estuviera en posesión del documento nacional de identidad, por no estar obligado a su obtención, deberá aportar una certificación literal de nacimiento expedida por el Registro Civil correspondiente con una antelación máxima de seis meses a la fecha de presentación de la solicitud de expedición del pasaporte y que contengan la anotación de que se ha emitido a los solos efectos de la obtención de este documento.*

Para la expedición del pasaporte a los menores de edad deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad (…) con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial. Este consentimiento se prestará ante el órgano competente para la expedición del pasaporte. También podrá prestarse ante fedatario público, en cuyo caso, deberá acompañarse a la solicitud, copia auténtica del documento del que resulte el citado consentimiento. En el momento de prestar el consentimiento, las personas que tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad (…) deberán acreditar su identidad con el documento nacional de identidad en vigor, en el caso de ciudadanos españoles, o con el número de identificación de extranjeros, o documento oficial válido para entrar o residir en España, también en vigor, en el caso de los extranjeros, salvo que la tutela hubiese sido asumida por ministerio de la ley. Además, se deberá acreditar la relación de parentesco, o condición de tutor, mediante la presentación de cualquier documento oficial al efecto". En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 12 de enero de 2018[89] resuelve sobre la solicitud al Juzgado por parte se la madre para que se le atribuyese la facultad de decidir sobre la obtención del pasaporte para su hijo, pues, pensaba viajar a Ecuador, a lo que se oponía el padre. De ahí que, el expediente de jurisdicción voluntaria seguido a instancia de Doña Maribel, frente a D. Lázaro tenía por objeto determinadas discrepancias en el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo común Victorino, cuya guarda tenía la madre del mismo, en virtud de sentencia de divorcio de 26 de septiembre de 2012. Se planteaba por la madre la autorización de la misma, sin necesidad del consentimiento del progenitor, no dispuesto a prestarlo, para la obtención de pasaporte del menor, con la finalidad de efectuar un viaje a Ecuador, desde el 12 de marzo al 2 de abril de 2016, al objeto de visitar a sus familiares. El Auto resolutorio del expediente, tras el informe favorable del Ministerio Fiscal, autorizó tal desplazamiento, al no apreciar signos del no retorno a España, cuando se había acreditado la obtención de billetes de ida y vuelta. El progenitor se ha alzado contra la indicada resolución, aclarada por Auto posterior de 26 de febrero de 2016. El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación y ha solicitado la plena confirmación del auto objeto del mismo. En todo caso, el recurso de apelación se desatiende, precisamente, por carencia sobrevenida de objeto, dado que la autorización del desplazamiento a Ecuador del menor, junto a su progenitora, tenía por fechas desde el 12 de marzo al 2 de abril de 2016, es decir que en el tiempo del dictado de nuestra resolución, ya han transcurrido 1 año y 8 meses desde la

programación del viaje y su realización, lo que hace insostenible la pretensión del recurso por carencia sobrevenida de objeto, a tenor del artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En virtud de ello procede dar por terminado el procedimiento, en la presente alzada procedimental, sin estimación del recurso de apelación, y sin especial declaración de condena a las costas procesales.

En cuanto a los *sacramentos como el bautismo*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2013[90] señala que: aunque los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la custodia de D. Fructuoso; la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) Elección inicial o cambio de centro escolar; c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); y, e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/ es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 20 de febrero de 2023[91] entiende que la autorización judicial para la administración del bautismo y la asistencia a la asignatura de religión acordada se ha hecho sin la audiencia del menor de siete años. De forma que, el expediente de jurisdicción voluntaria se ha tramitado sin la debida comparecencia del menor, cercenando con ello los derechos a la proposición y práctica de la prueba, así como el derecho del menor a ser oído. En consecuencia, entiende el tribunal de garantías que se ha vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Resultan interesantes, por un lado, el auto de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 9 de febrero de 2017[92] en el que se desestima la solicitud de la madre sobre la autorización para que su hija, ante la expresa oposición del padre, reciba los sacramentos del bautismo, penitencia y ecuaristia. A la niña que tiene 9 años de edad no se le da audiencia, pues, la Sala considera que con tal edad no permite valorar que la menor tenga suficiente madurez para responsabilizarla de una decisión como es el bautismo o ingreso en la Iglesia Católica, para la que la propia Iglesia Católica viene exigiendo "tener una edad suficiente para pensar y decidir", que actualmente, de hecho, sitúa no antes de los 12 años, pues no antes de esa edad se recibe el Sacramento de la Confirmación, que no es sino confirmación del Bautismo realizado por los padres. La Iglesia Católica, actualmente, coincide con la normativa civil en situar la edad de los 12 años como la edad en que con carácter general se puede afirmar la madurez necesaria para tomar algunas decisiones como la de autos, y desde luego para ser oído. Además, en el caso de autos, si bien, es cierto que los padres contrajeron matrimonio canónico, como señala la madre, también decidieron, cuando nació, de común acuerdo, no bautizar

a la menor y que fuera la menor la que decidiera la manera de ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando alcanzase los 13 o 14 años como dice el padre. Los padres de común acuerdo llevaron a la menor a un Colegio Público en Burgos. Luego la madre en Palencia, continuó llevándola a un Colegio Público, donde está matriculada en la clase de Religión Católica, como optativa; decisión que el padre afirma fue tomada unilateralmente por la madre cuando trasladó su residencia y la de la menor a Palencia, pero que no obstante no estar de acuerdo, no la impugnó judicialmente para no causar perjuicios a su hija una vez comenzado el curso lectivo. La madre unilateralmente, y sin consultar al padre apuntó a la menor a la catequesis de la Parroquia de la Localidad de Palencia; decisión respecto de la que el padre exteriorizó su oposición, tan pronto tuvo conocimiento, remitiendo escrito en tal sentido a la Diócesis de Palencia. Teniendo en cuenta el inicial acuerdo de los progenitores para dejar que la menor decidiera como ejercer su libertad religiosa, sin decidir por ella su adscripción a una confesión religiosa; no resulta justificado apartarse de lo convenido por éstos, pues difícilmente se puede admitir la existencia de discriminación de la menor por sus compañeros de Colegio por el hecho de no tomar la Comunión, cuando asiste a un Colegio Público y, por tanto, con un ideario aconfesional.

En todo caso, tanto la solicitud de la madre como la petición del padre son opciones muy respetables, y tanto una como otra compatibles con la protección del interés del menor. Por ello no puede darse una solución generalizada, sino que habrá que analizar ponderadamente las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta los usos sociales o familiares, en su caso, la existencia de pacto entre padres, incluso las propias valoraciones que cada uno haga de la cuestión.

Y, por otro respecto a las clases de religión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 4 de marzo de 2009[93] en que se desestima la modificación de medidas solicitada por el padre, para que la hija común dejara d acudir a clase de religión en el centro escolar. Como punto de partida, señala que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa. Asimismo, se indica que, no solo no se acredita, sino siquiera se expresa que de la autorización concedida resulte un concreto perjuicio, perturbación, molestia o incomodidad para Juliana, o pueda constituir un peligro para su formación integral. Tampoco se ha acreditado que ello pueda imposibilitar o lastrar decisivamente las iniciativas que el padre pueda tener en orden a transmitir a su hija las enseñanzas y orientaciones que tenga por conveniente. Realmente, no se alega intención de dispensar una formación determinada radicalmente incompatible con la religión católica, y no creemos que la educación que se reciba en las clases de religión sea excluyente de la formación que quiera transmitir el padre, e imposibilite esta. En síntesis, el apelante no ha expuesto un proyecto de formación que sea radicalmente incompatible o excluyente con respecto a la mera asistencia a clases de religión en el colegio, seleccionado, como se dijo por el padre, en ausencia de indicio alguno mínimamente suficiente para pensar que tal educación pueda anular el libre desarrollo integral de la menor y su capacidad de autodeterminación futura con respecto al hecho religioso, en sintonía con el actuar precedente de esta familia, al que también previamente hicimos referencia. Todo ello nos conduce a la desestimación del recurso, con confirmación de la sentencia apelada, que es correcta,

como conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no vulnera precepto alguno sustantivo ni constitucional.

Por lo demás, se comparte el razonamiento contenido en la resolución disentida en orden a que ha sido la madre quien de manera directa y personal, aquí añadimos, y con anuencia del padre, no olvidemos que la custodia se pactó a favor de aquella en convenio regulador, se ha ocupado del cuidado de la menor, siendo legítimo que quiera hacerla partícipe de sus creencias, cursando religión en su centro escolar, lo que ningún peligro en principio entraña, para la educación, formación integral y desarrollo de Juliana. La excusa de que la propia hija decida por sí misma al alcanzar la mayoría de edad o la madurez suficiente resulta inconsistente, de todos modos Juliana en su momento decidirá por sí misma al ser mayor de edad, o incluso antes. Por todo ello, no se acredita en esta alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor por parte del Juez "*a quo*", cuyas inferencias no se advierten absurdas, irracionales, arbitrarias o contrarias a la elemental lógica humana, y cuyo criterio no puede ser sin más sustituido por el subjetivo e interesado del apelante, que no ofrecerse para ello razones solventes y de peso, y en cuya línea de discurso, la supuesta vulneración a que se alude resultaría más proyectable, de denegarse, como sinónimo de prohibirse, que de autorizarse la discutida asistencia a las clases de religión, en cuanto en este caso no se impone judicialmente, sino que solamente se faculta a la madre, a cuyo criterio queda la decisión.

En relación con *la primera comunión,* los gastos del evento religioso son obligatorios y necesarios por los que ambos progenitores pueden pagarlos. Sin embargo, los gastos de celebración tales como el convite y actividades lúdicas asociadas, etc., como los del evento religioso (vestidos, zapatos, invitaciones, tarjetas de comunión o christmas comunión, etc.) no son necesarios; por lo que, si uno de los progenitores se niega, los gastos deberán correr a cargo del progenitor que quiere realizarlo[94]. Respecto a la catequesis previa a la comunión, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección1.ª, de 17 de mayo de 2019[95] se autoriza judicialmente a que la hija menor de edad comience la catequesis de preparación para recibir la Primera Comunión, pues, la menor acude a un colegio religioso y ha manifestado su deseo de hacer la Primera Comunión junto al resto de sus compañeros y, además, no se aprecia que la asistencia a catequesis le pueda causar un perjuicio a la menor, que con los años podrá optar por profesar o no la Religión Cristina. En todo caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 26 de marzo de 2018[96] no concede la indemnización por daño moral que solicita el padre por no comunicarle la madre la fecha de la primera comunión de la hija común, al entender la Audiencia que no existe nexo causal entre el supuesto de acto voluntario de la madre y la consecuencia lesiva que se reclama.

En cuanto a la *orientación religiosa del menor y la de los padres* se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Así, la sentencia, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000[97] dispone que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales a la libertad de creencias y a su integridad moral, son que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos pueda decidirlo aquellos que tengan atribuida la guardas y custodia. Asimismo, la sentencia, Pleno, de 14 de febrero de 2024[98] se ha atribuido al padre la facultad de elegir el centro escolar (colegio concertado religioso) y a la madre la de decidir sobre la matriculación o

no en la asignatura de religión. Con ello considera el tribunal de garantías que se han soslayado el conflicto entre los derechos fundamentales de ambos progenitores y no han acertado en identifica el interés superior del menor. Dada la inmadurez de la menor para el pleno ejercicio de su libertad religiosa (4 años), su interés superior debió identificarse con la obligación de atender a que sus convicciones religiosas pudieran formarse sin predeterminaciones escolares. Se ha optado por los órganos judiciales, añade el Tribunal, por atribuir la facultad de elegir centro escolar al progenitor favorables a una educación católica, lo cual no puede entenderse justificado en interés superior del menor, a que, el seno de una familia con convicciones religiosas divergentes, pueda ir desarrollando sus propias creencias en un contexto escolar libre de adoctrinamiento. De ahí que, otorgue el amparo solicitado por la madre.

De forma crítica RODRIGO LARA señala que "cuando el Tribunal Constitucional argumenta jurídicamente que la mejor forma de proteger la libertad de creencias del menor en aras de su propio interés es despojándola de una educación en un centro religioso, como su de una "contaminación" se tratara (…) es cuando el Tribunal realiza una interpretación laicista de los artículos 16.3 y 27,3 de la CE, quebrando con el principio de aconfesionalidad, entendido como laicidad positiva, que es la que configura nuestro texto constitucional"[99].

Nadie duda de la libertad religiosa del menor y de los padres, pero también que la Constitución española parte de la aconfesionalidad del estado, no de su laicididad, como equivocadamente se suele argumentar.

En esta línea, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de mayo de 2025[100] prioriza la libertad religiosa del menor en caso de descuerdo de los padres. En esta resolución cuyo ponente ha sido el magistrado Juan Carlos Campo Moreno, ha rechazado por unanimidad el recurso de amparo formulado por el progenitor de un menor nacido en 2016, en el que cuestionaba las decisiones judiciales que resolvieron el desacuerdo parental sobre la formación moral y religiosa de su hijo común. El Tribunal ha considerado que estas decisiones fueron proporcionadas y respetuosas con la libertad religiosa del padre, la del hijo menor y con su interés superior. En el caso analizado, los órganos judiciales, en protección de la identidad religiosa del menor, acordaron otorgar a su madre "el ejercicio exclusivo de la patria potestad, respecto de la facultad de decidir sobre las decisiones de formación religiosa del menor hasta que tenga 12 años, mediante la formación en valores de su hijo (...), excluyendo, la adscripción efectiva a una confesión religiosa, y en consecuencia, prohibiendo expresamente al padre llevar a su hijo (…) a la iglesia evangélica, ponerle pasajes bíblicos en la tablet, y, en suma, adoctrinarle en la fe evangélica". El demandante de amparo (padre del menor) consideró indebidamente limitada su propia libertad religiosa (artículo 16.1 de la Constitución española) por entender que, en su esfera privada, estaba facultado a compartir y enseñar a su hijo su fe religiosa y valores, a acompañarle a la iglesia y a leerle la Biblia. Entendía, por tanto, que su derecho a la libertad religiosa le otorga el de transmitir a sus hijos sus creencias, incluso con la oposición de la otra progenitora. Se quejaba también de que la decisión judicial impedía que su hijo menor de edad recibiera una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 de la Constitución española). El Tribunal Constitucional, aplicando su propia jurisprudencia (sentencias del Tribunal Constitucional

141/200, de 29 de mayo; y 26/2024, de 14 de febrero) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto T.C. contra Italia, de 19 de mayo de 2022), ha puesto de relieve que los derechos fundamentales que el recurrente aduce en su favor están íntimamente relacionados con los del hijo común menor de edad (su propia libertad religiosa), por lo que la adecuada resolución del desacuerdo entre los progenitores no puede dejar de tomar en consideración su contenido ni, en caso de conflicto, el interés superior del menor, tal y como defendió en el proceso de amparo el ministerio fiscal.

Dado que —en este caso— la conducta del progenitor que es cuestionada por su excónyuge no tiene que ver con la elección de centro escolar, el Tribunal Constitucional ha descartado que se encuentre afectado el "derecho a que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (artículo 27.3 de la Constitución española) pues, encontrando dicho derecho su cauce de realización en el sistema educativo a través de la voluntaria selección de centro docente, su contenido no se ha visto afectado. De otra parte, en relación con la alegada libertad religiosa del padre y del hijo menor de edad, el Tribunal Constitucional delimita sus contenidos, recordando que la posibilidad de profesar las creencias que desee y de conducirse externamente de acuerdo con ellas que la Constitución reconoce a todos, tiene menor intensidad cuando se proyecta sobre terceros a quienes se trata de hacer partícipes de sus convicciones, incluso haciendo proselitismo. En estos casos, la libertad religiosa propia encuentra su límite en la de los terceros que se ven afectados, dado que, en primer término, "la libertad de creencias encuentra su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o no soportar los actos de proselitismo ajenos". Y en relación con los menores, que son titulares plenos de sus derechos fundamentales (aunque, por su edad y madurez carezcan de capacidad de obrar para ejercitarlos) pesa el deber de los poderes públicos de velar por que tanto el ejercicio de la patria potestad, como su protección o defensa, se haga en interés del menor, que en caso de desacuerdos implica conciliar las opciones formativas de cada progenitor buscando un equilibrio satisfactorio entre las distintas concepciones que puedan mantener. Y ello, con el objetivo de proteger y garantizar la capacidad potencial del hijo de menor de autodeterminarse en relación con el hecho religioso una vez alcance la madurez suficiente. Interés éste y objetivo que puede alcanzarse con las proporcionadas decisiones judiciales, cuya impugnación en amparo se desestima.

Al respecto, lo que hace el Tribunal Constitucional es avalar los autos que atribuyeron a la madre de un niño el ejercicio exclusivo de la patria potestad en lo relativo a la facultad de decidir sobre la formación religiosa que debía recibir (mediante la formación en valores, excluyendo su mediante la formación en valores, excluyendo su adscripción a una confesión) y que prohibieron expresamente al padre adoctrinarle en la fe evangélica. No vulneraron los derechos del progenitor a la libertad religiosa, a que su hijo reciba una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones y a la no discriminación. La decisión judicial está plenamente justificada por la salvaguarda del derecho del menor a su libertad religiosa y al libre desarrollo de su personalidad.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 16 de mayo de 2024[101] atribuye a la madre la facultad de decidir sobre la

participación de los hijos en actos religiosos hasta que alcancen madurez suficiente para su propia autodeterminación. Se requiere, a su vez al padre, para que se abstenga de facilitar o exhibir a los menores, información relativa a los testigos de Jehová y de hacerlos asistir a actos relacionados con esta religión.

Respecto a la escolarización: se trata de una decisión extraordinaria, por lo que se requiere el acuerdo de ambos progenitores, en caso de discrepancia, el juez habrá de valorar entre otros aspectos: proximidad del centro al domicilio del menor; la continuidad educativa; opinión del menor, si tiene más de 12 años o suficiente madurez; y la compatibilidad con el régimen de custodia y visitas.

Como ha señalado la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 28 de noviembre de 2023[102] el artículo 236-11. 6 del CCC exige el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consentimiento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el artículo 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (artículo 236-17 del CCC) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (artículo 233-8 del CCC) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente. A esto añade la Sala que, en nuestro ordenamiento la atribución de la guarda de los hijos no comporta por tanto la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de los mismos y en consecuencia, en caso de desacuerdo y planteada la controversia, es la autoridad judicial la que resuelve a cuál de los progenitores le atribuye la facultad de decidir. El padre solicita en expediente de jurisdicción voluntaria impedir que la madre cambie de colegio y el empadronamiento del menor. A tal efecto, la autoridad judicial atribuye al padre la facultad de decidir tales cuestiones.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 4 de mayo de 2020[103] atribuye a la madre en exclusiva el derecho a la elección del centro escolar de la hija. Esta tiene en la actualidad 18 meses de edad, aun es lactante y reside con su madre custodia en Alemania, es decir, a unos 1500 kms de distancia de España; y, también el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Tafalla, de 12 de mayo de 2021[104] concede a la madre la facultad de decidir a qué colegio y en qué modelo estudian los hijos menores comunes.

Asimismo, se indica que, debe respetarse por los progenitores los pactado en su día, en relación al inicio de la escolarización del hijo y, en consecuencia, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 17 de octubre de 2018[105] atribuye a la madre la facultad de decidir el centro escolar, pero acotando el ámbito de decisión a los colegio existentes en los lugares de trabajo de la madre y del padre. Y, aconseja la Audiencia Provincial que sería bueno que el padre y la madre evitaran nuevas controversias que dejen en manos de terceros decisiones vitales de su hijo y si, no obstante las reflexiones que anteceden, en el futuro sucediera una nueva controversia y deciden no acudir a mediación, incluso sería saludable, dada la potestad parental de ambos, que la facultad de decisión se alternara.

Respecto a las *dificultades de comprensión y adaptación en un centro escolar monobilingüe o bilingü*e, el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección

4.ª, de 23 de enero de 2020[106] dispone que "Las distintas pruebas practicadas en el expediente señalan que la menor Leocadia, nacida en 2011, padece deficiencias de comprensión que le dificultad la adquisición del lenguaje tanto hablado como escrito, que son causa de retraso académico por la dificultad de adquisición de conocimientos —ya ha repetido un curso— y limitaciones de relación por problemas de comunicación eficaz. En el informe emitido por D. Evelio, médico psiquiatra Jefe de la Unidad de Psiquiatría de la red infanto-juvenil de la Red de Salud Mental de Álava, tras referir los trastornos que padece Leocadia, señala que la salida de Leocadia a un centro monolingüe con la utilización de la lengua materna facilitaría la mejor adquisición del lenguaje y la comprensión y evitaría el fracaso escolar y permitiría la integración socio-escolar. El Sr Evelio manifiesto en el juicio que la menor presenta ansiedad como consecuencia de los problemas que le aquejan. La testigo perito D.ª Josefina, que trata a Leocadia desde el año 2018, refirió que cuando Leocadia empezó el tratamiento estaba tocada a nivel emocional y que la dificultad sería menor si recibiera enseñanza solo en castellano".

Por su parte, "D.ª Mariana del centro Ikasbila no opino sobre el sistema educativo y señaló que Leocadia tenía problemas en euskera y en castellano, que eran problemas de adquisición de lectura y escritura y no expreso opinión sobre el sistema educativo. Así, el resultado de las pruebas es coincidente (la Sra Mariana no se ha pronunciado) en cuanto al menor nivel de dificultad que tendría Leocadia en alcanzar los conocimientos y formación esperados a su edad de acudir a un colegio de educación monolingüe en su lengua materna. Pero es que, además, es de todo punto lógico que a una menor que tiene dificultades de comprensión y de expresión le resulte más accesible el aprendizaje en escolarización monoligüe que el bilingüe que le exige dominar dos idiomas para comprender los contenidos de las distintas materias. De otra parte, no se alega que el cambio de centro escolar perjudique el derecho de visitas del padre con la hija y de los datos que obran en autos no resulta perjuicio. En este sentido se señala que el incremento de distancia que supone el cambio de centro para la recogida de la menor los dos días de visita (miércoles y viernes), en torno a los 20 km, no es muy relevante. En consecuencia, procede estimar el recurso y atribuir a D.ª Irene la facultad de elegir el centro escolar de la menor Leocadia".

En cuanto a *la educación,* el Tribunal Constitucional ha dispuesto que "el derecho de todos a la educación recogido sintéticamente en el apartado 1 del artículo 27 de la CE y desarrollado en los apartados siguientes, tiene una doble dimensión o contenido de derecho de libertad y prestacional" (sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.º; 191/2020, de 17 de diciembre; y, 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º). La jurisprudencia no limita la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 de la Constitución española a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (artículo 27.4 de la Constitución española), sino que deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando "el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza (artículo 27.5 de la Constitución española)", según las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.º y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º.

Pues bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2022[107] deviene inexplicable la alegación de la vulneración de tal derecho

fundamental; pues, la escolarización del hijo de los litigantes no exige la privación de la patria potestad de su progenitor, correspondiendo a la madre su ejercicio como, con diáfana claridad, resulta del artículo 156 del Código Civil, que se la atribuye en los supuestos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor, o en el caso de que vivan separados, pues entonces se ejercerá por aquél con quien el hijo viva que, en este caso, es la madre. Por todo ello, no existe obstáculo legal alguno para que la recurrente proceda a la matriculación de su hijo, sirva de interlocutora con el centro escolar, y sea reputada como representante legal del menor (artículo 154.2.º del Código Civil).

Por su parte, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1 de Moncada, de 21 de junio de 2017[108] autoriza al padre a matricular a su hija menor en un colegio público. El hecho que la niña esté bautizada no resulta especialmente relevante, pus, en nuestro contexto cultural se trata de una tradición social y ello no implica necesariamente una apuesta de futuro por una formación de tipo religioso o de carácter público. Asimismo, el que la madre haya realizado una prescripción en el centro concertado, no ha de resultar vinculante. Ciertamente, la voluntad del padre se fundamenta en la libertad de conciencia y en la libertad religiosa. Igualmente, se atribuye al padre la decisión de continuar la menor en un colegio privado por ser la más adecuada para la hija común (auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Massamagrell, de 19 de julio de 2022[109]).

En todo caso, ante el desacuerdo de los padres, el juez justifica la necesidad de cambio a un colegio especializado en niños con dificultades de aprendizaje (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 25 de febrero de 2008[110]).

En el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 4.ª, de 10 de junio de 2016[111] el padre quería que su hija cursase en el colegio la asignatura de religión e hiciera la primera comunión, al no contar con la autorización de su ex mujer presentó demanda solicitando al órgano judicial que se le atribuyera a él la decisión de dichos remas. La niña Dulce, en exploración decretada por el Juzgado, manifestó que no deseaba hacer la primera comunión, la Audiencia concluyó que no se trata que Dulce tenga necesidad o no de hacer la primera comunión, sino de que es un acto consecuente a trayectoria católica de los padres y al bautismo de la niña, que tiene lugar a una edad determinada, y que es querida por un progenitor, que no genera daño ni perjuicio alguno a la hija, ni a la madre, quien se confesó católica y creyente, obligándose el padre a sufragar el coste económico de la misma, que precisa de una preparación y continuidad con la enseñanza de religión. Además, es una hija bautizada, nacida de padres bautizados, casados por la iglesia católica, creyentes. La primera comunión es, tras el bautismo, el segundo acto importante en la vida de los niños católicos. Es un acto que en la religión católica solo se hace una vez en la vida, para el que es preciso una previa preparación a través de la catequesis y tiene lugar a una concreta edad, precisamente sobre los 9 años, normalmente junto a otros niños y niñas de su misma edad y colegio, y suele ir acompañada de una celebración familiar festiva a la que también pueden acudir amigos del niño quien, tradicionalmente, especialmente en el caso de las niñas, llevan un bonito vestido blanco. Por todo ello, se estima el recurso y la demanda.

La situación jurídica derivada de la pandemia del COVID-19 ha determinado también desacuerdos entre los progenitores sobre la incorporación o no de su hijo

al colegio. En el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 10 de León, de 10 de septiembre de 2020[112] se atribuye la facultad de decidir sobre la cuestión al padre, partidario que el hijo vuelva al colegio y ello en atención a las circunstancias concurrentes, como son que el hijo, de 5 años, está sano y ha estado socializado durante el verano. Además el padre es profesor en el colegio, que las autoridades de sanidad y educación han establecido unos protocolos que el colegio cumple y que se desconoce cuánto puede durar la situación provocada por el COVID-19.

En relación con *la identidad del menor* —elección del nombre y apellidos—: a la imposición del nombre se refieren los artículos 50 a 52 de la LRC y los artículos 192 y 193 del RRC. Al respecto, toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y, las personas son identificadas por su nombre y apellidos. Ahora bien, El nombre propio será elegido libremente y solo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente: 1. No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto; 2. No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación. A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona; 3. No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido. El Encargado hará constar en la inscripción de nacimiento el nombre impuesto por los padres o guardadores, según lo manifestado por el declarante. Cuando los padres no expresen el nombre o siendo éste inadmisible, el Encargado les requerirá para que den nombre al nacido, con apercibimiento que, pasados tres días sin haberlo hecho, se procederá a la inscripción de nacimiento imponiéndose el nombre por el Encargado.

Los apellidos se regulan en los artículos 49 y 53 a 56 de la LRC y artículos 194 a 2024 del RRC. La filiación determina los apellidos. De forma que, si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor[113].

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición "de" y las conjunciones "y" o "i" entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la LRC. El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ha pronunciado, precisamente, sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero (en la misma línea, las sentencias 15/2016, de 1 de febrero; y, 658/2017, de 1 de diciembre). Se destaca en tales resoluciones que lo relevante no es deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento

del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2018[114] aunque, se puede predicar una conducta noble y recta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, y un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación, esta Sala estima el recurso siguiendo su doctrina, pues, no se atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que viene usando desde la inscripción de su nacimiento.

En este contexto, en el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 17 de julio de 2018[115] no se concede al padre la facultad de promover expediente en el Registro Civil para el cambio y/o ampliación del nombre del menor, cuya filiación paterna quedó determinada por sentencia

En cuanto al ámbito de la *salud —tratamientos médicos—* el artículo 9 apartado 3 de la Ley: se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: "c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor".

Por tanto, si se trata de decisiones médicas ordinarias o cotidianas pueden tomarse por uno solo de los progenitores. Las no urgentes o de gran trascendencia requieren acuerdo de ambos progenitores. En caso de desacuerdo: el juez podrá autorizar o denegar el tratamiento[116].

En todo caso, el apartado 2 del citado artículo 9 dispone que: *"2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley (…); b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él"*.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 28 de diciembre de 2018[117] tras establecer que "la patria potestad se atribuye y se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores. Resulta conveniente que cualquier decisión que afecte a la vida del menor sea tomada de común acuerdo entre los progenitores, si bien puede ejercerla uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, con arreglo a los acuerdos a que hayan llegado previamente los padres. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancia o en situaciones de urgente necesidad (artículo 156 del Código Civil). En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirse ésta total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funcio-

nes". Y, concretando un poco más señala que "cualquiera de los progenitores que tenga al menor/menores en su compañía pondrá en conocimiento del otro cualquier problema importante de salud que padeciere el menor, debiendo solicitar la autorización expresa del otro progenitor para cualquier tipo de intervención quirúrgica, salvo en situaciones de urgente necesidad, comunicando inmediatamente al otro el lugar o centro donde estuviera siendo atendido el menor. El centro escolar donde curse el menor/los menores sus estudios debe ser acordado por ambos progenitores, al igual que el desarrollo de actividades extraescolares, debiendo el centro escolar facilitar la misma información a la madre que al padre".

Ahora bien, los problemas más frecuentes suelen ser los relativos a la vacunación —especialmente, en los contextos de COVID-19—; en las intervenciones quirúrgicas no urgentes; y en la medicación prolongada o experimental.

Así, el auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 17 de abril de 2023[118] en relación con la administración de la vacuna del COVID-19 al hijo común de ocho años, se atribuye a la madre la facultad de decisión, favorable a su dispensación. Asimismo, en el auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 25 de abril de 2023[119] se atribuye al padre la decisión sobre la vacunación desde la perspectiva de la protección de la salud de la menor, atendiendo a criterios técnico-científico y de profesionales, que han de primar sobre los temores personales y subjetivos de la parte recurrente (se refiere a la vacuna como experimental. Se dice en el recurso que han pasado tres años desde que estalló la pandemia y que se ha alcanzado la normalidad, pero también, transcurrido el tiempo, hay suficientes estudios que soportan la autorización de las vacunas de la Covid-19 en menores de edad de modo que la postura paterna, que la respuesta del auto recurrido avala, se adapta a la normativa y recomendaciones oficiales en España. Como señaló el auto de este Tribunal de apelación fecha 17 de enero de 2023 (núm. 14/2023, rec. 461/2022), dictado a propósito de discrepancias parentales en cuanto a la controvertida vacunación de un hijo, no puede tenerse por probado que la vacuna de la COVID 19, en cualquiera de sus modalidades, constituya un peligro que deba ser evitado o que la protección que dispensa pueda obtenerse con igual seguridad por otros medios y que, como es patente y notorio, a estas alturas de la pandemia, las distintas vacunas ha sido objeto de controles por las autoridades sanitarias europeas —Agencia Europea de Medicamentos— y mundiales —Organización Mundial de la Salud—, y se han demostrado una vía eficaz y necesaria para proteger a la población de la infección del virus, si no para impedirla, si desde luego para reducir la peligrosidad de la enfermedad y el riesgo de sufrir sus efectos más graves. Asimismo, en el auto de la misma Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, del 11 de enero de 2024[120] respecto a la vacunación del menor respecto del COVID-19 dispone que: "Es cierto que en jóvenes y adolescentes se ha notificado con mayor frecuencia casos de miocarditis y pericarditis asociados a la vacunación, con evolución similar a las que aparecen por otras causas, generalmente con buena evolución. Pero como concluye el informe del forense, vale la pena vacunarse a pesar del riesgo de miocarditis y pericarditis que ocurren muy raramente, pues estas patologías son más frecuentes si se padece la infección natural del virus por contagio. El balance riesgo/beneficio es claramente favorable a la vacunación. Conviene vacunarse para evitar contagiarse con el virus y poder padecer cualquiera de sus complicaciones, entre ellas, la miocarditis y pericarditis. La vacuna no produce la

enfermedad al no contener virus ni otros microorganismos, siendo conveniente la vacunación si se busca el interés del menor". En este contexto, la Audiencia Provincial considera, pues, que la facultad que confiere la resolución de instancia y en los términos acordados, a favor del progenitor en cuanto a la administración de la vacuna contra el COVID-16 a su hijo menor, Imanol, de ocho años, no se considera perjudicial para el interés de este, pues son mayores los beneficios que reporta la vacunación contra dicha infección frente a los eventuales riegos, ya que disminuye los riesgos de la gravedad, según la evidencia científica. De forma que, el tribunal considera que la negativa de la madre a vacunar a su hijo pon en riesgo su salud y vulnera el interés del menor, atribuyendo al padre la facultad exclusiva para decidir sobre tratamientos médicos, incluida la vacunación[121].

Asimismo, la Administración autonómica en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 17 de octubre de 2018[122] valora que la vacuna del papiloma humano no supone un ataque a alguno la integridad física de la menor y son muchos más los beneficios derivados de ella. Por lo que atribuye al padre la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna a la hija común. Precisamente, la discrepancia se centra en la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes, Camino. El padre solicita se autorice la administración de la vacuna oponiéndose la madre por haber surgido varios casos de niñas que han sufrido efectos secundarios adversos (afirma haberse producido dos casos en los que las menores terminaron en silla de ruedas o con parálisis cerebral). El auto recurrido atribuye al padre la facultad de decidir fundamentándose en siete motivos diferentes. No procede repetir ahora la correcta y extensa fundamentación del auto recurrido, compartiendo todos y cada uno de los argumentos de la resolución. Se centra la recurrente en que el auto infringe el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad personal, derechos estos recogidos en los artículos 15, 17.1 y 18.1 de la Constitución Española. Señala también que la vacunación en España es voluntaria y por tanto nadie puede ser obligado en principio a vacunarse. Frente a estas alegaciones debe señalarse que la administración de la vacuna no puede considerarse un ataque a la integridad física o moral de la menor. Se trata de un leve pinchazo, incluso algunas vacunas se administran por vía oral, que ningún ataque o lesión puede suponer. Al contrario, su administración puede evitar que la menor padezca en el futuro una enfermedad gravemente lesiva como es el cáncer de cuello uterino. La vacuna cuya administración se solicita sirve para prevenir la infección de los virus causantes del 72 por ciento de los cánceres de cuello uterino. Y si bien es cierto que no cubre frente a la totalidad de estos virus lo hace con gran eficacia frente a un cincuenta por ciento de los virus causantes de las infecciones. No puede anteponerse la incomodidad de que se le administre a la menor una vacuna a la protección que esta vacuna supone. Y no ya solo por la prevención personal en la menor sino hacia toda la comunidad, puesto que la administración de la vacuna y la evitación de la infección minora el contagio hacia terceras personas. Se trata además de una vacunación avalada por la Organización Mundial de la Salud, y desde su comercialización en España en el año 2007 ha sido introducida en el calendario de vacunaciones del Sistema Nacional de Salud de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. El hecho de que puedan haberse producido ciertos efectos secundarios, no acreditados como derivados de la administración

de la vacuna, no ha llevado a modificar las recomendaciones de estos organismos. Valorando por tanto que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor y siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios, que la leve incomodidad que suponga la administración de la misma, y considerándose en el informe emitido por el médico forense que si bien la administración de la vacuna no debe considerarse imprescindible pero si recomendable, procede mantener el tenor el auto recurrido y por tanto atribuir a D. Anselmo la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes Camino.

Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en caso de sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o se haya iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Esto será, igualmente, aplicable aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. En fin, si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

En consecuencia, desde el 3 de septiembre de 2021 —fecha de entrada en vigor de la reforma— sólo resulta necesario el consentimiento del cónyuge víctima de violencia para aplicar un tratamiento psicológico o psiquiátrico a los hijos menores de edad, previa información al otro cónyuge, siempre que haya sentencia condenatoria o iniciado un procedimiento penal de violencia de género o, no habiéndose interpuesto aún denuncia previa, la mujer está recibiendo asistencia como víctima de violencia de género.

Por su parte, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Tafalla, de 20 de julio de 2022[123] autoriza a la madre a llevar a cabo al intervención por la psicóloga infanto-juvenil que propone, especialista en discapacidad, de su hijo menor de edad. Este gasto será asumido por la madre.

Relacionado con la aplicación de tratamientos médicos, nos parece oportuno mencionar que, un padre ha sido condenado porque se opuso y retrasó el tratamiento contra el cáncer de su hijo que finalmente falleció. La sentencia del Juzgado de lo Penal, número 2 de Pamplona, de 16 de mayo de 2025[124] considera que los hechos son constitutivos del delito tipificado en el artículo 226 del Código Penal que sanciona a quien deja de cumplir los deberes legales de asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de los descendientes que se hallen necesitados. Le condena a 2 meses y 28 días de prisión —sustituidos por una multa de 1.056 euros—. En la sentencia, que puede ser recurrida ante la Audiencia de Navarra, la magistrada considera al progenitor, en el momento de los hechos vecino de una localidad de Tierra Estella, autor de un delito de incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, con la circunstancia atenuante cualificada de dilación extraordinaria e indebida del procedimiento, preci-

sando, al respecto, la titular del Juzgado de lo Penal que, "la conducta del acusado consistente en negarse constantemente a que su hijo se sometiera al tratamiento médico prescrito primero y, posteriormente, tras el cariz que estaba tomando el procedimiento judicial, no impidiendo, pero no favoreciendo y no colaborando para que el menor accediera al tratamiento médico, supone una dejación de sus funciones como progenitor, de la obligación de velar por ellos y salvaguardar su integridad física".

En lo referido a los *desplazamientos del menor al extranjero o viajes al extranjero,* en la mayoría de las ocasiones se concede la autorización; mientras que en otros son ciertos los temores de uno de los progenitores, oponiéndose al desplazamiento o viaje. Así, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 5 de julio de 2022[125] autorizó el viaje de la hija a Rusia, pese al conflicto de Ucrania. Manifiesta, al respecto, que "cuando se interpuso la demanda no existía el conflicto bélico de Rusia con Ucrania, que se ha desarrollado y aún persiste en la actualidad. La madre mantiene en su recurso que no tiene ya interés en viajar a su país de origen hasta que no mejore la situación. En este sentido conviene indicar que este conflicto se está desarrollando en el territorio de Ucrania, y que en principio, viajar a Rusia para ponerse en contacto la menor con su familia materna no debe implicar ningún riesgo para la niña, al contrario es conveniente que mantenga relación con su familia materna"; y, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 4.ª, de 8 de febrero de 2023[126] se opone al viaje, argumentando que: "De las alegaciones presentadas por el demandado hay que tener en cuenta que, efectivamente, no hay garantías para que la madre y la menor vuelva pues se ha acreditado documentalmente que tiene propiedades en Colombia y que en caso de incumplimiento de traer a la niña, no hay una garantía de un pronto retorno y, por tanto, debe prevalecer en todo caso, el interés de la menor, que es la de estar en un entorno seguro y familiar dada su escasa edad, sin exponerla a un viaje largo y a posibles situaciones de inseguridad ciudadana. Además, tal y como declaró la madre, también tiene familiares en España con lo cual hay una relación con parientes maternos sin necesidad, por ahora, y si las partes llegaran a un acuerdo sobre autorizar este u otros viajes en el futuro". Considera que "los razonamientos del Auto recurrido son suficientes, por lo que no puede prosperar el motivo alegado de falta o insuficiencia de motivación, además son correctos, pues como se indica en él, en el presente caso se trata de viajar a un País que tiene un nivel muy alto de inseguridad ciudadana, se trata de una menor que actualmente solo cuenta con 4 años, no consta acreditado que la madre tenga arraigo en España, se manifestó que en España solo tiene una hermana, el resto de su familia vive en Colombia y si bien se indicó que trabajaba, no consta su situación laboral, ni sus recursos en España, sin embargo, consta acreditado que tiene arraigo en Colombia donde vive la mayor parte de su familia y en donde es copropietaria de 11 inmuebles, como se acredita con los documentos que se aportaron por la contraparte que aunque se trate de impresiones de fotos hechas con el teléfono móvil como indica la recurrente, sin embargo, no impugna la autenticidad de esos documento donde consta la titularidad de los bienes inmuebles en Colombia, en el Municipio de (…), es más, no se niega la certeza de dicha titularidad, por lo que sus alegaciones no desvirtúan el valor probatorio ni el contenido de dichos documentos de los que se concluye la realidad de la titularidad de bienes. Ello unido a que conforme al Convenio

regulador de las relaciones paterno filiales, el uso y disfrute del domicilio familiar en favor de la madre e hija se pactó por un plazo máximo de 4 años, es decir hasta diciembre de 2024, en el que ninguna referencia consta a los viajes de la menor a Colombia, compartiendo con la Juez a quo que debe de prevalecer el interés de la menor que solamente tiene 4 años de estar en un ambiente seguro y con ambos progenitores, además de ello, no ha quedado justificado en interés de la menor, exponerla a un viaje tan largo hasta Colombia sin exponerla a posibles situaciones de inseguridad ciudadana, solamente para conocer a los familiares maternos que viven allí y para asistir a la fiesta de cumpleaños de una sobrina que ha alcanzado los 15 años, que constituye la motivación del viaje según alegaciones de la madre, dicha motivación no es relevante frente al superior interés de la menor de permanecer en un entorno familiar seguro y sin riesgo para el progenitor de no retorno de su hija de un País con el que no existe convenio para el supuesto de sustracción de menores, pues ninguna explicación razonada realiza la madre sobre su arraigo en España que garantice su retorno. En consecuencia, de conformidad con lo expresado, es procedente desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida". Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 6 de abril de 2022[127] denegó también una autorización para viajar a Israel porque la madre se negaba a aportar los billetes de ida y vuelta y a concretar las zonas por el que se desarrollaba el viaje. Así señala que "La demandante, en otro orden de cosas, pese a expresar las fechas en las que habría de tener lugar el desplazamiento, no ha aportado los billetes de ida y vuelta, como hubiera sido lo lógico si como afirma, su intención era regresar a España, y aunque excusa esa falta de aportación documental en el hecho de exigir las compañías aéreas que se consigne el pasaporte y que el menor carece de este documento de identificación nacional, lo cierto es que es hecho notorio, y por tanto no necesitado de prueba, que en las agencias de viaje pueden hacerse reservas de billetes de avión de ida y vuelta sin necesidad de consignar el pasaporte, lo cual incluso permiten algunas compañías aéreas, sin perjuicio de que se consigne el pasaporte al ser confirmada la reserva, y la recurrente tan siquiera ha aportado reserva alguna. Tampoco se ha ocupado y preocupado la demandante, ahora recurrente, ni aun en el recurso, de concretar el lugar de Israel al que pretendía desplazarse acompañada de su hijo menor, cuando es lo cierto, y es también hecho notorio, amén de estar acreditado en los autos, que algunas zonas del expresado País son de alto riesgo por tener conflictos armados en los que se ve afectada muy frecuentemente la población civil, desaconsejando incluso el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España (pantallazo de la Web aportado a los autos), los viajes a esas zonas que considera el Ministerio de alto riesgo (frontera con Gaza en un radio de 40 kilómetros; zona de la frontera con Siria y Líbano; Los Altos de Golán, y zona de la frontera con Egipto, por riesgo de atentados terroristas), y la recurrente, insistimos, no se ha preocupado de alegar, y menos aún de probar, la zona de Israel a la que pretendía desplazarse con su hijo, no valiendo a tales efectos con limitarse a alegar que el desplazamiento no iba a tener lugar a una zona de riesgo, pues si es así, no alcanza la Sala a comprender dónde está el problema para que cuando menos hubiese concretado y aclarado la zona de Israel a la que pretendía desplazarse acompañada del menor. Todo lo cual, unido a la actual situación de pandemia mundial derivada de la Covid-19 (no se ha aportado prueba alguna relativa a la cobertura sanitaria que el menor ten-

dría en Israel), impone, en beneficio e interés del menor, la desestimación de lo solicitado por la actora en la demanda rectora del procedimiento, como con acierto resuelve la Juez a quo en el Auto apelado, cuya Fundamentación jurídica se comparte en lo sustancial, por lo que, en definitiva, confirmamos dicha Resolución, que consideramos conforme a derecho, ajustada al resultado probatorio, y sobre todo dictada en absoluta protección del interés prioritario del menor, y como ya hemos expresado, en materia de menores, afecta al orden público, la actuación de Jueces y Tribunales se desarrolla ex oficio, lo que significa que se pueden adoptar las medidas que en protección del interés de los mismos se consideren oportunas aun cuando no hayan sido expresamente solicitadas".

Ahora bien, en el *ámbito digital*, por un lado, respecto a la publicación de la imagen de los hijos menores en redes sociales de los padres se dispone que se necesita el consentimiento de ambos progenitores para ello tanto en situación de normalidad familiar como en situación de crisis matrimonial o de pareja, y en caso de oponerse uno de ellos autorización judicial. tal consentimiento también se exige si quienes quieren utilizar y colgar fotos de los menores son otros familiares (parientes) —abuelos, tíos/as—[128]; y, por otro, en cuanto al tratamiento de los datos personales y su posible cesión el artículo 8.1 del Reglamento (UE) 20162016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) dispone que puede prestar el consentimiento los menores de 16 años; si es menor de 16 años, el consentimiento lo debe prestar el titular de la patria potestad o tutela. Si bien, añade que, los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años. A tal fin, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales en su artículo 7 fija la edad de consentimiento de los menores de edad cuando sea mayor de catorce años. Si bien, 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. Si se trata de menores de catorce años, el consentimiento solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela[129].

En este contexto, ante el ejercicio individual de la patria potestad en cualquiera de los ámbitos de actuación concretados en líneas precedentes, el otro progenitor deberá ser oportunamente informado[130].

C. Protección de terceros de buena fe

Ahora bien, sobre tales bases y en aras de la *protección de terceros de buena fe* y con la finalidad de evitar que se impugnen los actos llevados a cabo por uno de los progenitores el artículo 156 párrafo 3.º establece que *"se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro"*[131]. La doctrina se muestra divida, por un lado, respecto al alcance de la presunción: para unos estamos ante una única presunción; y para

otros, frente a dos: una referida al que el progenitor actúa en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad, entendido como ejercicio conjunto; y otra, que el progenitor actúa con el consentimiento del otro; y por otro lado, respecto a la naturaleza de la presunción: para unos estamos ante una presunción *iuris tantum*[132]; para otros, *iure et de iure*[133]. El artículo 71.3 del CFA también parte de la presunción y de la buena fe en estos casos, sin precisar más. Así dispone que: "respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades". E, igualmente, el artículo 236-8-2 letra a) del CCC al disponer que: "En los actos de administración ordinaria y respecto a terceros de buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro".

Ahora bien, como precisa PÉREZ ÁLVAREZ "la buena fe no se reduce a una mera creencia en la existencia del consentimiento del progenitor no interviniente; sino que la buena fe ha de entenderse como confianza razonable en la concurrencia de aquel consentimiento"; confianza razonable que para el citado autor "no puede apreciarse en quien no observa un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, y con su exigencia se pretende que para que prospere la impugnación del acto por falta de consentimiento del progenitor no interviniente, no sea absolutamente necesario demostrar la inexistencia de ese consentimiento, sino que baste con acreditar la falta de buena fe"[134].

De todas formas, partiendo de la inscripción en el Registro Civil de cualquier resolución judicial sobre el ejercicio de la patria potestad, dicha publicidad registral protege a los terceros de buena fe. En todo caso, se habla de ejercicio ordinario; en consecuencia, de la habitualidad en su operatividad, sin que nos encontremos con una actuación concreta y aislada; eso sí, permite por su propia cotidianeidad y normalidad y, en esencia, por razones prácticas que dicho ejercicio ordinario sea llevado a cabo por quien tiene atribuida la guarda y custodia[135].

Ahora bien, las referencias a los párrafos anteriores determina la aplicación analógica del citado artículo 156 apartado 3 del Código Civil a otros supuestos[136].

D. El ejercicio individual de la patria potestad

1. Supuestos en defecto, ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores y en el caso que vivan separados dichos progenitores

Sobre tales bases, el Código Civil también contempla *determinados supuestos en los que es posible el ejercicio individual de la patria potestad*. Así, el artículo 156 párrafo 4.º del Código Civil dispone que: *"En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro"*. Si bien, no procede la aplicación automática del precepto, y se parte siempre del interés del menor.

Y, en los supuestos en los que los progenitores no conviven el artículo 156 *in fine* establece que: *"si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por el progenitor con quien conviva"*. La doctrina de forma mayoritaria entiende que el ámbito objetivo de aplicación del precepto opera constante matrimonio o pareja de hecho, no así a los supuestos de nulidad, separación o divorcio; y exige una convivencia con uno de los progenitores sin mediar oposición del otro o

concurriendo su acuerdo expreso o tácito[137]. Tal disposición general no excluye la actuación del otro progenitor, pues, el citado artículo 156 *in fine* establece al respecto lo siguiente: *"la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio"*.

En defecto engloba los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, así como la exclusión (artículo 111 del Código Civil) y privación de la patria potestad (artículo 170 del Código Civil)[138].

En lo referente a las situaciones de ausencia, será la declarada legalmente (artículos 181 a 192 del Código Civil)[139], o de hecho[140]; y en caso de imposibilidad son, como precisa la doctrina, supuestos de ausencias fácticas voluntarias como la estancia en prisión de uno de los progenitores, o una enfermedad física o psíquica de uno de los progenitores; dogradicción, alcoholismo de los progenitores[141]. En fin, tal imposibilidad ha de ser temporal, y real y producto de las circunstancias que, pueden ser éstas precisamente urgentes y de gravedad que determina necesariamente la actuación individual[142]. Para BALLESTEROS DE LOS RÍOS los casos de imposibilidad las enfermedades y otras causas que impiden a uno de los padres el ejercicio de la patria potestad[143]. Igualmente, CASTÁN TOBEÑAS entiende que "dentro de este supuestos están las enfermedades y, además otras posibles causas que impidan de hecho, al afectado el ejercicio de la patria potestad; lo que pude plantear problemas de prueba al ser aquellas frecuentemente desconocidas"[144].

El artículo 236-10 del CCC referido al ejercicio exclusivo de la potestad parental alude también al ejercicio exclusivo de ésta por uno de los progenitores en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa, y en el caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos.

El CCC sigue empleando el término incapacitación, como también lo hacía el artículo 156 del Código Civil antes de la reforma por Ley 8/2021. Esta reforma es de la legislación civil y procesal y pretende 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. Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Por tanto, la reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado. El elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la

incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Si bien, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. En fin, la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. La curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

De forma que, la persona con discapacidad puede ejercer la patria potestad y solo cuando sea preceptivo con el apoyo correspondiente que, será, por regla general, asistencial y solo en caso excepcional representativo.

También se refiere, la Ley 67 b) del FNN respecto de la atribución legal del ejercicio individual, además, de la ausencia, a los casos en que uno de los progenitores tuviere establecidas medidas de apoyo representativo

Por tanto, sobre tales bases, en el caso que los progenitores no vivan juntos, la atribución del ejercicio de la patria potestad, en principio se atribuye a uno de los progenitores y exige la convivencia con el hijo. Ahora bien, si el progenitor no conviviente solicita el auxilio judicial, atendiendo siempre al interés superior del menor, la autoridad judicial puede decidir un ejercicio conjunto de la patria potestad o distribuir las funciones relativas al ejercicio de la patria potestad entre los mismos. Se parte de un elemento fáctico como es la convivencia del menor. Se refiere a la separación de hecho —cónyuges separados de hecho o no casados—[145]. Habrán de adoptarse por el Juez en sentencia o en ejecución las medidas oportunas[146].

En este contexto, si no media la convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores, porque viven separados —supuesto de separación de hecho— o no existe acuerdo entre los *mismos "el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. 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)[147].

En el CCC su artículo 236-9 prevé el ejercicio de la potestad parental con distribución de funciones o individual con consentimiento del otro progenitor. Así: "1. Los progenitores pueden acordar que uno de ellos ejerza la potestad parental

con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones; 2. Al efecto de lo establecido por el apartado 1, los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial"; y, el artículo 236-11 dispone a tal fin que ante el ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores: 1. Si los progenitores viven separados, pueden acordar mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental, delegar su ejercicio a uno de ellos o distribuirse las funciones de acuerdo con lo establecido por el artículo 236-9.1; 2. Los progenitores pueden someter los acuerdos a que se refiere el apartado 1, así como el plan de parentalidad que hayan convenido, a aprobación judicial. Los acuerdos deben ser aprobados siempre y cuando no sean perjudiciales para los hijos, atendiendo, en la medida en que sean procedentes, a los criterios para la atribución de la guarda fijados por el artículo 233-11. Los acuerdos son ejecutivos desde el momento en que se aprueban; 3. Los acuerdos de delegación o distribución, si no han sido incorporados a un convenio regulador aprobado judicialmente, deben formalizarse en escritura pública y pueden revocarse en cualquier momento mediante notificación notarial; 4. En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad parental, cualquiera de los progenitores puede recorrer a la autoridad judicial, que debe decidir habiendo escuchado al otro progenitor y a los hijos que hayan cumplido doce años o que, teniendo menos, tengan suficiente juicio; 5. Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido.

Por otra parte, para evitar tanto la sustracción del menor como la negativa a restituirlo cuando la guarda y custodia se ha atribuido a uno de los progenitores y, habitualmente, tiene lugar durante el régimen de visitas, el artículo 158.3.º habilita al juez para dictar: "las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y, c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor".

2. El ejercicio de la patria potestad por el hijo menor de edad no emancipado. La asistencia de los progenitores

Asimismo, de conformidad con el artículo 157 del Código Civil: *"El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez"*. Se refiere al menor de edad no emancipado; de forma que, si está emancipado puede ejercer sus funciones parentales sin intervención de los progenitores. Como precisa, el citado precepto, la falta de acuerdo entre el menor y los padres o tutores, así como la imposibilidad de prestar asistencia, se suple con la intervención judicial. El CCC en su artículo 236-16 Dispone respecto a los progenitores

menores, en su artículo 231-16 lo siguiente: "1. El padre o la madre menores necesitan, para ejercer la potestad, la asistencia de los progenitores respectivos o de aquel de los dos que tenga el ejercicio de la potestad parental o, en su defecto, de su tutor o curador. 2. No es precisa la asistencia a que se refiere el apartado 1 en los siguientes casos: a) Si el padre o madre menor está casado con una persona mayor de edad, respecto a los hijos comunes. b) Si el padre o madre menor está emancipado y tiene al menos dieciséis años. 3. En los casos de desacuerdo entre las personas que deben dar la asistencia o entre estas y el menor titular de la potestad parental, así como en el caso de imposibilidad de prestación de la asistencia, se requiere la autorización judicial".

En fin, LACRUZ BERDEJO destaca como supuestos diferentes entre los que pueden encuadrarse el ejercicio individual de la patria potestad los siguientes: *"a) Concentración*: cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro; así, en los supuestos de muerte, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (artículos 156.4.º y 169.1.º del Código Civil); y en los desacuerdos reiterados entre los padres o concurrencia de cauda que entorpezca gravemente el ejercicio común; *b) Redistribución*: cuando el contenido normal de la patria potestad se asigna en exclusiva, por facultades y deberes, a cada uno de los cotitulares; así, en los supuestos de desacuerdos reiterados o grave entorpecimiento para el ejercicio (artículo 156.2.º), en los de separación (artículo 156.5), cambio de titular de la potestad de la guarda (artículo 158.2.º), etc.; y, *c) Alteración*: cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de la guarda (artículo 158.2.º); o para la seguridad o recaudo de los bienes de los hijos en los casos de administración paterna religiosa (artículo 167); d) *Comunicación*. Cuando el hijo es adoptado en las circunstancias y condiciones previstas en el artículo 178"[148].

3. Expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la intervención judicial en relación con la patria potestad

El Capítulo II del Título II de la LJV hace referencia a los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a la intervención judicial en relación con la patria potestad y dentro de los mismos se distingue dos supuestos: 1. La intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (artículo 86 de la LJV)[149]; y, 2. Las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad (artículos 87 a 89 de la LJV). Antes de analizar las peculiaridades del primero de los expedientes citados, cabe señalar como disposición común a ambos lo dispuesto en el artículo 85 de la LJC en cuanto a la tramitación de estos expedientes: una vez admitida la solicitud, el/la Letrado de la Administración de Justicia citará a una comparecencia: 1. A la persona solicitante; 2. Al Ministerio Fiscal; 3. A los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda; 4 A la persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en su caso; 5. Al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, su fuere mayor de 12 años; 6. En el caso de que el titular de la patria potestad fuese un menor

no emancipado, a sus progenitores y, a falta de estos, a su tutor; y 6. También podrá acordar la citación de otros interesados.

El juez/La jueza podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica de las diligencias oportunas durante la comparecencia. No obstante, si tales actuaciones tienen lugar después de esta, se dará traslado del acta a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de 5 días. En estos expedientes, no será necesaria la intervención de abogado/a ni procurador/a.

Ahora bien, centrándonos en los casos de desacuerdo de los progenitores en el ejercicio de la propia patria potestad conviene precisa que:

1. La *competencia* para el conocimiento del expediente le corresponderá a la sección de familia, infancia y capacidad, o, en su caso, a la sección de violencia sobre la mujer del tribunal de instancia del domicilio del hijo, o en su defecto, de la residencia de este. A esta regla general se le debe añadir una particularidad que: en el caso de que el ejercicio conjunto de la patria de potestad por los progenitores fuese establecido por una resolución judicial, la competencia le corresponderá a la sección de familia, infancia y capacidad, o, en su caso, a la sección de violencia sobre la mujer del tribunal de instancia que la hubiera dictado. En todo caso, conforma la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia publicada el 3 de enero de 2025 (en adelante, LO 1/2025) las referencia de la LJV a los juzgados de primera instancia y de lo mercantil deben entenderse hechas a las secciones correspondientes de los tribunales de instancia, cuya implementación finaliza el 31/12/2025. En este caso para determinar la sección competente habrá que atender a lo dispuesto en el art. 86.5 letra j) de la LOPJ o, en su caso, al art. 89.6 letra g) de la LOPJ

2. Con respecto a *la legitimación,* gozarán de esta los progenitores, ya sea de manera individual o conjunta. Además, para el supuesto de que un menor no emancipado fuese el titular de la patria potestad, se habilita a los progenitores de este o, en su defecto, a su tutor, como personas legitimadas para instar este expediente.

3. La necesidad del *MASC* en el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad: la LO 1/2025 ha introducido grandes modificaciones a nivel de organización de la estructura judicial, así como ha incorporado medidas de agilización procesal y de eficiencia de la justicia, destacando entre estas últimas, la potenciación de la vía negociadora para resolver las controversias sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional. De esta forma surgen los denominados "MASC", medios adecuados de solución de controversias, aplicables desde el 3 de abril de 2025. En esta línea, el artículo 5.3 de la LO 1/2025, de 2 de enero, relativo al requisito de procedibilidad que exige acudir a un "MASC" previamente a la demanda, se instaura para la iniciación del expediente de jurisdicción voluntaria en los supuestos de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, previstos en el artículo 86 de la LJV, por lo que, a partir del 3 de abril de 2025, para promover este expediente será necesario previamente acudir a algún medio adecuado de solución de controversias (MASC). A tal efecto se entenderá por medio adecuado de solución de controversias *"cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto*

acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral" (artículo 2 de la LO 1/2025).

Según la Guía sobre la regulación de los MASC en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia del Consejo General de las Abogacía española se entiende por MASC en vía no jurisdiccional cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral[150].

Al respecto, debe destacarse que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del derecho de defensa (en adelante, LODD), los medios adecuados de solución de controversias quedan comprendidos en el referido derecho de defensa (artículo 2 LODD) y, con ello, la utilización de los MASC se fundamenta, no solo en la libertad como valor superior del ordenamiento, sino en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En relación con que puede entenderse por "cualquier tipo de actividad negociador", se señala que con esta definición la ley no circunscribe los tipos de MASC, sino que proporciona una definición abierta que engloba los reconocidos por las leyes actuales y futuras. Entre ellos, destacan la mediación, la conciliación (pública o privada), la negociación directa entre las partes (por sí mismas o asistidas de abogados) o a través de sus abogados, la oferta vinculante confidencial, la opinión de persona experta independiente y, el Derecho Colaborativo o Abogacía Colaborativa.

El ámbito de aplicación de los MASC está constituido por los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, definidos en el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en esta ley, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio español. Quedan excluidas de los MASC, en todo caso, las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público.

Por su parte, el artículo 4 establece el principio de autonomía privada en el desarrollo de los MASC, con base en el cual las partes son libres para convenir o transigir en una negociación sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe, ni al orden público. Sobre esta premisa, se prevé una excepción a la aplicación de los MASC: "no podrán ser sometidos a MASC, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable". Y una excepción de la excepción: "pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado". En ningún caso podrán aplicarse dichos MASC, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Con base en el citado principio, se pueden alcanzar acuerdos totales o parciales. En el

caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga discrepancia.

Para entender cumplido este requisito de procedibilidad que supone el MASC habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar. Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómica, pero que cumplan lo previsto en las secciones 1.ª y 2.ª de este capítulo o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo. De acuerdo con la Ley la iniciativa de acudir o no y a qué medio, puede proceder: 1. De una de las partes; 2. De ambas de común acuerdo; 3. De una decisión judicial; 4. Del Letrado de la Administración de Justicia por derivación de las partes a este tipo de medios. Si todas las partes plantearan acudir a un MASC controversias y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente. En todo caso, conviene precisar que, la exigencia del MASC se aplica a todos los procesos declarativos especiales.

Pues bien, en este contexto, la LO 1/2025 modifica la LEC. Así, el artículo 264 con relación a los documentos procesales que se deben acompañar junto a la demanda, estableciendo que habrá de acompañarse a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido. También, se modifica el artículo 399 en su apartado 3, sobre el contenido de la demanda, y el apartado 2 del artículo 403 sobre su inadmisión si faltare el requisito de procedibilidad, para disponer que no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un MASC por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad, o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales; y, asimismo, los artículos 415, 429.2 y 443, preceptos que regulan la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario y de la vista en el juicio verbal y las disposiciones generales del recurso de apelación.

En este contexto, las partes podrán acudir a cualquiera de los MASC asistidas de abogado. El artículo 6 establece que la asistencia letrada a las partes cuando acudan a uno de dichos medios será voluntaria, previendo que únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes en el supuesto el supuesto de que se utilice como MASC la formulación de una oferta vinculante, con dos excepcio-

nes: 1. Cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los 2.000 euros; y, 2. Cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta.

Por su parte, el artículo 7 de la LO 1/2025 regula los efectos de la apertura del proceso de negociación y de su posible terminación sin acuerdo, y prevé que: Sobre los efectos de la apertura del proceso de negociación, se prevé que la solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un MASC interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la parte requerida, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. La interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación del proceso de negociación sin acuerdo. En el caso de que intervenga una tercera persona neutral, se seguirán las siguientes reglas: 1. En el caso de intervenir una persona mediadora, se estará a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad); 2. En otros supuestos, se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7.

Se prevén también, en el apartado 3 del citado artículo 7, los efectos de la terminación del proceso sin acuerdo: 1. En el caso de que la solicitud inicial de negociación no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad; 2. Si se hubieran acordado medidas cautelares durante la tramitación del proceso negociador, las partes deberán presentar la demanda ante el mismo tribunal que conoció de aquellas en los veinte días siguientes desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha en que deba entenderse finalizado el proceso de negociación sin acuerdo conforme a esta ley; y, 3. Los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación.

En fin, por un lado, el artículo 10.4 de la LO 1/2025 prevé los supuestos en los que se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo y, los efectos en materia de costas, advirtiendo que si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la LEC; por otro que, conforme al artículo 5.2 letra b) de la LO 1/2025 no procede la interposición de un MASC con respecto a la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; y, por último, hay un dato cierto los progenitores y, en particular, los hijos menores de edad necesitan que se tomen soluciones urgentes. Si ya de por sí el procedimiento contencioso puede demorar su resolución en el

tiempo; si a ello le sumamos el preceptivo periodo previo para intentar un acuerdo, estamos incrementando el tiempo de resolución. En concreto, en el supuesto de desacuerdos o divergencias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, objeto de estudio, formulados como urgentes: *vgr.*, el bautismo o la primera comunión del menor, la matricula o cambio de colegio, viajes al extranjero, tratamientos médicos, entre otros; con la citada LO 1/2025 se pueden demorar la actuación judicial, impidiendo una adecuada y rápida respuesta y perjudicando con ello el interés superior del menor. Recordemos que, la mediación se muestra como alternativa voluntaria al procedimiento judicial en el CCC y CFA, pero tras la LO 1/2025 los MASC son un recurso obligatorio y de admisibilidad de la demanda; por lo que, han de proponerse antes de presentar ésta.

III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS PROGENTORES Y EL HIJO MENOR DE EDAD: NOMBRAMIENTO DEFENSOR JUDICIAL

Con la aprobación de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio en el derecho español —preferentemente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil— se pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, instrumento ratificado por España, publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Tal reforma viene a recoger el modelo social de discapacidad de la citada Convención y se funda en el reconocimiento y desarrollo de la dignidad de la persona para el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad. Particularmente, tiene por objeto el desarrollo del artículo 12 de la Convención, que persigue la igualdad del reconocimiento como persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad a través de la adopción de las medidas de apoyo para su ejercicio, de un lado y las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, del otro. Y, además, dichos apoyos ya no van a poder incluir de ninguna forma, la privación de derechos (artículo 269 del Código Civil).

Con la reforma aprobada por la citada Ley 8/2021 se supera el hasta ahora sistema de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, el régimen de tutela de la autoridad judicial, aun con las notas de flexibilidad y graduación ya introducido para ajustarlo a la situación de la persona con discapacidad por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009[151], formando un sólido cuerpo doctrinal de aplicación del derecho vigente a la luz de la propia Convención, sobre la base de la necesaria graduación de las medidas de apoyo apropiadas para cada persona —sobresaliendo la curatela— en función de sus variadas características y circunstancias —lo que se ha venido a llamar el "traje e medida"—[152].

El apoyo deberá producirse cuando sea necesario (principio de necesidad) y vendrá determinado por la falta de aptitud o habilidad de la persona para la toma de decisión (la capacidad de decisión), esto es, cuando las alteraciones que padece, tengan incidencia, en mayor o menor medida, en la formación de una voluntad libre y consciente. Además, las medidas de apoyo habrán de ser 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; ajustarse al principio de mínima intervención y, por supuesto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales[153].

Por su parte, si el apoyo encuentra su campo de actuación y fundamental en la información y formación del consentimiento de la persona con discapacidad para que emita correctamente su declaración de voluntad, pueden establecerse las salvaguardas voluntarias y judiciales (artículos 250 y 251 del Código Civil) necesarias para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de intereses. De todas formas, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten salvaguardas que eviten circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada de apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso debe extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyo y sus salvaguardas y, cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona ni actuar, ni tomar decisiones por falta de discernimiento, se puede acudir a la criterio de su interés, como nos recuerdan las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo y 8 de septiembre de 2021[154].

Ahora bien, se impone un cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones[155]. Por lo que, los apoyos no se establecen en la correspondiente resolución desde una perspectiva paternalista o médico asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino se debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existe (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responde a una voluntad bien conformada y no perjudique a un tercero. La capacidad de la persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga una referencia genérica[156] y se parte de una presunción de capacidad en favor de toda persona[157]. Además, al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida; y, en fin, las salvaguardas que introduce la legislación vigente pretenden asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona[158].

Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el artículo 250 del Código Civil, la reforma introduce las medidas voluntarias de autoorganización, medidas judiciales o de heterorregulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho. Asimismo, dispone un orden jerárquico en la determinación y adopción de las medidas de apoyo, estableciendo con preferencia las de carácter voluntario y, supletoriamente, las de origen judicial (curatela y defensor judicial)[159].

Más allá de las medidas voluntarias (artículos 249, 254 y 255 del Código Civil) como son la escritura de previsión, la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos, las medidas judiciales de provisión de apoyo necesario pueden englobar

por su amplio carácter, como indica la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Y, en último caso, ciertamente, la representación en la toma de decisiones.

En todo caso, la posibilidad legal de nombrar curador (autocuratela) representa una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respecto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 de la Constitución española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o, incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo. Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes: 1) Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues, proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento; 2. Es personalísimo, pues, pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considerada más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirla o incluso excepcionalmente, representarla, con la confianza, que ejercerá dicho cargo con respecto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (artículos 249 y 250 del Código Civil). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La Ley prevé la posibilidad que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación de curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (artículo 274 del Código Civil); 3. Es un negocio jurídico *inter vivos*, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso, ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester; 4. Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (artículo 271 del Código Civil); 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación en los términos del párrafo segundo el artículo 272 del Código Civil; 6. Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada; 7. Es inscribe en el Registro Civil (artículo 4-10.º de la Ley de Registro Civil); y, 8. Por último, las facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (artículo 273 del Código Civil), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (artículo 271.2 del Código Civil)[160].

Ahora bien, en la doctrina científica también se destaca que los poderes y mandatos preventivos son la manifestación más genuina del principio de autonomía de la voluntad por el sujeto de su derecho a regir su persona y bienes para cuando necesite determinados apoyos, en cuanto que la actividad judicial no interviene en su determinación al haberlo hecho ya el interesado, y por eso, en el sentido de pleno respecto a la voluntad del sujeto que el artículo 258 del Código Civil declara que los poderes y mandatos preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo establecidas judicialmente o previstas por el propio interesado. Los llamados poderes preventivos tanto pueden ser otorgados *ad cautelam* (para el supuesto que en el futuro el otorgante precise de apoyo (artículo 257 del Código Civil), como en previsión de la continuidad de su vigencia, si en el futuro su otorgante precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad (artículo 256 del Código Civil). La declaración de la vigencia de estos poderes, pese a la constitución de otras medidas de apoyo, como puede ser la curatela (artículo 258 párrafo 1 del Código Civil), constituye un paso más en el respeto y preeminencia de la voluntad del sujeto afectado de discapacidad, pues, paralelamente a esa declaración, la Ley 8/2021 reformó el artículo 1732 del Código Civil, que autorizaba a tener por terminado el poder otorgado con carácter preventivo por la resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor, sustituyendo su redacción por otra en la que mantiene la vigencia de los mandatos preventivos en el supuesto de establecerse en apoyo del mandante una curatela representativa; lo que no significa su vigencia perpetua, pues, su extinción viene regulada en el artículo 51 bis —añadido por la Ley 8/2021 a la de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria— en el que se dispone que podrá promover la extinción del poder, si el apoderado incurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, tramitándose el expediente con audiencia del apoderado.

Sobre tales bases, las instituciones jurídicas de apoyo previstas legalmente son la guarda de hecho, la curatela, y el defensor judicial (artículo 250 del Código Civil), al suprimirse para tal finalidad la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Lo cierto es que la nueva regulación sitúa a la guarda de hecho y a la curatela en nivel preferente y subsidiario. La medida de apoyo judicial continuada —aunque limitada a las ocasiones en que se exige por sentencia su asistencia— más común será la curatela. Con ella se logra, al contrario de la sustitución en la capacidad, el complemento en su ejercicio mediante la asistencia (artículos 269 y 282 del Código Civil) de la persona necesitada del apoyo, aunque existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (artículo 269 del Código Civil), generalmente, cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado.

Atendiendo a la figura del defensor judicial su nombramiento procede cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente, esto es, cuando se precise su nombramiento para un acto de trascendencia patrimonial para el que no es preciso proveer a la curatela y no se quiere atribuir por algún motivo la representación al guardador de hecho[161]. Su extensión resulta determinada en la correspondiente resolución judicial.

En este contexto, el defensor judicial como tal medida de apoyo tendrá por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, debe estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. El defensor judicial como persona que presta apoyo, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Asimismo, como inherente a cualquier medida de apoyo, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (de ahí, la temporalidad y la mínima intervención de la medida). A la vez que, se fomenta la necesaria revisión de todas las medidas de apoyo, con lo que tales planteamientos casan perfectamente con su naturaleza ocasional, aun siendo su actuación recurrente, su temporalidad —pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado—, su carácter subsidiario al entrar en juego cuando no operan adecuadamente otras medidas de apoyo, sustituyendo o supliendo a sus titulares; su provisionalidad; la variedad de supuestos de actuación —pues, su campo de operatividad no se limita a la resolución del conflicto de intereses, sino que se le dota de un ámbito competencial propio y diferenciado de otras medidas—; su designación o nombramiento será judicial, y en fin, como medida de apoyo formal ocasional y autónoma, su actuación se desvincula de las otras medidas de apoyo[162]. Junto con la guarda de hecho dejan de ser instituciones de protección y guarda "secundarias", para convertirse en auténticas medidas de apoyo con idiosincrasia propia.

Por otra parte, recordemos que, en sede de menores, el defensor judicial es un cargo autónomo que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones a los representantes legales (patria potestad y tutela)[163]; además de una institución formal de apoyo, y con funciones asistenciales, de complemento de la capacidad en el caso de menores de edad emancipado.

Como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (artículos 235 y 295 del Código Civil). En consecuencia, será aquélla la que determine las concretas funciones que se le asignan o los asuntos en que sea necesaria su intervención, atendiendo a las circunstancias del caso y de la persona con discapacidad; especialmente, si tenemos presente que se nombra un defensor judicial cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. De todas formas, el ámbito funcional de esta medida de apoyo coincide con el que con carácter general se concreta en el artículo 249.3 del Código Civil de naturaleza asistencial de las medidas y solo excepcionalmente, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

De todas formas, el defensor judicial comparte muchas de las características de otras figuras de guarda como la tutela y la curatela en la defensa de los intereses tanto de los menores de edad no emancipados, menores emancipados y personas con discapacidad[164].

Ahora bien, en la Ley 8/2021 el Título IX del Libro Primero pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación. En consonancia con ello, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que, no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial. También se recoge la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquellas en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o entre el menor y sus representantes legales, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural que la figura de apoyo habitual lo ejerza. Ciertamente, tanto el defensor judicial como la curatela solo son posibles cuando no existe guardador de hecho[165].

Por otra parte, se ofrece un tratamiento diferenciado entre el defensor judicial del menor de edad no emancipado —artículo 235 y 236— y, el defensor judicial de la persona con discapacidad —artículos 295 a 298—, a diferencia de la regulación anterior que optaba por un tratamiento unitario (artículos 299 a 302 del Código Civil).

En todo caso, la escasa regulación del Código Civil determina el obligado complemento de la misma con el tratamiento que a tal fin ofrece tanto la doctrina como la jurisprudencia. No obstante, conviene señalar que, la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre supuso una nueva redimensión del cargo de defensor judicial, ampliando los supuestos y ámbito de su intervención, y al mismo tiempo el otorgamiento de una regulación legal de la que carecía. Ciertamente, la actuación originaria del defensor judicial sólo tenía lugar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a la que dedicaba un solo precepto (antiguo artículo 165)[166], que fue objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretando su actuación en la existencia de un interés opuesto de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados (antiguo artículo 163); que, posteriormente, se amplía con la citada reforma de 1983, también al ámbito de las relaciones tutelares[167], regulándose, de esta forma, por primera vez unitariamente el cargo, acabándose con las dudas que, existían anteriormente ante la ausencia de una normativa específica.

1. Concepto y caracteres

No se conoce antecedente directo de la figura de defensor judicial; sin embargo, alguna parte de la doctrina señala como posible precedente legal el artículo 159 del Proyecto del Código isabelino de 1851, que establecía que en todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serían estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que, se les nombraría judicialmente para cada uno de los casos. Se trataba de un representante en juicio nombrado por el juez y cuando existiese "conflicto de intereses"[168]. El propio GAR-

CÍA GOYENA señalaba que el origen del artículo 159 se encontraba en el artículo 365 del Código Civil holandés, haciendo constar la irrelevancia de la denominación que, se adoptase —procurador, curador *ad hoc.*, etc.—, pues, en definitiva "el nombrado haría las veces del protutor en la tutela", y, remitiéndose al artículo 188.1 en que se establecía como obligación del protutor "*1. A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor*"[169].

Por otra parte, no faltan quiénes yendo más atrás, hacían referencia a la regulación que sobre la curaduría especial se contenía en los artículos 533 a 540 dentro del Capítulo XIII, del Título XIII dedicado a la tutela y a la curaduría del Proyecto de Código Civil de 1836, en cuyo artículo 533 se establecía que, curador especial es el que se da para uno o varios negocios determinados. Si bien, cuando se trata de pleitos, la persona encargada se llama curador *ad litem*[170]. Como señala COUTO GÁLVEZ el criterio que sigue el Proyecto de 1836 sobre esta materia, es idéntico al trabajo de CAMBRONERO[171].

Fuera del ámbito estrictamente legal, en el año 1977 se publicó por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales —SEREM—, un Anteproyecto para la reforma de los preceptos relativos a la tutela redactado por los profesores DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, en cuyo artículo 222 se enumeraba como instituciones tutelares: 1) La patria potestad prorrogada; 2) La tutela; 3) La curatela; 4) El defensor judicial; 5) La guarda de hecho, y, se dedicaba el Capítulo V, artículos 301 a 306, a regular la institución del defensor judicial. Este trabajo sirvió de base para la elaboración de los sucesivos Proyectos de Ley de reforma en materia de tutela, que culminaron finalmente en la citada Ley 13/1983[172].

Sobre tales posibles precedentes, el defensor judicial, en palabras de LETE DEL RÍO, se puede definir como "un cargo mediante el cual la persona que lo ejerce suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor, para la representación y amparo, o asistencia del menor"[173]. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que "el defensor judicial es la persona que, en virtud de resolución judicial, asume temporalmente la representación y amparo de los menores de edad en los casos previstos en la Ley —STS de 17 de enero de 2003—, y con las atribuciones que le hubiera conferido el juez al designarlo —antiguos artículos 299 y 302 del Código Civil-"[174]. Con respecto a la nueva regulación define el defensor judicial de la persona con discapacidad como "la persona que, en virtud de la correspondiente resolución, asume la función de prestar apoyo de modo ocasional a la persona que lo precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica"[175]. ORDAS ALONSO lo conceptúa como "la persona que asume temporalmente los intereses de los menores de edad o de los incapacitados (personas con discapacidad), cuando la persona que legalmente puede hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen"[176]. Conforme la nueva regulación, si bien referido al defensor judicial de menores de edad no emancipados ÁLVAREZ ÁLVAREZ lo determina como "un cargo a través de cual una persona de manera provisional y temporal suple a los progenitores o al tutor para la representación provisional y temporal suple a los progenitores o al tutor para la representación y amparo del menor". A lo que añade "le representa y ampara, es decir, comprende tanto la representación como la asistencia, pero entendidas en sentido general y no técnico"[177].

Con anterioridad, se caracteriza básicamente por ser un cargo tuitivo ocasional o esporádico, frente a la relativa continuidad temporal de la tutela y de la curatela; y al propio tiempo, compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares, e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor de edad[178]. Lo cierto es que, como destacaba LETE DEL RÍO el cargo de defensor judicial era *temporal*, *ocasional o esporádico* porque su nombramiento obedecía a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y cesa la figura —frente a la continuidad de la tutela—; a la par que tenía carácter *subsidiario*, porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador; *provisional* para supuestos concretos y evitar que se quede sin protección el menor de edad no emancipado o la persona con discapacidad; y su designación o nombramiento era *judicial*, porque su nombramiento lo efectúa siempre la autoridad judicial[179]. A estos caracteres de temporalidad, subsidiariedad y origen judicial, GETE-ALONSO y CALERA añadía la posible coexistencia del defensor judicial con la patria potestad, con la tutela y la curatela[180]; y FLORENSA i TOMÀS la supletoriedad, porque exigía la previa existencia de un sistema de protección de un cargo principal al que está sometido el protegido; y la transitoriedad, que se manifestaba en que el defensor, se nombraba para resolver una cuestión puntual respecto de la que existen intereses contrapuestos (la expresión utilizada por la disposición legal es "algún asunto"); o, se nombraba a un nuevo tutor o curador. Una vez solventado el asunto conflictivo, y con ello desaparecida la contradicción de intereses, o cesada la causa que, había motivado el no desempeño adecuado de las funciones; o designada, en su caso, otra persona para ocupar el cargo de tutor o curador, la función del defensor judicial había concluido[181]. De forma que, atendiendo a tales caracteres, no era posible considerar que, el defensor judicial fuese un representante originario y permanente del menor de edad no emancipado, sino que su intervención iba a exigir siempre la existencia de un previo representante o legitimado legal al que sustituir durante un tiempo determinado. Esto no quiere decir que, el cargo de defensor judicial careciese de autonomía, debido precisamente a su naturaleza supletoria y subsidiaria.

Con la actual reforma, el defensor judicial, además de una medida de apoyo formal con funciones asistenciales como regla general (excepcionalmente, representativa), es un cargo principal o autónomo ya que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones al curador o guardador de hecho cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente[182]; también complementa la capacidad el caso de menores de edad emancipados —lo que antes llevaba a cabo el curador—. De forma que, partiendo que se puede designar ahora un defensor judicial tanto para el apoyo de las personas con discapacidad como para la protección de menores son caracteres: la *transitoriedad* —actuación concreta y delimitada en el tiempo—; la *subsidiariedad* —cuando los padres, tutores o curadores no desempeñaban por las razones que fueran sus funciones de guarda y asistencia—; y, la *temporalidad* en el nombramiento judicial se mantiene en relación con los menores de edad no emancipados. Sin embargo, tales caracteres se diluyen en relación con las personas con discapacidad al configurarse como una medida de apoyo formal; lo que, determina su carácter autónomo como tal cargo, aunque la necesidad de apoyo sea puntual y reiterada en el tiempo (artículo 295.5 del Código Civil)[183].

Ello supone que, una persona con discapacidad puede no necesitar apoyo de manera habitual y permanente, pero si una asistencia puntual, aunque recurrente en su operatividad. Lo que justifica su carácter estable y no permanente. Si bien, tal planteamiento conviene precisar que, la subsidiariedad puede también tener lugar en la actuación del defensor judicial como medida de apoyo, cuando, precisamente, suple las funciones otorgadas a la medida de apoyo nombrada en los supuestos de conflicto de intereses, imposibilidad, excusa, remoción. En fin, con relación a los menores de edad emancipados, el defensor judicial cumple con una función de complemento de la capacidad en defecto de sus progenitores o tutor en cuanto necesita el consentimiento de aquél para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (artículo 247 del Código Civil). Por lo que, opera en sustitución de los progenitores y para aquellos actos claramente fijados legalmente (transitoriedad).

Ahora bien, como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (artículos 235 y 295 del Código Civil). En todo caso, el nombramiento del defensor judicial afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria potestad, o a la concreta medida de apoyo, pero nunca por sí mismo al cargo protector, pues, coexistirá con los padres, tutor, con independencia del supuesto que haya dado lugar al nombramiento de defensor (artículo 235 del Código Civil)[184] y su función de apoyo será ocasional, manteniéndose en su caso la medida judicial de curatela establecida. La titularidad del cargo sólo será suprimida mediante la privación o suspensión de la patria potestad, o la remoción en el cargo del tutor o del curador.

Por otra parte, el cargo de defensor judicial, como cargo tutelar en el supuesto de menores de edad no emancipados, es obligatorio e irrenunciable sin justa causa. Ello deriva del artículo 200.1 del Código Civil.

A estos caracteres, la doctrina añade la necesidad que el defensor reúna determinadas condiciones personales tales como: *independencia* que, significa ausencia de influencias posibles por parte de los titulares de la representación legal suspendida en todo o en parte; *honorabilidad*, como ausencia de reproche social en su comportamiento; *imparcialidad*, entendida como objetividad en las determinaciones o decisiones[185]; y, habrá de responder a los principios de *proporcionalidad, necesidad* y *mínima intervención*, como atender a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad en su configuración como medida de apoyo formal y autónoma[186].

2. Nombramiento y contenido

Con respecto a este cargo y su nombramiento el artículo 236 del Código Civil señala "el defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos", a diferencia del antiguo artículo 299 del citado cuerpo legal que aludía a que el defensor judicial representa y ampara los intereses de una persona, sin hacer referencia directamente al menor como en la regulación actual; ya que la anterior regulación, como hemos

indicado, era unitaria —tanto se protegía a los menores como a las personas con discapacidad—. Lo que determina que, se tendrá en cuenta la voluntad, los deseos del menor atendiendo a su personalidad en el ejercicio de sus derechos, sin perder el principio fundamental que preside toda intervención en la que hay menores de edad no emancipados, como es la de tomar en consideración lo que es mejor para su interés (interés superior del menor).

En este contexto, corresponde al Juez, el encargado de especificar las funciones que debe cumplir el defensor judicial, y, por tanto, delimitará el alcance de la sustitución (artículo 235 del Código Civil)[187]. De forma que, no puede extralimitarse en las funciones atribuidas por el juez, aunque sustituya en el cargo a los representantes legales.

En este supuesto, actúa como representante del menor; mientras, como veremos, en el caso de defensor judicial de la persona con discapacidad tiene como toda medida de apoyo una función asistencial, aunque excepcionalmente puede llegar a ser representativa[188].

El contenido del cargo será más o menos amplio dependiendo del supuesto al que se ha de atender[189]. Así, en caso de conflicto de intereses las atribuciones del defensor judicial se limitan al contenido del "asunto" —acto o contrato específico de que se trate— (artículo 235.1 del Código Civil habla de "algún asunto"); de forma que, la sustitución de los padres o del tutor por el defensor judicial quedará limitada a ese asunto o asuntos concretos donde haya contraposición de intereses, siendo compatible con tales cargos en los restantes asuntos en los que éstos no han sido suspendidos de sus funciones; mientras que en el supuesto de no desempeño de las funciones por parte del tutor contenido en el artículo 235.2 del Código Civil el defensor sustituye en el cargo a tal representante legal o legitimado para actuar en la toma de decisiones que, afectan al menor, como si de un tutor se tratara, sin que pueda extralimitarse en las funciones asignadas por el Juez, y, sin que, asimismo, pueda tener un ámbito de actuación más amplio que el que corresponde precisamente, al representante legal (tutor) al que sustituye temporalmente, alcanzándole, igualmente, las limitaciones inherentes a tales cargos. En consecuencia, cuando el defensor se extralimite en sus funciones o no habiéndose concretado, su actuación excede de lo que representa el contenido atribuible a la legitimación legal suspendida (tutela), el acto realizado será nulo y tendrá la misma consideración que con arreglo al artículo 1259 del Código Civil merece el acto realizado en nombre de otro sin autorización, es decir, lo que se ha venido considerado como un supuesto de "ineficacia relativa" e "irrelevancia" del acto o negocio, con la consiguiente posibilidad de ratificación[190].

Con todo y como cargo de guarda, le corresponderá en los términos del artículo 235.1 del Código Civil "representar y amparar" los intereses del menor en los supuestos regulados y anteriormente mencionados[191] y en juicio o fuera de él[192]. En todo caso, la representación y amparo alcanza tanto a los intereses patrimoniales, como a los personales y familiares o morales.

Ahora bien, la naturaleza supletoria y subsidiaria del defensor judicial —pese a ser un cargo tutelar autónomo— le impide tener un contenido funcional propio, como sucede con los demás órganos de protección. Se puede decir que, su función tutelar goza de cierta versatilidad, pues, unas veces intervendrá, sustituyendo completamente al tutor, representando a los menores de edad o emancipados o

asistiendo a los menores de edad no emancipados; y otras veces, esa representación o asistencia se concretará en un asunto con el que exista conflicto o contraposición de intereses. Por eso, como dice PUIG FERRIOL "el defensor judicial tendrá las mismas atribuciones que la ley confiere al tutor o curador, a los cuales sustituye provisionalmente, a menos que el Juez acuerde otra cosa al hacer cada concreto nombramiento"[193]. De forma que, el contenido funcional del cargo de defensor judicial es determinado normalmente *per remissionem*[194]; y, estará sometido a las prohibiciones establecidas en el artículo 226 del Código Civil para el tutor. Asimismo, si éste necesita intervención o autorización judicial para un acto determinado, igual exigencia tendrá la actuación del defensor judicial en cuanto sustituye a tal representante legal en sus funciones. En esta línea, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene un defensor judicial en representación de los menores de edad no emancipados ante un conflicto de intereses existente con los padres o tutor, necesita o no de la aprobación judicial, o está implícita ya ésta en el propio contenido de su actuación determinado judicialmente. En este punto, se ha optado mayoritariamente por un tratamiento homogéneo con independencia del cargo protector al que sustituye el defensor judicial; de manera que, éste no necesitará de la aprobación judicial de la partición en la que interviene representando a los menores, tanto si en tal acto sustituye a los padres o al tutor; siendo, en consecuencia, aplicable en ambos casos la norma contenida en el artículo 1060 del Código Civil, y ahora el artículo 289 del Código Civil en sede de curatela por la remisión del artículo 224 del Código Civil en la tutela[195].

Una vez concretado por el Juez el ámbito de actuación del defensor, esto es, el contenido funcional que legitima su intervención, ante cualquier duda que, pueda surgir relativa a su alcance, sobre todo en los casos del artículo 235.2.º del Código Civil, si el Juez no precisara nada en particular. La doctrina se muestra vacilante: así algunos autores optan por una de interpretación restrictiva, considerando que, no se puede actuar más allá del mandato que se le ha conferido, sin que, por tanto, pueda entenderse que, asume siempre las mismas funciones que, la ley asigna al tutor, pues, la representación del defensor es una excepción a la representación legal de éste, al tratarse de una figura distinta a la tutela y necesariamente provisional[196]; frente a quienes defienden que, el defensor judicial podrá intervenir también en aquellos asuntos, que aparezcan necesariamente enlazados con el que ha determinado su nombramiento, esto es, que la actuación del defensor se puede desplegar en todo el ámbito propio del tutor al que sustituye provisionalmente[197].

Corresponde al Juez, en consecuencia, especificar necesariamente cuáles son las "atribuciones" (funciones) del mismo y su extensión y límites[198].

En cuanto al nombramiento del defensor judicial, tanto la designación de la persona como la delación de cargo es atribución exclusiva y excluyente del Juez, así lo dispone el artículo 235 del Código Civil. Por tanto, la designación y delación del defensor es siempre dativa; de ahí, su consideración de cargo judicial y su denominación como defensor judicial. El expediente de jurisdicción voluntaria para nombramiento de defensor judicial se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de éste (artículo 28 de la LJV)[199].

Ahora bien, tras la LO 1/2025 consideramos que, no resulta obligatorio el uso de medios adecuados de solución de controversias (MASC) para el nombramiento de defensor judicial. Ciertamente, la necesidad de tal nombramiento surge de la existencia, por ejemplo, de un conflicto de intereses o la falta de representante legal y no tanto de la obligación de intentar una solución extrajudicial previa. Al respecto, el artículo 4.1 apartado segundo de la citada LO 1/2025 dispone que, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En este contexto, el nombramiento de defensor judicial en sede de relaciones paterno-filiales resulta operativo cuando la oposición de intereses de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados alcanza a ambos progenitores; pues, si tal conflicto u oposición es con uno sólo corresponderá al otro, actuar como defensor judicial, en una suerte de atribución *ex lege* y automática de la representación, al no necesitar especial nombramiento para representar al hijo o completar su capacidad[200] —supuesto que acoge, asimismo, a los patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela ejercidas también por ambos padres—. Siendo intranscendente que, los padres del menor se encuentran o no casados, pues, en cualquier caso la patria potestad la titularidad y el ejercicio es conjunto. No obstante, si la filiación esté determinada respecto de uno de los progenitores, o, estándolo respecto a ambos, uno de ellos ha fallecido, el conflicto de intereses que tengan lugar entre los hijos menores de edad y el único progenitor reconocido o supérstite, exige el nombramiento de defensor judicial

Por otra parte, aunque el artículo 201 del Código Civil posibilita que, los padres puedan ordenar en testamento o documento público cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados —incluso el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela—, entre las que se podría incluir la designación de defensor judicial, —si se dieran las circunstancias para su nombramiento—; lo cierto es que tal designación no vinculará al Juez, que simplemente podrá tenerla en cuenta; y, en todo caso, podrá nombrarlo, si lo considera adecuado para el cargo[201].

Efectivamente, el Juez sólo nombrará como defensor a quien considera más idóneo para el cargo, ya sea un pariente o un extraño, sin que proceda aplicar la preferencia legal contenida en el artículo 213 del Código Civil —tutela legítima—[202], dado el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 235 confiere al Juez para que, decida quién es la persona más adecuada para los intereses del menor de edad[203]; siendo la capacidad exigible para su desempeño, la misma que se exige a los titulares que vaya a sustituir, o la requerida para el acto o negocio sobre el que va a actuar representando o asistiendo al menor (pudiéndose aplicar las reglas que el Código Civil establece respecto a los tutores: condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y no esté incurso en ninguna causa de inhabilidad de los artículos 216 y 217 del Código Civil (artículo 211 del citado cuerpo legal)[204].

En esta línea, cabe preguntarse, si puede el menor emancipado ser nombrado defensor judicial. A favor de la tesis afirmativa se argumenta que: 1.º El menor emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos —que incluye la facultad de representación y administración de bienes (artículo 154.2.2.º del Código

Civil)— sin asistencia de ningún tipo (artículo 157 del Código Civil interpretado a *sensu contrario*); de forma que, no parece que pueda existir inconveniente en que sea defensor, sobre todo teniendo en cuenta que la actuación como tal puede estar limitada a un asunto concreto; 2. El menor emancipado puede ser mandatario (artículo 1716 del Código Civil), por lo que tiene capacidad para actuar sobre un patrimonio ajeno (facultad de representar o poder para ello); 3. La actuación del menor emancipado como defensor puede ser modulada en atención a su capacidad, pues la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (artículo 247); de manera que, habrá que estar al supuesto que haya dado lugar a su nombramiento, y a las concretas funciones atribuidas por el Juez; 4. Además, puede por sí solo comparecer en juicio. De ahí que, se considere que podrá desempeñar las funciones del cargo de defensor en la medida que, sea designado para actos concretos que, pueda realizar por sí solo[205]. Sin embargo, en contra de esta posibilidad se aduce que, la emancipación sólo habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, y, no para regir la persona o bienes de otro[206].

Por otra parte, no parece que pueda existir inconveniente en que, el Juez, si lo estima oportuno, pueda nombrar a una misma persona defensor judicial de varios hermanos, especialmente cuando se trate del supuesto comprendido en el artículo 235.2 del Código Civil, o cuando sean varios hermanos —sometidos a un mismo tutor— los que mantengan el mismo conflicto de intereses con su representante legal[207].

En todo caso, el nombramiento del defensor judicial se realiza siguiendo los trámites previstos en los artículos 27 a 31 de la LJV, mediante expediente de jurisdicción voluntaria, siendo competente para el conocimiento de este el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial (artículo 48.1 de la LJV). Este expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de éste. En la tramitación del presente expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

Durante la tramitación del expediente, esto es, desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate.

En el caso que el menor haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

Respecto a la comparecencia, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a tal comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con discapacidad si tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el Letrado de la Administración de Justicia estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera.

El testimonio de la resolución de nombramiento de defensor judicial en el caso previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 27, esto es, hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio, se remitirá al Registro Civil competente para proceder a su inscripción (artículo 30 de la LJV).

Por otra parte, el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento y, le serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Letrado de la Administración de Justicia competente.

En todo caso, se podrá nombrar como defensor judicial a una persona física como jurídica —al igual que, sucede con el curador— y a quien el juez considere como la persona más idónea para el cargo, sea o no pariente del menor o de la persona con discapacidad[208].

En fin, respecto a los supuestos de complemento de la capacidad procesal, el artículo 7 de la LEC establece que, las personas menores de edad no emancipadas, ésta deberá hacerse mediante la representación, asistencia o autorización exigidas por la ley (artículo 7 de la LEC); y, en cuanto a la intervención del defensor judicial en la partición hereditaria el artículo 1060 del Código Civil dispone que: *"Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.*

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento".

3. Supuestos concretos de actuación jurídica

El artículo 235 del Código Civil enumera tres supuestos distintos de actuación del defensor judicial, de los que nos vamos a ocupar a continuación: 1) Si en algún asunto existe un conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley precisa otra forma de salvarlo. Coincide con la previsión normativa del artículo 163 del Código Civil: nombramiento de defensor judicial para los supuestos de que en algún asunto concreto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados. Si el conflicto es con un solo de los progenitores el otro ejercitará la patria potestad en este asunto

concreto y conflictivo; 2) Cuando por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3) Cuando el menor emancipado requiere el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 del Código Civil y, a quienes corresponda prestarlo no pueden hacerlo o existe con ellos un conflicto de intereses[209]. Por razones de espacio, sólo vamos a referirnos al primero de los supuestos de actuación citados.

1. Conflicto de intereses entre menores y sus representantes legales: concepto y ámbito de aplicación: el Código Civil en el apartado 1 del artículo 235 ordena nombrar defensor judicial *"cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales"*[210]. Lo que, opera para quienes ejercen la patria potestad en línea con lo previsto en el artículo 163 del Código Civil[211]; y con relación al tutor, así el artículo 226.2.º del citado cuerpo legal prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista un conflicto de intereses; y, asimismo, no podrá ser nombrado tutor a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela, no de forma ocasional, sino prolongada en el tiempo (artículo 217.5 del Código Civil)[212].

No se define en tal precepto que se entiende por "conflicto de intereses", por lo que corresponde a la doctrina concretar el significado de tal concepto jurídico indeterminado.

No obstante, conviene precisar que, nuestro Código no siempre emplea la expresión "conflicto de intereses", sino que utiliza otras denominaciones equivalentes con idéntico significado. Así lo ha puesto de relieve BADOSA COLL cuando precisa que "el Código Civil utiliza indistintamente "conflicto de intereses" (artículo 162.2.º, 163.2.º, 217.5, 295.2 del Código Civil); "oposición de intereses" (artículo 220 del Código Civil); "interés opuesto" (artículos 163.1 del Código Civil); o "incompatibilidad de intereses" (artículo 220 del Código Civil)"[213] —adaptado a la actual regulación—.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ señala que "existirá intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo"[214]. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL entiende por oposición de intereses "posturas antagónicas en las que no puede atenderse a las dos a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada; actitud absolutamente inconciliable, antitética; el choque de los intereses personales del padre con los del hijo, de modo que necesariamente en su actuación surja el peligro de una decisión parcial; que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen, para el de los hijos"[215]. Para FLORENSA i TOMÀS existirá, pues, "conflicto de intereses" determinante del nombramiento de defensor, "siempre que de la situación originada por intereses por sí mismo incompatibles —no por razón de negociación— haya de resultar el beneficio del titular del cargo protector en detrimento del sujeto protegido, agravando la posición o condición de éste; beneficio que no debe entenderse adecuado sólo a la esfera patrimonial, sino a todo lo que cabe dentro del término jurídico de "interés", incluyendo el personal o moral"[216]. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003[217] "el conflicto existe cuando en la realización de actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro

el beneficio del menor o incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos". MORENO MARTÍNEZ precisa que en este caso "confluye un interés extraño y opuesto que tiende a excluirlo total o parcialmente y que es tenido como propio por el representante, no pudiendo provocarle el beneficio del uno sin el perjuicio del otro"[218].

En todo caso, el conflicto debe ser calificado como tal desde el punto de vista objetivo, esto es, con independencia del comportamiento observado por los padres o el tutor en la relación que crea el perjuicio, y, aunque no exista ánimo de perjudicar. La Ley, por tanto, sólo contempla el conflicto de intereses como una situación objetiva, sin tener en cuenta el comportamiento anterior, ni mucho menos, la predisposición de ánimo del que ostenta la representación[219], siempre que ponga en peligro el interés del hijo al que representan, o del tutelado[220]. Asimismo, su alcance debe ser objeto de una interpretación restrictiva; e impone un examen particularizado por parte del Juez de cada caso a fin de comprobar la índole y extensión de los actos o contratos, tarea que la Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995[221] considera dificultosa[222]. Los conflictos pueden afectar a intereses de naturaleza patrimonial —en este caso, se dará cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra—[223], y extrapatrimoniales o familiar/personal[224].

Tales conflictos han reunir las siguientes características: a) *El conflicto ha de ser real y no aparente*, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico[225]. Los intereses deben ser incompatibles por sí mismo, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) El conflicto *ha de ser actual y efectivo*, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse; c) Los intereses *han de ser incompatibles*[226]; d) El conflicto ha de ser de *cierta importancia o magnitud*, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del tutor (antiguos artículos 216, 217 y 223 del Código Civil). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares[227]; ni el ejercicio de una acción de separación de los tutores[228]; e) Afecte a un asunto concreto[229]; f) La Ley no prevea otra forma de salvarlo.

Ahora bien, hay que diferenciar conflicto de intereses, de reciprocidad de intereses que se implica que dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, es decir que "su satisfacción es compatible, aunque sea desequilibrada"[230]; y de la "simple concurrencia o coincidencia de intereses", que tiene lugar cuando existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados[231]. La simple coincidencia de intereses, como precisa HERNÁNDEZ GIL, "no autoriza para solicitar el nombramiento de defensor"[232]; si bien, coincide con el conflicto de intereses, en palabras de FLORENSA i TOMÀS en que "ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica al contrario de la reciprocidad de intereses"[233]. La concurrencia de intereses es, a su vez,

una situación teórica o idealmente previa, y que, puede desembocar en la situación del conflicto de intereses, pero como manifiesta GONZÁLEZ MARTÍNEZ que "en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna, que un motivo de recusación"[234].

Además de la delimitación objetiva del conflicto de intereses en los términos expuestos, para completar la precisión de su alcance, se ha de proceder, asimismo, a concretar el ámbito subjetivo en el que se desarrolla, o lo que es lo mismo, se ha de determinar los sujetos entre los que puede existir intereses opuestos. Así, en las relaciones paterno-filiales, el artículo 235.1 del Código Civil exige que el conflicto se dé entre el menor de edad no emancipado y los dos padres (representantes legales)[235], pues, en el caso que el conflicto sólo exista con uno solo de los progenitores, corresponde por Ley al otro progenitor representar al menor o completar su capacidad, según los casos —como señala el citado precepto *in fine* "salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo"—. Así el artículo 163.2 del citado cuerpo legal "si el conflicto existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

No obstante, si uno sólo de los progenitores ostenta la titularidad de la patria potestad, bien, porque sólo se haya determinado respecto de él la filiación, o bien porque el otro ha sido privado de ella, y resulta que con él es precisamente con quien el hijo tiene intereses contrapuestos, debe nombrarse defensor judicial, no dándose el supuesto contenido en el artículo 235.1 del Código Civil y antes puesto de manifiesto. Ahora bien, en ambos tipos de relaciones —tutela plural y tutela unipersonal personal y patrimonial—, el defensor judicial solo va a actuar respecto de la situación de conflicto; de forma que los representantes legales del menor —padre y tutor— seguirán operando en el resto de la esfera personal o patrimonial del menor de edad no emancipado. En principio, el defensor judicial será nombrado para amparar los intereses del menor de edad no emancipado en esa concreta situación de conflicto y para ese menor. De tener hermanos también menores de edad no emancipados que tengan el mismo conflicto de interés con sus representantes legales, el juez podrá nombrar un defensor judicial que actúe en defensa de los intereses de todos los menores de edad no emancipado, o si considera conveniente un defensor judicial para cada hijo menor no emancipado,

Sobre tales bases, se ha de tener en cuenta que, en este caso, el defensor no es representante legal del menor, sino que actúa, prestándole su asistencia en orden al complemento de su capacidad. Cabe plantearse su aplicación en relación con el *nasciturus* (hijo concebido y no nacido), al respecto se pronunció afirmativamente HERNÁNDEZ GIL con relación al régimen legal derogado[236], y, con tal parecer coinciden otros autores, argumentando al respecto que: 1) En base a los artículos 29 y 627 del Código Civil es posible sostener que el *nasciturus* puede ser representado; 2) El conflicto de intereses entre el representante legal y el concebido tiene las mismas posibilidades de producirse que, si el representado fuera nacido[237].

Por otra parte, el interés opuesto puede tener lugar entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres. Ante el silencio de la norma, como argumento a favor de la posibilidad de nombrar defensor en estos casos, se aduce que no pueden los padres representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro, pues, necesariamente, se beneficiará el interés de uno en perjuicio del otro;

por lo que estaríamos ante la hipótesis de oposición de intereses prevista en el artículo 235.1 del Código Civil[238].

En todo caso, el citado artículo 235.1 del Código Civil se refiere a los conflictos de intereses que puedan existir "entre los menores y sus representantes legales"[239]. Dentro de los representantes legales, obviamente, se incluyen a los progenitores y tutores. Respecto, a los menores ha de entenderse referido, por un lado, a los menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad o tutela (artículo 199.2 del Código Civil); y por otro a los menores de edad no emancipados "cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deben completar" (artículo 163.1 *in fine* del Código Civil).

En cuanto a los "asuntos" que puede ser motivo de conflicto en la tutela y patria potestad, serán tanto personales o familiares, como patrimoniales.

Ahora bien, puede darse el caso que exista una pluralidad de tutores nombrados, como prevé el artículo 218 del Código Civil y darse la posibilidad prevista en el artículo 235.1 *in fine* del citado cuerpo legal que, la ley prevea otra forma de salvarlo. Si existen cargos distintos respecto de la persona y bienes del tutelado, cuando el conflicto de intereses surja con uno sólo de ellos; el otro no podrá representar al tutelado, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial[240]. En el caso de tutela conjunta (en el que los tutores ejerzan sus funciones mancomunadamente), el artículo 220 del Código Civil posibilita que sea realizado el acto por el otro tutor, o de ser varios, por lo demás en forma conjunta. Si no ejercen los tutores el cargo de forma mancomunada, sino solidaria, la solución es similar a la anterior, pues, lo ejercerá el otro tutor (artículo 219.1 del Código Civil)[241]. Asimismo, si la tutela se encomienda a varios tutores se ejercitará conjuntamente, pero valdrá lo que haga con el acuerdo del mayor número. No obstante, si no hay acuerdo, la autoridad judicial, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá la autoridad judicial reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar nuevo tutor (artículo 219.2 del Código Civil).

En este contexto, habrá *conflicto de intereses* en materia sucesoria, cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (Resolución de la DGRN de 12 de octubre de 1895; y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1968); si se trata de la división de la herencia en que padre e hijo sean coherederos o la madre, faltando el padre, tiene derecho a la cuarta marital (Resoluciones de la DGRN de 10 de noviembre de 1910; de 31 de enero de 1913; de 21 de junio de 1917; y de 25 de enero de 1928); si la madre representa al menor en herencia en que se le adjudican bienes en usufructo de los que sean nudos propietarios los hijos (Resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1896); cuando los padres e hijos e hijos son respectivamente herederos y legatarios en una misma sucesión, siendo indiferente que el legado sea de cosa específica, genérica o de cantidad (Resoluciones de la DGRN de 30 de enero de 1915; y de 6 de noviembre de 1934); en la partición de la herencia en la que el padre o la madre y el hijo concurren a la herencia como coherederos (Resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987)[242], o para la formación de inventario y la partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad de ella y a sus dos hijos en usufructo y en propiedad en

la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Se entiende que, puede haber una posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegar a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado (Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995)[243]; o cuando el hijo es heredero y el padre o la madre tienen derecho a la liquidación de la sociedad conyugal en cuyo caso, surge el conflicto no en la realización del inventario de los bienes gananciales, sino en el momento de las adjudicaciones, salvo si se adjudican en comunidad romana (Resoluciones de la DGRN de 25 de mayo y 5 de octubre de 1906; de 6 de febrero de 1995; y, de 15 de septiembre de 2003)[244]; en el caso de aceptación de herencia, entrega de legados y venta de bienes comunes con el resto de los herederos y, de bienes de los que es propietaria en pleno dominio la persona incapaz[245]; igualmente, se considera que existe un conflicto de intereses entre los hijos y su madre que obliga al nombramiento de un defensor judicial para otorgar escritura de aceptación de la herencia[246]; asimismo, en la división de la cosa común formando lotes entre los interesados (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996)[247]; o, en la partición de la herencia en que el tutor es también heredero (Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2017)[248]; también en la partición de la herencia para garantizar la imparcialidad en la defensa de los intereses del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 26 de enero de 2007[249]); asimismo, en relación con alguno de los medios de conmutación del usufructo vidual (artículo 839 del Código Civil) y hay hijos menores representados por el cónyuge viudo en esta elección, sin que sea posible atribuir para ello bienes en propiedad son el consentimiento expreso de todos los herederos, por lo que, procede el nombramiento defensor judicial en cuanto existe oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores[250]; o cuando se grava o condiciona la legitima con una cautela socini[251], entre otros supuestos. En un ámbito negocial, hay conflicto en la cancelación de una hipoteca entre la madre dueña de la finca hipotecada y los menores dueños de aquélla (Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1900); en la constitución de una hipoteca voluntaria (Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en el supuesto que, el hijo presta su consentimiento como avalista solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, y no tiene intereses directos en la operación (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 18 de noviembre de 1996[252]); cuando ambos progenitores pretenden utilizar el porcentaje de participaciones de las que el menor es titular para formar las mayorías legales y/o estatutarias exigidas para la adopción o rechazo de los acuerdos de la sociedad mercantil (sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de 2001[253]); en la venta de acciones de una sociedad de la que son titulares los hijos con posible ejercicio por aquéllos del derecho de adquisición preferente (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de junio de 2000[254]); para evitar poner en peligro el patrimonio del menor, si se permite al progenitor paterno administrarlo[255]; y, en supuesto de autocontratación[256]. Finalmente, en materia familiar (extrapatrimonial) habrá conflicto de intereses cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales[257], y, en los procedimientos de filiación (reclamación e impugnación de la paternidad)[258], entre otros.

Por otra parte, *no hay conflicto de intereses*, cuando se efectúa la partición por amigables componedores con autorización judicial (Resoluciones de la DGRN de

10 de septiembre de 1902; y, de 22 de noviembre de 1911); cuando el padre o la padre renuncia a sus derechos sucesorios o sobre bienes gananciales (Resoluciones de la DGRN de 9 de octubre de 1901; de 26 de noviembre de 1906; y de 23 de noviembre de 1910)[259], siempre que la renuncia sea anterior al acto en que se representa al hijo (Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 1906); en la manifestación de la herencia cuando la madre en nombre propio y como legítima representante de sus hijas menores en ejercicio de la patria potestad respecto de la herencia del esposo y padre respectivamente[260]; en la adjudicación *pro indiviso* de dos fincas hereditarias al ser una operación sin trascendencia económica, y desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia[261]; en la reclamación de las indemnizaciones por accidente, pues, aunque el padre o la madre, como representantes legales, son las que han de recibirlas, éstas al ser determinadas por los Tribunales en cantidad fija quedan los padres privados de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio[262]; cuando los intereses sean paralelos, como si los padres e hijos son coherederos que reclamen derechos comunes (Resoluciones de la DGRN de 31 de mayo de 1909; y, de 27 de enero de 1987)[263]; cuando piden un crédito común (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1903); o hipotecan posiciones indivisas de una misma finca (Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en convenio de resolución de compraventa celebrada por el padre como comprador antes de su fallecimiento. Actuación de la viuda en representación de sus hijos. El interés de estos y de la propia herencia fue el que determino la resolución contractual para evitar que la misma quedara sujeta al pago de un precio elevado. Se entiende válido el convenido[264]; en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante notario por la madre de los demandantes[265]; o, en fin, liquidan una sociedad mercantil en que ambos son partes (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1912). En el ámbito extrapatrimonial, no se aprecia conflicto de intereses por el posterior nombramiento judicial como tutor al instituto que intervino como defensor judicial[266]; ni en la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia en cuanto la atribución preferente por la viuda del causante de la vivienda habitual, no hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo[267]; ni en el caso del curador que carece de interés en la herencia[268].

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, D. (2017). "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

ALONSO PÉREZ M. "La situación jurídica del menor en 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: luces y sombras", *Actualidad Civil, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997*, pp. 17-40.

ÁLVAREZ LATA, N. (2021) "Comentario al artículo 295 del Código Civil", En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

— (2021). "Comentario al artículo 295 del Código Civil", En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2021). "Comentario al artículo 248 del Código Civil", En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. (2001). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984). "Comentarios a los artículos 154 1 161 y 164 a 16 del Código Civil", Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, Madrid: Tecnos. CÁSTAN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad". En: V.M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters Aranzadi.

CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª (1982). "Comentario al artículo 154 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, 2.ª ed., Madrid: Edersa.

— (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León; y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil T.I,* Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., Madrid: La Ley.

COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, *T. II, vol. 2.º*, Bosch: Barcelona.

DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. (1982). "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *Revista de Derecho Notarial, enero-marzo,* pp. 355-420.

DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodriguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: tirant lo blanch.

DIEZ-PICAZO, L. (1982). "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", *Anuario de Derecho Civil, vol. 35, número 1*, pp. 3-30.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). Sistema de Derecho Civil, *vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* décima edición, Madrid: Tecnos.

ESPÍN CANOVAS, D. (1996). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española". En: O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por, T. IV*, Madrid: Edersa.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.ª (2024). "La patria potestad". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), *GPS Familia*, 2.ª ed., Valencia: tirant lo blanch.

FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas.

FUENTES NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, Madrid: Colex.

GÁLVEZ, FCO. J. (1985). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española". En: F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2.ª ed., Madrid: Civitas.

GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill.

GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). "Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción". En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor". En: V. Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,* Valencia: tirant lo blanch.

HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). "Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia, T. VI*, 7.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

LLODRÁ GRIMALT, F. (2018). "Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; M.ª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.ª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores, Madrid: Dykinson.

MARTÍN MORÓN, M.ª T. (1989). *Voz* "Patria potestad", *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona.

MARTOS CALABRÚS, M.ª A. (2023). *El defensor judicial de la persona con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil". *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, AAVV, Madrid: Tecnos.

MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo.

NEVADO MONTERO, J.J. (2020). "Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 13, agosto*, pp. 334-359.

— (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*, Barcelona: Bosch.

ORDÁS ALONSO, M. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil", En:

Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, coordinador, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica". En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.), C. Gil Membrano y J.J. Preter Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Barcelona: Bosch.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

— (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi.

— (2024). "La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad". En: C. Martínez de Aldaz (dir.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª ed., Madrid: Colex.

— (2024). "La tutela, la curatela y la guarda de los menores". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª edición, Madrid: Colex.

PÉREZ-GIMÉNEZ, M.ª T. (2022). "Incidencia de la Ley 8/2021 en la titularidad y ejercicio ordinario de las funciones parentales", *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS), número 20-21, época II*, pp. 545-573.

QUINTANA, A. (2013). "Las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad", *Iuris: actualidad y práctica del derecho, 1 de abril*, pp. 34-39.

RODRIGO LARA, B. (2024). "Discrepancia de los padres sobre la educación religiosa de los hijos: marco jurídico y jurisprudencia constitucional (la STC 26/2024, de 14 de febrero de 2024)", *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, 28 (2)*, pp. 545-573.

SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: J. Rams Albesa y R, M.ª Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Barcelona: Bosch.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, Barcelona: Atelier.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). "Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses". En: S. De Salas Murillo y M.ª V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch.

SEISDEDOS MUIÑO, S. (1988). *La patria potestad dual*, Vizcaya: Universidad del País Vasco.

TORAL LARA, E. (2022). "El defensor judicial de la persona con discapacidad". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch.

URIBE SORRIBES, A. (1983). "La representación de los hijos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. 25,* pp. 239-278.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). "La patria potestad". En. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. 6,* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STC, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000.
- STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019.
- STC, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 2020.
- STC, Sala Segunda, de 20 de febrero de 2023.
- ATC, Sala Primera, de 17 de abril de 2023.
- STC, Sala Segunda, de 15 de enero de 2024.
- STC, Pleno, de 14 de febrero de 2024.
- STC, Sala Primera, de 26 de mayo de 2025.
- STEDH, de 30 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1980.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de mayo de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2005.
- STS, Sala de lo Civil de 13 de enero de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2019.
- ATS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2019.

- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2025.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 9 de enero de 2014.
- STSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.ª, de 26 de septiembre de 2024.
- RDGRN de 20 de febrero de 1989.
- RDGRN de 2 de marzo de 2015.
- RDGRN de 16 de marzo de 2016.
- RDGSJYFP de 17 de octubre de 2024.
- RDGSJYFP de 6 de marzo de 2025.
- SAP Murcia, secc. 1.ª, de 27 de febrero de 1996
- SAP Guadalajara, de 7 de marzo de 1996.
- SAP Las Palmas, secc. 5.ª, de 20 de julio de 1998.
- SAP Sevilla, secc. 5.ª, de 2 de octubre de 1998.
- SAP Vizcaya, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 1999.
- SAP Las Palmas, secc. 1.ª, de 22 de junio de 1999.
- SAP Badajoz, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2000.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, de 1 de abril de 2003.
- SAP Asturias, sección 7.ª, de 24 de junio de 2004.
- SAP Ciudad Real, secc. 1.ª, de 13 de julio de 2004.
- SAP Lugo, secc. 2.ª, de 11 de enero de 2005.
- AAP Sevilla, secc. 2.ª, de 31 de octubre de 2006.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, de 16 de octubre de 2007.
- AAP Barcelona, secc. 18.ª, de 25 de febrero de 2008.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 14 de marzo de 2008.
- SAP Castellón, secc. 2.ª, de 15 de abril de 2008.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, de 1 de septiembre de 2008.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, de 4 de marzo de 2009.
- AAP Barcelona, secc. 12.ª, de 24 de noviembre de 2011.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, de 25 de septiembre de 2012.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 24 de junio de 2015.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 21 de octubre de 2015.
- SAP Madrid, secc. 8.ª, de 10 de marzo de 2016.
- SAP de Palma de Mallorca, secc. 4.ª, de 10 de junio de 2016.
- SAP Granada, secc. 5.ª, de 16 de septiembre de 2016.
- SAP Burgos, secc. 2.ª, de 9 de febrero de 2017.
- SAP Almería, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 2017.
- AAP Barcelona, sección 12.ª, de 12 de enero de 2018.
- SAP Segovia, de 26 de marzo de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 15 de mayo de 2018.

- SAP Pontevedra, secc. 1.ª, de 20 de septiembre de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 17 de octubre de 2018.
- SAP Sevilla, secc. 2.ª, de 28 de diciembre de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 6 de marzo de 2019.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, de 28 de marzo de 2019.
- AAP La Rioja, secc. 1.ª, de 17 de mayo de 2019.
- SAP Cantabria, secc. 2.ª, de 13 de enero de 2020.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 23 de enero de 2020
- SAP Cantabria, secc. 2.ª, de 4 de mayo de 2020.
- SAP de Toledo, secc. 2.ª, de 16 de noviembre de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, de 4 de marzo de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de noviembre de 2021.
- SAP Ciudad Real, secc. 1.ª, de 22 de noviembre de 2021.
- SAP Pontevedra, secc. 3.ª, de 13 de enero de 2022.
- SAP Cáceres, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2022.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 25 de febrero de 2022.
- SAP Granada, secc. 5.ª, de 2 de marzo de 2022.
- SAP León, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 29 de marzo de 2022.
- AAP Granada, secc. 5.ª, de 6 de abril de 2022.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2022.
- SAP Pamplona, secc. 3.ª, de 28 de junio de 2022.
- AAP Castellón, secc. 4.ª, de 8 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, de 2 de marzo de 2023.
- AAP Castellón, secc. 4.ª, de 30 de marzo de 2023.
- SAP Alicante, secc. 4.ª, de 7 de noviembre de 2023.
- AAP Murcia, secc. 4.ª, del 11 de enero de 2024.
- SAP Las Palmas, secc. 3.ª, de 24 de febrero de 2024.
- SAP Las Palmas, secc. 3.ª, de 26 de febrero de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 4.ª, de 12 de abril de 2024.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 16 de mayo de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 26 de junio de 2024.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, de 20 de diciembre de 2024.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, de 11 de febrero de 2025.
- SAP Almería, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2025.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, de 27 de marzo de 2025.
- SAP Málaga, secc. 5.ª, de 30 de abril de 2025.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de mayo de 2025.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 9 de mayo de 2025.
- AJPII, número 1, de Moncada, de 21 de junio de 2017.
- AJPI, número 10, de León, de 10 de septiembre de 2020.
- AJPII, número 2 de Tafalla, de 12 de mayo de 2021.
- AJPII, número2, de Santa María de Guía de Gran Canaria, de 10 de diciembre de 2021.
- AJPII, número 5, de Avilés, de 13 de enero de 2022.
- AJPII, número 6, de Santiago de Compostela, de 24 de enero de 2022.

- AJPII, número 4, de Torrent (Valencia), de 30 de marzo de 2022.
- AJPII, número 4 de Massamagrell, de 19 de julio de 2022.
- AJPII, número 4 de Massamagrell, de 27 de abril de 2022.
- SJPI, número 6, Albacete, de 28 de junio de 2022.
- SJ Penal, número 2, Pamplona, de 16 de mayo de 2025.

NOTAS

[1] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia, T. VI*, 7.ª ed., Madrid: Marcial Pons, p. 332.

[2] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). Sistema de Derecho Civil, *vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* décima edición, Madrid: Tecnos, p. 256.

[3] CÁSTAN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad". En: V.M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters Aranzadi, p. 41.

[4] ESTELLÉS PERALTA, P. M.ª (2024). "La patria potestad". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), *GPS Familia*, 2.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 729.

[5] PÉREZ-GIMÉNEZ, M.ª T. (2022). "Incidencia de la Ley 8/2021 en la titularidad y ejercicio ordinario de las funciones parentales", *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS), número 20-21, época II*, p. 65.

[6] Si bien, bastantes de los artículos que integran el régimen jurídico de la patria potestad ha sido objeto de reformas parciales mediante disposiciones legales posteriores a esta Ley de 13 de mayo de 1981. Así inciden en el articulado de la patria potestad: La Ley 13/1983, de 24 de octubre "De reforma del Código Civil en materia de tutela"; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre "De modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción"; la Ley 11/1990, de 15 de octubre "De reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo"; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, "De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores"; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre "de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos"; la Ley 13/2005, de 1 de julio, "por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio"; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en el que se suprime la facultad de corrección de los padres en el artículo 154 del Código Civil; la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; 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; la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; y, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

[7] 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 Aldaz (dir.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª ed., Madrid: Colex, p. 399 quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas "potestades familiares".

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (LA LEY 44425-JF/0000), que señala que "la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares"; de 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968,1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9223); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996,472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 20 de julio de 1998 (AC 1998,6865); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999,3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 22 de junio de 1999 (AC 1999,8394) "la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley

concede a los padres sobre la personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos"; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001,139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 219823,2007); de la misma Audiencia Provincial, secc. 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513,2008); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431,2008); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 4 de marzo de 2021 (Roj. SAP MA 1207/2021; ECLI:ES:APMA:2021:1207); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998,3232).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho civil*, *op. cit.*, p. 332 que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade "baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos".

[8] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991,7447); de 20 de enero de 1993 (RJ 1993,478); y, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9223); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996,358).

[9] Vid., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, Barcelona: Atelier, p. 19.

[10] Vid., en este mismo sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, *op. cit.*, pp. 19-20.

[11] GÁLVEZ, FCO. J. (1985). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española". En: F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, pp. 760-761.

[12] ESPÍN CANOVAS, D. (1996). "Comentario al artículo 39 de la Constitución Española". En: O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por, T. IV*, Madrid: Edersa, p. 52.

[13] Artículo 27.3 dispone que: *"Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"*.

Por su parte, en esta línea, la Constitución alemana en su artículo 6.II y III establece: *"I. El cuidado y la educación de los hijos son derechos naturales de los padres y constituye una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento (...)*.

III. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de su familia en virtud de una ley, cuando los encargados de su educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo".

Asimismo, la Constitución italiana en su artículo 30 dispone: *"Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.*

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá de lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera del matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictará las normas y los límites de la investigación de la paternidad" (*Tomadas* ambas referencias, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*, *op. cit.*, pp. 22-23).

[14] Artículo 9 dispone que: *"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las auto-*

ridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión del lugar de residencia del niño....".

Por su parte, el artículo 18.1 precisa que: *"... Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".* Al igual que el artículo 27.2 al señalar que: *"A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño".*

[15] Artículo 8 dispone que: *"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[16] Vid, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984 (RJ 1984,814).

[17] Vid., CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª (1982). "Comentario al artículo 154 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 109-111; MARTÍN MORÓN, M.ª T. (1989). *Voz* "Patria potestad", *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona, pp. 130-131; ALONSO PÉREZ M. (1997). "La situación jurídica del menor en 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: luces y sombras", *Actualidad Civil, número 2, semana del 6 al 12 de enero*, pp. 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., Madrid: La Ley, pp. 29-30. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (RJ 1987,5809); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996,472); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 15 de junio de 1992 (AC 1992,845).

[18] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013 (Roj. STS 2246/2013; ECLI:ES:TS:2013:2246); de 27 de junio de 2016 (Roj. STS 3124/2016; ECLI:ES:TS:2016:3124); de 26 de febrero de 2019 (Roj. STS 641/2019; ECLI:ES:2019:641); y, de 26 de septiembre de 2022 (Roj. STS 3402/2022; ECLI:ES:TS:2022:3402).

Este interés o beneficio del hijo, y en su caso, el respeto a su personalidad representan las pautas que determinan: el derecho de audiencia que asiste a los hijos (artículos 154, 156 párrafo segundo y 159 del Código Civil); la atribución del ejercicio de la patria potestad en los supuestos contemplados en los artículos 156 párrafo quinta y 159 del citado cuerpo legal; las medidas a adoptar por el juez cuando concurran las causas previstas por el artículo 158 del Código Civil, o las providencias *ex* artículo 167; el derecho de los hijos a relacionarse con los progenitores que no ejerzan la patria potestad, así como con sus abuelos, otros parientes y allegados (artículos 160 y 161); asimismo, el respeto a la personalidad determina que, en los términos del artículo 162 del Código Civil, la representación legal que asiste a los padres resulte excluida en relación con los actos que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; y, en fin, condicionan la recuperación de la patria potestad (artículo 170 del Código Civil).

[19] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (JUR 2001,54306).

[20] La sentencia 621/2015, de 9 de noviembre (Roj. STS 4575/2015; ECLI:ES:TS:2015:4575) hace una síntesis de la doctrina de la Sala de lo Civil, sobre la privación de la patria potestad. Así establece que: "1.— El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda

privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma. Recuerda, asimismo, esta Sala en la sentencia de 6 junio 2014, rec. 718/2012, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 octubre 1996; y, de 10 noviembre 2005)".

En todo caso, a la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala de lo Civil (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 febrero 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "(...) sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 523/2000, de 24 mayo). Como afirmaba el Alto Tribunal antes la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 183/1998, de 5 marzo señaló que la amplitud del contenido del citado artículo 170 del Código Civil y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación (...) en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor (...)". Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

Aplicando tales criterios la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 998/2004, de 11 de octubre (Roj. STS 6373/2004; ECLI:ES:TS:2004:6373) confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 384/2005, de 23 mayo).

En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2019 (Roj, STS 1661/2019; ECLI:ES:TS:2019:1661) se ha de convenir en la calificación de graves y reiterados de los incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que el menor contaba muy poca edad.

[21] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodriguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: tirant lo blanch, p. 1591 asimismo añade que "no obstante, ese carácter conjunto de esta responsabilidad, nada obsta para que ésta recaiga sobre uno de los progenitores cuando solo a él quepa impugnar la acción u omisión desencadenante de esa responsabilidad". En esta misma línea, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984). "Comentarios a los artículos 154 1 161 y 164 a 16 del Código Civil", Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, Madrid: Tecnos, p. 106; DIEZ-PICAZO, L. (1982). "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria

potestad", *Anuario de Derecho Civil, vol. 35, número 1*, p. 11; ESTELLÉS PERALTA, P. (2024). "La patria potestad", *op. cit.*, p. 741.

[22] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). "La patria potestad". En. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. 6,* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi,, p. 173; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 402.

Vid, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, de 10 de marzo de 2016 (Roj. SAP M 3065/2016; ECLI:ES:APM:2016:3065); y, de 1 de diciembre de 2016 (Roj. SAP M 16138/2016; ECLI:ES:APM:2016:16138); de la misma Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.ª, de 5 de octubre de 2020 Roj. SAP M 13847/2020; ECLI:ES:APM:2020:13847); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13427/2021; ECLI:ES:APB:2021:13427) manifiesta que, los principios que rigen la figura de la patria potestad son los de inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma, de manera que la autonomía de la voluntad alcanzará sólo a regular las formas de ejercicio y correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores. En definitiva, la patria potestad está estructurada en dos elementos: la titularidad conjunta y el ejercicio solidario, que puede convertirse en unipersonal y exclusivo en distintos casos, como el que señala el artículo 92 del Código Civil para el caso de separación, divorcio o nulidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 156 y siguientes del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, de 12 de abril de 2024 (Roj. SAP S 719/2024; ECLI:ES:APS:2024:719); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 4 de julio de 2024 (Roj. SAP M 10197:2024; ECLI:ES:APM:2024:10197) existe en consecuencia una obligación solidaria de pago de los padres, con plena legitimación de ambos tanto en el aspecto formal —legitimación *ad procesum*— como material —legitimación *ad causam*—, sin que afecte a terceros de buena fe las relaciones internas derivas de su situación personal por la existencia de medidas contenciosas o consensuadas que hubieran podido adoptarse en el seno de dichos procedimientos matrimoniales de separación, nulidad o divorcio, por la existencia de deudas contraídas en beneficio de los hijos, dentro de la patria potestad, siendo indiferente en el presente caso quién hubiera realizado la inicial inscripción en el Colegio del menor, o a nombre de quien se estuvieran girando los recibos, dejando a salvo las relaciones internas y facultad de repetición entre ellos. Tampoco puede hablarse de mala fe del Colegio por el hecho de que conociese la situación personal de los cónyuges, por ser ajeno al conjunto de obligaciones que se desprendían de las resoluciones judiciales, por los fundamentos expuestos; y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2025 (Roj. SAP AL 215/2025; ECLI:ES.APAL:2025:2015) que manifiesta que, toda vez, entre los deberes y facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad a cargo del padre y de la madre, se encuentra la educación y formación integral de los hijos (artículo 154 del Código Civil). Y, por lo que respecta al desempeño de la patria potestad, en el artículo 156 del Código Civil se prevé su ejercicio de modo conjunto por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, reputándose válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situación de urgente necesidad. Al punto de que, respecto de terceros de buena fe, se presume que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio de la patria potestad con el consentimiento del otro. En el supuesto contemplado, el boletín de inscripción y reserva de plaza en el centro escolar de la parte actora fue formalizado por la madre de la menor, en calidad de representante legal de la misma. Entrando en juego la presunción de contar con el consentimiento del progenitor demandado. Máxime cuando la madre, al deponer como testigo, vino a manifestar que el padre le dio consentimiento para llevar a la misma al referido colegio y que quedó en pagar su coste a medias. De modo que, aun cuando exista una anterior sentencia reguladora de los derechos y obligaciones de los progenitores en relación con la hija común en la que se vino a establecer una pensión a cargo del padre como contribución a los alimentos de la hija menor cuya guarda y custodia se atribuyó a la madre y se pudiera pensar que la obligación de abono del colegio corresponde a la madre

y no al padre por tratarse de una prestación alimenticia que incluye los conceptos referidos en el artículo 142 del Código Civil, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc.1.ª, 28 de enero de 2003 "sin desconocer que el contrato es ley entre las partes y que fue la madre del niño quien sostuvo con el Centro educativo la relación de escolarización, es lo cierto que lo que aquí se demanda se enmarca dentro de las facultades y obligaciones inherentes a la patria potestad de cuyo cumplimiento responden ambos progenitores, desde la idea de que una cosa es el ámbito interno de la relación, en la que podrán hacer valer los derechos y obligaciones establecidos, y otra la que mantienen uno o ambos frente a terceros en un aspecto sustancial a dicho ejercicio como es el gasto que aquí se discute, del que resultan responsables solidarios y que el padre puede y debe controlar como efecto de la ruptura y no desde la ignorancia educativa de su hijo". Las relaciones internas habidas entre las partes no pueden ser opuestas al Centro escolar, en tanto que debe considerarse como tercero, y sin perjuicio de la acción de repetición que las partes puedan ejercitar con posterioridad, al disponer especialmente el art. 156 del CC que "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (...). En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro". En aplicación de lo expuesto, procede la reclamación hecha a la progenitora sin perjuicio de las acciones legales que la misma pueda ejercitar en reclamación de cantidad contra el Sr. Juan Carlos.

Por un sistema mixto en que la regla general es la mancomunidad y la excepción la solidaridad, FUENTES NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, Madrid, p. 207.

[23] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 7 de noviembre de 2023 (Roj. SAP A 1954/2023; ECLI:ES:APA:2023:1954); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 30 de abril de 2025 (Roj. SAP MA 539/2025; ECLI:ES:APMA: 2025:539).

[24] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001,139719); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 24 de febrero de 2024 (JUR 2024,209774) no procede la suspensión del ejercicio por el padre no custodio. No se acreditan los desacuerdos reiterados entre los progenitores, sino cierto grado de conflictividad interparental imputable a ambos padres, cuya solución no pasa por excluir del ejercicio de la potestad a un progenitor a beneficio de otro; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 27 de marzo de 2025 (JUR 2025,136246) la patria potestad será ejercida por la madre, suspendiéndose el ejercicio por el padre, en atención a qué existen una serie de medidas adoptadas en el ámbito penal que hacen incompatible el mantenimiento de dicho ejercicio por el progenitor, mientras están vigentes las medidas de carácter penal.

En cuanto a la privación de la patria potestad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018,282712) los incumplimientos más o menos reiterados del régimen de visitas o el deber de alimentos no justifica una privación de la guarda, menos aún justifica una supuesta falta de respuesta ante ejercicios puntuales del ejercicio de la guarda como la elección de colegio o la renovación del pasaporte.

[25] Para CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad*: *criterios legales, doctrinales y judiciales*, *op. cit.,* p. 83, la titularidad de la patria potestad puede definirse "con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función que, en relación con los hijos menores no emancipados —o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada—, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación, salvo cuando ésta "haya sido judicialmente determinada contra su oposición" (artículo 111.2.º del Código Civil), o aquél "haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (artículo 111.2.º del Código Civil)"; diversamente, considera que el ejercicio de la patria potestad, "implica en esencia la atribución de la guarda y custodia del menor, lo que se traduce en la práctica realización de los

deberes inherentes a la potestad paterna. Por ello es regulable, y posee, por propia definición, un carácter dinámico".

Por su parte, GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill, pp. 162-163 señala que, en términos generales, el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, lo que supondría "que el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la misma, y que hasta entonces correspondían a ambos progenitores", y que el "no ejerciente sólo conserva de forma latente esos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la Ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia)", si bien añade que en España "para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad) el ejercicio de la patria potestad no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues en todos los artículos que a él se refieren se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad".

[26] SEISDEDOS MUIÑO, S. (1988). *La patria potestad dual*, Vizcaya: Universidad del País Vasco, pp. 23 y 24 hace una clasificación de la titularidad y de los posibles ejercicios.

Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981,3076).

[27] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994,1731); de 7 de noviembre de 2002 (LA LEY 134,2003); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003,433); de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003,433); de 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003); y, de 20 de mayo de 2005 (LA LEY 103770,2005); y el Auto de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 11 de mayo de 2010 (LA LEY 85358,2010). Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999,1339).

[28] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 18 de septiembre de 2000 (AC 2001,37).

[29] La separación de los progenitores puede deberse tanto a la circunstancia de haber sido declarada judicialmente, tras el correspondiente proceso de nulidad, separación o divorcio; o por cualesquiera otras circunstancias que determinen la falta de convivencia efectiva de los progenitores (viven separados por no haber contraído nunca matrimonio, o se han separado de hecho, una vez que se ha roto la convivencia, o simplemente, no es posible la convivencia pues, uno de ellos está casado con otra persona).

[30] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2001 (LA LEY 3255,2001), señala que "el hecho de haber concedido el Juez a los abuelos de la menor el uso de las facultades concedidas en el artículo 158 del Código Civil, que son medidas de carácter temporal de guarda y custodia, en atención a las circunstancias de inestabilidad por el que pasa la madre de la menor tal y como se ha expuesto en los dos primeros fundamentos de derecho de esta resolución, no da lugar a la suspensión ni menos a la extinción de la patria potestad por no estimar el incumplimiento de los deberes de la madre respecto de la hija que exige el artículo 170 del Código Civil".

[31] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2012 (Roj. STS 2905/2012; ECLI:ES:TS:2012:2905).

[32] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2019 (Roj. STS 2974/2019; ECLI:ES:TS:2019:2974) señala que es necesario el consenso de las dos partes para decidir cuestiones sanitarias; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 28 de diciembre de 2018 (Roj. SAP SE 2666/2018; ECLI:ES:APSE:2018:2666) indica que "la patria potestad se atribuye y se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores. Resulta conveniente que cualquier decisión que afecte a la vida del menor sea tomada de común acuerdo entre los progenitores, si bien puede ejercerla uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, con arreglo a los acuerdos a que hayan llegado previamente los padres".

[33] SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988). *La patria potestad dual*, Bilbao, pp. 35-36. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13427/2021; ECLI:ES:APB:2021:13427) manifiesta que, los principios que rigen la figura de la patria potestad son los de inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma; de manera que la autonomía de la voluntad alcanzará sólo a regular las formas de ejercicio y correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores. En definitiva, la patria potestad está estructurada en dos elementos: la titularidad conjunta y el ejercicio solidario, que puede convertirse en unipersonal y exclusivo en distintos casos, como el que señala el artículo 92 del Código Civil para el caso de separación, divorcio o nulidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 156 y siguientes del Código Civil; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 27 de marzo de 2025 (JUR 2025,136245) ejercicio exclusivo por ser lo más beneficios para los menores.

[34] El artículo 236-8 del CCC relativo al ejercicio conjunto de la potestad parental dispone que: "1. Los progenitores ejercen la potestad parental respecto a los hijos conjuntamente, salvo que acuerden otra modalidad de ejercicio o que las leyes o la autoridad judicial dispongan otra cosa. 2. En el ejercicio conjunto de la potestad parental se aplican las siguientes reglas: a) En los actos de administración ordinaria y respecto a terceros de buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro; b) En los actos de administración extraordinaria, los progenitores deben actuar conjuntamente o bien, si lo hacen individualmente, con el consentimiento expreso del otro. Son actos de administración extraordinaria los que requieren la autorización judicial; c) En los actos de necesidad urgente y en los que, de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares, normalmente realiza una persona sola, cualquiera de los progenitores puede actuar indistintamente; d) Para la atención y la asistencia psicológicas de los hijos e hijas menores de edad, no hace falta el consentimiento del progenitor contra el cual se sigue un procedimiento penal por haber atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas comunes menores de edad, o contra el cual se ha dictado una sentencia condenatoria, mientras no se extinga la responsabilidad penal. Aunque no se haya formulado denuncia previa, el consentimiento tampoco es necesario cuando la madre recibe asistencia, acreditada documentalmente, de los servicios de atención y recuperación integral para mujeres que sufren violencia machista, establecidos legalmente. La asistencia psicológica a los hijos e hijas mayores de dieciséis años requiere su consentimiento".

[35] Roj. STS 6811/2012; ECLI:ES:TS:2012:6811.

[36] Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 28 de marzo de 2019 (Roj. SAP MA 1314/2019; ECLI:ES:APMA:2019:1314) manifiesta que el ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) Elección inicial o cambio de centro escolar; c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); y, e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/ es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 2 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 4456/2023; ECLI:ES:APMA:2023:4456) señala que la patria potestad sobre el hijo común llamado Efrain, se seguirá ejerciendo conjuntamente por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son de-

cisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) Elección inicial o cambio de centro escolar; c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); y, e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce a la progenitora y al progenitor el derecho a obtener información sobre la marcha escolar del hijo común y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrán recabar información médica sobre los tratamientos del adolescente. Cualquiera de dichas decisiones deben ser notificadas de manera clara y expresa, por cada progenitor al otro, antes de comenzar su ejecución, por cualquier medio que deje constancia fehaciente del contenido y de su recepción, al efecto de recabar el necesario consentimiento del otro progenitor. Si el otro progenitor no mostrara su oposición clara expresa y fehacientemente en el plazo de 10 días desde que se le notificó fehacientemente, se entiende que ha dado su consentimiento favorable. En caso de discrepancia entre los progenitores, será necesaria la resolución judicial, con carácter previo a la ejecución de cualquier decisión no consensuada.

[37] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996 (Roj STS 4858/1996; ECLI:ES:TS:1996:4858); de 12 de mayo de 2011 (Roj STS 2676/2011; ECLI.ES:TS:2011:2676); de 31 de enero de 2013 (Roj STS 373/2013; ECLI: ES:TS:2013:373); de 6 de febrero de 2014 (Roj STS 247/2014; ECLI:ES:2014:247); de 9 de septiembre y 2 de diciembre de 2015 (Roj STS 3707/2015; ECLI:ES:TS:2015:3707; Roj STS 5220/2015; ECLI:ES:TS:2015:5220); de 18 de julio de 2019 (Roj. STS 2564/2019; ECLI:ES:TS:2019:2564); de 16 de enero; de 2 de junio; 26 de octubre; y, de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61; Roj. STS 1687/2020; ECLI:ES:TS:2020:1687; Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562; Roj. STS 4482/2020; ECLI:ES:TS:2020:4482).

[38] Vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 875; del mismo autor, (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 108; GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). "Las instituciones civiles de protección de menroes y la adopción". En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 948-949 y 953; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor". En: V. Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,* Valencia: tirant lo blanch, p. 100 señala, al respecto, que "en esta materia, el interés del menor se conecta, de una parte, a un deseable retorno a la familia biológica que decaerá si la protección de este interés lo desaconseja y, de otra, a su derecho a relacionarse con su familia de origen durante el tiempo de vigencia de la medida de protección, salvo que se considere contrario a su interés".

[39] ADROHER BIOSCA, D. (2017). "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 41; HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). "Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 89-90; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016), "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", *op. cit.,* p. 491. Asimismo, como concepto jurídico indeterminado deber ser valorado "en cada

caso concreto a los efectos de justificar que la medida adoptada es la más conveniente para el menor" vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores", *op. cit*. p. 108; VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los protagonistas". En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 521.

No obstante, para LLODRÁ GRIMALT, F. (2018). "Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; M.ª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.ª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores, Madrid: Dykinson, p. 223 prefiere emplear la expresión "en beneficio" por cuanto obliga a tomar en cuenta el beneficio directo, subjetivo, personal, singular y real del destinatario de una actuación administrativa.

[40] Esta vulnerabilidad bien puede tener lugar por la carencia de entorno familiar, por sufrir maltrato, por su discapacidad, por su orientación e identidad sexual, por su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, y por su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante (artículo 2.3 b) de la LOPJM). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 3 de mayo de 2023 (JUR 2023,300246).

[41] Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", *op. cit.*, 125 es necesario que "el intérprete valore y combine dos factores que influyen decisivamente en el desarrollo del menor y es conforme con su personalidad: en primer lugar, el factor tiempo que en todas las cuestiones relativas a la infancia y a la adolescencia es determinante; (…) Y en segundo lugar, el factor de estabilidad que permite la integración y desarrollo de los niños en sociedad y que obliga a analizar con especial cuidado cualquier cambio de situación material o emocional que afecte negativamente al niño".

[42] Lo que conlleva, asimismo, minimizar los riesgos que, cualquier cambio de situación material o emocional que pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (artículo 2.3 d) de la LOPJM).

[43] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 16 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44371).

[44] RJ 2022,1024.

[45] RJ 2015,3279.

[46] RJ 2015,681.

[47] RTC 2020,178.

[48] RTC 2020,141.

[49] RTC 1996,187.

[50] RTC 2018,77.

[51] RTC 2019,99.

[52] RTC 2002,22.

[53] RTC 2001, 28.

[54] RTC 2004,71.

[55] RTC 2024,2.

[56] RTC 2023,5.

[57] RTC 2000,141.

[58] RTC 2002,221.

[59] RTC 2004,71.

[60] RTC 2005,152.

[61] RTC 2006,17.

[62] RTC 2019,64.

[63] RTC 2011,12.

[64] RTC 2019,64.

[65] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 24 de junio de 2015 (JUR 2015,206948); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 6 de marzo de 2019 (JUR 2019,42254) los desacuerdos de los progenitores en cuanto a la conveniencia o no que el menor realice los viajes de estudios organizados por el centro escolar, no puede implicar que todas las decisiones que comporte el ejercicio de la potestad parental deban ser adoptadas por la madre; ambos progenitores deben implicarse en el adecuado desarrollo de la menor y las desavenencias puntuales en este tema, a falta de acreditación de desavenencias en otras cuestiones, no puede ser motivo para que la potestad parental la ejerza exclusivamente la madre.

[66] Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.ª, de 26 de septiembre de 2024 (JUR 2024,484965) se declara la conformidad a derecho del acuerdo de escolarización de una menor en un centro educativo, en tanto que la solicitud de admisión, a lo largo del curso en un centro de destino, tanto en el procedimiento ordinario como en el extraordinario, puede ser presentada por uno solo de los progenitores, al entender que no existe discrepancia manifiesta, y el otro progenitor expresa un consentimiento tácito; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de junio de 2024 (JUR 2024,309439) atribución exclusiva a favor de la esposa de la patria potestad en materia sanitaria y educativa de su hija. La alta conflictividad de las partes puede dar lugar a que se utilicen las decisiones que afectan a la menor a sus necesidades como arma arrojadiza entre los progenitores.

[67] CASTÁN PEREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* p. 76. Por su parte, SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: J. Rams Albesa y R, M.ª Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Barcelona: Bosch, p. 1493 señala, igualmente, al respecto que "más complicado será averiguar, cuándo puede entenderse otorgado el consentimiento tácito, con qué alcance puede concederse; en qué momento debe prestarse; su puede ser o no indefinid, si puede ser previo o por vía de ratificación de lo actuado; si puede otorgarse con carácter general y continuado, etc.".

[68] FUENTE NORIEGA, M. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, *op. cit.,* pp. 102-103.

[69] BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. (2001). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 272.

[70] CASTÁN PEREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* pp. 79-80.

[71] En esta línea, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 551; BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. (2001). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 272.

[72] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). "La patria potestad", *op. cit.,* p. 404.

[73] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). "Comentarios, *op. cit.,* p. 1063; DÍEZ PICAZO, L. (1982). "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", *op. cit.,* p. 12; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 1594-1595 quien, asimismo, precisa que "no hay que escudarse en unos supuestos usos sociales para amparar la intervención de un progenitor cuando los mismos resulten discriminatorios para uno de ellos o perjudiciales para el menor; por más que la asunción de roles paternos y maternos en la práctica y desgraciadamente, no hayan alcanzado absoluta equiparación" y, añade que "la validez de actuación aislada de un progenitor acomodada al uso social y a las circunstancias es absoluta".

Por su parte, FUENTE NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, *op. cit.,* p. 231 lo entiende como acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor que repite con cierta frecuencia en la práctica.

[74] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* pp. 84-85 añade, además que "en cualquier caso, la usualidad es un concepto, por su propia esencia, evolutivo, de manera que iremos considerando usuales actos que antes no podrán serlo".

[75] En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). "Comentarios a los artículos 154 a 161 y 164 a 168 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1063 y añade "todas las que incidan en la decisión tomada por uno de los progenitores".

Por su parte, RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1493 destaca la poca precisión de la norma "por una parte, por las referencias tan genéricas que hace al uso social y a las circunstancias que dejan sin respuestas cuestiones como la de qué tipo de aquéllas son dignas de ser tenidas en cuenta, si esas circunstancias tienen que ser determinantes del uso social invocado; si puede el progenitor que realiza el acto unilateralmente apartarse del uso social; si las circunstancias lo aconsejan o si ambos condicionamientos deben darse conjuntamente; y, por otra parte, tampoco queda claro si en estos casos no se precisa el consentimiento del otro titular de la patria potestad; de modo que, el acto será válido sin aquél, o si se entiende prestado tácitamente, en cuyo caso, sería susceptible de ser impugnado por el no actuantes, demostrando su falta de consentimiento".

Igualmente, SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988). *La patria potestad dual*, *op. cit.,* p. 48 destaca la dificultad de probar el consentimiento tácito.

[76] URIBE SORRIBES, A. (1983). "La representación de los hijos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, *T. 25,* p. 1983.

[77] BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2001). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 272.

[78] Si bien, precisa, DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1593 que, no obstante "esta actuación aislada no ha de impedir que el padre actuante en un ejercicio correcto y leal de la patria potestad comunique inmediatamente su decisión al otro", y, además indica la autora que "nada obsta tampoco a que éste, llegado el caso, en ejercicio también de su potestad, cuestione judicialmente su decisión por entender que la circunstancia habilitante no concurría en el caso concreto (artículos 158 y 167), por lo que el acto habrá de considerarse inválido".

[79] En todo caso, la situación de urgencia parece sugerir la imposibilidad de intervención de uno de los padres, vid., CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León; y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil T.I,* Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, p. 551; FUENTE NORIEGA, M. (1986). *La patria potestad en el Código Civil español*, *op. cit.,* p. 236.

[80] En esta línea, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* p. 90.

[81] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1596.

[82] El auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2019 (Roj. ATS 2107/2019; ECLI:ES:TS:2019:2107A) el recurso de casación en su día interpuesto, se desarrollaba en un motivo, por infracción del artículo 156 del Código Civil, por aplicar incorrectamente el principio de protección del interés del menor, desconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al haberse suspendido el derecho la patria protestad sobre su hija menor. Asimismo, el recurso de queja se desestima, por cuanto el recurso de casación resultaría inadmisible, porque no se justifica el interés casacional alegado por cuanto se alega una sola sentencia de la sala, que no es de pleno, que además se refiere al cambio de guarda y custodia por traslado del progenitor custodio al extranjero, cuando aquí se trata de una suspensión de la patria potestad por imposibilidad de su ejercicio por prisión del padre, ahora recurrente, por drogadicción que afecta al mismo, y falta de comunicación entre los progenitores, basando el recurso en que la sentencia recurrida no ha valorado el interés superior del menor, o lo ha hecho de forma incorrecta, lo que desconoce que las circunstancias del caso han sido valoradas por la Audiencia, y que la sentencia tiene en cuenta el superior interés del menor, porque, en base a la valoración conjunta de la prueba, se tiene por acreditada la imposibilidad del ejercicio de la patria potestad, por falta de comunicación del hoy recurrente con la madre, pues se encuentra condenado cumpliendo condena por agresión, quebrantamiento de condena, y drogadicción, unido al informe psicosocial, por lo que ha concluido que procede la suspensión de la patria potestad, precisamente en interés de la menor.

Las circunstancias expuestas determinan la desestimación del presente recurso de queja y la subsiguiente confirmación del auto recurrido, que inadmitía el recurso de casación. La denegación del recurso no implica la vulneración del artículo 24 de la CE, pues es doctrina del Tribunal Constitucional (constante e invariada desde sus sentencias 3/83 y 216/98, entre muchas otras) que el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal, está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a los recursos extraordinarios tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente, así como que el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 1 de abril de 2003 (JUR 2003,205330) atribución exclusiva de la potestad a la madre hasta que el padre acredite un nivel de implicación económica y moral en la formación y crianza del hijo para que pueda establecerse nuevamente una potestad compartida; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de junio de 2024 (JUR 2024,309439) atribución exclusiva a favor de la esposa de la patria potestad en materia sanitaria y educativa de su hija.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 6 de marzo de 2019 (JUR 2019,142254) entiende que no procede la atribución exclusiva a la madre de la patria potestad, pues, la conflictividad entre ellos es insuficiente y los desacuerdos de los progenitores en cuanto a la conveniencia o no que la menor realice los viajes de estudios organizados por el centro escolar no pueden implicar que todas las decisiones que comporta el ejercicio de la patria potestad deban ser adoptadas por la madre. Ambos progenitores deben implicarse en el adecuado desarrollo de la menor y las desavenencias puntuales en este tema, a falta de acreditación de desavenencias en otras cuestiones, no pueden ser motivo para que la potestad parental la ejerza exclusivamente la madre.

[83] BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). "Comentarios a los artículos 154 a 161 y 164 a 168 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1066; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1598. Sin embargo, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. (1982). "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *Revista de Derecho Notarial, enero-marzo*, p. 275 estima que el plazo no es prorrogable, sin perjuicio de acudir al juez para que adopte una medida similar. Asimismo, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 552.

[84] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2019 (Roj. STS 2564/2019; ECLI:ES:TS:2019:2564).

[85] NEVADO MONTERO, J.J. (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*, Barcelona: Bosch, p. 240.

[86] Roj. STS 4072/2014; ECLI:ES:TS:2014:4072.

[87] RJ 2012,9730.

[88] BOE, número 154, de 25 de junio de 2014, pp. 49077 a 49080.

[89] Roj. AAP 232/2018; ECLI:ES:APB:2018:232A. Acertadamente, apunta NEVADO MONTERO, J.J. (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, *op. cit.,* p. 415 que "el sistema de recursos contra los expedientes por desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad supone un flagrante caso de indefensión para el recurrente porque en una gran proporción, los asuntos que se someten a la decisión judicial son urgentes; por ejemplo: sometimiento a tratamientos médicos, expedición de documentación para viajes, realización de viajes o actividades escolares, cambios de colegio, realización de actos relativos a la práctica religiosa, etc., y diferir en el tiempo la resolución del recurso conduce a que cuando se vaya a resolver, se haya realizado el acto o se haya perdido la oportunidad de realizarlo".

[90] Roj. STS 5966/2013; ECLI:ES:TS:2013:5966. Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 6 de abril de 2022 (JUR 2022,66854) deniega la autorización del bautizo solicitada por la madre ante la oposición del padre. Señala al respecto que,

visto el posicionamiento de las partes, ha de descartarse que la discrepancia del padre con la madre respecto al bautismo de su hija esté inspirada, como sostiene el Ministerio Fiscal, en la mera intención de perjudicar a la apelante, puesto que ni siquiera ésta aduce ese argumento como motivo impugnatorio, siendo el caso que refiere el apelado precedentes de decisiones conjuntas como la de no celebrar el matrimonio católico o no bautizar a su hija recién nacida que descartan que ese planteamiento de propósitos arbitrarios o malintencionados. Por otra parte, añade que, desde la perspectiva de la libertad religiosa y de culto, el mismo artículo 16 de la Constitución Española, que garantiza esa libertad integrándola con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, proclama la aconfesionalidad del Estado y, por ende, en modo alguno puede inferirse que la discrepancia entre progenitores titulares de la patria potestad sobre la oportunidad de bautizar a su hija, de cuatro años de edad, deba resolverse otorgando preferencia a que reciba un sacramento de la religión católica, señalando en esa línea el Tribunal Constitucional en su sentencia núm.154/2002, de 18 julio, que lo establecido en el apartado tercero comporta, en su dimensión objetiva, la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y que, en cuanto derecho subjetivo presenta una doble dimensión, interna y externa, porque "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de "*agere licere*" que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, resaltando el Tribunal Constitucional que esa dimensión externa se traduce en la "inmunidad a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso"; tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades, y concluye que cuando concurre una situación crítica porque se pretende la "dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos", en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, la respuesta constitucional al conflicto sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso, considerando que no se trata de un derecho ilimitado o absoluto a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la CE, limita sus manifestaciones; y recuerda que en la sentencia en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, ya se dijo (F. 4.º) que "el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente", y que sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el artículo 3.1 de la LOLR que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática". Sobre esa base, concluye el Tribunal Constitucional que el menor, obviamente, es titular de la libertad religiosa, y que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, reconoce tal derecho a "toda persona" (artículo 2.1) y que, precisamente porque los menores son titulares plenos de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos no puede considerarse abandonada" a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 del

CC o el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)", de suerte que "sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994, 215); 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260); 60/1995, de 17 de marzo (RTC 1995, 60); 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134); STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)".

Así las cosas, y constatando en primer término, que no se trata como en el caso contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional de un conflicto situado en el ámbito crítico de "dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos", sino de mera discrepancia entre los progenitores sobre la oportunidad de impartir a su hija de cuatro años de edad el sacramento del bautismo, la citada Audiencia Provincial considera que la decisión de la Jueza de Instancia es precisamente la que salvaguarda la libertad religiosa de la menor, puesto que, siendo evidente que no cuenta con madurez suficiente para que su opinión pudiera considerarse sustentada en un mínima comprensión del significado de dicho sacramento según la religión católica, responde, desde la perspectiva del derecho subjetivo y de la dimensión interna del mismo, al deber de velar porque los progenitores actúen estrictamente conforme al interés de la menor y no al servicio de las legítimas convicciones de uno u otro de los progenitores, y desde la perspectiva objetiva a la neutralidad que la Constitución Española exige a los poderes públicos; sin que el hecho de que se asuma o tolere por el padre que reciba clase de religión comporte que también deba hacerlo con la práctica del bautismo. En ese sentido ya se ha pronunciado esta propia sala sobre el principio de intervención mínima de los poderes públicos en las relaciones familiares por motivos religiosos, considerando que el Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 establece en su artículos 8.º que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia" y que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"; mientras que en su artículo 14 dispone que "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación"; y que se desprende de estos artículos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la interpreta (por ejemplo, sentencias de 18 de junio de 2019 —Caso Haddad contra España— y de 5 de mayo de 2020 Caso Gubasheva y Ferzauli contra Rusia) un principio de intervención mínima de la autoridad pública en el ámbito familiar, singularmente por razones religiosas o ideológicas, entre otras que pueden considerarse discriminatorias; de manera que sólo por la concurrencia de intereses especialmente protegibles, como son los que conciernen a la protección jurídica de los menores, puede justificarse dicha intervención, todo ello bajo el enfoque de que en la ponderación entre los intereses concurrentes —los del niño, los de ambos padres y los de orden público— se le ha de dar una importancia crucial al interés superior del niño, siendo el caso que ningún perjuicio se sigue para la menor Estibaliz de no recibir el bautismo que quiere imponerle la apelante, puesto que no supone situación de riesgo para la misma, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 sobre la protección jurídica de los menores, "se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la

asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar", habida cuenta que ningún riesgo de exclusión social, inadaptación o dificultad concurre porque la menor no se bautice, ni ello le condiciona de cara a que, aun siendo menor pero cuando tenga suficiente criterio y madurez, pueda demandar de sus progenitores recibir el bautismo.

[91] RTC 2023,5. Hay un voto particular discrepante.

[92] LA LEY 152252,2017; Roj. AAP BU 200/2017; ECLI: ES:APBU:2017:200A.

[93] LA LEY 46196,2009; Roj. SAP M 3006:2009; ECLI:ES:APM:2009:3006.

[94] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 16 de septiembre de 2016 (LA LEY 174320,2016; Roj. SAP GR 1678/2016; ECLI:ES:AOGR:2016:1678) entiende que, son extraordinarios los gastos de acontecimientos religiosos insertos en el acervo religioso familiar. (…). Tales como, por lo que aquí respecta, son los gastos de celebración religiosa; pues, como no se niega por el demandado, la formación religiosa forma parte de la educación que ha recibido la hija menor, Estibaliz desde su escolarización; siendo así que, no habiéndose formalizado oposición, excusa o protesta por el padre respecto de tal estado de cosas, es conforme a la observancia del principio de corresponsabilidad de los progenitores en el levantamiento de las cargas de los hijos, la consideración como gasto extraordinario del vestido y complementos de dicha ceremonia religiosa.

[95] JUR 2019,273789.

[96] JUR 2018,150881.

[97] RTC 2000,141.

[98] RTC 2024,26. Cuenta con varios votos particulares.

[99] RODRIGO LARA, B. (2024). "Discrepancia de los padres sobre la educación religiosa de los hijos: marco jurídico y jurisprudencia constitucional (la STC 26/2024, de 14 de febrero de 2024)", *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, 28 (2)*, p. 570.

[100] LA LEY 145053,2025.

[101] JUR 2024,252040. En todo caso, añade que cuando los menores se encuentren bajo la guarda del padre durante el régimen de estancias, a él corresponde decidir las actividades lúdicas o sociales que vayan a desarrollar, teniendo siempre en cuenta el superior interés del menor.

[102] Roj. AAP B 12079/2023; ECLI:ES:APB.2023:12979A

[103] JUR 2020,232083.

[104] JUR 2021,296442.

[105] Roj. AAP B 6496/2018; ECLI:ES:APB:2018:6496A. También, señala la citada resolución que, en el presente caso, desde el punto de vista técnico jurídico, se planteó un desacuerdo entre los progenitores que contempla el artículo 236-13 del Código Civil de Cataluña, que establece que, en caso de desacuerdos ocasionales en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancias de cualquiera de los progenitores, atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. Tras señalar que, la vía procesal para entablar, debatir y resolver tales desacuerdos, es el procedimiento introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, que dispuso los trámites de la jurisdicción voluntaria y, si existía ya proceso ordinario de familia, en el contexto del mismo o en ejecución de la sentencia que hubiese recaído, que a partir de la entrada en vigor de Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el 23 de julio de 2015, permite la segunda instancia en este tipo de controversias, lo que con anterioridad estaba vedado; indica que, en cualquier caso, la Sala no puede dejar de recordar a las partes que este tipo de desacuerdos, generalmente, no hallan su mejor acomodo en el trámite judicial. No existen razones jurídicas para determinar si un colegio es mejor que otro, o si un niño se adaptará mejor a un centro escolar u otro, ni para establecer si es ciertamente mejor limitar el entorno cotidiano de un niño a una zona de una localidad o ampliarlo a las dos zonas de residencia de sus progenitores y a una tercera la del centro escolar, ni siquiera para considerar que el criterio del Juez, que en este caso resolvió que fuera la madre quien

tomara la decisión sobre la escolaridad del hijo, será el más acertado en el caso concreto. Sencillamente la Ley prevé que el Juez decida por autoridad, porque no cabe mantener en la controversia a los progenitores, pero por ello mismo el artículo 236-13 del Código Civil de Catalunya prevé que los progenitores puedan someter este tipo de discrepancias a mediación, precisamente para que en un entorno favorable y con la ayuda de un profesional especialmente formado puedan llegar a alcanzar acuerdos valorando serenamente los intereses y necesidades en juego del hijo y del padre y de la madre, todos ellos legítimos y respetables y que con visión amplia pueden llegar a flexibilizarse e incluso a coincidir, en lugar de dejar la decisión de autoridad en manos de un tercero. En este caso las partes no adoptaron la sensata decisión de acudir a mediación y el Tribunal debe resolver en base a principios jurídicos.

[106] Roj. AAPBI 160/2020; ECLI:ES:APBI:2020:160A.

[107] Roj. STS 939/2022; ECLI:ES:TS:2022:939.

[108] AC 2017,760.

[109] JUR 2023,263662. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012,353736) se atribuye la facultad de decisión sobre las actividades escolares del menor con salidas o estancias fuera de centro educativo a ambos, al revocarse la atribución en exclusiva a la madre. No constan desacuerdos reiterados o la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, sino una sola divergencia de opiniones en cuanto a una concreta y puntual excursión del menor, ante la negativa del padre como una corrección por haber suspendido un examen; y, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 4.ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,348899) se concede a la progenitora la facultad de firmar la matricula en el centro donde ha sido aceptado y va a ser escolarizado el próximo curso 2022-2023 el hijo común de los litigantes para iniciar sus estudios de Primero de infantil.

[110] JUR 2008,173828.

[111] LA LEY 238294,2016; Roj. AAP IB:42:2016; ECLI:ES:APIB:2016:42A.

[112] JUR 2020,374938.

[113] Para NEVADO MONTERO, J.J. (2020). "Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, n*úmero 13, agosto, p. 348 "esta solución resulta contraria a los establecido en el artículo 156 del Código Civil, pues, siendo el orden de los apellidos una decisión contenida en el ámbito de la patria potestad, la controversia debería resolverse mediante la atribución de la facultad de decidir a uno de los progenitores por parte del juez".

[114] RJ 2018,1990.

[115] Roj. AAP CO 688/2018; ECLI:ES:APCO:2018:688A. Don Bienvenido promovió ante el correspondiente Registro Civil expediente para el cambio de nombre de su hijo, solicitando la adición al nombre simple de Victorio (que es el que exclusivamente consta en la inscripción de nacimiento inicialmente referida) la adición del nombre simple de José María. Doña Olga compareció en dicho expediente gubernativo y manifestó que no estaba de acuerdo con el cambio solicitado; en dicho expediente, identificado como 138/15 del Registro Civil de Posadas, se desestimó la solicitud formulada por don Bienvenido mediante auto de 1 de febrero de 2016 y ello por cuanto, en convergencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, se consideró, que se estaba ante un extremo referente a la patria potestad conjuntamente compartida por los progenitores y que como entre ellos no hay acuerdo en orden al referido cambio por adición del nombre del menor, dicha controversia no podía resolverse en el referido expediente gubernativo sino a través de la vía prevista en el artículo 156 del Código Civil. Pues bien; una inicial conclusión procede obtener de las circunstancias expuestas, y es, dado el concreto cauce procesal en el que nos encontramos, que aquí no se trata de decidir si procede o no el cambio del nombre del menor (toda vez que la facultad de decidir al respecto inicialmente y dentro del exclusivo ámbito registral corresponde al Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil conforme a las pertinentes normas de LRC y RRC), sino si procede atribuir a don Bienvenido la facultad de decidir en exclusiva el mantenimiento de solicitud para el cambio de nombre en cuestión y, por ende, para hacer valer dicha exclusividad decisoria ante

el Encargado del Registro Civil a efectos, una vez evaporado el óbice consistente en la discrepancia entre progenitores, de que dicho Encargado se pronuncie sobre el fondo del asunto con sometimiento al específico régimen de recursos propio de las decisiones gubernativas en dicho ámbito registral. Una vez delimitada la génesis y ámbito de este debate, y una vez revisado el contenido de las actuaciones, la Audiencia Provincial entiende que, se ha de tener presente, pese a la amplitud del conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto son menores (razón por la cual, discrepamos de la resolución apelada en cuanto que procurar la debida identificación nominal del hijo y, en su caso, solicitar el cambio de la inicialmente atribuida, sí forma parte del conjunto de derechos-deberes que integran la patria potestad en cuanto institución jurídica de protección, cuidado, asistencia, educación y medio de suplir la incapacidad), que la patria potestad es una función al servicio de los hijos que fundamentalmente entraña deberes a cargo de los padres y que como deriva de la proclamación contenida en el art. 39-2 y 3 de la Constitución, determina que todas las medidas judiciales que se acuerden en relación a la misma deben de adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés del menor. Así lo indica de forma expresa el artículo 154 del Código Civil ("La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...") y así lo ha resaltado reiteradamente el Tribual Supremo, entre otras ocasiones en sentencia de 24 de abril de 2000. (…) Asimismo, entiende la citada Audiencia Provincial que, llegados a este punto se ha de señalar, que dicho interés del menor (que no debe de confundirse con el subjetivo interés o parecer del progenitor) no se explicita ni se acredita por el solicitante (al margen de no razonarse la conveniencia o interés familiar o personal de añadir el nombre de Victorio al de José María, nada mínimamente riguroso se prueba en torno a la trascendencia o reflejo que socialmente pueda tener la identificación del menor por medio del conjunto formado por esos dos nombres simples; totalmente anecdótica es la insólita glosa que el apelante hace de la inclusión del nombre del menor en el buzón del distante domicilio paterno, el valor inusitado que le otorga a esporádicos correos electrónicos remitidos por una conocida cadena de juguetes o las menciones o rótulos que privadamente tenga en su domicilio). Pues bien; como a dicha ausencia de detectable interés que la solicitud de cambio de nombre pueda suponer para el menor, se contrapone el pragmático extremo remarcado por la resolución apelada, consistente en la consolidación de la identificación del menor como Victorio en el entorno o ámbitos (social, escolar, sanitario, etc.) en los que durante la mayoría de sus siete años de existencia ha convivido con la madre en distinta localidad; la consecuencia, tal y como convergentemente expresa el Ministerio Fiscal, debe ser la anticipada. En este sentido, y aunque se trate de resoluciones que no abordaron el cambio de nombre sino el de apellidos tras el reconocimiento de una paternidad no matrimonial, pueden citarse las SSTS de 10 de noviembre de 2016 y 9 de mayo de 2018 dado que el sustrato de la decisión en ellas adoptada sí puede proyectarse al presente caso; sustrato consistente en que si no consta ese beneficio no existe razón para el cambio de apellidos solicitado (en este caso para autorizar la solicitud de cambio de nombre), pues lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible del menor al día de hoy respecto al cambio de lo que consta inscrito en el Registro Civil y en el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. Todo lo anterior supone la desestimación del recurso y, por ende, la imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada (ante la ausencia de razonable explicación y de acreditación de lo pretendido no procede apreciar, pese a la singular naturaleza del debate, razón alguna para excepcionar el criterio general del vencimiento objetivo reflejado en el artículo 398 de la LEC).

[116] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 20 de diciembre de 2024 (JUR 2024,531630) ante los desacuerdos reiterados y constantes entre los padres que han motivado expedientes de jurisdicción voluntaria por esta causa, se ha terminado con la atribución a la madre de la potestad para decidir sobre el tratamiento al que debe someterse el hijo por prescripción médica.

[117] Roj. SAP SE 2666/2018; ECLI:ES:APSE:2018:2666.

[118] RTC 2023,181.

[119] Roj. AAP MU 579/2023; ECLI:ES:APMU:2023:579A. En esta línea, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 5 de Avilés, de 13 de enero de 2022 (JUR 2022,38621) atribución a la madre de la facultad de decidir sobre la vacunación de sus hijos menores frente a la oposición del padre. Manifiesta el Juzgado que no existe razón motivada en informe médico alguno para que los menores no sigan el calendario de vacunación del Principado de Asturias, incluida la vacuna contra el covid. El padre no aporta documentación médica que avale sus conclusiones. La vacunación que nos ocupa no supone un ataque a la integridad física de los menores, siendo sus beneficios (simplemente cuestionados por el padre) evidentes para la protección no sólo de los mismos, sino también de la sociedad con la finalidad esencial de evitar futuros contagio, incluido el entorno más cercano (familia, colegio…), así como evitar la gravedad de la enfermedad una vez contraída.

Sin embargo, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Santa María de Guía de Gran Canaria, de 10 de diciembre de 2021 (JUR 2022,10411) ante la petición del padre para que se le suministre la vacuna y la posición de la madre. La Audiencia dispone, al respecto que, se ha acreditado que los menores de edad apenas sufren las consecuencias del covid, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%), de los menores de 19 años; de forma que, el posible beneficio que obtendría el menor Dugo de vacunarse es muy escaso y se ha constatado efecto adversos de gravedad a corto plazo, siendo, además, desconocidos lo que pueden dar a medio o corto plazo, se entiende que los posibles efectos adversos de la vacuna en el menor pueden ser muy superiores y pueden tener unas consecuencias adversas para su salud en comparación con el hecho de contagiarse del covid, son que se hubiera suministrado vacuna alguna contra el covid, se atribuye a la madre la facultad de decisión por el tiempo de dos años. También, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santiago de Compostela, de 24 de enero de 2022 (JUR 2022,38620) menor de 4 años que ha seguido el calendario vacunal acorde a su edad y no consta contraindicación médica en la menor por la que no se debiera vacunarse. No obstante, en razón de la su edad, no se recomienda la vacunación contra el SARS.COV 2 al no existir datos sobre la seguridad en menores de 5 años. En consecuencia, no procede atribuir a ninguno de los progenitores la decisión sobre la vacunación en el momento actual y debiéndose diferir cualquier decisión sobre su vacunación un vez que cumpla 5 años; y, el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Torrent (Valencia) de 30 de marzo de 2022 (JUR 2022,20666) no existe ningún informe médico que aconseje la vacunación del menor contra el covid, asimismo, no consta ninguna patología previa de la que pueda derivarse en caso de padecer covid tenga un mayor riesgo de desarrollar síntomas graves que hasta el momento el covid 19 en niños de 5 a 11 años se ha desarrollado con síntomas leves; por lo que se deniega la solicitud formulada por la madre a fin de atribuirle la facultad de decidir sobre la vacunación del menor, por cuanto los argumentos del padre, resultan más sólidos, al menos en este momento que los de la madre.

[120] Roj, AAP MU 722/2024; ECLI:ES:APMU:2024:722A.

[121] Sobre la vacunación del Covid-19, vid., DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2021). "Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 783, enero-febrero*, pp. 505-523.

[122] Roj, AAP B 6504/2018; ECLI:ES:AAPB:2018:6504A.

[123] JUR 2023,497.

[124] LA LEY 141284,2025. En julio de 2019, cuando tenía 17 años, al menor le diagnosticaron en el Complejo Hospitalario de Navarra (CHN) un osteosarcoma (un tipo de cáncer que empieza en las células que forman los huesos) en la rodilla izquierda. Desde el servicio de Oncología les propusieron al padre y al hijo que primero se sometiera a quimioterapia, después se llevara a cabo la cirugía del tumor y, posteriormente, volviera a tratarse con quimioterapia.

Según establece la resolución judicial, "ante las reiteradas negativas" del padre a que su hijo menor se sometiera al tratamiento médico", el CHN puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía de Menores, que interpuso una demanda para la adopción de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Estella.

En dicho procedimiento, el 20 de agosto el juzgado acordó autorizar el tratamiento médico prescrito. "A pesar de todo ello, el padre, asumiendo su ascendencia sobre su hijo (…), y condicionando de forma evidente la decisión del menor, interpuso, tanto por él mismo, como a través de su hijo, trabas constantes para que el menor no fuera sometido al tratamiento médico urgente que le había sido pautado para tratar de curar la grave enfermedad que sufría el menor", señala la juez.

Asimismo, el padre, según consta en la resolución judicial, puso de manifiesto que el menor estaba recibiendo un tratamiento alternativo, si bien no aportó información alguna sobre el mismo.

Por su parte, la sentencia detalla todas las trabas y el "comportamiento obstructivo del acusado" a los tratamientos pautados desde entonces hasta enero de 2022, cuando falleció el menor. En ese periodo de tiempo el juzgado tuvo que dictar resoluciones para el tratamiento del tumor, que se agravó y extendió. Incluso, ante el desarrollo de la enfermedad, en marzo de 2020 se tuvo que practicar una amputación por encima de la rodilla.

Al respecto, la juez concluye que "el comportamiento del acusado a lo largo del procedimiento descrito y la forma en que pretendió decidir sobre las decisiones médicas de su hijo, y la propia influencia del acusado sobre su hijo (…), supuso un retraso en el tratamiento, y un agravamiento del osteosarcoma diagnosticado al menor, que supuso una reducción en la posibilidad de supervivencia del mismo".

En el juicio, celebrado el pasado 2 de abril, la fiscalía solicitó 4 meses de prisión por un delito de abandono de familia. La defensa, por su parte, reclamó la absolución.

La magistrada admite que "es cierto que no puede saberse qué habría pasado" si el menor se hubiese sometido al tratamiento médico pautado por el CHN desde el inicio, en julio de 2019, cuando fue inicialmente diagnosticado. Pero afirma que lo que sí que quedó acreditado, porque absolutamente todos los médicos (testigos y peritos que declararon en el juicio) así lo manifestaron, es que el comportamiento del inculpado supuso un retraso en el tratamiento y un agravamiento del tumor diagnosticado. Y ello porque, según cita la juez, los estudios científicos mencionados tanto por la oncóloga del CHN como por el informe médico forense acreditan que, de los pacientes que empezaron a tratarse con un cáncer similar al del examinado cuando a este se le diagnosticó el osteosarcoma, un 74% sobrevivieron.

Sin embargo, prosigue, de los pacientes que empezaron a tratarse con un cáncer similar al del examinado cuando él se empezó a tratar, un 27% sobrevivieron, consecuencia de no haberse sometido desde el principio.

Respecto al delito imputado, la juez reconoce que el procesado estuvo con su hijo en todo momento, se preocupaba por él y la relación entre ambos era estrecha, siendo su padre su esencial referente.

Para la magistrada, es cierto, tal y como se destacó por el letrado del acusado, que el padre nunca "abandonó" a su hijo, nunca lo dejó solo y lo llevó a las consultas médicas. Ahora bien, coincide con la opinión de Ministerio Fiscal en que "el acusado se equivocó y dejó de cumplir los deberes legales de asistencia y prestarle la asistencia necesaria legalmente establecida".

También, la juez explica al respecto que absolutamente todos los médicos, expertos en la materia, le advirtieron de la grave enfermedad de su hijo, del riesgo vital que corría, de la necesidad urgente del tratamiento pautado y, aun así, se negó a que su hijo siguiese el tratamiento. Por lo que, entiende la Magistrada que "si todos estos profesionales expertos en la materia coincidían en advertir que lo que necesitaba su hijo era ese tratamiento, que era vital y urgente, no es justificable su actitud obstativa al mismo, incluso cuando fue así acordado por las decisiones judiciales del Juzgado de Estella. Y, sobre todo, teniendo en cuenta que no aportó el acusado ninguna alternativa real al tratamiento que se le pautó a su hijo. Es decir, si por lo menos se hubiese aportado algún perito o especialista en la materia que defendiese que el tratamiento que se propuso para el menor no era el adecuado, podría llegar a encontrarse alguna justificación a la conducta del acusado, pero nada se aportó en ese sentido". Por ello, considera que "la acusación ha acreditado el delito que atribuye al acusado que, incide en que

el inculpado no veló por el bienestar de su hijo de manera correcta, ni por su superior interés, ni por garantizar su pronta recuperación de la grave enfermedad que padecía.

En todo caso, para la determinación de la pena, la juez estima que concurre la atenuante cualificada de dilaciones indebidas, puesto que el escrito de acusación se presentó el 22 de febrero de 2022 y el juicio no se celebró hasta tres años después.

[125] Roj. AAP GR 2022/272; ECLI:ES:APCS:2022:272A

[126] Roj. AAP CS 2023/1636; ECLI:ES:APCS:2023:1636A.

[127] Roj. AAP MA 2022/1636; ECLI:ES:APMA:2022:2627A.

[128] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 4 de julio de 2015 (JUR 2015,163149); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 15 de mayo de 2018 (JUR 2018,153621); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 13 de enero de 2020 (JUR 2020,51511).

[129] Vid., el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Massamagrell, de 27 de abril de 2022 (JUR 2023, 263336) que concreta que no ha lugar a 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, al tratarse de un menor mayor de 14 años.

[130] Vid., en esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 19 de septiembre de 2016 (Roj. SAP V 3279/2016; ECLI:ES:APV:2016:3269) dispone que, todo ello sin perjuicio que, conforme al contenido de la patria potestad, regulada en el artículo 154 y siguientes del Código Civil, en uno y otro caso, cada progenitor deberá de mantener informado al contrario sobre la evolución escolar, social y sanitaria del menor, siempre que el progenitor no la pueda obtener por sí mismo, estando obligados los profesionales que se ocupan de los menores a suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo por ser ambos titulares de la patria potestad. Asimismo, se deberá de recabar el consentimiento del otro progenitor (que se entenderá otorgado si no mostrara su oposición en los 10 días naturales siguientes a su notificación fehaciente) o contar con autorización judicial previa para los cambios de residencia que, por la distancia, impidan o dificulten el régimen de visitas, para los cambios de colegio, orientación educativa, religiosa o laica, tratamientos médicos trascendentes, y en general, cualquier alteración que afecte de manera importante a la vida del menor. Se establece que el padre debe recoger a su hijo en el domicilio materno y será la madre quién irá a por él al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia, salvo en los días de visita intersemales en los que el progenitor que recoja al menor se encargará también de devolverlo; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, d 8 de febrero de 2017 (Roj. SAP V 408/207; ECLI:ES:APV:2017:408) dispone que, todo ello sin perjuicio que, conforme al contenido de la patria potestad, regulada en el artículo 154 y siguientes del Código Civil, en uno y otro caso, cada progenitor deberá de mantener informado al contrario sobre la evolución escolar, social y sanitaria del menor, siempre que el progenitor no la pueda obtener por sí mismo, estando obligados los profesionales que se ocupan de los menores a suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo por ser ambos titulares de la patria potestad. Asimismo, se deberá de recabar el consentimiento del otro progenitor (que se entenderá otorgado si no mostrara su oposición en los 10 días naturales siguientes a su notificación fehaciente) o contar con autorización judicial previa para los cambios de residencia que, por la distancia, impidan o dificulten el régimen de visitas, para los cambios de colegio, orientación educativa, religiosa o laica, tratamientos médicos trascendentes, y en general, cualquier alteración que afecte de manera importante a la vida del menor. El progenitor que los tenga, deberá de entregar al contrario, junto con el menor, la ropa y documentación relativa al mismo que pudiera necesitar durante la estancia con el mismo, como DNI, pasaporte, Tarjeta Sanitaria, etc., así como la medicación que, en su caso, necesite.

[131] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2025 (Roj. SAP AL 215/2025; ECLI:ES.APAL:2025:2015) que manifiesta que, toda vez, entre los deberes y facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad a cargo del padre

y de la madre, se encuentra la educación y formación integral de los hijos (art. 154 del CC). Y, por lo que respecta al desempeño de la patria potestad, en el art. 156 del CC se prevé su ejercicio de modo conjunto por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, reputándose válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situación de urgente necesidad. Al punto de que, respecto de terceros de buena fe, se presume que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio de la patria potestad con el consentimiento del otro. En el supuesto contemplado, el boletín de inscripción y reserva de plaza en el centro escolar de la parte actora fue formalizado por la madre de la menor, en calidad de representante legal de la misma. Entrando en juego la presunción de contar con el consentimiento del progenitor demandado. Máxime cuando la madre, al deponer como testigo, vino a manifestar que el padre le dio consentimiento para llevar a la misma al referido colegio y que quedó en pagar su coste a medias.

[132] CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 553; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 273; y la RDGRN de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989,1901).

[133] BERCOVTIZ RODRIGUEZ-CANO, R. "Comentarios a los artículos 154 a 161 y 164 a 168 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1067; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 414; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1599; RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1495.

[134] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). "La patria potestad", *op. cit.,* p. 406.

[135] En esta misma línea, DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 1599-1600.

[136] BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2001). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 273; RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1495.

[137] Precisa QUINTANA, A. (2013). "Las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad", *Iuris: actualidad y práctica del derecho, 1 de abril*, p. 35 que "son muchos los convenios reguladores aprobados judicialmente que determinan que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores y no son tantas las sentencias dictadas en procesos contenciosos que atribuyen es ejercicio a alguna de las partes en exclusiva. Es decir, parece que la corriente generalizada se inclina a que las madres y los adres no se desliguen del ejercicio de la potestad parental, con independencia de quien ostente la custodia de los menores".

[138] RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1492 precia que aunque se indica que "son supuestos como el ejercicio individual cuando en realidad son de titularidad única, pues, sólo puede referirse a casos en que está sin determinar la filiación paterna o materna".

[139] RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1492 señala que estamos realmente en una situación de titularidad única, que sólo volvería a ser dual con la aparición del declarado ausente.

[140] CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.ª (1982). "Comentarios al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.*, p. 553; del mismo autor (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 552; URIBE SORRIBES, A. (1983). "La representación de los hijos", *op. cit.,* p. 2577. Sin embargo, RUBIO SAN ROMÁN, J. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1492 sólo admite la ausencia de hecho.

[141] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1600. Respecto de la instancia en prisión, vid., el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 4 de noviembre de 2024 (Roj. AAP A 787/2024; ECLI:ES:APA:2024:787A); las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de abril de 2025 (Roj. SAP T 364/2025; ECLI:ES:APT: 2025:364); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de mayo de 2025 (Roj. SAP SS 380/2025; ECLI:ES:APSS:2025:380); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 9 de mayo de 2025 (Roj. SAP V 638/2025; ECLI:ES:APV:2025:638). Y, en cuanto, a enfermedades físicas o psíquicas, vid., las sentencias de la Audiencia Pro-

vincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 17 de febrero de 2025 (Roj. SAP SE 524/2025; ECLI:ES:APSE:2025:524); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 5 de marzo de 2025 (Roj. SAP MA 528/2025; ECLI:ES:APMA:2025:528);

[142] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). "La patria potestad", *op. cit.,* p. 86.

[143] BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 273.

[144] CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1991). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 553.

[145] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984 (RJ 1984,814); y, de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994,10616).

[146] BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2000). "Comentario al artículo 156 del Código Civil", *op. cit.,* p. 273). Vid., la RDGRN de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990,8342) en el supuesto de separación de hecho y conviviendo con el menor su madre, ha de prevalecer el nombre elegido por ella.

[147] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2004 (Roj, STS 4727/2004; ECLI:ES:TS:2004:4727).

[148] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 408.

Sin embargo, para RUBIO SAN ROMÁN, J.I. (2000) "Comentario al artículo 169 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1527 el supuesto consignado en el artículo 156, párrafo segundo *in fine* del Código Civil es más un supuesto de privación o suspensión; y, el párrafo cuarto de este mismo artículo, cree "se trata de un supuesto de privación, suspensión, o incluso de extinción pues, se refiere "en defecto, ausencia" que, a su juicio va referido a aquellos supuestos y no a una mera modificación debida a una simple ausencia no declarada o imposibilidad coyuntural, pues en tal caso deberá prevalecer el ejercicio conjunto, salvo que pueda subsumirse en los casos del artículo 156 referidos al ejercicio individual pese a existir una titularidad conjunta".

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 18 de abril de 2005 (JUR 2005,122828), se modifica la patria potestad ante la necesidad de conjugar la relación de los menores con sus abuelos paternos durante las vacaciones estivales, al reconocerse a los abuelos su derecho a relacionarse con sus nietos y fijar un régimen de visitas.

Vid., asimismo, el artículo 236-5.1 del Código Civil catalán.

[149] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.º, de 21 de octubre de 2015 (JUR 2015,280895).

[150] Guía sobre la regulación de los MASC…, pp. 2-3. Respecto a las normativas estatales o autonómicas en las que se reconocen los MASC señala la Guía lo siguiente: entre la normativa estatal debe tomarse en consideración la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 3 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. Asimismo, debe tomarse en consideración la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 3 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. Asimismo, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

En el plano autonómico, entre otras, cita: la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (Canarias); la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria; la Ley 1/2015, de 12 de

febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (Cataluña); la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana; la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (Euskadi); la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (Galicia); y, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

[151] RJ 2009,2901. Establece, al respecto, que "De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación de artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada".

[152] Como precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 24 de enero de 2022 (Roj. SAP PO 165/2022; ECLI:ES:APPO:2022:165) "se sustituye la declaración de incapacidad por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo".

[153] En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021,4002) se ha proclamado que "la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias". Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617,2022); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP CC 156/2022; ECLI:ES:APCC: 2022:156); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2022 (LA LEY 69371,2022); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2022 (LA LEY 93521,2022); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 29 de marzo de 2022 (LA LEY 179642,2022).

[154] Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574; y RJ 2021,4002 esta última, al respecto, señala que "En realidad, el artículo 268 del Código Civil lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo "atender", seguido "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de "tener en cuenta o en consideración algo" y no sólo el de "satisfacer un deseo, ruego o mandato". Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues, hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistencia (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de

su situación. El trastorno no sólo provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda". Lo que concluye que "no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal". Al principio de interés superior del discapacitado también se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Elche, secc. 9.ª, de 8 de abril de 2022 (Roj. SAP A 885/2022; ECLI: ES:APA:2022:885) cuando manifiesta que "el principio de interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 31 de marzo de 2022 (LA LEY 161206,2022); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 19 de mayo de 2022 (LA LEY 176052,2022); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 31 de mayo de 2022 (LA LEY 113593,2022).

Igualmente, vid., PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica". En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.), C. Gil Membrano y J.J. Preter Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Barcelona: Bosch, p. 420; TORAL LARA, E. (2022). "El defensor judicial de la persona con discapacidad". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, p. 325.

Recordemos que el artículo 249.3 del Código Civil dispone que "(…) cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (…). En este caso (…) se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

[155] En la sentencia 269/2021, de 6 de mayo (Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574) se hace referencia a que uno de los principios que deriva del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, y, asimismo, se razonaba que "(…) no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetada, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada". Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2.ª, de 14 de febrero de 2022 (Roj. SAP S 179/2022; ECLI:ES:APS:2022:179) señala que, si el apoyo encuentra su campo de actuación fundamental —porque huye de perpetuar un régimen de tutela de autoridad— en la información y formación de la persona con discapacidad que emita correctamente su voluntad; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560) manifiesta que "el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad: no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible ha de ser respetado; lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestado no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que padece, fuente de la necesidad de apoyos". Igualmente,

vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana, secc. 9.ª, de 13 de febrero de 2022 (Roj. SJPI 299/2022; ECLI:ES:JPI:2022:299).

[156] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2021 (Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511).

[157] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, de 13 de enero de 2022 (LA LEY 14973,2022).

[158] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª de 16 de febrero de 2022 (LA LEY 60331,2022); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 11 de marzo de 2022 (Roj. SAP CA 403/2022; ECLI:ES:APCA:2022:403); y, de la Audiencia Provincia de León, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2022 (LA LEY 91809,2022). Asimismo, vid., el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2022 (Roj. AJPII 9/2022; ECLI:ES:JPII:2022:9A).

[159] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567,2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698,2022); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2022 (LA LEY 135296,2022).

[160] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021,4958). Por su parte, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre (RJ 2021, 4847) se estima el recurso extraordinario por infracción procesal por falta de motivación, por haber prescindido de la voluntad de la persona con discapacidad en un supuesto o de autocuratela. No se dan las circunstancias para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada al no concurrir circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos; y, asimismo, en la sentencia de 21 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4879/2021; ECLI:ES:TS:2021:4879) se indica que para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley (actualmente, artículos 249 párrafo segundo y 268 párrafo primero del Código Civil) requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado.

[161] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617,2022) y de 10 de marzo de 2022 (LA LEY 90107,2022); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567,2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698,2022); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 5 de mayo de 2022 (LA LEY 149380,2022); y, de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2.ª, de 31 de mayo de 2022 (Roj. SAP S 623/2022; ECLI:ES:APS:2022:623). Asimismo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Albacete, de 28 de junio de 2022 (LA LEY 153929,2022).

[162] En esta línea ÁLVAREZ LATA, N. (2021) "Comentario al artículo 295 del Código Civil", En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 831-832; de la misma autora (2021). "Comentario al artículo 295 del Código Civil", En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 535.

[163] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas, p. 181.

[164] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil". En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 443.

[165] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 25 de mayo de 2022 (LA LEY 180219,2022).

[166] El antiguo artículo 165 del Código Civil fue uno de los preceptos reformados por la segunda edición del Código Civil, en el que se establecía: *"Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.*

El Juez a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño". Con esta segunda redacción se introduce en el primer párrafo a la madre, omitida en la redacción original; y, se amplía la legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial al propio menor y al Ministerio Fiscal.

Por su parte, señalaba GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). "El defensor judicial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año VI, número 63, marzo*, p. 196 que la razón por la que aparece la figura del defensor judicial en la redacción originaria del artículo 165 Código Civil, era porque la Ley confería expresamente la patria potestad al padre, y en su defecto, a la madre, y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pudiera ser influida por el interés propio, el citado precepto ordenaba que en tales supuestos, se nombrara a aquéllos un defensor judicial que, los representase en juicio o fuera de él.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1927). "El autocontrato en el Derecho privado español", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 151*, p. 417 manifestaba, asimismo, que "el peligro de lucro ha sido sin duda el que originó la creación del defensor judicial. Evitar que abusare el padre de su situación privilegiada cuando sus intereses se encontrasen en oposición con los del hijo".

[167] Si bien, ya antes la jurisprudencia había ampliado el ámbito de la figura a la tutela poco tiempo después de publicarse el Código Civil. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1895 (*Jurisprudencia Civil*, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 78*, número108, Madrid 1896, p. 493), en la que se disponía que, el defensor judicial debía nombrarse ante un conflicto de intereses entre el protutor y el pupilo menor de edad, o cuando fuere removido todo el organismo tutelar.

[168] En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 43 que ve como antecedente directo del defensor judicial *ex* antiguo artículo 165 del Código Civil al "procurador" por las siguientes razones: "a) La organización de la guarda legal, en el Proyecto de 1851, se identificaba con el sistema de tutela de familia, de clara inspiración francesa, al igual que en el Código Civil de 1889; b) El término para identificarlo —"procurador"— no es argumento digno de ser tenido en cuenta, a pesar de evocar, según el léxico actual, un ámbito procesal, máxime cuando sus funciones eran idénticas a las del defensor del antiguo artículo 165 del Código Civil; c) Su existencia y función quedaban enmarcadas en el ámbito de la patria potestad; d) El presupuesto de su actuación —interés opuesto entre padres e hijos— es el mismo que el del defensor judicial del antiguo artículo 165 del Código Civil; e) El procurador representaba al hijo menor tanto en juicio como fuera de él".

[169] GARCÍA GOYENA, Fco. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *T. I*, Madrid, p. 98.

[170] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil". *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, AAVV, Madrid: Tecnos, p. 1090, y añade el autor, en la *nota* 3 que "preferimos hablar de curador especial o *ad hoc* más que de curador *ad litem* porque el defensor se crea para todos los casos de conflicto de intereses, mientras que el curador *ad litem*, como su propio nombre indica, tenía un fin esencialmente judicial o procesal".

[171] Precisa COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Barcelona: Bosch, p. 2060 que en los trabajos de CAMBRONERO se regula una curaduría especial, para uno o varios negocios determinados, y si se trata de pleitos, la persona encargada se llamará curador *ad litem* (artículo 108).

[172] Los autores de este trabajo manifiestan sobre el defensor judicial: "El capítulo quinto Del defensor judicial introduce otra vez una nueva figura dentro de las instituciones tutelares, que no en nuestro ordenamiento, donde viene contemplada con perfiles semejantes, en sede de patria potestad y ausencia. No se trata de los defensores a que hacen referencia los artículos 215, 219 y 223 del Código vigente…, sino de personas que, nombradas por el Juez, en los supuestos de incapacitación, excusa o remoción de tutor o curador, hasta que no se instaure una nueva persona para desempeñar el cargo; por el tiempo que medie entre el momento en que haya tenido dicha Autoridad Judicial (conocimiento) de la existencia de una persona que deba ser sometida a tutela y el de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento; cuando haya conflicto de intereses entre tutor o curador y pupilo, o entre padre o madre, e hijos no emancipados, amparen a la persona incapacitada o en vías de incapacitación, y cuiden de la administración de sus bienes o se limiten a defender los intereses del pupilo contrarios a los de las personas que, en cada caso, sean titulares del poder tuitivo sobre el mismo". DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, bajo del patrocinio del Servicio de recuperación y rehabilitación de minusválidos (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales, y del Patronato para Ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, octubre, p. 28.

[173] LETE DEL RÍO, J.M. (1985). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: Manuel Albaladejo García (dir.)*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, p. 469.

[174] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). "La tutela, la curatela y la guarda de los menores". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª edición, Madrid: Colex, p. 430.

[175] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). "Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 450.

[176] ORDÁS ALONSO, M. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil", En: Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, coordinador, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 448.

[177] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil", *op. cit.,* p. 443. Asimismo, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). "La patria potestad. Responsabilidad parental". En: M. Linacero De La Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, pp. 617-618 entiende que el defensor judicial "es un órgano provisional de representación de menores (sujetos a patria potestad o tutela) y de apoyo ocasional a personas con discapacidad, especialmente previsto para determinadas situaciones como aquellas en las que existía conflicto de intereses, necesario de apoyo ocasional o imposibilidad transitoria de que la figura de apoyo habitual lo ejerza".

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994,1731) señala que "el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento; y, de 4 de marzo de 2003 (Roj. STS 1472/2003; ECLI: ES:TS:2003:1472) declara que el defensor judicial "es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad o incapacitados cuando la persona que legalmente deba hacerlo, padres tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así".

[178] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, *T. VI Derecho de Familia*, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 383; del mismo autor (2021). *Principios de Derecho Civil, VI Derecho de Familia*, décimo novena edición revisada y actualizada con la colaboración de

B. Sainz-Cantero Caparrós, P. López Peláez, M.ª Del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons, pp. 340-341; SERRANO GIL, A. (2009). "El defensor judicial". En: M.ª Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor,* 2.ª edición, Madrid: Colex, p. 170.

[179] LETE DEL RÍO, J.M. (1985). "El defensor judicial", *op. cit.,* pp. 469-470; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil", *op. cit.,* p. 444; MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). "El defensor judicial de la persona con discapacidad". En: M. Pereña Vicente y M.ª Del M. Heras Hernández (dirs.); y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, p. 284; GARCÍA GOLDAR, M. (2022). "Comentario al artículo 295 del Código Civil". En: M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Almaraz (dirs.), I. Valera Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 466 señala también que es un cargo puntual. Vid., asimismo, conforme a la antigua regulación el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 5 de junio de 2000 (AC 2000,1275) manifiesta que: "el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitados, cuya vigencia es fundamentalmente temporal siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial con el fin de proteger excepcionalmente a menores, incapacitados o pródigos representándoles y asistiéndoles, ya sea con carácter específico, ya con carácter más general, cuando en algún asunto concreto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando por cualquier causa, el tutor, curador no desempeñasen sus funciones; y, en todos los demás, supuestos previstos en el Código Civil —artículo 299—" (*Fundamento de Derecho 2.º*). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,239550) también conforme a la antigua regulación dispone como características del defensor judicial su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la patria potestad; y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, de 24 de junio de 2004 (LA LEY 149710,2004) manifiesta que, el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitado, con vigencia fundamentalmente temporal, siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial.

Respecto a la *subsidiariedad*, conforme la anterior regulación, ya GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). "El defensor judicial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año VI, número 63, marzo,* pp. 199 y 200 refiriéndose al defensor judicial en sede de patria potestad, había advertido que "los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial". FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 179-180 por su parte, señalaba que "hay que tener en cuenta que precisamente en estas circunstancias el defensor judicial también está llamado a intervenir y cumplir su función en defecto de la de los padres o tutores o curadores (*ex* artículo 299.2 del Código Civil)". Por tanto, precisaba el autor, que "la subsidiariedad hay que entenderla en el sentido de excepcionalidad, como viene contemplado por el actual artículo 162 del Código Civil, al disponer que la representación solamente se suspenderá excepcionalmente en los casos previstos, uno de los cuales —contraposición de intereses— dará lugar al nombramiento de defensor". De forma que, junto con la supletoriedad, "ambas características coinciden en el fundamento mismo de la función del defensor judicial, es decir, representar y amparar excepcionalmente al menor o incapacitado en defecto del régimen de guarda y protección al que está sometido, ya sea por existir contraposición de intereses entre el representante legal originario y el menor o incapacitado, ya sea porque el representante legal no cumple con el desempeño del cargo".

Con relación a la *temporalidad*, se manifiesta claramente en el antiguo artículo 299.2 del Código Civil, al decir que *"se nombrará un defensor judicial…hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo"*. De forma que, la temporalidad puede ser traducida en provisionalidad del cargo, pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y desaparece la figura del defensor judicial. El defensor judicial es, por

tanto, un cargo que suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor y curador, para la representación y amparo o asistencia del menor, incapacitado o pródigo. Vid., FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 185-186.

[180] GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C. (1991). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de Leon, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del C*ódigo Civil, T. I, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 853.

Precisa FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 179 que "tanto (el antiguo) artículo 163 del Código Civil como (el antiguo) artículo 299 del Código Civil refieren su intervención para suplir las funciones propias del originariamente legitimado. Dicha suplencia, además, no tiene por qué implicar sustitución alguna del cargo principal. En el caso paradigmático del conflicto de intereses, la simultaneidad y compatibilidad en el ejercicio de la función, tanto del defensor como del cargo principal, es la regla ya que la legitimación legal de éste sólo se suspende en el ámbito del asunto que ha originado el conflicto, quedando intacta su legitimación en todo lo demás".

[181] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 178 y 185. En similares términos, ÁLVAREZ LATA, N. (2006) "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* 2.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 473-474 señala que no se configura *"strictu sensu"* como la cuarta institución de guarda de nuestro ordenamiento jurídico, sino como una figura presidida por la transitoriedad y la subsidiariedad. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1985 (RJ 1985/3109) en la que se indica que, se trata de una figura presidida por la idea de la transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (*Considerando Jurídico 3.º*).

[182] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 181.

[183] En esta línea, TORAL LARA, E. (2022). "El defensor judicial de las personas con discapacidad", *op. cit.*, p. 300. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 19 de mayo de 2022 (Roj. SAP A 1016/2022; ECLI:ES:APA:2022:1016).

[184] MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). "Representación paterna y oposición de intereses", *Revista Jurídica de Derecho Notarial, T. CXXIV*, p. 226; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 183.

[185] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 174-175; HERNÁNDEZ GIL, F., "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *Revista de Derecho Privado, marzo 1961,* p. 213; LETE DEL RÍO, J.M. (1985) "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por, T. IV*, Madrid: Edersa, p. 468; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 259. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.ª, de 30 de marzo de 2006 (LA LEY 251460,2006).

[186] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3.ª, de 28 de junio de 2022 (Roj. SAP NA 535/2022; ECLI:ES:APNA:2022:535) señala que las medidas de apoyo deben ser proporcionales a las necesidades y respetar la máxima autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica.

[187] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 13 de mayo de 2003 (LA LEY 85888,2003), entre las atribuciones que les puede conferir el Juez al defensor judicial, se encuentra la de administrar los bienes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 11 de diciembre de 2006 (LA LEY 284708,2006), el defensor tiene como facultad atribuida la administración de la comunidad de bienes; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de diciembre de 2006 (LA LEY 249132,2006), se designa el defensor judicial con facultades de administrador patrimonial de los bienes de la incapacitada; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 15 de abril de 2008 (JUR 2008,225781).

[188] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2022 (LA LEY 180235,2022).

[189] COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, *T. II, vol. 2.º*, Bosch: Barcelona, p. 2064.

[190] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 207; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1100.

El artículo 224-4 del CCC considera anulables los actos realizados sin la intervención de defensor judicial, cuando resulta necesaria.

[191] Vid., conforme a la anterior regulación la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999,2460). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 12 de enero de 2000 (LA LEY 13548,2000) pone de manifiesto que, el defensor judicial dispone de legitimación activa para oponerse al nombramiento de tutor, cuando estime que este es perjudicial para los intereses del incapaz.

[192] Vid., conforme a la anterior regulación las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (RJ 1997,4605); de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484); y de 9 de julio de 2004 (RJ 2004,5246); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 2.ª, de 11 de enero de 2005 (LA LEY 4449,2005) en que se nombra defensor del presunto incapaz para que le asista y defienda en el procedimiento de incapacitación.

[193] PUIG FERRIOL, L., "Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil", *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela,* Madrid: Tecnos, p. 782.

[194] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 195.

[195] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 200-201 argumenta en un doble sentido: "en primer lugar, porque la misma *ratio legis* del antiguo artículo 271 del Código Civil así lo indica: puesto que la Ley, en origen, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su trascendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del Juez, y a esto responde la norma del antiguo artículo 271.4 del Código Civil; además, la misma antinomia obliga a una interpretación restrictiva del caso: el antiguo artículo 271.4.º del Código Civil habrá que entenderlo como norma específica aplicable únicamente al tutor frente a la norma general del artículo 1060 del Código Civil, aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial"; CASASÚS HOMET, E. (1984). "¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?, *Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre*, p. 377; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil". En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, Madrid: Edersa, p. 562; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *Comentario a la reforma de Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos, p. 1100. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 12 de marzo de 1996 (RJ 1996,2175); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003,271424); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2004,8385); y, las RDGRN de 4 de abril de 1986 (RJ 1986/2127); y de 23 de julio de 1990 (RJ 1990,6666). En contra, SERRANO GIL, A. (2009). "El defensor judicial". En: M.ª Paz Pous De La Flor y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex, p. 181; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2008 (LA LEY 148013,2008) en la que se indicaba que, una vez realizada la partición, es cuando ha de recaer la aprobación judicial solicitada por el defensor judicial del incapaz, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (*Fundamento de Derecho 1.º*); y la RDGRN de 14 de julio de 2005 (RJ 2005,7016).

El artículo 224-3 del Código Civil catalán la entiende implícita en el nombramiento. Al igual que, el artículo 139.1 del Código Foral aragonés.

[196] MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). "Representación paterna y oposición de intereses", *Revista Jurídica de Derecho Notarial, T. CXXIV,* p. 238; GETE-ALONSO y CALE-

RA, M.ª del C. (1991). "Comentario al antiguo artículo 303 del Código Civil", *op. cit.,* p. 860; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). "Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil". En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T.IV*, Madrid: Edersa, p. 483. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1985 (RJ 1985,3109); y de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994,1731); y, la Resoluciones DGRN de 23 de julio de 1990 (RJ 1990,6666); y de 8 de mayo de 1994 (RJ 1995,4093).

[197] MONTÉS PENADES, V. L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1099; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 205; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* "Defensor judicial", *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VI,* Barcelona: Seix, p. 348; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1994). "Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1994", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 35, abril/agosto*, p. 733.

[198] Vid., el artículo 224-3 del CCC; y, el artículo 139 del CFA.

[199] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (Roj. STS 14900/1994: ECLI:ES:TS:1994:14900); y, de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI:ES:TS:2033:127).

[200] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 13 de julio de 2004 (LA LEY 166326,2004). Asimismo, vid., en este mismo sentido, el artículo 236-20 del Código Civil catalán.

[201] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 157; PUIG FERRIOL, L. (1986). "Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil", *op. cit.,* p. 778 aboga, igualmente, "por la inoperancia de las mismas, por cuanto el (antiguo) artículo 300 del Código Civil claramente resulta que sólo el Juez está legitimado para nombrar defensor judicial o, —en último término— que el Juez puede hacer caso omiso de este nombramiento mediante decisión motivada, a tenor de lo prevenido en el (antiguo) artículo 224"; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C. (1991). "Comentario del antiguo artículo 300 del Código Civil", *op. cit.,* p. 858, señala que, no hace falta motivar la designación, si el Juez opta por no nombrar a quienes los padres han designado; LETE DEL RÍO, J. M. (1985). "Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil", *op. cit.,* p. 479, por su parte, precisa que, nada se opone a que el Juez elija y nombre a dicha persona, si bien no vendrá obligado a motivar su preterición". No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, *T. IV Familia*, 3.ª ed., revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 445 manifiesta que, no ve razón diferenciadora en los casos de tutor testamentario, que si lo hubiere, fuese distinta persona, y no tuviere interés opuesto. Posiblemente, sobre tales bases, se confía en que, en tan improbable hipótesis, lo nombrara el Juez.

[202] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2000 (LA LEY 76639,2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,239550); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 5 de junio de 2007 (JUR 2007,312525); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.ª, de 26 de enero de 2009 (LA LEY 7343,2009). Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.ª, de 26 de abril de 2004 (LA LEY 96447,2004), señala que, en situaciones de normalidad, siempre será preferible que sea un pariente o persona allegada al incapaz quien asuma las funciones tuitivas respecto del mismo. Asimismo, vid., en este mismo sentido, el artículo 224-2.2 del Código Civil catalán; y artículos 102.1 a) y 110 del Código Foral aragonés.

[203] Señala el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 13 de enero de 2009 (LA LEY 727,2009) la designación del defensor judicial no lo será tanto para integrar la capacidad del menor, como para paliar las posibles decisiones de la madre que ostenta la patria potestad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998,2263) manifiesta que, el defensor judicial nombrado tiene una específica función, defender al presunto incapaz.

[204] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 164-165.

[205] FLORENSA I TOMÀS C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 169-170; GÓMEZ-OLIVEROS, J.M. (1984). "Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre", *Revista*

Crítica de Derecho Inmobiliario, mayo-junio, pp. 668-669; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª (2000). "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 2070; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C. (1991). "Comentario al antiguo artículo 301 del Código Civil", *op. cit.,* p. 859; SERRANO ALONSO, E. (2000). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil". En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. II,* Barcelona: Bosch, Barcelona, p. 456.

[206] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo, pp. 221-222; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E. (1984). "Representación paterna y oposición de intereses", *Revista de Derecho Notarial, número 124,* p. 235; PUIG BRUTAU, J. (1985). *Fundamentos de Derecho Civil*, *T.IV*, Barcelona: Bosch, p. 265; HERNÁNDEZ-GIL, F. (1961). "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *Revista de Derecho privado, marzo,* p. 217.

[207] GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C. (1991). "Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil", *op. cit.,* p. 858.

[208] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil", *op. cit.,* p. 450.

[209] En los mismos términos, el artículo 153 del Código Foral aragonés; y, más desarrollado en su contenido, pero en similares términos, el artículo 224-1 del Código Civil catalán. Así dispone este precepto que: *"La autoridad judicial debe nombrar un defensor judicial en los siguientes casos: a) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, o entre el curador y la persona puesta en curatela; b) Si lo exigen las circunstancias de la persona que debe ser tutelada, mientras la tutela no se constituya; c) Mientras no se constituya la curatela de pródigos o de personas en situación de incapacidad relativa; d) En los supuestos en que por cualquier causa los tutores o curadores no ejerzan sus funciones, mientras no finalice la causa o no se designe otra persona para el ejercicio de los cargos: e) En los demás casos determinador por la ley"*.

[210] Ha de tratarse de un asunto concreto, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 22 de abril de 2008 (LA LEY 95137,2008); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040,2008).

[211] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127).

[212] Respecto a la voluntad del menor, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021, entre otras (Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863) dice que la voluntad del menor no es vinculante para el juzgador "quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores". La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 9 de enero de 2014 (Roj. STSJ CAT 5/2014; ECLI:ES:TSJCAT:2014:5) ha señalado que "El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta, pero no puede erigirse en elemento decisorio. En otro caso se incurriría en el riesgo de convertir a los menores en sujetos y en objetos de la disputa de sus padres (...) De este modo, los Tribunales valoraran el contenido de la audiencia del menor juntamente con otros factores ya que en ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso". En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 11 de febrero de 2025 (Roj. SAP B 155/2025; ECLI:ES:APB:2025:155) la Sala considera que las manifestaciones del hijo no expresan un deseo claro, firme y motivado de mantener un sistema de convivencia paritario, exento de cualquier condicionamiento, sino una adaptación o conformidad al régimen de convivencia que conoce y que ha tenido desde muy corta edad y que dichas manifestaciones se realizan en un contexto de discusión, disputa o conflicto entre sus padres conocido por el hijo en tanto no ha sido preservado y del que no quiere participar o posicionarse. El contenido de la audiencia debe ser valorado desde la

perspectiva de su interés concreto y teniendo en cuenta el contexto descrito. La voluntad u opinión manifestado por los hijos menores no siempre coincide con lo que exige o requiere su interés. Consta que el padre ha sido negligente en la gestión de los intereses económicos de su hijo generándole una deuda importante frente a la Agencia Tributaria y además no cumple desde hace años con la obligación de ingresar la cantidad que le corresponde en una cuenta conjunta para satisfacer gastos del menor, cantidad que se fijó judicialmente en el Auto de Medidas Provisionales.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que sigue siendo la madre la que ofrece al menor un entorno de mayor estabilidad y orden con pautas más claras y adecuadas que aconsejan una guarda materna. La recomendación del Equipo Técnico sigue teniendo vigencia en la actualidad, en tanto no han variado las circunstancias personales del progenitor, ni los problemas de comunicación o de relación interparental. El hijo simplemente se ha adaptado a una situación que en realidad no le es favorable. El vínculo afectivo existente entre el padre y el menor, vínculo que no se niega y que deriva claramente de la continuada convivencia, se preserva estableciendo un régimen de relación y de estancias adecuado, pero se estima que el interés del hijo requiere de una organización determinada que no le condicione su lealtad hacia la otra figura parental y en el que pueda desarrollarse de forma armónica, sin cambios bruscos. Se ha puesto de manifiesto que el padre es negligente en el ejercicio de determinadas funciones parentales, como en el tema económico y de orden o continuidad en la convivencia y no ha sido claro ni ha expuesto sus razones de forma justificada, ni a la Sala ni al parecer a la progenitora. Por todo ello estimamos la impugnación y acordamos que la guarda del menor corresponde a la madre y que el menor permanecerá con su padre los fines de semana alternos desde la tarde del viernes a la entrada en el centro escolar los lunes y una tarde sin pernocta que en defecto de acuerdo será la del miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20.30 horas. Se mantiene el reparto por mitad de los periodos vacacionales que establece la sentencia.

[213] BADOSA COLL, F. (1986). "Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil", *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela, vol. I,* Madrid: Tecnos, p. 257. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393,2004).

[214] GÓNZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 257.

[215] HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *op. cit.,* p. 210.

[216] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.,* p. 73. Para SERRANO ALONSO, E. (2006). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil". En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. 2,* Barcelona: Bosch, Barcelona, p. 689 conflicto de intereses existe "cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes, pone en peligro el beneficio del menor o incapaz al ser éste, contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos".

Por su parte, en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484) en su *Fundamento de Derecho 2.º* cuando señala que: "El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste, contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos".

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700), asimismo, indica que, habrá conflicto de intereses "cuando los intereses de uno (…) y otro (…) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar el perjuicio para otro"; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,239550) define conflicto de intereses en su *Fundamento de Derecho 2.º* como "la situación en la que el representante legal se ve obligado a tomar una decisión sobre un asunto patrimonial que, en circunstancias normales, si no fuera atribuida directa o indirectamente a aquel, le correspondería, definición que hoy se entiende que, necesariamente debe ampliarse a intereses y asuntos familiares y personales

tales como el ejercicio de acciones de reclamación e impugnación de paternidad o filiación en las que se produzca una situación idéntica, debiendo tenerse presente siempre que, cuando el conflicto se produzca con los titulares de la patria potestad debe aplicarse el artículo 163.2 del Código Civil, conforme al que sin necesidad de especial nombramiento corresponde al otro progenitor la representación del menor, sin que deba nombrarse defensor judicial".

[217] Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127.

[218] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 105-106. Por su parte, MARTOS CALABRÚS, M.ª A. (2023). *El defensor judicial de la persona con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 63 indica, al respecto, que "para que exista conflicto de intereses tiene que darse en un ámbito subjetivo específico y concurrir unos criterios o requisitos desde un punto de vista objetivo. Con respecto al ámbito subjetivo, según la regulación anterior, tenía que darse entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, es decir, los titulares de la patria potestad o los tutores en el caso de los menores y, en el caso de personas con discapacidad los tutores (…). Con la nueva regulación, el ámbito subjetivo en caso de menors sigue siendo lo mismo (…)".

[219] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1095. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 10 de mayo de 2005 (LA LEY 103770,2005); y, de 19 de mayo de 2025 (JUR 2025,125517); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999,1339); y, la RDGSJYFP, de 17 de octubre de 2023 (JUR 2024,453894)

Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, de 26 de enero de 2007 (JUR 2007,314332) que "la oposición de intereses vendrá de la posibilidad de una ventaja, beneficio o ganancia que el progenitor pueda obtener y, que correlativamente comporte perjuicio para el hijo".

[220] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003). Por su parte, la RDGRN de 14 de mayo de 2010 (BOE, 27 de septiembre de 2010, pp. 81.904 a 81.909), señala que "para determinar que existe conflicto de intereses debe concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos".

[221] RJ 1995,3238.

[222] Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393,2004) donde se señala que "el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador en defensa del menor (Sentencia de 17 de enero (LA LEY 825,2003) y 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003) en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia".

[223] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1985 (RJ 1985,3109); y, de 18 de octubre de 2012 (Roj. STS 6952/2012; ECLI:ES:TS:2012:6952) conflictos entre hermanos herederos en la partición, siendo uno representante del otro.

[224] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1093; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil", *op. cit.,* p. 474; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 95; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil". En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. III, vol. 2.º,* Madrid*:* Edersa*,* p. 192; del mismo autor (1993). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil". En: En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y S. Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, 2.ª edición, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia*,* p. 561; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* "Defensor judicial", *op. cit.,* p. 344. En contra, sólo para el ámbito patrimonial, HERNÁNDEZ GIL F., "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *op. cit.*, p. 207; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 200.

[225] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 25 de mayo de 2006 (LA LEY 70796,2006); y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 (JUR 2006,225845).

[226] En esta línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 235 del Código Civil", *op. cit.,* p. 446. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700).

[227] FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 74-78; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). "Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil", *op. cit.,* p. 474; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1094 para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues, esta última no se exige; SERRANO GIL, A. (2009). "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 173; HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *op. cit.,* p. 211 quien, asimismo, precisa que "debe excluirse el conflicto futuro, aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses".

[228] Vid., sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2004 (Roj. STS 4650/2004; ECLI:ES:TS:2004:4650); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 de diciembre de 2004 (AC 2005,255).

[229] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017,4760). Asimismo, vid., SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). "Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses". En: S. De Salas Murillo y M.ª V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch, p. 282.

[230] BADOSA COLL, F. (1986). "Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil", *Comentario a* la *reforma de la nacionalidad y la tutela, vol. I,* Madrid: Tecnos, p. 257.

[231] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002,6426) en el que se señala que, "no se da en el caso contraposición de intereses entre la hija menor y sus padres, sino al contrario sustancial coincidencia en que se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor"; la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393,2004), donde manifiesta que "la situación de conflicto se ha de identificar con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses, irá en detrimento de los de los hijos (sentencia de 17 de enero (LA LEY 825,2003); y de 5 de noviembre de 2003 (LA LEY 254,2004) es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurran y que resulte admisible una defensa conjunta". En el presente caso añade la sentencia "resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos, y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial"; el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 26 de febrero de 2007 (LA LEY 116830,2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.ª, de 6 de noviembre de 2007 (LA LEY 252677,2007) en la que se precisa que "obvio es que el mero hecho de que los intereses de los padres e hijos menores sean distintos no implica que ineluctablemente sean antagónicos, opuestos o contradictorios, sino que habrá que estarse a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su concurrencia, habiendo precisado el Tribunal Supremo que, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa de los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de sus hijos (SSTS 17-1 y 5-11-2003)".

[232] HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *op. cit.,* pp. 210-211; en igual sentido, MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo

artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1094; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 199 quien añade que "de otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo".

[233] FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 63.

[234] GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). "El defensor judicial", *op. cit.,* p. 199.

[235] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de octubre de 1993 (AC 1993,2149); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002,259373); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 16 de julio de 2002 (LA LEY 133815,2002); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 9 de julio de 2008 (LA LEY 331180/2008).

Por su parte, precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 15 de abril de 2002 (LA LEY 73256,2002); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007,254619) que se nombra defensor judicial respecto del conflicto de intereses de los padres con los hijos menores de edad emancipados o no, y los incapacitados, no cuando se plantea con hijos mayores de edad. En este sentido, vid., asimismo, la RDGNN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010,3631).

[236] HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). "Sobre la figura del defensor judicial de menores", *op. cit.,* pp. 217-221; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.,* pp. 157-158; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 561. En igual sentido, se pronunció la RDGRN de 19 de septiembre de 1929 (*Jurisprudencia Civil*, en la RGLJ, T. 190, Madrid 1931, número 96, p. 529) al declarar que, siendo el padre heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar, y fideicomisarios los hijos que él pueda tener, no puede estar éstos representados por él.

[237] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1097; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 89.

[238] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). "Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1096; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 93.

[239] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 8 de mayo de 2000 (LA LEY 94186,2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 16 de julio de 2001 (LA LEY 143957,2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.ª, de 3 de junio de 2002 (LA LEY 105006,2002); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 8 de mayo de 2009 (LA LEY 93015,2009).

Por su parte, el artículo 222-29 del Código Civil catalán señala que: *"Si sólo existe un tutor o si el conflicto de intereses también existe con relación a la persona que debería sustituirlo, la autoridad judicial debe nombrar a un defensor judicial"*.

[240] Sin embargo, el artículo 222-29 del Código Civil catalán dispone que: *"En caso de conflicto de intereses con el tutelado, si existen dos tutores o un tutor y un administrador patrimonial, la persona afectada es sustituida por la otra"*.

[241] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.,* p. 173.

[242] RJ 1987,368. Vid., asimismo, en relación con la partición, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 5 de marzo de 1998 (AC 1998,5153); y el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, de 9 de junio de 2003 (LA LEY 102192,2003).

[243] RJ 1995,3238. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 (RJ 2011,4400); y, de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012,9722); y, las RDGRN de 25 de abril de 2001 (RJ 2002,2868); y de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002,8572).

[244] RJ 1995,1329 y RJ 2003,6277.

[245] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.ª, de 19 de julio de 2004 (LA LEY 170522,2004); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 4.ª, de 18 de septiembre de 2008 (JUR 2008,70273), también en un supuesto de aceptación y adjudicación de la herencia causada.

[246] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 13 de mayo de 2022 (Roj. SAP C 1270/2022; ECLI:ES:APC:2022:1270).

[247] RJ 1996,2175.

[248] RJ 2017,1880.

[249] JUR 2007,314332.

[250] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 (RJ 2011,4400).

[251] Vid., las RDGRN de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013,716) manifiesta al respecto que "la opción derivada de la cautela socini implica conflicto de intereses entre la madre representante y la hija incapacitada a la que representa, ya que no es lo mismo que dicha hija incapacitada reciba unos bienes inmuebles libres de todo gravamen como exige la Ley respecto a la atribución de la legítima, que los reciba en nuda propiedad, aunque se señale una mayor cuantía de los bienes adjudicados a la misma, pues el resultado de la opción ejercitada en representación de la incapacitada es que ésta recibe su participación en el inmueble gravada por el usufructo universal a favor de la madre representante, cuando aplicando las normas de libertad de porción legitimaria, se hubiera podido plantear también la opción alternativa de recibir los bienes que les correspondieran por legítima en pleno dominio y por tanto, excluidos del usufructo a favor de la representante. Por lo que, producida esta situación de conflictos de intereses, no corresponde a la representante decidir acerca de tal opción, ni cabe entrar, a efectos de inscripción, en el valor dado a los bienes ni en la clase y cuantía de los que se han adjudicado a la legitimaria, pues, la decisión en estos casos de conflictos de intereses corresponde al defensor judicial, que es el que se encuentra en posición objetiva de imparcialidad con los requisitos del artículo 1060 del Código Civil; y, de 5 de febrero de 2015 (RJ 2015,2313) que dispone que "en el presente caso, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o cautela socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente y fue ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que supone una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legitima del incapaz. Así considerando, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial.

[252] LA LEY 15417,1996.

[253] LA LEY 120312,2001.

[254] JUR 2000,193241.

[255] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999,2460).

[256] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1909; y, las Resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1922; de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002,8572) en las que al ser la madre usufructuaria y los hijos menores nudos propietarios se requiere el nombramiento de un defensor que represente a los menores en el acto particional; y, de 2 de junio de 2010 (RJ 2010,2634)

[257] Vid., las RDGRN, de 14 de marzo de 1991 (RJ 1991,2540): y, de 3 de abril de 1995 (RJ 1995,3238) partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en la proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad a ella y a sus dos hijos en usufructo y propiedad en la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Existencia de conflicto de intereses por posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegara a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado. Limitación de la futura partición de los restantes bienes relictos por la adquisición parcial realizada.

[258] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (RJ 1997,4605); de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002,9484); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003,433); de 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132,2003); de 30 de junio de 2004 (LA LEY 13302,2004); y, de 9 de julio de 2004 (RJ 2004,5246). Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid,

secc. 24.ª, de 29 de enero de 2004 (LA LEY 25299,2004); la sentencia de la Audiencia Provincial Badajoz, secc. 2.ª, de 11 de mayo de 2004 (LA LEY 111153,2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 9 de junio de 2004 (LA LEY 136258,2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, de 21 de junio de 2004 (LA LEY 146422,2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007,84812); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 de noviembre de 2008 (LA LEY 252137,2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040,2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 19 de enero de 2009 (LA LEY 23899,2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de abril de 2009 (LA LEY 252954,2009); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 2 de octubre de 2009 (LA LEY 259013,2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 9 de mayo de 2022 (LA LEY 158071,2022); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 13 de junio de 2022 (LA LEY 177266,2022).

[259] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981,3076).

[260] Vid., la Resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 1987,368).

[261] Vid., las Resoluciones de la DGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 1987/368); de 10 de enero de 1994 (RJ 1994,234) se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre; de 6 de febrero de 1995 (RJ 1995,1329); de 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998,8490), de 6 de noviembre de 2002 (RJ 2003,444); y, de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003,6277).

[262] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1981 (RJ 1981,3037); de 16 de julio de 1999 (RJ 1999,6353); y, de 23 de octubre de 2003 (RJ 2003,7407).

[263] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002,6426) coincidencia es que, se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor.

[264] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012,6700).

[265] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, de 13 de mayo de 2022 (LA LEY 137399,2022).

[266] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017,4760).

[267] Vid., la Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2015 (RJ 2015,6507).

[268] Vid., la Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016,1350).

El "derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo" en la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo

The "woman's right to self-determination with respect to the termination of pregnancy" in Constitutional Court ruling 44/2023 of may 9

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

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (plenaria – pero no unánime) es polémica en su forma y en su fondo.

En esencia crea *ex novo* un derecho fundamental a la "autodeterminación de la mujer en la interrupción del embarazo" (derecho al aborto).

Se funda en una interpretación evolutiva de la Constitución y la libertad e integridad física y moral de la mujer y consagra el sistema de plazos (aborto libre hasta las catorce semanas y en supuestos especiales después).

Los numerosos votos particulares disienten porque la creación de este nuevo derecho no es correcta técnicamente si no se modifica la Constitución y resulta insuficiente la protección de la vida del *nasciturus* frente a la libertad de la mujer, quebrando el equilibrio en la ponderación de intereses mantenido por la jurisprudencia desde la importante sentencia de 1985.

También se analiza la jurisprudencia internacional europea y la normativa de algunos países, para situar el caso español.

ABSTRACT: Constitutional Court Ruling 44/2023 of May 9, 2023 (plenary – but not unanimous) is controversial in form and substance.

In essence it creates ex novo a fundamental right to self-determination of women in the termination of pregnancy (right to abortion).

It is based on an evolutionary interpretation of the Constitution and the freedom and physical and moral integrity of the woman and enshrines the time limit system (free abortion up to fourteen weeks and in special cases thereafter).

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.08
Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

The numerous dissenting opinions do not agree because the creation of this new right is not technically correct if the Constitution is not modified and the protection of the life of the unborn child is insufficient compared to the freedom of the woman, breaking the balance of the weighing of interests maintained by the jurisprudence since the important 1985 ruling.

It also analyzes the European international jurisprudence and the regulations of some countries, in order to situate the Spanish case.

PALABRAS CLAVE: Aborto, plazos, derecho fundamental, vida prenatal, *nasciturus*, enfoque evolutivo, maternidad.

KEY WORDS: Abortion, time limits, fundamental right, prenatal life, nasciturus, evolutionary approach, maternity.

SUMARIO: I. EL OBJETO DE ESTUDIO, SU ENFOQUE Y ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.—II. PAUTAS INTERPRETATIVAS DE LA SENTENCIA 44/2023 DE 9 DE MAYO: EN PARTICULAR, LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA.—III. LA STC 44/2023, DE 9 DE MAYO PRETENDE LA EXCLUSIÓN DE LA STC 53/1985.—IV. EL EXCESO DE JURISDICCIÓN.—V. LA CREACIÓN *EX NOVO* DE UN DERECHO FUNDAMENTAL AL ABORTO.—VI. LA IMPORTANCIA DEL DIFERENTE ENFOQUE.—VII. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA MATERNIDAD.—VIII. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL OBJETO DE ESTUDIO, SU ENFOQUE Y ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

EL objeto principal de nuestro comentario es la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 44/2023, de 9 de mayo de 2023, plenaria —pero no unánime— que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Los principales argumentos de sus fundamentos los iremos examinando en contraste con los de los distintos votos particulares, sin perjuicio de matices y cuestiones de aspecto procedimental[1]. También haremos alguna referencia tangencial a sentencias posteriores e informes sobre la misma materia[2].

La primera de las cuestiones que se analiza por los magistrados discrepantes es la pérdida sobrevenida de objeto de determinadas impugnaciones por el juego de fechas que concurre en este caso, del que resulta que la sentencia es, en realidad, posterior ya a la nueva ley confirmada por el fallo[3].

En efecto, tal como expone el voto particular conjunto que formulan los magistrados Dn. Ricardo Enríquez Sancho, Dn. Enrique Arnaldo Alcubilla y Dn. César Tolosa Tribiño (los votos particulares se referencian en delante con la abreviatura VP., seguida de su diferente ordinal, 1, 2,..) en su apdo. 1 *in fine*: "El objeto de enjuiciamiento en esta sentencia de la que discrepamos no puede alcanzar a preceptos que en este momento ya no están vigentes, pues resulta innecesaria la depuración del ordenamiento y —pensamos *a fortiori*— que no puede aprovecharse la misma para hacer declaraciones que prejuzguen o anticipen decisiones sobre

preceptos no impugnados en este recurso de inconstitucionalidad". Y razona que no se consideran válidos (por insuficientes) para sostener lo contrario los argumentos aducidos por la mayoría (en esencia, el derecho fundamental que se alegó como vulnerado y el tiempo transcurrido desde la STC 53/1985)[4].

Aunque la magistrada BALAGUER CALLEJÓN en su voto particular concordante (en adelante, VP. 2) reconoce el principio general de que la mera derogación de la norma recurrida genera la pérdida de objeto del recurso, lo excepciona en este caso porque concurre un innegable interés público de la materia en debate.

A su juicio, el interés de esta sentencia trasciende el propio objeto del recurso de inconstitucionalidad, no solo por las expectativas generadas en la ciudadanía tras el retraso en la resolución del recurso (en lo que a nuestro juicio no le falta razón, al menos, sociológicamente hablando)[5], sino por la propia posición del Tribunal como intérprete del texto constitucional[6].

Pero la magistrada ESPEJEL JORQUERA no comparte estas consideraciones. El apdo. C) del Fto. 2 de la sentencia mantiene (bajo el título "Diferencias entre el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad y el objeto de la STC 53/1985") que ni la STC 53/1985 ni ninguna otra constituyen parámetro de control de constitucionalidad para este Tribunal, pues según el art. 1.1 de su Ley Orgánica "está sometido solo a la Constitución y a la presente ley orgánica". Sin embargo, según ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.5), el Tribunal no puede desconocer los precedentes de su jurisprudencia y apartarse sin más de la misma, sino que es preciso que se motive el cambio (literalmente, "la cuestión se someterá a la decisión del Pleno", *ex* art. 13 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que no cabe la modificación subrepticia y arbitraria (no reconocida ni motivada).

II. PAUTAS INTERPRETATIVAS DE LA SENTENCIA 44/2023. EN PARTICULAR, LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

Varias cuestiones se aprecian en este apartado.

En el voto disidente encabezado por Ricardo Enríquez Sancho (VP.1) se afirma que la STC 44/2023 apela a la doctrina norteamericana de la "Constitución viva" (*living constitution*) para justificar una pretendida "interpretación evolutiva" de la norma fundamental, que a la postre va a servir de justificación para sostener que la regulación del aborto por Ley Orgánica 2/2010 no solo no es inconstitucional, sino que es precisamente (y más aún tras su reforma en 2023) el modelo legal más adecuado a nuestra Constitución, interpretada está atendiendo al presente contexto histórico.

Para AZPIROZ VILLAR (2023) con tal interpretación evolutiva, aludida por el Fto. B),a), la sentencia "*se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad",* pero incurre en relativismo introduciendo inestabilidad en nuestro ordenamiento y elevando la realidad (aun injusta, indeseable y siempre cambiante) por encima del deber ser, de los principios y valores constitucionales, erigiendo, además, al Tribunal Constitucional como auténtico legislador[7]. Por su parte, GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 260) considera que

dicho criterio evolutivo puede ser empleado en dos sentidos: como una compleja actividad (desarrollada en un proceso) o solo como resultado[8].

Por tanto, varios aspectos podemos comentar. En primer lugar que el control de constitucionalidad no ha de proyectarse sobre "modelos" legales (en definitiva, opciones políticas que cada legislador plasma en leyes), sino sobre concretos textos legislativos.

Por una parte, el recurso al criterio interpretativo de la denominada "realidad social" (art. 3 Cc) puede reflejar la obsolescencia de algunas previsiones constitucionales y, por tanto, la necesidad de su cambio, incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional. En definitiva, "se pretende elevar dicho criterio a la categoría de canon de constitucionalidad y afirmar la pretendida notoriedad de lo que, con notable voluntarismo, califica como *consensos* acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo" (VP.1.2, pfo.2 y 4.pfo 3.º).

Por otra parte ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.4, *in fine*) rechaza el argumento de la pretendida evolución de la realidad social porque se emplea de modo fragmentario (excluyendo otras posiciones jurídicas), se apoya en textos que no tienen fuerza vinculante[9] y la jurisprudencia europea se analiza de forma incompleta y parcial, además de ignorar el cauce correcto de la reforma constitucional.

III. LA STC 44/2023, DE 9 DE MAYO, PRETENDE LA EXCLUSIÓN DE LA STC 53/1985

Es de amplia aceptación que la STC 53/1985 contiene la doctrina constitucional originaria y no derogada en esta materia. Los magistrados del VP. 1 consideran incoherente dicha exclusión porque no en vano la doctrina sobre el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, es decir, de la vida humana en formación (*ex* art. 15 CE) ha sido confirmada por la posterior jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, y más recientemente 66/2022, de 2 de junio, y 11/2023, de 23 de febrero)[10]. La contradicción es evidente porque la propia Ley Orgánica 2/2010, impugnada en el recurso, afirma en su Exposición de motivos, hasta en cuatro ocasiones, haber tenido en cuenta la doctrina sentada en la STC 53/1985 para justificar que no la contradice (al menos, no lo pretende); lo que no casa con su rechazo por la STC 44/2023. Pero curiosamente en un alarde de oportunismo argumentativo la sentencia comentada sí parece acudir a la doctrina de la STC 53/1985 allí donde lo entiende conveniente para apoyar sus tesis favorables a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad[11].

Como vimos, este Tribunal, como cualquier otro, puede apartarse de su doctrina precedente (en este caso de la contenida en la STC 53/1985), pero ha de hacerlo expresando debidamente las razones para ello, lo que no parece en este caso con la contundencia precisa (VP. 1.3 pfo 2). Sin embargo, al menos dos afirmaciones de la STC 53/1985 deben entenderse subsistentes: que ni la protección del *nasciturus* ni los correlativos derechos de la mujer son absolutos (ni uno respecto del otro, ni recíprocamente) y, en segundo lugar, que el *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido por el art. 15 CE; y que, en consecuencia, el

Estado tiene la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida (también la prenatal), suficiente y efectivo (incluyendo la posible punición) (Ftos. 5, 6 y 7 de STC 53/1985)[12].

En este sentido la magistrada ESPEJEL JORQUERA considera que la sentencia debería haber examinado la constitucionalidad de los preceptos impugnados tomando como punto de partida el valor constitucional de la vida humana y su protección, singularmente de la vida del *nasciturus*, para a continuación referirse a los límites y garantías de esa protección en las situaciones de conflicto entre derechos y bienes jurídicos, y en último término, a la idoneidad y suficiencia de las medidas recogidas en la Ley como instrumento de preservación de la vida del *nasciturus*[13].

Lo que ocurre es que, al parecer, estas afirmaciones de la STC 53/1985 obstaculizan la pretensión de la STC 44/2023, de "articular un pretendido nuevo derecho categorizado como fundamental, en este caso el derecho de la mujer al aborto"[14].

Para lograr dicha articulación la magistrada BALAGUER CALLEJÓN reconoce que la principal razón del Tribunal para apartarse de la STC 53/1985 es que la concepción contemporánea sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y el alcance de su libertad para decidir sobre la continuidad o no de un proceso biológico que se desarrolla exclusivamente en su cuerpo, se ha visto tan radicalmente modificada que es necesario resolver el mismo problema planteado en 1985 desde otro enfoque[15]. Es decir, en esencia lo que se rechaza no es la propia STC 53/1985 sino su concreto enfoque del conflicto entre valores constitucionales. E insiste: "entiendo que la desconexión de los razonamientos allí contenidos debería haber sido mucho más enérgica… (porque) termina realizando juicio de ponderación que no deja de considerar equiparables realidades que en absoluto lo son"[16].

Como ella misma reconoce, el centro de su razonamiento es la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico. Su planteamiento da un paso más, porque entiende que no hay derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de ésta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE) y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE) los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución[17].

Respecto a esa laicidad aludida por BALAGUER CALLEJON (VP. 2.2) entra un nuevo agente en la polémica, al que atribuye (¿cómo mérito o demérito?) la introducción histórica del valor del *nasciturus* como bien protegible ("desde que irrumpe en este debate la doctrina de la Iglesia, en la concepción del embrión y del feto como portadores del alma humana, esto es como sujetos animados"). Y continúa: "estas consideraciones, son esencialmente religiosas…y su proyección hacia quienes comparten esos planteamientos éticos, no tienen carácter absoluto, ni una proyección jurídica automática, porque no todo lo éticamente reprochable (¿lo reconoce?) es necesariamente punible"[18]. Estamos de acuerdo en esta afirmación general pero existe una ámbito algo difuso —aunque no estrecho— entre lo no punible (penalmente) y lo configurado como propio derecho subjetivo. A propósito de la Iglesia Católica, puede afirmarse que, como se desprende de sus

documentos, se ha pronunciado en un claro sentido contrario a la interrupción voluntaria del embarazo[19].

IV. EL EXCESO DE JURISDICCIÓN

Otra cuestión polémica es el exceso de jurisdicción que se manifiesta en varios sentidos.

En esencia, la Constitución no solo impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), sino también al propio Tribunal Constitucional. Frente a ello, una prueba evidente de este exceso de jurisdicción es que la STC 44/2023 valora un modelo legal u opción legislativa, en lugar de limitarse a enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los concretos preceptos impugnados de la Ley Orgánica 2/2010. Más concretamente, este Tribunal examina el sistema de plazos en su conjunto implantado por la citada Ley y que sustituye al sistema de indicaciones de la legislación precedente (precisamente la que es objeto de la STC 53/1985) con el refuerzo del argumento de que se halla en consonancia con las legislaciones de los países de nuestro entorno[20].

Con expresivo epígrafe, "Sobre el exceso de jurisdicción al enjuiciar un modelo en lugar de preceptos concretos" se delata por algunos magistrados disidentes[21] la abierta exposición de ese modelo en el Fto. 4 de la STC 44/2023 bajo el título literal "examen del sistema de plazos en su conjunto" y su blindaje frente a futuras impugnaciones en el Fto. 5 de la misma, consagrando el sistema de plazos como el único válido en coherencia con la Constitución: "esta opción regulatoria es conforme con nuestro texto constitucional y con la doctrina de este tribunal; por tanto, todas las impugnaciones deben ser desestimadas".

Según ESPEJEL JORQUERA el desbordamiento de la función de control que corresponde a este Tribunal es doble: además de crear un derecho fundamental *ex novo*, analiza con carácter general el sistema de plazos (Fto. 4), en vez de ceñirse al examen de la constitucionalidad de los concretos preceptos impugnados y sin exceder de aquellos que no han sido objeto de modificación mediante la Ley Orgánica 1/2023[22].

A mi juicio no han de invertirse los términos del enfoque negativo por uno positivo al menos en su formulación literal, en materia de control de la constitucionalidad, como advierte también uno de los votos particulares: cuando este Tribunal, al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, alcanza la conclusión de que el legislador no ha infringido la Constitución, su función no es la de apreciar y declarar que la ley enjuiciada es "constitucional", sino, que "no es inconstitucional" (VP. 1.4. pfo 3). De este modo se ataca frontalmente la pluralidad de opciones que la Constitución abre al legislador, en ejercicio del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) y que esta misma STC 44/2023 reconoce expresamente proteger (Fto. 2B), pero que en definitiva desconoce (VP. 1.4 pfos. 5 y 6)[23].

La magistrada BALAGUER CALLEJÓN justifica esta postura de la STC 44/2023 argumentando que dicho sistema de plazos supone la protección del bien jurídico de la vida prenatal, y se fija desde la convención legal de otorgar a la mujer un plazo o un espacio de decisión que se estipula como razonable, para disponer

sobre la continuidad del embarazo en virtud de sus propias consideraciones morales, que se proyectan sobre la configuración autónoma de su proyecto vital, y seguramente también sobre la consideración moral que le merece el producto de la gestación.

Esta magistrada comenta la gradación sucesiva de estos plazos: "A partir de ese momento, que también podría ser otro si así se determinase, se establecen una serie de condiciones para que el aborto consentido no sea considerado punible, porque exista una indicación terapéutica o embriopática (lo que amplía el plazo de interrupción hasta la semana veintidós de gestación, o a partir de ese momento para las indicaciones eugenésicas). No en vano, ya la STC 53/1985 (Fto. 8) alude a la que denomina "autodeterminación consciente" que, en relación con la mujer, tiene una propia especificidad que se expresa en el "ámbito de la maternidad" y "derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe de contribuir"[24].

En efecto, para SIEIRA MUCIENTES (2023, 294) el legislador, en el sistema de plazos, otorga un mayor peso a la autodeterminación materna sobre el otro bien constitucional en conflicto, la vida prenatal; opción que es posible, *a priori*, pero requeriría posteriormente el oportuno análisis por el Tribunal respecto a sus límites, particularmente, si existe suficiente protección de la vida prenatal. Igualmente sería respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad la alternativa de proteger la vida prenatal mediante un sistema de indicaciones, configuradas de un modo suficientemente amplio que admitiese incluso una protección penal a la vida prenatal. Pero el Tribunal descarta ahora un sistema de prohibición penal general y despenalización de unos supuestos, solución no solo posible sino ya establecida en la ley anterior.

Por su parte, ESPEJEL JORQUERA contraargumenta que tal sistema (al menos así configurado) no contempla protección real alguna de los derechos del *nasciturus*, sino que, contradiciendo las afirmaciones previas, da preponderancia absoluta a los derechos de la mujer. Para ella, lo que BALAGUER CALLEJÓN denomina "tutela gradual de la vida prenatal correlativa a una limitación gradual de los derechos fundamentales de la mujer" no es sino un sistema de plazos, que se declara constitucional en conjunto, en el que el mayor o menor grado de protección del *nasciturus* se basa exclusivamente en función del tiempo transcurrido desde el inicio de la gestación[25]. Basta examinar esa pretendida "tutela gradual" para concluir que la misma es ficticia y que encubre la total inexistencia de tutela de la vida humana en gestación durante las catorce primeras semanas[26].

Continua BALAGUER CALLEJÓN discutiendo estas afirmaciones de ESPEJEL JORQUERA y distingue un reconocimiento constitucional del *nasciturus* y una protección penal excepcional: "Estas consideraciones refuerzan todo el argumento previo de que los únicos derechos fundamentales en presencia son aquellos de que es titular la mujer embarazada, y la intervención penal actúa como límite a esos derechos para proteger un bien jurídico de configuración legal, cual es la vida humana en su fase prenatal"[27]. Para ella, "es preciso evitar el análisis de la interrupción voluntaria del embarazo como un conflicto entre la vida prenatal y la libertad de decisión de la embarazada, porque esta aproximación atribuye al embrión la naturaleza de objeto autónomo e independiente de la mujer que lo gesta"[28].

Lo cierto es que esa postura negada por la magistrada BALAGUER CALLEJÓN es precisamente la consideración, no ideológica o religiosa, sino de la ciencia biológica. Pero insiste y remata su argumento: "esa visión no cabe en una comprensión de la dignidad de la mujer como individuo libre, consciente y responsable, capaz de asumir las obligaciones derivadas de sus percepciones morales en caso de que exista (*sic* ¿de que exista el qué: la comprensión de su dignidad, sus percepciones morales,...?), o no de no hacerlo (*sic* ¿y no siendo capaz de ello, realmente puede ejercitar una opción libre y responsable?)". Coherente con su posición, afirma: "No se trata, por tanto, de una cuestión de ponderación, sino de una aceptación de límites penales que se proyectan sobre la libertad individual de la mujer y deben valorarse en ese rango de ideas".

Pero en nuestra opinión no debe confundirse la causa de la protección prenatal (su esencia de bien jurídico), con las vías para hacer efectiva tal protección (vg., consecuencias penales) pues estas vías serían la consecuencia jurídica y aquella protección su fundamento. Además, podríamos preguntarnos de *lege ferenda* si realmente sólo son concebibles límites penales, si es el ilícito penal la única modalidad de ilicitud en esta materia, entre otras cuestiones.

Por el contario, respecto de la trascendencia metodológica del enfoque para culminar en una u otra tesis, ya DÍEZ PICAZO (2002) advirtió hace casi tres décadas del peligro de esta deriva: en un sistema de indicaciones la regla general es la ilicitud, con excepciones despenalizadas, mientras que un "sistema de plazos" (que atiende a determinado grado de madurez del feto) su legalización (pre)supone el otorgamiento de un derecho. Se configuraría así (como realmente parece haber sucedido) un derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo en choque frontal con las premisas de la STC 53/1985. Sería (es) un derecho que nace directamente "ex constitutione" y, por consiguiente, circunscribe las posibles opciones del legislador. Y asimila(ba) tal derecho al que resulta (hoy) también de la regulación de la eutanasia.

Para dicho autor, es este un ámbito arquetípico de la doble vertiente de los derechos fundamentales: como derechos subjetivos y como valores objetivos (en nuestro caso, de la vida humana, *ex* art. 15 CE) lo que se muestra en la colisión con otros bienes jurídicos (vida y salud de la madre, libertad sexual); valores que son fundamento de aquellas indicaciones reconocidas por la STC 53/1985. La paradoja es evidente: porque, siendo el *nasciturus* vida humana, se le privaría de la posibilidad de defender, ciertamente mediante representante, su pleno desarrollo biológico y con ello alcanzar su propia personalidad jurídica[29].

La STC 44/2023 en su Fto. 3, relativo a los derechos y bienes constitucionales concernidos por la interrupción voluntaria del embarazo, sienta en su apartado D la siguiente conclusión:

"De acuerdo con lo expuesto, el respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1), exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación. Respetando ese ámbito mínimo —e íntimo— que garantice a la mujer un razonable ejercicio de sus derechos, corresponde al legislador determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales

de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido. Tal limitación ha de consistir solo en las medidas necesarias para conseguir el fin perseguido, atendiendo a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial…" (omitimos la profusa cita de jurisprudencia para una lectura más cómoda de esta síntesis).

Respecto del aborto eugenésico (supuesto previsto en el art 15,b, de la Ley 2/2010), la sentencia analizada también rechaza como aplicable al juicio de constitucionalidad el canon de la STC 53/1985, pues "es evidente que la detección en el feto de graves anomalías constituye una variable de extraordinaria influencia en la toma de dicha decisión, alterando por completo el escenario decisorio previo a la misma, en cuanto a la continuación o no de la gestación; asumiendo las consecuencias derivadas de una u otra decisión consciente y meditada" (Vid VP. 3.10. pfo. 7).

A ese respecto, la STC 44/2023 continua con un razonamiento científico-práctico: "En el estado actual de la ciencia, gran parte de estas anomalías se detectan después de la semana catorce de gestación, incluso en un momento muy posterior, próximo o superior al plazo de las veintidós semanas (piénsese en todos aquellos casos en que sea preciso llevar a cabo una amniocentesis o cordocentesis para el diagnóstico). De no extenderse más allá de las catorce semanas el plazo concedido a la mujer para adoptar su decisión acerca de la continuación o no del embarazo en caso de detección de graves anomalías fetales, se le estaría privando *de facto* de la posibilidad de tener en cuenta esta circunstancia, extraordinariamente relevante en todos los sentidos, a la hora de adoptar su decisión, bien porque en el momento de la detección carece del tiempo necesario para poder reflexionar de modo sereno y reposado antes de decidir, bien porque tal detección se produzca incluso fuera del plazo de las catorce semanas"[30].

Lo que no es aceptable para los magistrados disidentes —en especial, para ESPEJEL JORQUERA— es que el anterior fundamento se refuerce con el reconocimiento del *pseudoderecho* fundamental previamente configurado en el Fto. 4 de esta sentencia, es decir, la creación *ex novo* de un derecho fundamental inexistente[31]. En esa misma línea PUPPINCK (2021) considera que concebido así el aborto supone la dominación de la voluntad sobre el ser: la *libertad* del aborto implica que la vida está en el poder de la voluntad[32]. El aborto abre el camino hacia el dominio racional de la vida humana considerada como material, y supone la ruptura del icono del respeto a la vida y que la sociedad acceda a nuevas *libertades* (la cursiva es suya), tales como la libertad sexual (facilitada por la anticoncepción, pero garantizada por el aborto)[33]. Tampoco es admisible a juicio de REY MARTÍNEZ (2011, 751), entre otros autores, el criterio de la participación en la vida social (inexistente en el *nasciturus*) por reflejar una visión antropológica subyacente enormemente peligrosa[34].

Por una parte, la STC 44/2023 reconoce que "las consecuencias derivadas de una u otra decisión adoptada por la mujer no habrán de ser asumidas exclusivamente por la misma, sino que afectarán de forma directa e irreversible a la vida del feto que padece las anomalías referenciadas" (lo que a nuestro juicio no implica que comparta su responsabilidad con dicho feto). Pero por otra, ESPEJEL JORQUERA difiere de la eficacia de la información preceptiva afirmada por esta

sentencia y expone sus objeciones respecto de la insuficiencia de la información escrita y su carácter estereotipado. Ello hace cuestionable la efectiva prestación de un consentimiento realmente informado y libre respecto a una intervención que pondrá fin a la vida humana en formación. Es esencial valorar en cada caso la situación de la mujer, las concretas anomalías detectadas en el feto, sus consecuencias, la posible incidencia en su desarrollo vital y prestaciones, ayudas y asistencia social específicas para la concreta patología sufrida,…[35].

En cualquier caso, el límite entre el consentimiento (correctamente) informado y la intervención (indebida) de un tercero es difuso y así lo reconoce la STC 44/2023 (Fto. 3.A.4 y 4.a) y el Preámbulo Ley Orgánica 2/2010 II pfo. 7: "la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución".

También SIERIA MUCIENTES (2023, 306) admite que la posible inoperancia real de la información que otorga validez al consentimiento constituye una desprotección de la vida prenatal y no es prescindible, sin negarle importancia a las políticas de educación sexual y promoción de la maternidad, porque éstas dependen de una *interpositio legislatoris* adicional y futura. No es suficiente la argumentación de que así se evitan presiones externas a la decisión de la mujer que puedan resultar indebidas por excesivas, pues mal puede consentirse con conocimiento de causa, libre y maduro, si se renuncia a leer la información entregada por escrito, y si no se cerciora el legislador de que la información sea conocida.

V. LA CREACIÓN *EX NOVO* DE UN DERECHO FUNDAMENTAL AL ABORTO

Un paso más y el definitivo a nuestros efectos, producto también de un exceso de jurisdicción, es el de calificar el aborto como derecho. En efecto, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que le corresponden, el Tribunal Constitucional reconoce un nuevo derecho fundamental, que se identifica como "derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo", anclado en el art. 15 CE, en conexión con los principios de liberad (art. 1.1 CE) y dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), del que se sigue el deber constitucional de los poderes públicos (singularmente, del legislador) de garantizar su efectividad, lo que no es sino un modo de afirmar el carácter prestacional de este nuevo derecho construido *ex novo* por la sentencia. Lo hace siguiendo las pautas de la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo, en relación con la eutanasia[36].

A juicio de SIEIRA MUCIENTES (2023, 264) las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023 tienen una principal *ratio decidendi* común, consistente en la creación de un nuevo derecho fundamental de autodeterminación para decidir sobre la propia muerte y sobre la interrupción voluntaria del embarazo constituyendo nuevos derechos fundamentales a la eutanasia y al aborto, respectivamente, derivándolos del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Se limita así la libertad de configuración del legislador respecto de tales derechos fundamentales por un exacerbado activismo judicial constitucional.

El Consejo de Estado ya en su dictamen relativo a la Ley 2/2010 se pronunciaba en el mismo sentido de excluir un pretendido derecho al aborto y admitir solo la prestación sanitaria requerida por la interrupción voluntaria del embarazo, respecto a la cual es preferible la expresión "se garantiza" que la de "se reconoce" más propia de las declaraciones constitucionales de derechos fundamentales. Coherente con esta postura sería la siguiente redacción: "Es lícita la interrupción voluntaria del embarazo realizada en las condiciones previstas en esta ley…", licitud asimilable a la de cualquier otro aspecto de la conducta humana no prohibido por la ley[37].

En definitiva, no puede reconocerse un derecho subjetivo —semejante al de propiedad— o un derecho personalísimo —como el que existe sobre el propio cuerpo— a eliminar tal bien (la vida prenatal), dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general[38].

Por el contrario, es precisamente la falta o defectuosa prestación del servicio sanitario vinculado a la referida intervención, o la inobservancia de las previsiones legales que prevén su materialización lo que supone una vulneración del derecho a la integridad física y moral de la mujer[39].

En cualquier caso, como dice SIEIRA MUCIENTES (2023, 296), que sean derechos públicos subjetivos, en el sentido de exigibles mediante prestaciones de naturaleza pública, no predica nada de su *fundamentalidad* en el sentido constitucional del término.

De este modo, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), consagrados como "fundamentos del orden político y la paz social", se transforman no solo en un "principio general de libertad" lo cual ya sería discutible, sino incluso en un verdadero "derecho fundamental general de libertad"; en definitiva, a modo de norma de clausura del sistema de libertades públicas. Y es que al inspirarse la Constitución española en la alemana quiso acoger como derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad admitido correctamente en ésta, lo que no es adecuado en el caso español.

Según esta autora (2023, 282 y ss.) la Constitución alemana reconoce un catálogo *abierto* de derechos fundamentales, pero en cambio la Constitución española es de carácter *rígido* dado que en su versión definitiva el precepto correspondiente (art. 10) quedó finalmente fuera del capítulo relativo a los *derechos fundamentales y las libertades públicas* (Capítulo II, Sección 1.ª) y en esa línea también se excluye de la garantía de su contenido esencial frente al legislador (*ex* art. 53.1)[40].

SIEIRA MUCIENTES (2023, 270) considera que este Tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (Vid. STC 215/1994, Fto. 4, incluso con respecto a personas con discapacidad), que se infringiría si se impusiera a la mujer gestante, como única opción, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento por la mujer, y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida (STC 44/2023, Fto. 3.A, y B.) *in fine)*, obligándola a la continuación de un proceso biológico que no desea vivir y, en muchos casos, la asunción de un hecho personal y social, la maternidad, que no planificaron, con la que no se identifican o que no están en condiciones de desarrollar por la razón que sea (VP. 2.2, i).

La sentencia explica el cambio de paradigma. Primeramente el enjuiciamiento constitucional ha de partir de *la afectación existencial que el embarazo supone*

para la mujer y su incidencia en sus derechos constitucionales. Y esa premisa elegida conscientemente de que "el legislador *no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer*" le lleva necesariamente —pero no tendría que ser la única conclusión— al derecho de la mujer a adoptar decisiones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida; en consecuencia es *preciso un cambio en la aproximación de este tribunal al problema constitucional*[41].

Se configura así una suerte de derecho subjetivo de libertad respecto del que el precedente sistema o modelo de indicaciones (u otra regulación que no se ajuste al modelo de plazos) es considerado una medida restrictiva de los derechos preexistentes de la mujer[42].

VI. LA IMPORTANCIA DEL DIFERENTE ENFOQUE

Según los disidentes del primer voto particular (VP. 1.4 últ. pfo.) para resolver el conflicto constitucional que la regulación del aborto plantea en la Ley Orgánica 2/2010 no es necesario (ni procedente) alumbrar, como hace la sentencia, un nuevo derecho fundamental de la mujer en esta materia sino que el enfoque correcto es la ponderación de intereses, pues sobre el Estado pesa no solo el deber de tutelar la vida humana en formación, como bien jurídico con protección constitucional, sino los propios derechos de la mujer gestante (también) fundamentales (delimitados por su contenido esencial y posible sanción penal en el exceso), ambos valores en la debida y recíproca proporción (STC 53/1985, Ftos. 7 a 9 y 12).

En particular, ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.8) disiente porque el legislador "pese a haber reconocido en el preámbulo[43] que venía obligado a tutelar la vida prenatal y a ponderar los bienes y derechos que entran en conflicto en la interrupción voluntaria del embarazo, en la regulación concreta por la que opta se decanta claramente por no efectuar ponderación alguna, dando preponderancia, en toda la regulación, a la decisión de la mujer gestante. (Por tanto) no se puede sostener que se hayan ponderado dos intereses contrapuestos, cuando se parte de la interpretación más favorable para la protección exclusiva de uno de ellos y simultáneamente se omite cualquier garantía mínimamente eficaz del otro, y se ignora además que el interés preterido afecta al derecho a la vida, que tiene un carácter troncal en el sistema constitucional como ha reconocido la jurisprudencia y el propio legislador".

Ello explica que la magistrada BALAGUER CALLEJÓN insista —para reforzar su posición contraria— "en ofrecer una lógica argumental parcialmente diferente a la anterior para llegar a la conclusión de que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho de las mujeres que tiene reflejo constitucional[44].

Por su parte, ESPEJEL JORQUERA considera que la creación de tal derecho de la mujer no sería posible en cuanto contradice, lesiona o atenta contra un bien constitucionalmente protegido, como es la vida del *nasciturus*. Afirma con contundencia que no comparte que el sacrificio de la vida de un ser humano en gestación sea un medio legítimo para ejercer la libertad de ser (o no) madre.

Para ella "dicha construcción se asienta en afirmaciones voluntaristas, de gran carga ideológica, sin justificar las razones por las que la libertad o la dignidad de la mujer precisan el sacrificio de la vida del *nasciturus*, al que relegan a un mero

apéndice no deseado del cuerpo de la mujer, obviando que se trata de una vida humana en gestación que se encuentra, además, en situación de total vulnerabilidad e indefensión frente a una acción traumática y dolorosa que pone fin a su existencia por la mera decisión de la mujer en cuyo claustro materno se encuentra".

A su juicio, la STC 53/1985 debió ser de forma efectiva el referente de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, ya que la vida humana "es un devenir que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte" y que la gestación genera "un *tertium* distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta". No cabe hablar de identidad o confusión del *nasciturus* con el cuerpo femenino ni, por tanto, de relevancia exclusiva de la voluntad y decisión de la mujer, estándose, en realidad, ante una relación de alteridad (dos realidades), y que "previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana" (Fto. 5, STC 53/1985).

Y continúa: "De ello cabe deducir una protección reforzada cuando la existencia del concebido depende todavía de la gestante, pues la dependencia de la madre no convierte al *nasciturus* en una parte de la madre equivalente a un miembro u órgano corporal de esta. Por decirlo gráficamente, que el concebido esté físicamente alojado en su cuerpo no lo convierte en su cuerpo, a pesar de que no sea una persona en el sentido, exclusivamente jurídico y no biológico, del art. 30 del Código civil" (VP. 3.3 pfos. 10 y ss.).

En este contexto, el problema nuclear es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, de modo que con carácter general la jurisprudencia constitucional afirma que el derecho a la vida constituye el "soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los derechos fundamentales,… unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás" (STC 48/1996); pero rechaza su protección por carecer de viabilidad para la vida independiente los embriones y fetos (STC 212/1996, con ocasión de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, Fto. 5).

Y es que dicho criterio de viabilidad fue determinante tanto en el debate parlamentario constituyente en torno a la aprobación del art. 15 CE, como en la STC 53/1985. No solo es que el concebido sea una mera *spes hominis*, del que (ciertamente) no se puede predicar (todavía) la titularidad de derechos (ni un determinado contenido esencial que lo delimite), sino que su especial relevancia se desprende de su dimensión humana, por lo que participa de la protección del derecho a la vida (art. 15 CE) en cuanto objeto del mismo; objeto que no puede desnaturalizarse previamente convirtiéndolo en materia disponible, porque es sustento y sustrato de un (futuro) sujeto[45].

VII TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA MATERNIDAD

En realidad podríamos entrecomillar la expresión titularidad pues se parte del apotegma de que "quien no es persona no puede ser (todavía no lo es) titular de

derechos" ni, por ende, de derechos fundamentales (como la vida)" [46]. Pero incluso desde la propia óptica jurídica esa expectativa de sujeto está protegida, entre otras en la dimensión civil: *el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que se expresan en el artículo siguiente* (art. 29 Cc).

Y concluye a este respecto ESPEJEL JORQUERA (VP. 7.10): "La vida del concebido encierra así un valor intrínseco, sustantivizado e individualizado por tratarse no solo de vida, sino de vida humana en fase de gestación. Por ello, no cabe, en rigor conceptual, afirmar un derecho subjetivo, referido a la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objeto es la destrucción de un bien jurídico como es la vida humana en formación".

Por ello, ESPEJEL JORQUERA discrepa de otros de los fundamentos para la construcción de tal *pseudoderecho*: el que derive del derecho a la integridad física y moral de la mujer, pues tal situación no le afecta solo a ella y además incurre en una doble paradoja en el siguiente sentido. Por una parte, si el embarazo constituye una especie de trato inhumano o degradante como propone la magistrada Balaguer Callejón, se "perpetua la devaluación cultural de la maternidad, si antes la femineidad se basaba exclusivamente en dicha maternidad (como critica esta segunda magistrada[47]). Por otra parte, tal concepción supondría una "privación al padre de cualquier participación en la decisión, asimilando al *nasciturus* como una parte más del cuerpo de la madre e ignorando que se trata de un embrión humano fecundado y que, por tanto, porta el ADN de ambos progenitores"[48].

También para SIEIRA MUCIENTES (2023, 292) resulta muy forzado y falaz afirmar que el aborto en todos los supuestos resulta necesario para evitar un menoscabo en la integridad física o moral de la mujer. Y ello porque la legislación despenalizadora de *indicaciones* se ha considerado perfectamente legítima (desde la STC 53/1985 hasta la STC 44/2023) y no se comprende que la legislación de plazos sea ahora la única constitucionalmente válida para no lesionar el derecho del art. 15 CE a la integridad física y moral (de la mujer) en su nueva extensión. Además, en la práctica hay que reconocer que ya desde 2010 el sistema es mixto (de plazos e indicaciones)[49].

Por ello, también podría ser válida la consideración contraria, la de admitir como única forma constitucional de proteger la vida en formación la permisión de la interrupción legal del embarazo exclusivamente en los supuestos cubiertos por las indicaciones, penalizando cualquier otra posibilidad. Pero cierto es que la protección penal no es absoluta sino que atiende al principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos (…)" (STC 116/1999, de 17 de junio, Fto. 16).

La sentencia estudiada no califica de discriminatoria respecto del varón la maternidad que, por su propia naturaleza, solo puede ser vivida por la mujer: "tanto el embarazo como su eventual interrupción son fenómenos que afectan de manera exclusiva a las mujeres, y las limitaciones injustificadas o desproporcionadas de sus derechos derivadas de tales acontecimientos, anudados indisolublemente a su sexo, constituyen una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE (Fto.8. Motivos de impugnación en relación con el art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010). Así podría llegar a traslucirse de considerar el embarazo y la maternidad como un factor de discriminación de la mujer y una limitación de su proyecto de vida o de sus

aspiraciones personales y profesionales. Por su parte, ESPEJEL JORQUERA no comparte que ello justifique la desprotección total de un bien constitucionalmente protegido como lo es la vida humana en formación[50].

Como reconoce la magistrada BALAGUER CALLEJÓN (VP. 2.2, ii) tampoco puede considerarse la maternidad como un supuesto de discriminación por indiferenciación, porque supondría obligar solo a las mujeres, dado que solo ellas pueden gestar, a devenir madres independientemente de su voluntad o no de desarrollar un proyecto vital en torno a la maternidad. Al contrario, es preciso el reconocimiento de las mujeres como sujetos responsables, capaces de decidir de forma racional sobre los efectos de su sexualidad y su capacidad reproductiva, pues tanto la dignidad de la mujer, como la del hombre, presuponen su capacidad de autodeterminación individual sobre la propia vida. De hecho la propia discrepante admite que este Tribunal no reconoce la discriminación por indiferenciación (desde la STC 86/1985, de 10 de julio, Fto. 3) pero, apurando su argumentación, especula con que nada impediría revisar este planteamiento, de modo que sea posible asumir que no reconocer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo suponga, llegado el momento, imponer un trato discriminatorio.

Pero admite SIEIRA MUCIENTES (2023, 298) que incluso una vez creado el derecho fundamental de autodeterminación, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, el problema se desplaza a que se ha renunciado a ponderarlo para encontrar sus límites. Es decir, no existe un control que el legislador haya arbitrado para configurar un sistema de protección suficiente de la vida humana intrauterina, soporte de los restantes derechos, en estos contextos[51].

Por el contario, para ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.3 *in fine*) del reconocimiento y protección constitucional de los hijos y las madres se podría deducir (ahora sí) un derecho a la maternidad en sentido positivo (art. 39.2 CE) y no negativo o de "uso alternativo", a discreción, de esa circunstancia.

VII. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

La referencia al ámbito jurídico internacional de la STC 44/2023 (Fto. 2.B, pero especialmente con cita de textos normativos y programáticos en el Fto. 2.C,c), en apoyo de la construcción de tal derecho fundamental, es contestada por los magistrados discrepantes que en esencia coinciden en que no está expresamente reconocido en ningún tratado internacional suscrito por España[52].

Más bien, todo lo contrario, a tenor de expresas declaraciones contenidas en dichos instrumentos.

En general, son múltiples los textos internacionales que reconocen el derecho a la vida, con diferentes referencias (*ser humano*, *individuo*, *niños*); así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (art. 25, sobre protección a la maternidad e infancia) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) matiza que no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez (art. 6.5) por la evidente razón de tratar de salvar la vida del niño no nacido, inocente de los delitos cometidos por su madre[53].

Más específicamente, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1959) destaca en su preámbulo y principio 4.º la atención prenatal y postnatal ("el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"). En conexión con ello, la Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, art. 6) entiende por *niño, todo ser humano menor de 18 años* (art. 1, que no exige para ello haber nacido) y establece que "los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". Por su parte, el Convenio de las Personas con Discapacidad de 2006 reafirma el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos[54].

Respecto a los diferentes dictámenes referidos (vg., de los Comités de Naciones Unidas, y en especial, del CEDAW), ESPEJEL JORQUERA admite que los mismos contienen recomendaciones para los Estados parte, pero carecen de valor jurisdiccional, y mucho menos —a nuestro juicio— normativo[55].

Tampoco BALAGUER CALLEJÓN reconoce la utilidad del recurso al Derecho comparado y a la jurisprudencia o documentos internacionales, porque el marco supranacional es de mínimos y el margen de apreciación normativa de cada Estado es muy amplio, pero no renuncia a la posibilidad de que nuestro Tribunal Constitucional español formule un reconocimiento mucho más garantista en esta materia si se pretende una exégesis constructiva más que una mera interpretación evolutiva[56].

Por una parte, ESPEJEL FORQUERA alude a algunos textos internacionales, pero matiza que dichas referencias habrían de valorarse en su contexto y en su integridad porque dichos documentos también preconizan la necesidad de adoptar otras medidas educativas, sanitarias, de contracepción y de prestaciones públicas, previas y preventivas del aborto (en especial, la evitación del embarazo no deseado)[57]. Precisamente remata su argumentación señalando que el objetivo último ha de ser evitar el embarazo no deseado, no utilizar la interrupción voluntaria del embarazo como una medida de contracepción, ni integrarla en una política de planificación familiar, medidas que hay que reconocer con AZPIROZ VILLAR que no han tenido la eficacia deseada[58].

Según el Fto. 2.C.1 de esta STC, "El informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas en El Cairo en el año 1994, incluyó en el concepto de salud reproductiva la libertad para decidir si procrear o no, cuándo y con qué frecuencia (punto 7.2) y el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia (punto 7.3)."

La magistrada ESPEJEL JORQUERA matiza estas declaraciones programáticas, retomando las Recomendaciones de la Conferencia de El Cairo (capítulo VIII, punto 8.25) que instan a gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a reducir el recurso al aborto que en ningún caso debe considerarse como método de planificación de la familia. En todo caso se hace referencia al aborto para indicar que su introducción en un sistema de salud únicamente es admisible "a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional" y que "en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas".

En definitiva, concluye que "por mandato del art. 10.2 CE, tales preceptos en apoyo de sus argumentos deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (derechos humanos) ratificados por España (en los términos del art. 96 CE), que no recogen, como vemos, un pretendido derecho al aborto (VP. 3.4 apdo. 13).

Por su parte, la magistrada BALAGUER CALLEJÓN cita otros textos en apoyo de sus argumentos. En primer lugar, en la dimensión universal, el apartado 28 de la Observación general núm. 22 (2016) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (*ex* art. 12 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales) afirma que la prevención de los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados liberalicen las leyes restrictivas del aborto y garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo, y asistencia de calidad posterior en casos de aborto, y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva[59].

En segundo término, en el ámbito de la Unión Europea, esta magistrada señala que el Parlamento Europeo adoptó el 24 de junio de 2021 la Resolución sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres [2020/2215 (INI)]. En ella se pide a los Estados miembros, en relación con la práctica segura y legal del aborto, que despenalicen la interrupción voluntaria del embarazo, y se adapten a las normas internacionales en materia de derechos humanos y a las mejores prácticas en el entorno europeo, garantizando que la interrupción del embarazo a solicitud de una mujer sea legal en la fase precoz de la gestación e incluso en una fase más avanzada si peligra la vida o la salud de la persona embarazada, recordando que una prohibición total de la práctica del aborto o su denegación puede considerarse un acto de violencia de género (puntos 33 a 35)[60].

En cualquier caso, nos recuerda ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.4, pfos. 6 y ss.) que las instituciones europeas han rechazado reiteradamente establecer un "derecho europeo al aborto", incluso tras ser interpeladas directamente al respecto. Y algunos autores nos recuerdan la eterna doble faceta en Derecho, seguridad en el acceso al derecho y justicia. En este sentido, AZPIROZ VILLAR (2023, 5 y ss.) se plantea si además de ese ejercicio práctico *y efectivo de tales derechos se pretende también que tales derechos sean justos*[61].

Consta la negativa del Comité de Ministros del Consejo de Europa y de su Asamblea parlamentaria ya durante el transcurso de 2013 y en esa línea general de inadmisión se pronuncia también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), aunque con más laxitud. Si bien en ninguna de sus resoluciones reconoce un pretendido derecho fundamental al aborto, lo cierto es que no imponen un concreto modelo legislativo, sino que permiten un amplio margen de configuración por parte de los Estados miembros. Tampoco lo ha hecho la Comisión Europea, que no se ha ocupado de la cuestión, considerando que el objeto de la propuesta queda fuera de sus competencias. El 10 de diciembre de 2013, el Parlamento Europeo rechazó una resolución instando a reconocer el aborto como un derecho fundamental, aunque ahora (más de una década después) parece que los vientos soplan en otra dirección.

Varias cuestiones se presentan estrechamente relacionadas.

Es central la cuestión de si el feto es o no una persona, pero el TEDH ha mantenido esta cuestión abierta, para no pronunciarse respecto a cuándo comienza la protección de su vida.

Así, el TEDH en su interpretación del art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) ha destacado que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, ni sobre la naturaleza o el estatuto del embrión o feto, por lo que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados. Concretamente declara: "no es ni deseable, ni siquiera posible, así como las cosas están, responder a esta cuestión tan abstracta" (pero ciertamente) "es opinión común entre los Estados que el embrión/feto pertenece a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una persona que tendría derecho a la vida en el sentido del art. 2" (SsTEDH, de 8 de julio de 2004 (asunto *Vo c. Francia*, § 82, 84 y 85); y de 16 de diciembre de 2010 (asunto *A. B. y C. c. Irlanda*, § 222 y 223)[62].

BENAVIDES CASALS (2009, 307) nos recuerda el interesante voto particular del juez G. Ress, quien considera aplicable dicho art. 2 a la vida del no nacido, pues tanto la madre como el embrión son dos "seres humanos" diferentes que deben ser protegidos cada uno por separado. La simple existencia de litigios constitucionales al legislar sobre el tema solo se explica desde la perspectiva de que el feto posee vida humana. En general, DÍAZ DE VALDÉS (2008, 96-97) considera que, aunque el Tribunal omita una respuesta directa y expresa en sus fallos, no carece de una convicción sobre el tema, que omite por razones de prudencia y estrategia, como la tienen los magistrados individualmente considerados, tal y como se deduce del lenguaje utilizado en sus decisiones (vg., no "derecho al aborto", sino "aborto legal") y a veces en las incoherencias reflejadas.

A juicio de MENA PARRAS (2012, 118) se trata de una maniobra de distracción: en esta materia del aborto y afines, el Tribunal logra desviar el debate introduciendo esta nueva cuestión. Por su parte, PUPPINCK (2021) considera que el TEDH al guardar silencio sobre la condición del hombre antes de su nacimiento, correlativamente, deja en manos de cada Estado la decisión de permitir o no el aborto. Aunque aparentemente esta posición pretende ser equilibrada, en la práctica genera más el efecto de tolerar el aborto que el de proteger la vida humana prenatal. En este sentido la Corte sigue la estrategia de relativizar el propio concepto de *hombre*, objeto durante la gestación y también sujeto (de sus derechos) después[63].

Respecto de la cuestión del aborto en concreto, dicho Tribunal considera que el art. 8 CEDH, aunque garantiza la autonomía personal, no puede interpretarse en un sentido admisivo del aborto[64], pues éste no cabe en el ámbito del derecho a la vida privada, por más remisiones que haga al margen nacional de apreciación. De hecho, REY MARTÍNEZ (2011, 754) denuncia el efecto práctico contradictorio (permisivo) que se produce como resultado de la postura de *fair balance* que adopta en estos fallos[65]. Para PUPPINCK (2021) el enfoque conflictual de este Tribunal, al situarse en el terreno de la vida privada de la madre, con preferencia al del derecho a la vida del niño, ha conseguido introducir el aborto en la lógica de

los derechos humanos porque si bien admite por un lado la ausencia del derecho al aborto, por otro, empuja a los Estados a liberalizar su práctica (una vez reconocida).

Analizando la jurisprudencia del TEDH, GONZÁLEZ MORENO (2021, 182 y ss.) observa lo que denomina *giro procedimental*. Consiste en la tendencia de que las demandas sobre aborto ante el Tribunal Europeo, incluso respecto de países en los que el aborto está despenalizado en determinados supuestos, se fundamentan mayoritariamente en que el acceso al mismo en la práctica sea restringido o nulo, por la falta de normas claras y garantías procesales para la efectividad real de su ejercicio. El autor denuncia esta disección entre la dimensión sustancial (el propio "derecho al aborto") y la faceta procedimental ("derechos procesales al aborto"), incluso mantiene que tal "giro procedimental" no es aséptico ni exento de valoración[66].

Dicha autora califica de "lavado de manos" a esta actitud evasiva del TEDH, de dejar intactas en aras del "margen nacional" las convicciones y valores morales (en relación a la vida humana, la vida en formación) que puedan tener los Estados a la hora de regular el aborto, especialmente cuando su regulación es restrictiva respecto del mismo (GONZÁLEZ MORENO, 2021, 180). Ello resulta políticamente conveniente pero jurídicamente lamentable pues se renuncia a la interpretación evolutiva de los derechos garantizados por el Convenio demostrando la incapacidad del consenso europeo existente para reducir el margen de apreciación estatal (MENA PARRAS, 2012, 116).

Esta situación provoca una auténtica *reconceptualización* del derecho a la vida privada. Y es que según GONZÁLEZ MORENO (2021, 178), de las dos acepciones principales de *vida privada* (como esfera de lo íntimo, y como libertad en aras del libre desarrollo de la personalidad), el TEDH se inclina con preferencia hacia esta segunda[67]; noción amplia que abarca situaciones muy diversas incluibles en el derecho a la autonomía personal y, en el particular ámbito de nuestro estudio, las decisiones de procrear o de no procrear, fundamentalmente en el sentido genético del término.

No obstante, de la jurisprudencia europea (del TEDH) pueden extraerse algunas conclusiones: las disposiciones legales aplicables deben, en aras de la seguridad jurídica, definir claramente los supuestos admitidos, en su caso, de interrupción del embarazo; también para atenuar el efecto disuasorio para los facultativos que la practiquen en cada caso particular, además de facilitar en esos casos el acceso efectivo, seguro y oportuno a tal intervención. En dicho proceso debe garantizarse el consentimiento informado de la mujer (vg., con audiencia de su opinión en sus circunstancias particulares) y la motivación por escrito de la decisión de los órganos competentes[68].

En cualquier caso, el ámbito internacional no obsta a la mirada interna estatal. ESPEJEL JORQUERA alude en su apoyo a la jurisprudencia de Tribunales Supremos y Constitucionales de otros países; en concreto al caso alemán, reconociendo el derecho a la vida del embrión humano: el no nacido es una vida individual que ya no es divisible, definida ya en su identidad genética y, por lo tanto, en su singularidad y no intercambiabilidad, que en el proceso de crecimiento se desarrolla no hacia un ser humano sino como un ser humano[69].

En el ámbito estadounidense la sentencia de su Tribunal Supremo de 24 de junio de 2022 (caso *Dobbs contra la Organización Jackson para la Salud de la Mujeres*) declaró que el supuesto derecho al aborto no está recogido en la Constitución americana ni el feto puede considerarse como propiedad privativa de la mujer. Se rechazan como precedentes admisivos del aborto las sentencias dictadas en los casos *Roe c. Wade* y *Planned Parenthood c. Casey* (fundamentadas en la *privacy* o intimidad) por contrarias a la división de poderes, pues se considera que esta cuestión corresponde decidirla a los Parlamentos de cada uno de los Estados de la Unión,...y no a los Tribunales[70].

El significado de esta sentencia es que pone fin a un periodo de casi medio siglo en el que el aborto era considerado un derecho constitucional en ese país, pero las críticas que acarrea no solo se refieren a la forma[71] sino al fondo.

Así, no parecen válidos para la suspensión del aborto el argumento que de dicho derecho "*no está firmemente enraizado en la historia y tradición de la nación*", ni "*implícito en el concepto de libertad ordenada*", *ni puede inferirse implícitamente de la Constitucion en la 14.ª Enmienda"*. Es evidente que tampoco hay base en el Derecho Constitucional estadounidense para afirmar que otros derechos (como el matrimonio interracial) basados ahora en la *privacidad* (y en no sufrir intromisiones ilegítimas) fueran reconocidos como tales cuando se aprobó la Constitución o sus Enmiendas fundamentales en el siglo XIX, postura que daría lugar a la petrificación del Derecho. Ello se explica porque los fundadores tuvieron, al menos, el buen juicio de *"definir derechos en términos generales, para permitir la evolución futura de su alcance y significado.*

En definitiva, como concluye SORIANO MENDIARA (2022), la pretensión de modificación constitucional debe ajustarse al procedimiento previsto para ello, sin que los jueces puedan *"crear nuevos derechos y libertades basadas en sus opiniones morales y políticas"*. Reflexión respecto del ámbito norteamericano que sería *mutatis mutandis* aplicable —al menos en este aspecto— al caso de nuestra sentencia.

Como reacción a la postura estadounidense en el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, de expresivo título[72], pide a la Unión y a sus Estados miembros que incluyan el derecho al aborto en la Carta Europea (n.º 24). Evidentemente no se trata de un acto aislado sino uno integrado en una determinada línea con diversas decisiones en parecido sentido[73].

En concreto, con alto grado de injerencia en asuntos extranjeros, la Unión Europea insta al Gobierno de los Estados Unidos (n.º 15) a la protección constitucional, federal y estatutaria de los derechos en litigio, la ratificación de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos pendientes y a la correspondiente revocación de las leyes restrictivas del aborto considerando que garantizar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y eliminar todas las formas de violencia y prácticas nocivas contra las mujeres y las niñas son metas en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 3.º y 5.º, a las que también están sujetos los Estados Unidos (Considerando T).

Dicho texto contiene afirmaciones todavía algo atrevidas en el actual estado de la normativa; valga que "el aborto es un elemento esencial de unos servicios sanitarios completos (Considerando A) pero parece impropio incluirlo entre los derechos sexuales y reproductivos, como un derecho fundamental (al menos todavía). En sentido inverso, se afirma que criminalizar, retrasar y denegar el acceso a

servicios de aborto seguros y legales son formas de violencia contra las mujeres y las niñas, tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes (Considerando P)[74].

Desde luego son rechazables algunos mecanismos denunciados (delación y métodos de geolocalización, letra L) y opinable la referencia a grupos de presión solo en un sentido, el antiabortista: "podría producirse un aumento del flujo de dinero, con una presión renovada por parte de grupos contrarios al aborto en todo el mundo" (letra M).

Otras afirmaciones nos parecen más sostenibles: la falta de acceso a los anticonceptivos y que las mujeres asumen en estas cuestiones una responsabilidad desproporcionada que debe compartirse con los hombres; la mejora del asesoramiento en materia de planificación familiar, de los servicios sanitarios,… (n.º 19). Pero cuestión muy distinta es la inclusión de ese "derecho" en la Carta de Derechos de la UE para lo que es preciso requisitos tales como la unanimidad de sus miembros (poco probable)[75].

Otra cosa es su reconocimiento en las Constituciones de los distintos Estados miembros. Así, la reciente reforma constitucional francesa redacta su art. 34 con el tenor: "La Ley determina las condiciones en las que se garantizará a la mujer la libertad de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo", con apoyo de una mayoría ampliamente superior a los 3/5 necesarios aunque sin referéndum. Los analistas consideran que es relevante y menos polémico el empleo del término "libertad" que el de "derecho" (y como vimos, preferible la expresión "se garantiza" que la de "se reconoce"), pero en realidad dicha modificación no ha supuesto —ni se prevé— gran alteración del *status quo* vigente (vg., existe consenso respecto a la idea de viabilidad fetal en protección del *nasciturus*). Por ello la trascendencia de tal reforma es más política que jurídica: supone reforzar el marco legal vigente ante —poco probables— intentos de regresión, como el acaecido en el ámbito norteamericano con la sentencia *Dobbs v. Jackson*.

En cambio, el contexto era distinto en el caso irlandés —profundamente católico, no laico como el francés—, donde el referéndum —eso sí, ampliamente favorable al aborto— no se convocó explícitamente para el reconocimiento constitucional del derecho al aborto sino para la derogación de su prohibición, y permitir al legislador su regulación[76].

VIII. CONCLUSIONES

I. La trascendencia del fallo estudiado no se eclipsa por algunas cuestiones de tiempo y forma (la desmesurada tardanza, la ausencia de apariencia de imparcialidad de la composición del tribunal, la posible pérdida del objeto del recurso,…) y su carácter plenario no le priva de importantes votos particulares.

II. Se observa claramente un cambio de paradigma pues se rechaza como canon de constitucionalidad la jurisprudencia originada por la conocida sentencia 53/1985 y las que la desarrollan que se articula(ba) sobre la ponderación de intereses (vida prenatal y mujer gestante) en una relación de alteridad pues la gestación (va) genera(ndo) un *tertius genus* distinto de la madre, aun antes de su viabilidad.

III. Se funda en el empleo inadecuado de expedientes técnico-jurídicos como el criterio de la interpretación *evolutiva* de la realidad social que desfigura el sen-

tido originario de la protección a la vida que consagra la Constitución, con base en la alegada "autonomía femenina para decidir sobre su cuerpo", y en el exceso de jurisdicción del Tribunal al blindar un sistema (gradual) de plazos (ya no solo de *indicaciones*) aprovechando la desestimación del recurso de impugnación de preceptos que se reproducen en una ley poco anterior a la sentencia.

IV. Se construye un nuevo derecho fundamental de la mujer a la "autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo", fundado pero desvirtuando otros sí reconocidos expresamente por la Constitución (vg., integridad física y moral, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, libertad, intimidad,…). No es un "logro" aislado sino que forma parte de una cierta estrategia en conexión con otras "creaciones" recientes como el "derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos", entre las que se afirma una *ratio decidendi* común.

V. Los votos particulares insisten en la falta de proporción respecto de la insuficiente protección de la vida del *nasciturus* (en especial, durante las 14 primeras semanas) como bien esencial (aunque) carente de personalidad jurídica, en favor de la casi absoluta predominancia de la autodeterminación materna en ese periodo.

VI. Se debaten cuestiones como la eficiencia de la información a la gestante para prestar su consentimiento, la supresión del periodo de reflexión de 3 días, o la falta de consentimiento paterno que coadyuvan a facilitar el acceso a la interrupción del embarazo, al menos como prestación. El apoyo en textos internacionales que se pretenden favorables al fallo resulta insuficiente por no reconocer explícitamente el pretendido derecho al aborto.

VII. En el ámbito internacional también se analiza la vacilante jurisprudencia europea entre un dudoso consenso general en la materia y un amplio margen de apreciación nacional, entre el reconocimiento de un derecho subjetivo al aborto y un reconceptualizado derecho a la vida privada en su modalidad de acceso a la salud sexual y reproductiva. El ambiente del debate se caldea por factores como la existencia de resoluciones europeas por reacción a decisiones norteamericanas, la pretensión de incluir esta materia como derecho en la Carta europea y su plasmación en algunas constituciones del continente, etc.

X. BIBLIOGRAFÍA

Los enlaces se entienden referidos al 31.3.2025 como fecha de última consulta

AZPIROZ VILLAR, J.E. (2023). La muerte del derecho a la vida sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 de 9 de mayo (Una sentencia ideológica, injusta y reversible), *Diario La Ley*, N.º 10399, 2023, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9211339

BENAVIDES CASALS, M.ª A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Revista Ius et Praxis,* Vol. 15, N.º 1, pp. 295 a 310, [en línea] localizable en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3058010

BIOÉTICA-BLOG (2023). ¿Puede entrar el aborto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE? Enero-junio, 2023, vol 11, pp. 257 a 261 [en línea] disponible en https://www.bioeticablog.com/aborto-en-la-carta-de-derechos-fundamentales-de-la-union-europea/

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA
— (2009) Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de ley orgánica de Salud sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo, [en línea] localizable en https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/consenso_interrupcion__embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf
— (2014) Informe Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, [en línea] localizable en https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/Informe-Anteproyecto-LO-Proteccion-Concebido.pdf
CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (CEE) (2009-2023). La Iglesia frente al aborto*, Documentos a favor de la vida*, [en línea] localizble en https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/aborto/la-iglesia-frente-al-aborto/
CONSEJO DE ESTADO (2009). Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009, localizable en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1384
DÍAZ DE VALDÉS. J.M (2008). Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos, *Revista Actualidad Juridica*, n° 18 – Julio 2008 (Universidad del Desarrollo, Colombia), pp. 69 a 104 [en línea] Localizable en file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Carmona%20VIII%20BIS/Jurisprudencia/Europea%20y%20sus%20comentarios/Jurisprudencia-de-Corte-Europea-acerca-del-no-nacido.-J.M.-D%C3%8DAZ-DE-VALD%C3%89S.pdf
DÍEZ-PICAZO, L. (2002). Derecho a la vida y a la integridad física y moral, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 3/2002 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2002.
GONZÁLEZ MORENO, J.M. (2021). El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2021, pp. 173-195. [en línea]localizable en https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/7739/7559
GÓMEZ FERNÁNDEZ, I, (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023, *Ars iuris salmanticensisi, Reseñas de jurisprudencia*, Enero-junio, 2023, vol. 11, pp. 257 a 261. [en línea] localizable en https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31861/29758
LOMAS HERNÁNDEZ, V. (2023). Derivación de la gestante a un centro sanitario privado de otra Comunidad Autónoma para la interrupción voluntaria del embarazo (STC 78/2023, de 3 de julio), *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 10383, 2023.
MENA PARRAS, F. (2012). La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un "punto de inflexión" en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional*? Anuario de Derechos Humanos*, N.º 8, 2012, pp. 115-124, [en línea] localizable en www.corteidh.or.cr/tablas/r29434.pdf

PRESNO LINERA, M. A.
— Sobre la constitucionalidad de la legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo en España (mayo 2022). *El derecho y el revés*, [en línea] localizable en https://presnolinera.wordpress.com/2022/05/17/sobre-la-constitucionalidad-de-la-legislacion-sobre-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-en-espana/
— Condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a Polonia por dificultar la práctica de un aborto admitido en su legislación (octubre 2012). *El derecho y el revés,* [en línea] localizable en https://presnolinera.wordpress.com/2012/10/30/condena-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-a-polonia-por-dificultar-la-practica-de-un-aborto-admitido-en-su-legislacion/
PUPPINCKM G. (2021). ¿Por qué el aborto no es un derecho humano? *European Centre for Law and Justice* [en línea], localizable en https://eclj.org/abortion/un/pourquoi-lavortement-nest-pas-un-droit-de-lhomme
REVIRIEGO PICÓN, F. (marzo 2024). STC 44/2023 (aborto) y la injustificable demora del TC, *UNED*, [en línea], localizable en https://blogs.uned.es/derechoyconstitucion/stc-44-2023-y-la-injustificable-demora-del-tc/. Video en https://canal.uned.es/video/65699e5d371fa055ce069192)
REY MARTÍNEZ, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia 'A, B y C V. Irlanda', del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, n.º 2, 2011, pp. 743–752, [en línea], localizable en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200019
SIEIRA MUCIENTES, S. (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del tribunal constitucional 19/2023 y 44/2023, *Revista de las Cortes Generales* n.º 116, Segundo semestre (2023): pp. 261-314, [en línea], localizable en https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1779
SORIANO MENDIARA, P. (julio 2022). Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: el triunfo del originalismo (Parte I). Blog *Hay Derecho* [en línea] localizable en https://www.hayderecho.com/2022/07/13/dobbs-v-jackson-womens-health-organization-el-triunfo-del-originalismo-parte-i/
TENA ARREGUI, R. (febrero 2023). ¿Pero de verdad que el Tribunal Constitucional tiene que decidir sobre el aborto? Blog *Constitución* [en línea] localizable en https://www.hayderecho.com/2023/02/07/pero-de-verdad-que-el-tribunal-constitucional-va-a-decidir-sobre-el-aborto/
UNIÓN EUROPEA
— Parlamento Europeo (24 de junio de 2021) Resolución sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres [2020/2215 (INI)], localizable en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html
— Parlamento Europeo (9 de junio de 2022) Resolución: Amenazas al derecho al aborto en el mundo: la posible anulación del derecho al aborto en los Estados Unidos por parte de su Tribunal Supremo, localizable en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_ES.html
VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (marzo 2024) El derecho constitucional al aborto en la Francia laica, *Iustel* [en línea], localizable en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1242277

NOTAS

[1] En particular, la magistrada ESPEJEL JORQUERA denuncia la falta de apariencia de la debida imparcialidad de una parte de sus miembros (además de ella) por el rechazo de su propia abstención, así como respecto al propio presidente del Tribunal, Cándido Conde-Pumpido. Vid. Informe de 23 de junio de 2009, del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada.

[2] Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009, localizable en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1384. Vid. también la Opinión del Comité de Bioética de España sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (7 de octubre de 2009) y el correspondiente Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (13 de mayo de 2014), ambos con un balance general positivo, sin perjuicio de los respectivos votos particulares disidentes, más numerosos en el segundo caso.

[3] Recuérdese el lapso de tiempo entre dos momentos: por una parte, la aprobación de la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) publicada en el BOE el 1 de marzo de 2023 y con entrada en vigor al día siguiente y, por otra, la deliberación y votación de esta sentencia el día 9 de mayo de 2023 y publicada en el BOE de 12 de junio de 2023 (aunque hubo sesiones plenarias en días anteriores, a principios de febrero). Es evidente, por tanto, que la fecha de la sentencia es posterior a la de aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2023.

[4] A este retraso excesivo e injustificado se refiere también GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 257) con la consiguiente pérdida —o al menos reducción muy sensible— del objeto del recurso. A su juicio, "se sacrificó la técnica frente a la pedagogía constitucional" con el objetivo de reinterpretar el criterio evolutivo para cambiar el paradigma de análisis constitucional en esta materia. La UNED también denuncia en su canal este retraso, recordando que paradójicamente en su auto de admisión del recurso el Tribunal reconoció el carácter prioritario de este procedimiento. Vid. REVIRIEGO PICÓN (marzo, 2024) en https://blogs.uned.es/derechoyconstitucion/stc-44-2023-y-la-injustificable-demora-del-tc/

[5] En VP. 2, *ab initio,* basa su afirmación en "la ausencia de reformas constitucionales en materia de derechos fundamentales en más de cuarenta y cinco años de vigencia de la Constitución y las mutaciones culturales y políticas que ha vivido nuestro sistema constitucional desde entonces, máxime si se tiene presente que la ley impugnada ha sido modificada parcialmente por otra ley orgánica que aún podría ser recurrida, al estar en plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad, y que mantiene intacto el modelo de despenalización que se recoge en la disposición impugnada".

[6] VP. 2, *ab initio*, aclara que dicha trascendencia "pedía del Tribunal claridad, pedagogía constitucional y una motivación clara, pudiendo construir contenidos constitucionales sin que ello suponga usurpar las funciones del legislador o del constituyente; además no existe vinculación del Tribunal, en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada como el nuestro, a sus propios precedentes jurisprudenciales".

[7] Y en esa misma línea, AZPIROZ VILLAR (2023) se pregunta por qué no se ha tenido en cuenta el espectacular avance científico producido desde la sentencia de 1985 en áreas como la genética, la embriología, la biología, la medicina, en definitiva, los complejos procesos de la vida humana. Es más, se cuestiona: ¿no hubiera sido igualmente válido un pronunciamiento contrario al emitido, fruto también de una pretendida interpretación evolutiva? Ello sin olvidar otras realidades ignoradas, como la total carencia de regeneración poblacional, con una natalidad que nos aboca al suicidio demográfico.

[8] Para GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 260), precisamente la STC 198/2012, de 6 de noviembre, relativa a constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas

del mismo sexo, lo hace en el primer sentido, más técnico, mientras que la sentencia 44/2023 lo limita al resultado del proceso, es decir, al mero producto de la labor interpretativa. Y es que estrictamente aquel proceso interpretativo se extiende, además de a la realidad social, a la valoración de los avances doctrinales y al derecho comparado de los derechos humanos, factores que en este caso no apoyan realmente la tesis de la sentencia.

[9] En apoyo de este criterio sociológico la STC 44/2023 acude a la repetida cita de textos y acuerdos internacionales que, en ningún caso, pueden ser tomados como canon de constitucionalidad, como delata el VP. 1.10.

[10] Vid. Fto. 3.C. El derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional —la vida humana— y constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

[11] Vid. VP. 1.3, pfo. 3.

[12] Vid. VP. 1.3, pfo. 3. Una breve y clara síntesis de la doctrina de aquella STC nos la brinda el citado Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo (17 de septiembre de 2009).

[13] VP. 3.5, *in fine*.

[14] Vid. VP. 1.3, pfo. 2. Así lo sostiene también la magistrada ESPEJEL JORQUERA: "Los razonamientos sobre las presuntas diferencias entre los procedimientos y contextos (vg., el mero transcurso del tiempo) son a su juicio, solo un intento de soslayar pronunciamientos esenciales efectuados en la STC 53/1985 (VP. 3.5).

[15] Dice esta magistrada (VP. 2 apdo. 1.3 pfos. 2 y 3): "… lo que está particularmente justificado cuando los cambios normativos y contextuales, el progreso cultural y el avance en el reconocimiento de derechos fundamentales permitan desarrollar argumentos nuevos comprensibles y aceptables en y por una sociedad cambiante".

[16] GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 260) observa el sentir de la magistrada de que la sentencia "no resulta suficientemente categórica, porque la dimensión prestacional del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no es una vertiente instrumental del derecho que puede admitir mayores límites que la proclamación del derecho-libertad de acceder al aborto, sino esencial que no queda garantizado por la mera despenalización".

[17] Vid BALAGUER CALLEJÓN, VP. 2.2. Para GÓMEZ FERNÁNDEZ op. cit, en esta línea pero con otra formulación, tal derecho de autodeterminación de las mujeres sobre su propio cuerpo puede —y debe— admitir límites, en aras de la preservación de un bien digno de protección constitucional como es la vida capaz de mantenerse de forma independiente del cuerpo materno. O no tan capaz todavía —consideramos— en las primeras fases de su desarrollo, en que carece de viabilidad, no de vida.

[18] En efecto, los expertos de Naciones Unidas destacaron que los derechos humanos (fundamentales) de las mujeres no pueden supeditarse a consideraciones culturales, religiosas o políticas. Vid. Considerando R) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, "sobre las amenazas al derecho al aborto en el mundo: la posible anulación del derecho al aborto en los Estados Unidos por parte de su Tribunal Supremo" (2022/2665(RSP).

[19] La postura de la Iglesia es crítica en sus comunicaciones, tanto respecto a la Ley 2/2010 (Declaración sobre el Anteproyecto de "Ley del Aborto": atentar contra la vida de los que van a nacer, convertido en *derecho*, 17 de junio de 2009) como a esta sentencia ("Nota ante la resolución del Tribunal Constitucional sobre la *Ley del aborto*", 9 de febrero de 2023) porque avala una ley ideológica que promueve darwinismo social afirmando la falacia de un supuesto *derecho a decidir sobre el propio cuerpo*; es acientífica y promueve la desigualdad ya que permite que los afectados por Síndrome de Down sean abortados hasta los cinco meses y medio. Vaya por delante —añade— su apoyo incondicional a las mujeres que sufren las consecuencias de un embarazo no deseado, ofreciéndoles ayuda eficaz y consuelo a las víctimas de un aborto voluntario. Advierte que la Historia nos enseña que cada vez que el

ser humano se ha cuestionado la dignidad o el valor de ciertas vidas humanas, por distintos motivos (vg. raza, color de piel, creencias,…) se ha equivocado gravemente…. Una vez más constatamos que "el derecho a decidir y el deseo-sentimiento adquieren categoría jurídica al servicio de la construcción de un nuevo modelo social, para lo que sería preciso *deconstruir* lo esencial del sistema vigente. Vid. https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/aborto/la-iglesia-frente-al-aborto/

[20] VP. 1.2. pfo. 2.

[21] Vid. VP. 1.5.

[22] VP. 3.3 pfo. 8. Para AZPIROZ VILLAR (2023, 8) este desbordamiento de la función de control que corresponde al Tribunal supone mala praxis del sistema y recomienda el ejercicio de sus funciones con muchísima mayor contención sobre el fondo de los asuntos, aunque no se refiere específicamente a la cuestión del aborto, sino al constitucionalismo en general y sin perjuicio de considerar al Tribunal Constitucional como un tribunal político. Vid también TENA ARREGUI (febrero 2023).

[23] Según el VP. 1.4, a): respecto del alcance del control de constitucionalidad, aunque primeramente admite que la labor de interpretación de la Constitución no supone necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas, a continuación explica que la función del juicio de constitucionalidad consiste "en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador y convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad" (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3), pero no en la exposición explícita del sistema que el mismo Tribunal —contradiciéndose— propone como en el caso examinado aquí (VP 3.3).

[24] Vid. VP. 2.4, pfos. 5 y 7, en relación al Fto. 3.A:" El embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer. La decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer —físico, psicológico, social y jurídico— enlaza de forma directa con su dignidad, entendida por este tribunal como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida" (se cita la STC 192/2003, de 27 de octubre, Fto. 7 relativa a un supuesto de vacaciones laborales, pero ésta a su vez se remite al Fto. 8 de la propia STC. 53/1985, en principio relegada por la STC. 44/2023).

[25] Según PUPPINCK (2021), la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece avalar explícitamente este enfoque al señalar que *"la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo"*.

[26] Vid. Fto. 5.5 (iv) en relación con el VP. 3.6 pfo. 6.

[27] BALAGUER CALLEJÓN (VP. 2.4. pfo. 9) termina este apartado desviando el enfoque de la cuestión hacia su propósito.

[28] VP. 2.4, *in fine*. Por su parte SIEIRA MUCIENTES (2023, 293) estima que realmente el conflicto entre la vida prenatal y el derecho a la integridad física o moral de la mujer solo se presenta en la indicación terapéutica (Fto. 4, c), pero en los supuestos restantes, el conflicto (de alguna forma) se produce entre la vida prenatal y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Así se indica también en el Fto. 5 (iv) en el que la sentencia analizada considera que durante las 14 primeras semanas existe el "derecho de la mujer a decidir sobre su propio sustrato corporal y su proyecto de vida", pues la vida prenatal se encuentra en un estado hipotético o potencial y por tanto, —podríamos deducir— queda muy devaluada la protección a la vida prenatal.

[29] AZPIROZ VILLAR (2023, 5/11): ¿No es una trágica contradicción impedir mediante el aborto el nacimiento con base en que por no haber nacido no se es persona y carece del derecho a la vida que tienen estas?

[30] Vid. Fto. 7.B a) pfo 9 de la sentencia en estudio, respecto a las impugnaciones específicamente referidas a los distintos supuestos regulados por el art. 15, apartados b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010. Dudamos de la comprensión correcta del siguiente apartado, si no

es que esté basado en un voluntarismo ingenuo: "Como ya apuntó la STC 53/1985 (Fto. 8), a medida que avanzase el desarrollo del Estado social asistencial en materia de derechos de las personas con discapacidad, las previsiones de este tipo resultarían menos necesarias, al disminuir de modo decisivo estas situaciones". Entendemos que no quiere decir que solo por el éxito de tales interrupciones se disminuya el número de afectados nacidos con discapacidad.

[31] VP. 3. pfos. 9,10 y 11.

[32] Esto puede ser la explicación de esta figura tan polémica, de su importancia ideológica y la sensibilidad política (vg., mediante su declaración constitucional como derecho fundamental por la Asamblea francesa) pero es probable que el motivo esté más allá (vg., en un pretendido control de la natalidad, es decir, con origen en malthusianos antes que en el feminismo).

[33] Ello explica la resistencia a escuchar el sufrimiento de las mujeres que han abortado por el deseo de banalizar este acto; aborto que se ha convertido también en dogma porque, al *liberar* a la sexualidad de la procreación, "libera" a la mujer de la *servidumbre de la maternidad*. En cambio, los opositores al aborto serían sólo idólatras de la vida y enemigos del progreso, pues no habrían admitido que la vida es sólo materia, mientras que la conciencia es espíritu, la esencia del ser humano y su único bien verdadero.

[34] En parecido sentido, PUPPINCK (2021), aunque puede defenderse la desigualdad ontológica y jurídica de los seres humanos según su capacidad (en este caso, *"los valores a proteger —los derechos del feto y los derechos de una persona viva— son, por naturaleza, desiguales"*), si limitamos tal capacidad a la participación activa en la vida cotidiana de una sociedad democrática, cabe plantearse *¿quid* de los que no lo hacen (vg. *nasciturus*, enfermos en coma)? ¿prevalece en la jurisprudencia de la Corte la voluntad (la capacidad de obrar) sobre la dignidad? Y concluye que la deshumanización es un requisito previo para la destrucción y de la destrucción *in vitro* a la destrucción *in vivo* no hay más que un paso. Recordemos la decisión judicial de que los embriones humanos congelados *in vitro* (aunque) no son *"cosas"*, pero sus *"padres"* pueden decidir destruirlos, en virtud de su propio *"derecho a la autodeterminación individual.*

[35] Vid. art. 17 de la Ley 2/2010 y VP. 3.10 pfos. 11 y12.

[36] Así lo reconoce su Fto. 3, y se contesta en los VP. 1.4 y VP. 3.3 pfo. 7, de la STC 44/2023 en estudio. Aunque sería objeto de otro comentario, podemos adelantar que se trata de una sentencia plenaria (con varios votos particulares) que admite la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Se reconoce en su Fto. 6,C),d) el "derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos", con base en derechos fundamentales a la integridad física y moral —integridad personal, en definitiva— del art. 15 CE, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE.

[37] Precisamente en términos casi idénticos se expresa el art. 12 de la ley impugnada "Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta ley".

[38] Dictamen (citado) sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009.

[39] Vid. VP. 1.4 pfo. 1 y ss. GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 263) cita en este sentido la STC 78/2023, de 3 de julio, que estima el recurso de amparo interpuesto por una mujer a la que se le niega el ejercicio de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en su Comunidad autónoma de residencia (Murcia) consiguiendo abortar en el sistema privado de otra Comunidad y que reclama indemnización por mal funcionamiento de aquella Administración. Sentencia comentada también por LOMAS HERNÁNDEZ (2023).

[40] En concreto, el art. 2 (1) de la Ley Fundamental de Bonn dice: "Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral". Recuérdese el art. 31.4 del Tratado de Reunificación de 31 de agosto de 1990, puesto que, en la antigua República Democrática Alemana en materia de aborto regía el sistema de plazos mientras que en la República Federal

regía el de indicaciones. La jurisprudencia constitucional alemana insiste en la protección efectiva de los intereses en juego aunque se vaticina una próxima reforma legislativa. Vid. "Alemania camina hacia la liberalización del aborto" por Christoph Hasselbach 11 de abril de 2024. Una comisión encargada por el Gobierno alemán estudia la posibilidad de que el aborto deje de ser sancionable en las doce primeras semanas de embarazo, localizable en https://p.dw.com/p/4efgj.

[41] Fto. 2.C.c,e) y VP.1.4.

[42] En este sentido, vid. SIEIRA MUCIENTES (2023, 265). AZPIROZ VILLAR (2011, 6/11) más radicalmente afirma que *el Tribunal se ha inventado este derecho en un alarde ideológico de una sentencia con una visión feminista extrema donde la autodeterminación de la mujer supone un valor supremo que no se limita ante la increíble realidad de destruir un ser humano.*

[43] La contradicción denunciada es evidente porque la propia Exposición de Motivos (II, pfo 6) de la Ley 2/2010 reconoce que "la ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación, lo que oportunamente veremos resaltado por los magistrados residentes.

[44] VP. 2 pfo. 4, *ab initio.*

[45] Vid ESPEJEL JORQUERA, VP. 3.10. BALAGUER CALLEJÓN, VP. 2.4, en ese sentido admite que la viabilidad autónoma del embrión o el feto constituya el límite de la autonomía de la mujer. A pesar de la gran diversidad entre individuos, regiones y sistemas de salud que dificultan su fijación, dicho límite de viabilidad se ha estandarizado entre las semanas veintiuno y veinticinco de gestación.

[46] Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), *persona* es *individuo de la especie humana*; al menos desde el punto de vista biológico (incluso existencial y ontológico). Y si se trata de estar al criterio evolutivo también sería coherente admitir que el actual estado del conocimiento científico sobre la vida y su generación ha progresado significativamente respecto del momento de la STC de 1985 (por solo mencionar el desciframiento del ADN) siendo irrefutable que la vida comienza con la *fecundación cuyo fruto es el cigoto*. AZPIROZ VILLAR (2023, 6 y ss.) cita a este respecto a expertos genetistas.

[47] Vid. VP. 2.2 pfo. 5 (i) mantiene que la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre, frente a lo que sostiene la doctrina de la Iglesia Católica en la Carta Apostólica *Mulieris Dignitatem* (1988) y en algunos documentos posteriores.

[48] Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que un padre potencial puede presentarse como víctima de un aborto practicado a su hijo no nacido (asunto *Boso c. Italia*). Más coherente con la tan conocida perspectiva de género, inspiradora entre otras muchas, de la ley orgánica impugnada, sería la implicación de los varones, en condiciones de igualdad con las mujeres, en la crianza y cuidado de los hijos, de las que fue expresión relevante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en esa línea fomentar la responsabilidad del varón en las consecuencias de las relaciones sexuales". Vid. VP. 3.3, *in fine.*

[49] Recordemos que tras la STC 53/1985 fue aprobada finalmente la Ley Orgánica 9/1985 de reforma del art. 417 bis del Código Penal que despenalizó las indicaciones denominadas terapéutica, ética y eugenésica.

[50] Vid este duelo dialéctico entre ambas magistradas (VP. 2 y la respuesta VP. 3.10).

[51] Así se afirma constantemente por la jurisprudencia "La vida es el derecho fundamental y troncal sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (SsTC 53/1985, de 11 de abril, Fto. 3 y 32/2003, de 13 de febrero, Fto. 7, entre otras).

[52] VP. 2 y VP. 3. De la misma opinión es GONZÁLEZ MORENO, p. 189 (63): el derecho al aborto tampoco está consagrado ni en el Derecho Europeo ni en el Derecho Internacional.

[53] Ya en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se debatió la determinación del inicio del derecho a la vida y la Asociación Médica Mundial actualizó el

Juramento Hipocrático a través del *Juramento de Ginebra* (1948) mediante el compromiso *del respeto absoluto por la vida humana desde la concepción*. PUPPINCK (2021) reconoce que la cultura democristiana mayoritaria durante aquellas décadas rechazó el reconocimiento del aborto de forma plena. En esencia, además del científico, está presente el debate filosófico y teológico entre la concepción dualista y atea del ser humano, y la cristiana para la que el alma es insuflada por Dios desde la concepción.

[54] Diversos órganos de la ONU, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), y la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) han instado a los Estados a garantizar la suficiencia de servicios de aborto disponibles. Pero paradójicamente tanta insistencia en modificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos para incluir el aborto como un derecho era claro indicio de que, naturalmente, no existe tal reconocimiento (todavía); significativa también es la falta de referencia al derecho norteamericano que no lo reconoce. En cualquier caso y en nuestro ámbito, la modificación solo procederá "en *la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional"* (art. 96. 1 CE).

[55] VP. 3.4, en relación con la STC. 46/2022, de 24 de marzo, Fto. 6). El enfoque del Tribunal Constitucional no ha de ser el de examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales (STC 11/2023, de 23 de febrero, Fto. 3 c), citando la STC 184/2021).

[56] VP. 2.1.2.

[57] VP. 3.4. pfos. 6 y ss.

[58] A juicio de AZPIROZ VILLAR op. cit. pp. 8 y 9, tales medidas no parecen efectivas: en los últimos años los abortos en España siempre han superado los 90.000 (menos en 2020 a causa de la pandemia). La relativa ineficacia de la tutela prenatal podría deberse a un complejo de causas: la falta de la oportuna información a las mujeres sobre alternativas (si esta no la solicita), el forzado ostracismo de los padres, la ocultación sistemática las consecuencias fisiológicas y psicológicas (síndrome *post aborto*), la persecución penal de cualquier expresión contraria al aborto en el entorno en que se practica (incluso simples rezos sin afán de molestar, ex art. 172.quatter del Código penal).

[59] Fto. 2.c, (iii). Localizable en https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2020-article-15-science-and

[60] Fto. 2.c, (iv).

[61] AZPIROZ VILLAR, (2023, 5/11): ¿Acaso lo es (justo) que al ser humano concebido e indefenso se le pueda privar de su derecho a la vida, sin ningún tipo de defensa o protección, a cambio de una pretendida defensa o protección de los derechos del Convenio Europeo y del consagrado por el Tribunal Constitucional derecho a abortar de la madre?

[62] Fto. 3. C. 3 últ. pfo. de la STC 44/2023.

[63] PUPPINCK (2021) critica esta postura porque, a su juicio, lo que se protege no es propiamente el ser humano biológico, el *continuo* desde el embrión hasta el anciano, sino la conciencia que tiene de sí mismo. Es decir, para la Corte un miembro de la *"especie humana"* no es necesariamente *una "persona"* protegida; Por el contrario, para la Corte la vida de los seres privados de conciencia es sólo una *vida humana biológica* y no una *vida humana personal* que sería la única digna de protección.. Y ello porque la Corte se resiste a determinar cuándo se produciría el tránsito de una u otra modalidad de vida. Concluye que esta indefinición respecto al umbral de la humanidad supone una enorme paradoja (la tilda de vergüenza): la de que un Tribunal de Derechos Humanos no sepa lo que es un "hombre" lo que puede conducir a la aceptación del infanticidio neonatal,…

[64] Vid, entre otras muchas, SsTEDH de 16 de diciembre de 2010 (asunto *A, B y C contra Irlanda*), y 30 de octubre de 2012 (asunto *P y S contra Polonia*).

[65] REY MARTÍNEZ (2011, 752) observa en este sentido que una misma conducta puede ser un tipo penal (Irlanda) y un derecho fundamental (España) y se limita a invalidar aquellas situaciones incoherentes en las que un Estado permite el aborto bajo ciertas condiciones (en

un contexto restrictivo: Polonia e Irlanda), pero luego lo impide o dificulta su ejercicio en la práctica porque no pone los medios para ello.

[66] También MENA PARRA (2012, 117) observa con claridad esta disonancia entre aspecto sustantivo y la dimensión procedimental del aborto en el caso *A, B y C contra Irlanda* (16 de diciembre de 2010): dos de las denunciantes (A y B) se vieron obligadas a abortar en el extranjero (concretamente en Gran Bretaña), posibilidad que expresamente reconoce la legislación irlandesa) ante la prohibición irlandesa del aborto por motivos de salud o bienestar personal. El tercer supuesto (C) estaba legalizado pero la demandante actúo del mismo modo ante la ausencia de un procedimiento efectivo en Irlanda para ejercer su derecho.

[67] A su juicio (González Moreno, 2021, 180 nota 18) el TEDH entiende la noción "vida privada" en el artículo 8 del Convenio de Roma como una noción más amplia que la noción de intimidad (*privacy)*; y que engloba una esfera en la que toda persona puede construir libremente su personalidad y disfrutar en sus relaciones con otras personas y con el mundo exterior.

[68] PRESNO LINERA (2012).

[69] VP. 3.4. pfos 25 y ss., alude al art. 2 Ley Fundamental de Bonn y a su jurisprudencia: Tribunal Federal Alemán (sentencia de 25 de febrero de 1975) y Tribunal Constitucional Federal (sentencia de 28 de mayo de 1993).

[70] Vid. SIEIRA MUCIENTES (2023, 297) y fallos localizables en https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/410/113.html y http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/833.html

[71] El caso *Dobbs* supera el principio legal *stare decisis*, por el cual, en Derecho anglosajón son respetados los precedentes judiciales, sin olvidar que el efecto reflejo de la anulación de las citadas sentencias es la entrada en vigor de una serie de leyes (de los Estados norteamericanos) antiabortistas.

[72] "… sobre las amenazas al derecho al aborto en el mundo: la posible anulación del derecho al aborto en los Estados Unidos por parte de su Tribunal Supremo" (2022/2665(RSP).

[73] Con el título "Amenazas al derecho al aborto en el mundo: la posible anulación del derecho al aborto en los Estados Unidos por parte de su Tribunal Supremo", fue aprobada con 324 votos a favor, 155 en contra y 38 abstenciones, proponiendo la adición al tenor vigente del art.7 ("Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones"), el inciso final: "toda persona tiene derecho a un aborto seguro y legal". Localizable en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_ES.html. Además de la Resolución del Parlamento Europeo adoptada el 24 de junio de 2021 ya citada [2020/2215 (INI)], puede consultarse con anterioridad la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

[74] Los asimila a "homicidios arbitrarios" desde el punto de vista del género, sufridos únicamente por las mujeres, como consecuencia de la discriminación consagrada en la legislación.

[75] Según PUPPINCK (2021), además esta modificación sería incompatible con la propia Carta: ésta es oportuna cuando los Estados miembros aplican la legislación de la propia UE pero no puede ir más allá de sus competencias (art. 51). Como señaló la Comisión Europea una vez más, el aborto es un asunto de los Estados miembros, ya que forma parte de la política sanitaria, que no es competencia de la UE.

[76] VÁZQUEZ ALONSO (marzo, 2024).

1.4. Sucesiones

Los derechos *post mortem* del cónyuge viudo en la España actual

Postmortem entitlements of the surviving spouse

por

LOURDES GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR
Doctora en Derecho. Profesora invitada de la UNED

RESUMEN: A lo largo de este artículo proporcionaremos un panorama de los diferentes derechos del cónyuge viudo en los distintos derechos forales, donde abordaremos el derecho de viudedad, y su heterogénea regulación en los ordenamientos jurídicos civiles propios y especiales.

ABSTRACT: Throughout this article we will try to give a panoramic view of the different rights of the widowed spouse, as well as a comparative view of them in the different regional rights, where we will study the right of widowhood, and its heterogeneous regulation in the regional or special rights.

PALABRAS CLAVE: Cónyuge viudo, usufructo, legítima, derechos forales

KEYWORDS: Widowed spouse, legitimate, foral Law.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS ORÍGENES DEL CÓNYUGE VIUDO.—II. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO COMÚN: 1. Concepto y naturaleza jurídica del derecho sucesorio del cónyuge viudo. 2. Cuantía legitimaria del Cónyuge viudo: *2.1. El Derecho de predetracciónde l cónyuge supérstite. 2.2. Fundamentos y presupuestos del derecho de predetracción.2.3. Bienes que forman parte del derecho de predetracción.*—III. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO CIVIL FORAL, ESPECIAL Y AUTONÓMICO: 1. El año de viudedad, los pactos de supervivencia, la cuarta vidual, y el Derecho al ajuar en Cataluña. 2. Los Derechos del cónyuge viudo en las Islas Baleares. 2. Mallorca y Menorca. 3. Los derechos del cónyuge viudo en el País Vasco. 4. Los derechos del cónyuge viudo en Aragón. 3.5. Los derechos del cónyuge viudo en Navarra: el usufruto de fidelidad.3.6. Los derechos del cónyuge viudo en Galicia.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.09

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

I. PLANTEAMIENTO Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS ORÍGENES DEL CÓNYUGE VIUDO

Cierto es que en nuestro ordenamiento una de sus constantes, es la tensión subyacente entre la libertad de testar y la sucesión forzosa; a mayor abundamiento, confluye el derecho común con los diferentes derechos forales, especiales y autonómicos propios. Por ello, esta evidencia normativa común y especial, conlleva que para analizar los derechos del cónyuge viudo resulte preceptivo no solo detenerse en el derecho común sino en los sistemas civiles que coexistentes. Esta convivencia va perfilando los contornos de derechos del cónyuge viudo.

Nuestro artículo, va a centrarse en los derechos que le corresponden al cónyuge viudo. Comenzaremos con una breve mención histórica al derecho romano, necesaria para comprender el fundamento y el origen de la institución que abordamos, en el que como constataremos concurre un antecedente unido a la dote. Sin embargo, tendremos bien presente como señala RIVAS MARTÍNEZ, que "los orígenes sucesorios del cónyuge viudo tienen un origen bastante moderno"[1].

Además, resulta de gran interés, para contextualizar la figura, los intentos de su actualización por lo que, en este sentido, abordaremos la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[2].

Para alcanzar este objetivo principal, vamos a tomar como punto de partida, el Derecho Sucesorio Romano, que comienza con la absoluta liberta de testar, pues el *paterfamilias* podía disponer de todos sus bienes, sin embargo, pronto surge la idea de protección a la familia, con la correspondiente consecuencia de que esta libertad de testar se va a ver limitada.

Podríamos convenir que es la *Lex Voconica*, donde por primera vez consta expresa la protección a la mujer viuda, si bien, como señala MONDRAGÓN MARTÍN[3], en esta época, estaba prohibido que la mujer heredase, sin embargo, el testador mediante la sustitución fideicomisaria podía protegerlas. Tras la derogación de esta ley las mujeres adquieren capacidad de obrar, e incluso podían tener bienes a su nombre.

Más adelante, con la *Lex Falcidia* (40 A.C), se impone como limitación al testador, reservar la cantidad de un cuarto del haber hereditario a los herederos legítimos denominado la *cuarta falcidia*. De modo que, en dicha Ley, podemos intuir los indicios de lo que será para nosotros la legítima[4]. Resulta conveniente añadir, que la legítima prevista para los hijos y ascendientes fue anterior a la del Cónyuge, pues como veremos, no establece un Derecho Sucesorio del cónyuge, sino que tan solo en algún supuesto protege a la viuda pobre, tal y como explicaremos seguidamente[5].

Esta complejidad de los derechos sucesorios del cónyuge exige apelar a los distintos tipos de matrimonio contemplados en el Derecho Romano. Así, existen dos clases de matrimonio: el primero denominado *conventio in manum*[6], que ya aparecía regulado en la *Ley de las XII Tablas*, en el que la esposa, una vez celebrado el matrimonio, salía de la potestad del padre, para formar parte de la familia del marido, es decir, para estar bajo su potestad. En ese momento, pasaba a ser considerada como *heressua*[7], concurriendo con los hijos en la sucesión *ab intestato* del esposo, pues la adquisición de la *manus* sobre la esposa se hacía a través de un acto específico por el cual, quedaba en una condición parecida a lo que sería "hija

ficticia"[8]. La otra forma de matrimonio en el Derecho Romano se denominaba *sine manu*, en el que la esposa no formaba parte de la potestad del marido.

Una vez precisadas y recordadas las dos modalidades de matrimonio, es posible por tanto constatar cuáles son los derechos sucesorios de la mujer, si bien como hemos señalado, únicamente se recogen en aquellos matrimonios *conventio in manum,* pues al ser la esposa considerada como hija ficticia del marido ocupaba el lugar de las hijas en el momento de la sucesión[9]. De modo que la mujer *cum manu*, es heredera por derecho propio, pudiendo heredar, *abintestato* con los hijos en la herencia del marido, o por vía testamentaria donde podía ser instituida o desheredada, sin necesidad de que fuese señalada de forma nominativa[10]. Por el contrario, si la mujer había contraído matrimonio *sine manu*, no formaba parte de la familia del esposo, y carecía de cualquier derecho sucesorio sobre este, al no haberse roto los lazos con su familia pese al matrimonio, por lo que conserva una cuota sobre la herencia de su padre.

Hasta la época justinianea[11], no se concede claramente derechos al cónyuge viudo tal y como hoy lo entendemos. Seria Justiniano quien estableciera unas nuevas bases en la sucesión *ab intestato*; manteniendo el Edicto *Unde Vir et Uxor*, previsto en la Novela 118. Esta Novela regulaba la sucesión *ab intestato* y establecía que, a falta de descendientes, ascendientes y colaterales, podría el cónyuge superviviente no divorciado pedir la *Bonorum Possessio*, independientemente de la forma en los que estos hubiesen contraído matrimonio[12].

Como señala RIVAS MARTÍNEZ[13], *Undervit et uxor* se prevé para el cónyuge viudo, ya sea este mujer o varón. Así el *Codex 6,18*, reza "sucédanse abintestato el marido y la mujer recíprocamente en la totalidad (…) siempre que falte toda sucesión legítima o natural, de los ascendientes o los descendientes de los parientes". A esto hay que añadir que, si el cónyuge premuerto fuese rico, y el sobreviviente pobre, se establecía un sistema parecido al que tenemos actualmente ya que se le otorga un derecho de usufructo, "sucederá a este en la cuarta parte juntamente con los hijos comunes o de otro matrimonio, si fueran tres o menos, y si fuesen más una porción viril, pero de suerte que conserve la propiedad los hijos del matrimonio si existieren…"[14]. Si bien si tuviesen la propiedad, caso de no existir hijos.

Por otro lado, la Novela 117, de Justiniano nos proporciona datos esenciales acerca de la condición de la viuda tras la muerte del esposo, regulando una figura denominada la *cuarta uxoria* si bien podría ser más exacto intitularla como "sucesión de ambos cónyuges"[15]. Mediante esta, se otorga la posibilidad de reclamar una parte de la herencia del marido en caso de la mujer sin dote o pobre. O en el caso de que el cónyuge varón pobre sobreviviera a su mujer. Tengamos en cuenta que es un derecho que se mantiene aun concurriendo con descendientes, ascendientes o colaterales, si bien si fuese con los hijos, su parte la adquiere en usufructo; en los demás supuestos, su parte será en propiedad. La cantidad que podía reclamar era una cuarta parte de la herencia del cónyuge siempre y cuando esta no superase las cien libras de oro, denominada *cuarta uxoria*, es decir, de la cuarta marital.

Esta cuota variará en función del número de hijos, pues en el caso de tener más de tres hijos, la cuarta marital podría ampliarse a una cantidad igual a la que recibiría cada uno de los hijos varones del difunto. En nuestra opinión, no podemos hablar de una legítima como tal, pues la *cuarta uxoria*, únicamente era

obligatoria y legítima en el caso de que el cónyuge fuera pobre, por lo que creemos que, si bien se piensa, se asimila más a un derecho de alimentos que a un derecho sucesorio.

Por último, el Derecho Romano, preveía un mecanismo dotal para la esposa viuda con el fin de que esta no se quedase desprovista de bienes tras la muerte del marido. De este modo, a la mujer se le permitía recuperar su dote marital tras la muerte del marido, si bien tampoco podemos referirnos como cuota legitimaria en sentido estricto, pues recibía o recuperaba lo que fue suyo.

II. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO COMÚN

1. Concepto y naturaleza jurídica del derecho sucesorio del cónyuge viudo

Tanto la legítima como la desheredación, instituciones de derecho sucesorio, están previstas en nuestro Código Civil en su Libro III, bajo el Título: "De los diferentes modos de adquirir la propiedad".

El Código Civil, dedica una sección a los derechos del cónyuge viudo en la sucesión[16], otorgándole una legítima sobre los bienes del premuerto[17].

Tal y como señala ESPINOSA INFANTE, estas previsiones del Código "cumple[n] con la función de asegurar la subsistencia decorosa de éste, durante la viudedad, en razón a la convivencia matrimonial mantenida con el cónyuge premuerto hasta su fallecimiento"[18].

Si bien es verdad, que nuestro Código en su artículo 807.3, otorga al cónyuge la condición de heredero forzoso[19], es importante recordar, que únicamente ostenta la condición de usufructuario[20].

De modo que debemos añadir, como señala O'CALLAGHAN, que se regirá por los artículos 467 y sigs., reglas que regulan el usufructo legal[21].A mayor abundamiento, el CC señala que se trata de usufructo compatible y simultáneo[22] con los demás legitimarios y dependiendo de con quién concurra varía la cantidad, tal y como veremos detalladamente más adelante[23].

Se ha discutido sobre la naturaleza del derecho que recae sobre el cónyuge viudo, si tiene o no la condición de heredero[24].En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006[25], se considera que la esposa del fallecido, aunque es usufructuaria no es heredera en sentido estricto, por lo que no debe ir contra ella las deudas de la herencia, así su fundamento 3.2 reza: "en el caso de la legítima del cónyuge viudo (artículo 834 CC) éste, en cuanto simple legitimario, no responde de las deudas hereditarias"[26].

En esta línea cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 712/2014, de 16 de diciembre, donde se establece que aquella persona a la que el testador le adjudique la condición de usufructuario no puede ser asimilada a la posición jurídica del heredero de la herencia[27].

Siguiendo con esta tesis, CARRANCHO HERRERO[28] sostiene que existe unanimidad que el cónyuge no es heredero, ya que no sucede a título universal, considerando que "es un legitimario cuyo derecho tiene un contenido particular dado que tienen un (…) usufructo." Idéntica afirmación se mantiene en la exposición de

motivos de la Propuesta de Código Civil de 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil[29] y aparece así establecida en la Resolución de 12 de diciembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública registral[30].

Es necesario destacar que para que el cónyuge sea legitimario es preciso que se den una serie de presupuestos con respecto al causante, que hagan al cónyuge acreedor, ya que a diferencia de los hijos y descendientes o los ascendientes con los que existe con el causante un "vínculo de sangre", el cónyuge no es legitimario en todos los supuestos, pues se exigen ciertos requisitos al vínculo matrimonial y es, en definitiva, que este subsista[31].

En primer lugar, es necesario que el cónyuge, no este separado judicialmente o, de hecho, como resultado, debe estar casado y convivir con él[32].

Consideramos imprescindible, hacer referencia al artículo 834, pues tal y como señala el Profesor LASARTE, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria[33] ha variado la redacción del citado artículo estableciéndose de la siguiente manera: "el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado legalmente o de hecho". La sustitución de la palabra judicialmente por legalmente se debe como con acierto subraya el autor citado, a que, con la entrada en vigor de esta Ley, la separación por mutuo acuerdo ya no se podrá hacer únicamente frente al juez, sino que son competentes también los notarios y los Letrados de la Administración de justicia[34].

Con todo, la doctrina más reciente, como MORETÓN SANZ haciéndose eco de la nueva legislación propia y foral, asevera como ha hecho el Tribunal Supremo, que no ha lugar a que tengan derecho a exigir legado alguno, si el matrimonio o la pareja en el momento del fallecimiento del causante, este vínculo estuviese disuelto o, sencillamente, separado[35].

Eso sí, cabría estimar en este punto, que, si los cónyuges están separados, pero existe reconciliación entre ellos el cónyuge viudo vuelve a adquirir los derechos, tal y como señala el artículo 856 del CC[36].

Por otro lado, tal y como señala TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO[37], no se contempla la nulidad del matrimonio como presupuesto dentro del artículo 834 del CC, como causa de exclusión a la herencia del cónyuge premuerto, de la forma en la que se hace con el divorcio y la separación.

La nulidad como causa impeditiva de este derecho legitimario, encuentra su fundamento en la inexistencia de ese matrimonio putativo, por tanto, en defecto de dicho vínculo matrimonial, difícilmente concurrirá ese derecho sucesorio[38].

En este sentido DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, consideran que "aunque hubiera buena fe por su parte, y el artículo 78 del CC determina que la nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos para el cónyuge de buena fe (…) y como la muerte surge con posterioridad, el derecho legitimario no llega a nacer."

Siguiendo esta misma línea O´CALLAHAN[39] establece "no hay matrimonio y nunca lo hubo, no cabe aplicar la normativa del matrimonio putativo, del artículo 79 del CC, porque este evita los efectos retroactivos de la nulidad del cónyuge", siendo la legítima un efecto posterior. En este sentido, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, incluso van un poco más allá, afirmando "la declaración de nulidad, del matrimonio ocurre en vida de los cónyuges, (…) la declaración en la sentencia firme destruye la posible buena fe".

Ahora bien, la cuestión reside en ¿qué consecuencias devienen si la sentencia que declara la nulidad se produce de forma posterior a la muerte del consorte y abierta la sucesión de este? Siguiendo a TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO[40], podemos afirmar, que se presume que el cónyuge sobreviviente en la apertura de la sucesión cumple con todos los requisitos exigidos con el artículo 834 del CC, y, por tanto, no puede perjudicarse al cónyuge superviviente, pues goza de buena fe[41].

Así, en este sentido RIVAS MARTÍNEZ, declara que, si la fecha de la sentencia firme de nulidad es posterior a la muerte de uno de los cónyuges, esta sentencia no tendrá efectos retroactivos, perjudicando al cónyuge de buena fe, y refuerza su argumento en el artículo 79 del CC que recordemos establece "la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe"[42].

En nuestra opinión, aunqueson escasoslos supuestos de nulidad matrimonial que se plantean, y muy excepcional será que se declare la nulidadposteriormente al fallecimiento del causante por estar está en trámite, compartimos la idea de que en ningún caso tendrá efectos retroactivos la declaración de nulidad para el contrayente de buena fe, tal y como señala el artículo 79 del CC. Y ello por varias razones, la nulidad tiene que solicitarse por una de las causas contempladas en el artículo 73 del CC,y aunque entendemosque deben ser objeto de interpretación amplia, tampoco podemos olvidar que debe existir una causa por lo que no cualquier situación matrimonial estaría comprendida en este manto de la nulidad. Por lo que nos parece, que si el juez considera que la causa no concurre puede denegar la nulidad, máxime teniendo en cuenta que esta acción puede ser solicitada por cualquier persona que tenga interés legitimo y directo ella, con lo que nos parece que habrá que esperar a que haya una sentencia firme.

Consideramos además que cuando se encuentre en trámite la nulidad, no puede compararse plenamente a los efectosdel divorcio o separación.Por supuesto que si lo que hay es un fracaso matrimonial, nada impide acudir a los remedios que otorga la ley como la separación o el divorcio. Por ello no nos parece acertado queen la nueva redacción artículo 438 del Código del Derecho Foral de Aragón : Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación, equipare la nulidad del matrimonio que se encuentre en trámite, otorgándole los mismos efectos queal divorcio, la separación y la nulidad declarada.

2. Cuantía legitimaria del Cónyuge viudo

El siguiente punto de nuestro análisis está en la cuantía legitimaria que recibe el cónyuge en usufructo, pues como ya hemos adelantado, esta dependerá de quiénes son los parientes que concurren con él en la sucesión.

Se trata de una legítima de cuantía variable[43], según si el viudo concurre con descendientes, ascendientes o extraños[44] y se caracteriza también, tal y como indica ESPINOSA INFANTE, por la coparticipación, pues "dada la posibilidad de concurrencia con descendientes o ascendientes, no es preferente como la de aquellos ni subsidiaria como la de estos"[45].

Por tanto, para aquellos supuestos en los que el cónyuge, acuda a la herencia con los descendientes ya sean estos hijos o descendientes comunes con el cónyuge supérstite, o únicamente del difunto, el propio Código Civil, señala en su artículo 834, tiene derecho al usufructo un tercio; que en este supuesto recaerá sobre la mejora. Ahora bien, hay que añadir que no siempre tendrá por qué recaer sobre el tercio de mejora, también si así se dispone en testamento, podrá recaer sobre el tercio de libre disposición[46].

En aquellos casos en los que no haya descendientes, el usufructo del cónyuge, concurrirá con el de los ascendientes, en este caso, la cuantía se corresponderá con la mitad de la herencia.

Y, por último, para aquellos supuestos en los que no haya ni descendientes ni ascendientes, el cónyuge, recibirá en usufructo dos tercios de la herencia.

Es necesario señalar, que el propio testador, puede elegir como quiere satisfacer el derecho de usufructo del cónyuge viudo, así, el viudo puede ver satisfechos sus derechos por donación, legado[47].

También los propios herederos tal y como disponer el artículo 839 de CC "podrán satisfacer al cónyuge, su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y en su defecto, por virtud de mandato judicial."

O´CALLAGHAN, advierte que deberá existir unanimidad de los herederos, "pues no se puede imponer una conmutación parcial al cónyuge supérstite". Por tanto, únicamente podrá existir dicha conmutación a petición del cónyuge viudo tal y como aparece contemplado en el artículo 840 del CC por petición todos los herederos.[48]

Si bien es verdad que, si se otorga testamento, siempre y cuando se respete las legítimas, el cónyuge viudo, puede ser heredero o legatario disponiendo a su favor el tercio de libre disposición, y por tanto será heredero junto con otros parientes[49]. Hay que destacar, que, en estos supuestos, no se excluye además su cuota usufructuaria.

Es necesario hablar, de la *cautela socini*, así CARRANCHON HERRERO[50], considera que: "es frecuente encontrarse con testamentos a favor del cónyuge, haciendo uso de la *cautela socini*", otorgándose el usufructo todos los bienes en favor del cónyuge viudo mientras esté viva, condicionando la herencia de los hijos o descendientes, así, si estos solicitasen la partición de la herencia, mientras viva el cónyuge viudo, recibirían los descendientes, únicamente lo que les corresponda por legítima, pasando el tercio de libre disposición a ser propiedad del Cónyuge viudo, y mantenimiento además su usufructo sobre el tercio de mejora. ECHEVARRIA DE RADA define la cautela socini como "la previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de aceptar la disposición del testador por la que le concede más de lo que le corresponde por legítima, pero sujetado a un gravamen…"[51]. Si bien la cautela socini, no aparecer regulada en el Código Civil, se trata de una práctica generalizada y tal y como se puede ver en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, goza de plena validez[52].

Por último, no podemos dejar de mencionar los distintos cambios que aparecen en el Nuevo Proyecto de Código Civil al que anteriormente hemos hecho referencia. Consideramos que el tratamiento del cónyuge viudo supone el cambio más llamativo en lo referente al Derecho de sucesiones, en concreto cuando trata la cuantía del Cónyuge viudo. Aparece regulado en el Artículo 467-5, estableciendo una cuantía variable para aquellos supuestos en los que concurra con varios

descendientes se establece que el usufructo se corresponde con una cuarta parte, mientras que si concurre únicamente con un descendiente el usufructo será de la tercera parte.

Como observamos se reduce la cuantía con respecto a la regulación actual en aquellos casos en los que haya más de un descendiente, sin embargo, nos preguntamos si esta regla se refiere a aquellos supuestos en los que haya más de un hijo, o si debemos entender el termino descendiente de un modo general, entendiendo por descendiente a hijos y nietos. Desde nuestra opinión consideramos más acertado entender en este caso únicamente a los hijos.

Siguiendo con el análisis del artículo 467-5, se establece que cuando concurra con ascendientes el usufructo será de la mitad del caudal hereditario y se "imputará a la porción de libre disposición". Por tanto, en este caso se amplía el usufructo con respecto a nuestro CC.

2.1. El Derecho de predetracción del cónyuge supérstite

El derecho de predetracción, también denominado derecho de supervivencia, legado legal, o aventajas. Consiste en una especial (atención-protección) que se le concede al cónyuge viudo que le permite conservar el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, sin computárselo en su haber. Está regulado en el artículo 1321 CC.

Se trata de un derecho de larga tradición histórica, remontándose al Fuero Real y las Partidas, y que tiene su germen en la redacción originaria del Código Civil, en donde únicamente se le concedía a la viuda. En el derecho vigente ha sufrido una transformación pues se protege tanto a la viuda como al viudo en aras a la igualdad de los cónyuges en el matrimonio.

La finalidad del derecho de predetracción, consiste según la doctrina, en permitir que al cónyuge supérstite adquiera los bienes que conforman el ajuar común, de manera que le queden unos medios para que este cubrir sus necesidades, permaneciendo tras el fallecimiento con el cónyuge supérstite, protegiéndole de las posibles actuaciones desconsideradas o arbitrarias de los herederos del premuerto.

Debemos detenernos en si se trata de una figura que se debe (estudiar o encajar) en derecho de familia o en derecho de sucesiones, o si estamos ante una figura a caballo de ambos. Pues no hay que olvidar que se considera de un derecho que nace del vínculo del matrimonio, como consecuencia del fallecimiento de uno de los esposos[53].

Adelantamos, ya que es importante resaltar que no se trata de un derecho sucesorio por lo que no va a formar parte del caudal relicto, de modo que no entra en juego ningún llamamiento sucesorio, ni podría afectar causa de desheredación o indignidad. En efecto, el valor del ajuar que reciba el cónyuge, no se computa a su parte de legítima del testamento (abintestato o forzosa)[54]. Y forma parte del régimen económico matrimonial, y, al serlo del régimen matrimonial primario o si se prefiere de sus reglas básicas, opera sea cual sea el régimen económico matrimonial, que tengan los cónyuges[55].

Abordaremos que se considera ajuar conyugal, o lo que es lo mismo qué bienes u objetos bienes de use cotidiano y habitual integran el ajuar doméstico, y cuáles están excluidos, ya que se trata de una cuestión controvertida. Y, al tiempo, si se puede aplicar por analogía a otros supuestos similares como las parejas de

hecho, en el tal sentido de que puede equipararse el fallecimiento de uno de los esposos, con el fallecimiento de uno de los integrantes de una pareja de hecho.

2.2. Fundamentos y presupuestos del derecho de predetracción

Como ya hemos adelantado, el derecho de predetracción nace del vínculo del matrimonio, y ha de enmarcarse en el régimen económico matrimonial primario, pues es aplicable independientemente del régimen matrimonial establecido entre los esposos; si bien sus efectos serán *mortis causa* como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que no se computará en su haber hereditario.

El artículo 1.321 del CC establece: "Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor".

En nuestra opinión, creemos que la función de este derecho, tal y como se deduce del artículo 1.321 de Código Civil está en proteger al cónyuge viudo, atribuyéndole la titularidad *ex lege* de ciertos bienes que se consideran parte integrante de la esfera íntima del matrimonio[56], por tanto, su fin está en tutelar los intereses del cónyuge viudo de las posibles actuaciones de los herederos del consorte premuerto. La atribución de los dones de supervivencia o bienes que constituyen el ajuar de la vivienda habitual ha de hacerse de forma gratuita, por lo que no se hará compensación alguna.

Una de las cuestiones que nos surgen de la lectura del artículo, es que hace referencia únicamente a los cónyuges y sin embargo nos preguntamos si será aplicable a situaciones análogas, como son las parejas de hecho y en ese caso si deberá aplicarse a todas las parejas de hecho o únicamente las parejas de hecho consolidadas. La ley no nos da una definición de qué debemos entender por unión de hecho consolidada, por lo que siguiendo el criterio doctrinal mayoritario

La jurisprudencia a este respecto, estima que no se podría aplicar este derecho de predetracción a las parejas de hecho *more uxorio*, independientemente de que la relación sea consolidada, en este sentido la Audiencia Provincial de Madrid[57] de 4 de mayo de 2015, estima que no procede la aplicación del artículo 1.321 del CC, a una pareja de hecho, aun estando está inscrita en el registro de parejas de hecho de la Comunidad de Madrid, la sentencia a este respecto reza: "El artículo 1.321 del CC regula los derechos del cónyuge viudo y para el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante la figura del cónyuge (…) que no se casaron de manera voluntaria y consciente, en el ejercicio de su libertad del artículo 14".

Por tanto, entendemos que las parejas de hecho pueden libremente optar por aquellos derechos que reconoce el ordenamiento jurídico a los matrimonios, por lo que para aquellos supuestos en los que voluntariamente se inclinan por la pareja de hecho, no podría tal y como estima la jurisprudencia: "obviarse tal acto de libertad, para beneficiarse de la situación del cónyuge viudo (…) pues se trata de situaciones que sus actores han decidido tratar de forma diferenciada".

Por último, con carácter previo al análisis de los bienes que forman este derecho, creemos importante, subrayar su condición de derecho imperativo por lo

que los cónyuges no podrán excluir el derecho contenido en el artículo 1.321 del CC, de forma voluntaria[58]. Con todo, la mayor parte de la doctrina[59]estima factible un pacto en capitulaciones matrimoniales[60] cuyo contenido consista en la sustitución de ese derecho, por ejemplo, con una pensión o una determinada cantidad de dinero, por lo que se estaría hablando de una "modificación" que no vulneraría el derecho y no de una renuncia. BARCELO DOMENCEH, en este sentido, estima que "sería perfectamente válido, un pacto que opere una sustitución por un equivalente[61], si bien, no podemos olvidar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000, que califica este derecho de norma imperativa y, por tanto, inderogable por parte de los cónyuges, en el supuesto concreto de esta sentencia, se anula una cláusula testamentaria por la que se le otorgaba en favor de su hija, todos los bienes muebles que existan al ocurrir el fallecimiento del testador, en su caso habitación, sita en la C/ San Marcos núm.... de Mancha Real»[62].

2.3. Bienes que forman parte del derecho de predetracción

Conviene analizar que bienes forman parte de este derecho, ya que el artículo 1.321 del CC, utiliza la expresión general de "ajuar familiar" sin precisar, por tanto, québienes deberán forman parte de estos. La doctrina mayoritaria, afirma que este concepto de ajuar familiar abarca aquellos bienes muebles que ordinariamente se usan en un hogar, de este modo LASARTE establece que "El ajuar domestico comprende cualesquiera bienes que formaran parte del hábitat natural, del matrimonio, excluidos los de extraordinario valor, y sin necesidad de considerar si tales bienes forman parte… del caudal común o por el contrario pertenecían en exclusiva al cónyuge premuerto"[63].

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo, analizaremos aquellos bienes que podrían dar lugar a conflicto, si bien al formar parte del régimen económico primario, dependerá del nivel socioeconómico del matrimonio.

Comenzaremos por excluir las ropas y objetos de carácter personal del cónyuge fallecido así como del superviviente, pues tal y como establece el artículo 1.346.7 del CC al disponer que son privativos de cada uno de los cónyuges entre otros, las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, por tanto tal y como expone HERRERO GARCÍA[64], "se trata de ropa mobiliario y enseres que estaban destinados a la vivienda", es decir que "visten" la casa por tanto y cómo podemos observar, los bienes de uso personal de uno de los cónyuges, quedaran excluidos. DÍEZ PICAZO[65], establece a este respecto "(…) Debe referirse al conjunto del mobiliario o a la mayor parte de él (…) relacionados con imperiosas necesidades vitales, pero no elementos aislados que no cumplan esa función". Sin embargo, habrá que aplicar un criterio relativo, para establecer lo que debemos entender por extraordinario valor, lo que dependerá de cada caso concreto[66].

Desde el punto de vista jurisprudencial, se ha definido el concepto de ajuar familiar, así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022[67], trata de unificar los bienes que integran el ajuar doméstico, si bien no nos da un concepto del mismo, por otro lado la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2016[68] sí otorga un significado amplio, al concepto de ajuar familiar, en beneficio del cónyuge viudo, estableciendo en su fundamento se-

gundo que: "Por ajuar familiar se entiende todos aquellos enseres necesarios e indispensables para la normal y adecuada convivencia de la unión familiar. El ajuar familiar está integrado por muebles (sofás, mesas, sillas, camas... etc.), electrodomésticos (nevera, lavadora, secadora, lavavajillas... etc.), y todo tipo de elementos necesarios para el desarrollo de la persona tales como vajilla, cubiertos, sartenes, sábanas, mantas". La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004[69], establece que: "la exclusión a la que se refiere el párrafo segundo del precitado artículo 1.321 de Código Civil, como afirma el juzgador *a quo* debe interpretarse con espíritu generoso para el cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el status socioeconómico de cada familia y excluyendo tan solo aquellos objetos que, además de ser intrínsecamente valiosos, lo sean especialmente atendiendo el volumen patrimonial de la familia.

Queremos hacer una especial mención a los bienes tecnológicos que puedan formar parte del ajuar doméstico, pues en muchos casos pueden entrar en juego diferentes derechos, como el derecho de propiedad intelectual, o derecho a la intimidad. Una de las cuestiones que nos podríamos plantear, son aquellos bienes tecnológicos del ajuar familiar, pensemos en una Tablet, un ordenador de uso familiar…etc., que puedan tener en sus contenidos algún tipo de obra excluyendo ya desde un primer momento una obra de carácter mayor, nos referimos por ejemplo a unos poemas. Se podría debatir si al poder entrar en juego un derecho de explotación sobre el contenido, esto llevaría excluir este tipo de bienes como parte del ajuar, pues los derechos patrimoniales de explotación se trasmiten como cualquier derecho perteneciente al patrimonio del causante, mediante trasmisión mortis causa. La dificultad estaría en delimitar los derechos cedidos a los herederos, y encontrar el justo equilibrio con la trasmisión mortis causa.

III. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO CIVIL FORAL, ESPECIAL Y AUTONÓMICO

En este apartado, estudiaremos la situación del Cónyuge viudo en los distintos Derechos Forales. Si bien, con carácter previo, debemos aclarar que no vamos a tratar todos los Derechos forales, especiales y autonómicos, sino en particular aquellos, que reconocen derechos al cónyuge viudo.

1. El año de viudedad, los pactos de supervivencia, la cuarta vidual, y el Derecho al ajuar en Cataluña

En un primer momento, podríamos pensar que el Derecho Catalán no prevé ningún derecho para con el cónyuge viudo, ya que no lo contempla en su CC como legitimario, no obstante, el art. 423-9 sí se le incluye en la sucesión intestada[70], otorgándole el usufructo universal, cuando concurre con hijos y descendientes[71].

No obstante, el CCcat ciertos derechos sucesorios atribuidos al cónyu[72]. Comenzaremos destacando el año de viudedad, el cual, tal y como nos señala GRAMUNT y RUBIO: "proviene de la institución compilada que se conocía como *any de plor*…… por el que se reconocía a la viuda un usufructo universal de carácter

familiar y legal"[73]. Previsto en el artículo 231-31 establece que "Durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado legalmente o de hecho que no sea usufructuario universal del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar usando la vivienda conyugal y a ser alimentado a cargo de este patrimonio, de acuerdo con el nivel de vida que habían mantenido los cónyuges y con la importancia del patrimonio. Este derecho es independiente de los demás que le correspondan en virtud de la defunción del premuerto." Recordemos en la sucesión intestada le corresponde al cónyuge el usufructo universal si este concurre con hijos y descendientes, Por tanto, en estos supuestos el cónyuge, tal y como se desprende del art. 231-31 del CCcat, no podrá hacer valer este derecho[74], pues tal y como señala ZAHINO RUIZ, no tiene sentido la atribución del beneficio en aquellos supuestos en "que el patrimonio ha de financiar los alimentos, está gravado con un usufructo a favor de beneficiado"[75].

Es importante señalar que el artículo que analizamos otorga dentro de este any de plor, el derecho del uso de la vivienda familiar, y un derecho de alimentos para el cónyuge que se deberá hacer a cargo del patrimonio del cónyuge causante. El año de viudedad, se puede extinguir en aquellos supuestos en los que el cónyuge superviviente, contraiga nuevas nupcias o pase a vivir en pareja, sino durara la anualidad natural inmediata tras el fallecimiento[76], también se extinguirá cuando exista una sanción, en este sentido GÓMEZ TABOADA establece: "que se castiga con la privación de los derechos al que abandona o descuida gravemente a los hijos comunes en potestad parental…".

Otro de los derechos que se contempla en el CCcat, para el cónyuge supérstite aparece regulado en su artículo 452, en él se establece el derecho a la cuarta viudal, con el fin de reconocer un derecho al cónyuge viudo en aquellos supuestos en los que no tenga los recursos necesarios para ver satisfechas sus necesidades, siendo el máximo un cuarto del haber hereditario líquido.

Los pactos de supervivencia se contemplan también como un derecho sucesorio del Cónyuge superviviente reconocido dentro del CCat, estos pactos, aparecen regulados en el artículo 431-1 del CCcat[77]. Queremos destacar que tienen un efecto mortis causa y es a su vez una limitación en vida, como explicaremos más adelante. Se caracterizan, por su amplitud, ya que pueden tener diferentes objetos, a destacar por ejemplo el usufructo universal o la compraventa de un bien inmueble. El artículo 431-7 del CCcat. señala que para que el pacto sea válido, debe otorgarse en escritura pública.

Diferencia del resto de los derechos que venimos analizando en Cataluña, que nacen en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, estos pactos tienen efecto desde el momento en el que se crean, tal y como señala el artículo 431-15 del CCcat. Pues establece que mientras vivan los cónyuges, todos los bienes adquiridos, mediante pacto de supervivencia, conservan ciertas reglas, ya que no podrán ser enajenados ni gravados, si no es por mutuo acuerdo de los cónyuges, del mismo modo que no podrá transmitirse a terceras personas.

Por último, el artículo 231-30 del CCcat, se recoge el derecho al ajuar de la vivienda al cónyuge supérstite, incluyendo entre los mismos, la ropa, el mobiliario y los utensilios de la vivienda conyugal, sin que se computen en su haber hereditario. Tal y como señala ZAHINO RUIZ, se trata de un derecho personalismo, *ex lege y es un beneficio vidual que atiende al plano afectivo y personal.*

2. Los Derechos del cónyuge viudo en las Islas Baleares

Es importante aclarar, que no podemos referirnos a un Derecho foral Balear en general, pues tal y como nos señala LLODRÁ GRIMALT Y FERRER VANRELL[78] si bien es verdad que algunas de las normas de la compilación Balear, rige para todo el territorio, cada isla tiene su propio derecho civil.

3. Mallorca y Menorca

Del mismo modo que sucede en el Derecho Común, se contempla como legitimarios en las islas de Mallorca y Menorca: descendientes, ascendientes y cónyuge, y de forma idéntica, el cónyuge podrá concurrir con ambos legitimarios.

Entre los requisitos que, de la legítima del cónyuge viudo, figura que al igual que en el Derecho Común se exige que el cónyuge no esté separado ya sea de hecho o por sentencia firme, sin embargo, el legislador balear mantuvo tal y como nos indican LLODRÁ GRIMALT y FERRER VANRELL[79] y como excepción a lo anteriormente establecido, que, si la separación o el divorcio es por culpa del excónyuge premuerto, sí se mantendrá la legítima a favor del excónyuge viudo.

Este punto tan controvertido, fue resuelto gracias a la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la compilación de Derecho Civil Balear[80].

Actualmente el artículo 45[81] de CDCIB, establece los mismos requisitos que se exigen en el Derecho Común.

Con respecto a la cuantía, la legítima del cónyuge viudo varía dependiendo de con quién concurra; este es el punto con el que más difiere del derecho común, ya que si, como decimos, varía dependiendo con quién concurran, adicionalmente las cantidades son diferentes.

- En primer lugar, y para aquellos supuestos en los que el cónyuge viudo concurra con los descendientes la legítima le corresponderá la mitad del haber.
- En segundo lugar, y para aquellos supuestos en los que concurra con los padres, el *quantum* ascenderá a dos tercios del haber hereditario.
- Por último, y para aquellos supuestos en los que el cónyuge no concurra ni con descendientes ni con ascendientes, recibirá el usufructo universal.

Tras lo expuesto podemos afirmar que se prevén más derechos para el cónyuge viudo en las islas de Mallorca y Menorca, que en el derecho común. Adicionalmente, no podemos olvidar que se contempla un régimen sucesorio para las parejas estables, igualando sus derechos a los del cónyuge viudo.

Es importante destacar que la CDCI, no considera al cónyuge legitimario en Ibiza y Formentera[82], tal y como se deduce de su artículo 79.

4. Los derechos del cónyuge viudo en el País Vasco

Para analizar los Derechos del Cónyuge en el País Vasco debemos remitirnos a la Ley 5/2015 de 25 de Julio[83], si bien y en palabras del Profesor LASARTE: "el conocido problema territorial de la aplicación del Derecho foral en el País Vasco

conlleva una situación de particular complejidad y a todas luces llamativa"[84]. Pues al igual que sucede en el Derecho Balear, no rige idéntico ordenamiento en todos los territorios del País Vasco, pues en las villas no aforadas, así como en Bilbao, será de aplicación el CC[85].

Si bien la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, pretende tal y como señala su exposición de motivos tener vigencia en toda la Comunidad Autónoma Vasca, en este sentido establece: "Sus disposiciones han de ser aplicadas en todo el territorio porque, aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral". Si bien, en nuestra materia, se va a mantener una redacción diferenciada para Ayala, así como para Bizkaia. Pues en el primero de ellos se goza de una libertad de testar, que se ha mantenido con la redacción de la ley y que por tanto no trataremos.

El artículo 47, establece que serán legitimarios los hijos o descendientes de cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho en concurrencia con cualquier clase de heredero. Con respecto a la cuantía se establece, por un lado, un usufructo de la mitad del haber hereditario en caso de que concurra con hijos o descendientes y en defecto de estos el usufructo ascenderá a dos tercios.

Por tanto, constatamos una diferencia con respecto al Código Civil común, no solo con la exclusión de los ascendientes sino en la cuantía del usufructo con un monto superior al del Derecho Común.

Otro de los derechos que se establecen para el cónyuge viudo es un derecho de habitación, regulado en el artículo 54, y con el que se le da una mayor protección tanto al cónyuge como al miembro superviviente a la pareja de hecho, pues se le otorga además del usufructo un derecho de habitación en la vivienda habitual, que se mantendrá siempre y cuando siga siendo viudo, concretamente este artículo establece: "(…) mantenga su estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho".

Por último, debemos destacar que se establece en la propia ley la posibilidad de otorgar la *cautela socini* o un usufructo universal en favor del cónyuge o miembro de la pareja de hecho, si bien el artículo 57 establece una particularidad, al establecer que "(…) salvo disposición expresa del causante, este legado será incompatible con el de la parte de libre disposición".

Con respecto a los derechos del cónyuge en Bizkaia, Aramaio y Llodio, se establece ciertas peculiaridades, pues sobre la legítima establecida prevalecen los bienes troncales, disponiendo que la legítima del cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho se satisficiera con bienes no troncales así el artículo 70 expone que "(…) solamente cuando estos no existan, podrá acudirse a los troncales en la cuantía necesaria", además "podrán los tronqueros conmutar el usufructo (…) que recaiga sobre bienes troncales conforme al artículo 53, por un capital en efectivo que será de su libre disposición".

5. Los derechos del cónyuge viudo en Aragón

Conviene señalar con carácter previo, que al igual que sucede con el Derecho Catalán, el Derecho Aragonés, no contempla como legitimario al cónyuge viu-

do, no obstante, esto no significa, que carezca de derechos, pues se contempla la viudedad aragonesa, regulada en el artículo 192 del Código de derecho Foral de Aragón[86]. Es, por tanto, un beneficio legal, para todos los matrimonios que se rijan por el Derecho Aragonés, independientemente del régimen económico[87].

Es, sin duda alguna, una de las figuras más interesantes de las que estamos analizando, ya que nace en el momento de la celebración del matrimonio como un derecho expectante y, sin embargo, no produce sus efectos hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges. Siendo, por tanto, un efecto del matrimonio y no un derecho sucesorio[88].

El artículo 271 del CDFA, establece que *la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge, el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca.*

Por tanto, es un gravamen que recae sobre la legítima colectiva, pero que nace del matrimonio[89] como un derecho expectante para ambos cónyuges y con carácter universal que recae sobre todos los bienes. En palabras de BIESA HERNÁNDEZ[90], "se trata de un derecho que el cónyuge sabe que va a venir, siempre y cuando sobreviva a su consorte, y es el usufructo sobre todos sus bienes".

CALATAYUD SIERRA, califica su naturaleza familiar, y como ya hemos adelantado, este derecho tiene dos fases, tal y como señala el artículo 279, *durante el matrimonio, el derecho de viudedad se mantiene como expectante a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro",* en base a este artículo encontramos la fase de este derecho como expectante, latente, y dentro de los derechos matrimoniales, mientras que la segunda fase regula el usufructo en su artículo 283.1 al establecer que *el fallecimiento de uno de los cónyuges atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto…".*[91]En este momento, el derecho se convierte en usufructo.

6. Los derechos del cónyuge viudo en Navarra: el usufruto de fidelidad

El cónyuge viudo no se considera legitimario en el derecho Foral de Navarra. Con todo, en el usufructo de fidelidad, el beneficiario será el cónyuge, previsto en la Ley 253 de la Compilación de Derecho foral de Navarra[92] que reza: "El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento", siempre y cuando el cónyuge premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de fallecer.

Debemos tener en cuenta que quedan excluidos los bienes que figuran en la Ley 255, a saber:

1. Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario.
2. Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.
3. Los bienes que el cónyuge premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de fidelidad.
4. Los bienes que hubieren sido objeto de donación mortis causa.
5. Los legados piadosos o para entierro y funerales.
6. Los legados para dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a dotar.

7. Y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado."

En sentido estricto, lo cierto es que, con la viudedad aragonesa, este usufructo de fidelidad intenta dotar de medios económicos al viudo, tal y como señala, VAZQUEZ LEMOS; ahora bien, su planteamiento reside en la unidad familiar.

Con esto queremos decir que si el beneficiario, es decir el cónyuge superviviente, construye un nuevo núcleo familiar, este derecho se extingue, pues es una manifestación de fidelidad entre cónyuges que ha de seguir tras la muerte y es, al contrario que en Aragón, independiente de las condiciones económicas de los cónyuges[93].

7. Los derechos del cónyuge viudo en Galicia

Para estudiar la situación del cónyuge en el Derecho especial gallego, tenemos que acudir a la Ley 2/2006 de 14 de junio de ese mismo año[94]. Al igual que ocurre en el Derecho común, contempla al cónyuge como sujeto legitimario, así el artículo 238 LDCG, establece que son legitimarios:

"1.º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.

2.º El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho".

La legítima del cónyuge varía según concurra con descendientes, con no legitimarios o solo, así, el artículo 253 LDCG regula que existiendo descendientes le corresponde al cónyuge viudo en usufructo una cuarta parte del haber hereditario.

Si, por el contrario, no hubiese descendientes o habiéndolos repudien la sucesión tal y como establece en el artículo 254 LDCG, se le otorgara al cónyuge viudo la mitad del haber como usufructo vitalicio. Quizá de este artículo una de las cosas que más nos llama la atención es el término vitalicio, pues consideramos que al emplear este término el legislador gallego, tiene la intención de mantener este usufructo, independientemente de que el cónyuge contraiga nuevas nupcias[95].

Por tanto, la legítima gallega con respecto al cónyuge tiene muchos puntos en común con el Derecho común, ya que es por un lado en usufructo, de cuantía variable y además se caracteriza por que es conmutable. Así se desprende del artículo 255 que establece que: "El causante podrá satisfacer la legítima del cónyuge viudo atribuyéndole por cualquier título, en usufructo o propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión".

No obstante, si seguimos analizando la LDCG, se puede deducir que el propio causante tiene la potestad de prohibir la conmutación del usufructo vidual ya que el artículo 256, comienza con las palabras: "si así no lo prohíbe el causante…". De modo que podrá por tanto los herederos conmutar el usufructo con acuerdo del cónyuge viudo. En caso de no llegar a acuerdo entre descendientes y cónyuge supérstite, decidirá el juez.

GARCÍA RUBIO[96], considera que el legislador gallego, otorga mayores beneficios al cónyuge que el derecho común ya que le permite: "una suerte de derecho

de atribución preferente sin restringir su actuación a los bienes gananciales al permitir actuar sobre los bienes privativos del causante".

Queremos hacer hincapié en los requisitos que han de cumplirse para que el cónyuge viudo, sea considerado legitimario, remitiéndonos otra vez, al ya citado artículo 238 LDCG, que establecía el cónyuge no separado legalmente o, de hecho, por tanto, al igual que sucede en el CC, la separación se considera causa de pérdida de condición de legitimario[97].

Con respecto al pago de la legítima hay que apuntar tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ[98], ciertas situaciones que se pueden derivar de los artículos 255 y sigs.

La primera de ellas, recogida en el artículo 255, es que el propio testador hubiese atribuido al cónyuge viudo, ya sea en usufructo, o propiedad su parte de legítima, "bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión". Este artículo tal y como señala el citado autor[99] tiene la intención de respetar la voluntad del causante, siempre y cuando se cubra al completo la cantidad total de la legítima que le corresponde al cónyuge. La segunda de las situaciones en las que nos podemos encontrar está regulada en el artículo 257 en su punto primero, donde se otorga al cónyuge viudo la posibilidad de el mismo se atribuya su parte de legítima, pudiendo así recaer esta sobre la vivienda habitual, local o empresa donde realice su trabajo. El punto segundo nos advierte que este derecho es preferente a la posibilidad que tienen los otros herederos de conmutar. que será la última de las situaciones que prevé LDCG. Por último, se recoge que salvo disposición en contrario por parte del testador los herederos podrán conmutar la legítima del cónyuge viudo, siempre que sea por unanimidad entre todos los que hubiere.

No podemos olvidar, que la igual que nuestro CC, del mismo modo que se regula una legítima, se establecen una serie de causas de desheredación, si bien el derecho civil gallego, establece unas causas comunes tanto para el cónyuge como para los descendientes,

Estas causas, previstas en el artículo 263 LDCG, son:

1. Negar alimentos al testador
2. Haber maltratado de obra o injuriado gravemente
3. El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales
4. Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 CC

Si bien y aunque sean comunes a todos los legitimarios, está claro que la causa número 3, únicamente puede ser imputada al cónyuge. Por otro lado, la LDCG se remite al CC para las causas de indignidad que recordemos son:

1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

Siguiendo a GARCÍA RUBIO, podemos afirmar que esta remisión al CC, es: "genérica" ya que no son de aplicación todas las causas, pues como se puede observar la primera de las causas se refieren a los padres, no siendo sujetos legitimarios en la LDCG.

No podemos acabar este epígrafe, sin mencionar la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, reformada por la Ley 10/2007 de 28 de junio[100], pues en ella se regula la situación de la pareja de hecho. Es clara la exposición de motivos, donde se establece la intención de equiparar a las parejas de hecho con el matrimonio siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos, la intención por parte de ambos miembros de la pareja de quererse equiparar al matrimonio y por otro lado una estabilidad tal y como nos explica RIVAS MARTÍNEZ[101].

La disposición tercera en su primer punto establece que: "A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges".

Además, su punto segundo, determina ciertos requisitos, así como unos supuestos contemplados como exclusiones.

— En primer lugar, como requisito han de ser mayores de edad, capaces, y deben estar inscritos en el registro de parejas de hecho de Galicia.
— En segundo lugar, como exclusiones no podrán ser pareja de hecho, los familiares en línea recta o adopción, los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, y aquellos ligados en matrimonio o que formen pareja de hecho debidamente formalizada. Estas exclusiones, son muy similares a algunas las prohibiciones para contraer matrimonio en el CC[102].

IV. CONCLUSIONES

Dejando al margen el estudio de derechos sucesorios de las parejas convivientes o, de hecho, que en el derecho común no se contemplan, pero si están reconocidos o incorporados en los derechos forales y en algunas regulaciones autonómicas, y teniendo en cuenta que la voluntad del testador si así lo desea puede venir expresada en el testamento, con los límites siempre del respeto a las legítimas, y de los gravámenes permitidos por la ley, que confluyen y concurren, tanto sea conviviente o sea cónyuge superviviente, nos centramos en los derechos del cónyuge viudo.

1. Destacamos que salvo que del testamento resulte ser otra la voluntad del testador, siempre que respete las disposiciones y restricciones testamentarias impuestas por ley, compartimos la opinión de que en el derecho común, el cónyuge viudo a diferencia de otros legitimarios, no es heredero, sino que su legítima, se concibe únicamente en calidad de usufructuario, teniendo siempre presente que además se puede satisfacer su legítima a través de donación o legado si así lo desea el propio testador.

2. El usufructo, que muchas veces es vitalicio, puede ser conmutado por los herederos a instancia de ellos mismos o en caso de concurrir solo con hijos

del causante, del propio cónyuge o, por bienes, renta vitalicia, productos de determinados bienes, o un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, si bien la forma o formula de la elección elegida, o si se prefiere de cómo hacerlo será: en el primer caso de mutuo acuerdo y en el segundo a elección de los hijos exclusivos del causante, y si no llegan a un acuerdo en todo caso, será por mandato judicial. Mientras la conmutación no se realice, el legislador impone que queden todos los bienes de la herencia afectos al pago del usufructo.

3. En nuestra opinión, aunque son escasos los supuestos de nulidad matrimonial que se plantean, y muy excepcional será que se declare la nulidad posteriormente al fallecimiento del causante por estar está en trámite, compartimos la idea de que en ningún caso tendrá efectos retroactivos la declaración de nulidad para el contrayente de buena fe, tal y como señala el artículo 79 del CC. Y ello por varias razones, la nulidad tiene que solicitarse por una de las causas contempladas en el artículo 73 del CC, y aunque entendemos que deben ser objeto de interpretación amplia, tampoco podemos olvidar que debe existir una causa por lo que no cualquier situación matrimonial estaría comprendida en este manto de la nulidad. Consideramos además que cuando se encuentre en trámite la nulidad, no puede compararse plenamente a los efectos del divorcio o separación. Por supuesto que si lo que hay es un fracaso matrimonial, nada impide acudir a los remedios que otorga la ley como la separación o el divorcio. Por ello no nos parece acertado que en la nueva redacción artículo 438 del Código del Derecho Foral de Aragón: entre los efectos de la nulidad, el divorcio y la separación, equipare la nulidad del matrimonio que se encuentre en trámite otorgándole los mismos los efectos que al divorcio, la separación y la nulidad declarada.

4. Debemos remarcar que defendemos la validez de la figura de la cautela sociana, pues consideramos que se trata de una ampliación del derecho sucesorio del cónyuge, sobre la herencia del causante, y si bien no está contemplado en nuestro CC, se trata de una práctica generalizada y consolidada en la sociedad,

por ello abogamos por una regulación incluida en el CC, de la misma manera que se regula en distintos derechos forales. Compartimos la idea de que los matrimonios quieran mejorar la situación del cónyuge viudo, y el usufructo universal, nos parece un camino idóneo, máxime cuando creemos que al legitimario se le da la oportunidad de elegir entre cumplir con la disposición testamentaria del causante o hacer valer su legitima estricta, dado que el causante en cualquier caso pude disponer del tercio de libre disposición, lo que no hay que perder de vista. Con una regulación de la cautela sociniana se podría salvar, la supuesta lesión que se produce en la cuota legitimaria de los hijos, pues seria un gravamen que se podría contemplar por la ley.

5. Dentro de los Derechos forales, como hemos visto en nuestro estudio, existe una gran variedad de derechos sucesorios que se otorgan al cónyuge viudo. En Navarra sin ser ni siquiera legitimario, es sin embargo el Derecho foral que más protege al cónyuge viudo a través de la figura del usufructo de fidelidad. En ese mismo grado de protección esta también la viudedad aragonesa.

6. Podemos afirmar que la viudedad aragonesa es sin duda, dentro de nuestro estudio, la figura más interesante que hemos analizado, Ya que se trata de un derecho que nace del matrimonio es decir, un derecho expectante y que produce sus efectos con el fallecimiento del cónyuge, por lo que es realmente un derecho matrimonial y no un derecho sucesorio.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, (2021), *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia.

BARCELÓ DOMENCH, Javier, (2004) "El derecho de predetracción del cónyuge supérstite", en el *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.

BETANCOURT SERNA, Fernando, (2007), Derecho *Romano clásico,* Universidad de Sevilla, 3.ª ed.

BIESA HERNADEZ, M.ª del Carmen, (2009), "El derecho expectante de viudedad aragonés. Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción". CESA, 2009.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, (2023), "Comentario al artículo 1321", *Comentarios al Código Civil* (Dir. por CAÑIZARES LASO Ana), Tomos II, III, IV, Valencia, Tirant lo Blanch.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (2021), "Derecho expectante de viudedad", *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los Derechos Civiles Autonómicos,* LLEDO YAGUE, Francisco, (Dir. MONJE BASALDUA, M.ª Pilar, FERRER VANRELL, Óscar), Dykinson.

CALAZA LÓPEZ, Alicia, (2025), "Especialidades sucesorias de Galicia. Conflictos de Derecho interregional e internacional privado", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 45, págs. 35-49. (2024), "Sucesiones en los derechos civiles autonómicos. Conflictos de aplicación. Galicia", *Tratado práctico de Derecho de Sucesiones* (Coord. por Paloma Abad Tejerina), Sepín, Madrid, págs. 697-720.

CALAZA LOPÉZ, Sonia, DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes (2022), *Comentarios Jurisdicción Voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción Voluntaria* (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch.

CAÑIZARES LASO, Ana, (2023), *Comentarios al Código Civil,* Tomos II, III, IV, Valencia, Tirant lo Blanch.

CARRANCHO HERRERO, Teresa, (2016), "Derechos del cónyuge viudo", (Dir. CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERÁNDEZ, Rosario), Código Civil Comentado, Pamplona, Thomson Reuters.

COSTAS RODAL, Lucía, (2009), "Comentarios al arts. 981 a 987 del Código Civil", *Comentarios al Código Civi*l (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi.

CUADRADO PÉREZ, Carlos, (2011), "El régimen económico matrimonio. Disposiciones generales", *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. III. (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENCA CASAS, Matilde), Pamplona, Aranzadi.

DE LOS MOZOS, José Luis, (1982), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVIII, Vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2.ª ed.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, BAYOD LÓPEZ, M.ª Teresa, (2015) *Comentarios al Código Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia,* Dykinson, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis, (1984), "Comentario al artículo 1.320 del CC" *Comentarios y reformas de derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid.

DUPLÁ MARÍN María Teresa, (2013), "El proceso de recepción de la quarta falcidia romana en el Derecho Civil Catalán", *Un codi per al de civil de Catalunya: ¿idealisme o pragmatisme?: (estudis en commemoració del 50é aniversari de la compilació,* (Coord. LLABARÍA SAMPER, Sergio), Barcelona, Bosch.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, (2020) "La satisfacción de la legítima en el Código Civil Español: Una visión Jurisprudencial", *Revista jurídica Austral,* Vol.1, núm.1, junio, Buenos Aires, págs. 275-302.

ESPINOSA INFANTE José Miguel, (2005), Derecho Civil, *Derecho de sucesiones, Contestación al programa de oposiciones a notarías. Actualizado: Ley de 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio. Y la Ley 13/ 2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil, en materia de derecho a contraer matrimonio*, Dykinson, Madrid.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, (2004), *El pago de la legítima del cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal,* Tirant lo Blanch, Colección privada, Valencia.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, (2000) "El presupuesto del matrimonio en los Derechos sucesorios del cónyuge viudo". Tesis inédita dirigida por O´CALLAGHAN, Xavier, 1994, y publicada por la publicada Universidad Complutense de Madrid.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, (1982), *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil. La tradición romanística*, editorial Centro de estudios universitarios, Madrid, Ramón Areces, CEURA.

GARCÍA RUBIO, María Paz, NIETO ALONSO, Antonia, HERRERO OVIEDO, Margarita, "Las legítimas en la ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia", (2012)

Tratado de legítimas (Coord. TORRES GARCÍA, Teodora), Atelier, Barcelona.
GOMÁ LANZÓN, Ignacio, (2005), "Tema 8: Los derechos del Cónyuge viudo", *Instituciones de Derecho Privado,* Tomo V, Sucesiones, Vol. III: las atribuciones legales, (Coord. GARRIDO MELERO, Martín), Pamplona, Thomson Civitas.
GÓMEZ TABOADA, Jesús, (2012), *Derecho de sucesiones de Cataluña. Teoría y Práctica*, Lex nova, Thomson Reuters, 1.ª ed.
GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo, (2013), "El pulso entre heredero y legatario, propiciado por la *voluntas testatoris*: la victoria de la *Quarta falcidia*", *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm., 6, págs. 137-161.
GRAMUNT, Mariló y RUBIO, Gemma, (2014), "La protección familiar de la pareja superviviente" (Dir. DOMINGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, María Paz), *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amucorum T.F. Torres García,* La Ley, Madrid, 1.ªed.
GRIMALT SERVERA, Pedro, (2015), "Los Derechos legitimarios y legítimos del cónyuge viudo separado en el Código Civil y en la Compilación del Derecho Civil Balear", *Actualidad Jurídica iberoamericana,* núm. 3, agosto, págs. 565-576.
HERRERO GARCÍA, María José, (2011), "Comentario al artículo 1.321", *Comentarios al Código civil por el Ministerio de justicia*, (Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ. R. y SALVADOR CODERECH, Pablo), Ministerio de Justicia, Madrid.
LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA Joaquín, (2004), *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo V, Dykinson, Madrid.
LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, (2024), *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho civil*, 18.ª ed.
LLEDÓ YAGUE Francisco, (2004), *Compendio de Derecho Civil, Derecho de sucesiones, Tomo V,* ADI, Dykinson, Madrid.
LLODRÁ GRIMALT Francesca y FERRER VANRELL María del Pilar, (2016), "Legítima en las Islas Baleares", *Tratado de Derecho de sucesiones,* Tomo II, (Coord. GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith), Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2.ªed.
MARTÍN PÉREZ, José Antonio, (2001), "Convivencia y herencia. Derechos sucesorios de las parejas de hecho", *Matrimonio y uniones de hecho*, (Coord. MARTINEZ GALLEGO, Eva María), Universidad de Salamanca, Salamanca.
MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, (2023), "La elección del régimen matrimonial" *Revista de Derecho Civil,* Vol.10, núm.4, págs. 1-28.
MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, (2019), *La legítima en el Derecho Español*, (Tesis doctoral inédita dirigida por ARNAU MOYA Federico), enero, Universidad Jaume I, Valencia.
MORETÓN SANZ, Fernanda, (2019) "El nuevo derecho civil foral sucesorio: La codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope legis* de disposiciones testamentarias hechas a favor de la expareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación fáctica", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.776, noviembre, págs. 3.061-3.092.
(2019), "Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de inefi-

cacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, 773, 2019, págs. 1.520-1.545.

MURILLO VILLAR, Alfonso, (2017), "La influencia del Derecho de familia en la posición del cónyuge supérstite en el orden de llamamientos en la sucesión *Ab intestato:* Evolución histórica", *Revista internacional de Derecho Romano*, octubre 2017, págs.1-50.

O`CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, (2016), *Código Civil, comentado y con Jurisprudencia*, La ley, Madrid, 8.ªed.

ORTUÑO PÉREZ, María Eugenia, (2015), "Limitación de la capacidad de testar", *Contribuciones al Derecho Romano de sucesiones o donaciones,* Dykinson, Madrid.

POLO ARÉVALO, Eva María, (2013), "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en el Derecho sucesorio español", *Revista internacional de Derecho Romano*, núm., 10, págs. 331-376.

QUESADA SANCHEZ, Antonio José, (2022), "Modificaciones en el Código Civil", (Dir. por CALAZA LÓPEZ, Sonia), *Jurisdicción voluntaria: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Tirant* lo Blanca, Valencia.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, (2013), *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, (Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, (2009), *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo II, Dykinson, Madrid. 4.ªed.

RODRÍGUEZ MARTINÉZ, M.ª Eugenia, (2024), "El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria", *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones en las Cortes,* año LXXVIII, agosto, núm. 2278-bis, págs. 474-514.

TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, (2016) "Legítima en el Código Civil" en *Tratado de Derecho de sucesiones,* Tomo II, (Coord. GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith) Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2.ª ed.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, (1936), *Tratado de Derecho Civil Español,* Tomo V, Parte especial Derecho de sucesiones *mortis causa,* Talleres topográficos cuesta, Valladolid, 4.ª ed.

VÁZQUEZ LEMOS, Ana, (2019), "Territorios de Derecho Civil Especial y Legislación Autonómica: Aragón, Navarra y País Vasco", *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar,* Bosch, Barcelona, 2019.

ZAHINO RUIZ, María, (2010), "Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales", (Dir. LLEDÓ YAGUE, Francisco, FERRER VANRELL, María Pilar), Dykinson, Madrid.

VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022, núm. 1160/2022, ECLI:ES:TS:2022:3422.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015, núm.717/2014, rec. 3318/2012, ECLI:ES:TS:2015:1929

- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014, núm. 838/2013, rec. 731/2011, ECLI: ES:TS:2014:5816
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014, núm 254/2014, rec. 1085/2012, ECLI:ES:TS:2014:3743
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004, núm. 109/2004, ECLI:ES:TS:2004:959.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2006, núm. 661/2006. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penedés. ECLI:ES:TS:2006:4636
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2016, núm. 100/2006, JUR 2016/145993. Ponente: Ilma. Sra. María Mestre Ramos. ECLI:ES:APV:2016:973.
- Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2015 núm. 127/2015. ECLI:ES:APM:2015:5606

NOTAS

[1] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, (2009), *Derecho de sucesiones Común y Foral",* Tomo II, Dykinson, pág. 1.621, 4.ª ed.

[2] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, (2018), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid.

[3] MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, (2019), "La legítima en el Derecho Español", (dirigido por ARNAU MOYA, Federico), Universidad Jaume I, Valencia, pág. 25.

[4] POLO ARÉVALO, Eva María, (2019), "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en el Derecho sucesorio español", *Revista internacional de Derecho Romano*, 10, págs. 331 y sigs.

[5] DUPLÁ MARÍN María Teresa, (2013), "El proceso de recepción de la quarta falcidia romana en el Derecho Civil Catalán", *Un codi per al dret civil de Catalunya: ¿idealisme o pragmatisme?: (estudis en commemoració del 50é aniversari de la compilació,* (coord. LLABARÍA SAMPER, Sergio), Bosch, Barcelona, págs. 420 y sigs.

[6] Así puede constatarse en GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, (1982), *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil. La tradición romanística*, Ramón Areces, CEURA, Madrid, 1982, págs. 5 y sigs.

[7] La dificultad para entender el régimen sucesorio de la mujer en la época clásica proviene de su condición de hija, cuando forma parte de la familia del marido. Como destaca GARCÍA GARRIDO ("El patrimonio…", *op.cit*., págs. 82 y sigs.) al analizar la *Lex Voconia* a la que ya nos hemos referido, apreciamos cómo se acortaba la posibilidad de que la mujer fuera instituida heredera. Límite que se extendió no solo al testamento sino también a la sucesión legítima.

[8] Los efectos sucesorios de este tipo de matrimonio los recoge GAYO (2.139): "Si quis post factum testamentum adopta veritsibifiliumaut (…) omni modo testamentumeiusrumpiturquasiagnatione sui heredis. Idem iuris est, si cui post factumtestamentumuxor in manumconveniat, velquaein manufuitnubat: nameo modo filiae loco ese íncipit et quasisua" (Instituciones 3,3).

[9] MURILLO VILLAR, Alfonso, (2017), "La influencia del Derecho de familia en la posición del cónyuge supérstite en el orden de llamamientos en la sucesión *Ab intestato:* Evolución histórica", *Revista internacional de Derecho Romano,* núm. 19, págs.1-50.

[10] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, (2000), afirma que "que el cónyuge supérstite, tendrá derecho a heredar en aquellos supuestos en los que no hubiese parientes hasta el sexto grado" (*El presupuesto del matrimonio en los Derechos sucesorios del cónyuge viudo*. Tesis inédita dirigida por O´CALLAGHAN, Xavier, 1994, y publicada por Universidad Complutense de Madrid en 2000, págs. 40 y sigs.).

[11] ORTUÑO PEREZ, María Eugenia, (2015), "Limitación de la capacidad de testar", *Contribuciones al Derecho Romano de sucesiones o donaciones,* Dykinson, Madrid, págs. 80 y sigs.

[12] *Vid*., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, "El presupuesto del matrimonio…", *cit.,* págs. 43 y sigs.

[13] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, (2009), *Derecho de sucesiones Común y Foral*, *op.cit*., Tomo II, págs. 1.622 y sigs.

[14] *Ibidem,* págs. 1.623 y sigs.

[15] La *Novela 22* de Justiniano también contemplaba esta figura para el marido que hubiese sido repudiado sin justa causa.

[16] LLEDÓ YAGÜE, Francisco (2004), *Compendio de Derecho Civil, Derecho de sucesiones, Tomo V,* ADI, Dykinson, Madrid, pág. 513.

[17] LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA Francisco de Asís, LUNA SERRANO Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y Joaquín RAMS ALBESA, (2004), *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo V, Dykinson, Madrid, pág. 373, 2.ª ed.

[18] ESPINOSA INFANTE José Miguel, (2005), *Derecho Civil, Derecho de sucesiones, Contestación al programa de oposiciones a notarías*. Actualizado: Ley de 15/2005, de 8 de julio, por

la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio. Y la Ley 13/ 2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil, en materia de derecho a contraer matrimonio, Dykinson, Madrid, pág. 177.

[19] LASARTE Carlos, (2024), *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho civil*, págs. 195 y sigs.

[20] Cfr., MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos (2023), "La elección del régimen matrimonial". *Revista de Derecho Civil,* Vol.10, núm. 4, págs. 19 y sigs.

[21] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, (2016), *Comentarios al Código Civil* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 705.

[22] *Ibidem,* pág. 705.

[23] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, "Comentario artículo 807", (Dir. CAÑIZARES LASO, Ana), Comentarios *al Código Civil,* Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 3913.

[24] Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ, expondré brevemente las distintas posturas doctrinales que han surgido acerca de la condición o no de heredero por parte del cónyuge, pues tal y como el expone, de manera tradicional si se consideró al cónyuge heredero, teniendo su fundamento legal en el artículo 807 del CC. Añade, que las causas de desheredación solo pueden aplicarse a aquellas personas que son herederas; por otro lado, este mismo autor señala la existencia de una posición intermedia donde la doctrina se plantea que el cónyuge sea un heredero *sui generis,* basando esta postura en que al cónyuge se le niega el derecho a ser contador partidor en la herencia de su cónyuge mientras que a su vez, sí puede pedir la partición. En contrapartida, hay que resaltar, que el hecho de no responder a las deudas hereditarias le sitúa como no heredero, siendo más próxima su posición al legatario. Por último y tal y como señalamos en el texto, la corriente actual, no plantea duda al afirmar que el cónyuge no es heredero del fallecido "por la sola eficacia de sus derechos legitimarios". Parafraseando a RIVAS MARTÍNEZ, "el llamamiento en un usufructo no atribuye un contenido que sea adecuado para calificar de heredero al llamado… porque conforme a ese contenido, no responde el cónyuge viudo a las deudas de la herencia… y porque el art. 839 del CC permite en su primer punto, que la legítima del viudo puede quedar circunscrita a una cantidad de dinero, y reducida así a una entidad numérica", (2009), *Derecho de sucesiones común y foral,* Tomo II, Dykinson, págs. 1.630 y sigs., 4.ª ed.

[25] Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2006, núm. 661/2006. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penedés. ECLI:ES:TS:2006:4636

[26] ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, (2021), *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 74 y sigs.

[27] STS 712/2014, de 16 de diciembre, dispone en su fundamento segundo que: "La aplicación de estos criterios o directrices de interpretación conducen a que esta Sala confirme la doctrina jurisprudencial por el que el instituido en el usufructo de la herencia no deba tener la consideración de heredero de la herencia. En efecto, si bien se observa, el contenido del llamamiento del beneficiario a la herencia le aleja de la cualidad del título que sustenta la posición del heredero, esto es, la titularidad global de los derechos y obligaciones del causante, para quedar configurado en una atribución patrimonial concreta, el usufructo de la herencia. Atribución que, además, carece de existencia jurídica previa en el contenido patrimonial de la herencia, pues se constituye "ex novo" por voluntad expresa del testador, de forma que el modo de subentrar del usufructuario en el fenómeno sucesorio le diferencia claramente de la posición central que asume el heredero en sus principales manifestaciones". Ponente Excmo. Francisco Javier Orduña Moreno, ECLI:ES:TS:2014:5728.

[28] CARRANCHO HERRERO, Teresa, (2016), "Derechos del cónyuge viudo", (dirigido por CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERÁNDEZ, Rosario), *Código Civil* Comentado, Thomson Reuters, pág.834

[29] Asociación de Profesores de Derecho Civil, *op.cit*., pág. 192

[30] BOE 27 de diciembre de 2022, sec. III. Resolución de 12 de diciembre de 22, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública registral, en el recurso interpuesto contra a negativa del registrador de la propiedad de Benalmádena n.º2 a inscribir una escritura de adjudicación de herencia. En idéntico sentido Resolución de 29 de enero de 2024, de la Direc-

ción General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 55, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y aceptación y adjudicación de herencia.

[31] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, (2013), *Comentarios al Código Civil,* Tomo V (dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 6.201.

[32] RAGEL SANCHEZ Felipe, *o cit.,* pág. 5.852.

[33] LASARTE Carlos, *op.cit*, págs.193 y sigs.

[34] QUESADA SANCHEZ, Antonio José, (2022), "Modificaciones en el Código Civil", (dirigido por CALAZA LÓPEZ, Sonia), *Jurisdicción voluntaria: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Tirant* lo Blanca, Valencia, pág. 1303 y sigs.

[35] MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, (2019), "El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope legis* de disposiciones testamentarias hechas en favor de la expareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica, *RCDI*, 776, 2019, págs. 3061-3092; (2019), "Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común", *RCDI*, 93, 773, 2019, págs. 1.520-1.545.

[36] Artículo 856 del CC.

[37] TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, (2016), "Legítima en el Código Civil" en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, (coord.) Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, págs. 445 y sigs., 2.ª ed.

[38] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.ª Ángeles, en este sentido establece que "La atribución o no de derechos sucesorios al cónyuge viudo dependerá en definitiva de si el matrimonio, aun siendo inexistente, mantiene externamente la apariencia de válido, o si por el contrario tal apariencia fue destruida por la declaración de nulidad o, al menos, por la interposición de la demanda. Es evidente que, en este último caso, matrimonio declarado inexistente con anterioridad a ser causada la herencia, el superviviente carece de todo derecho sobre la sucesión del fallecido, pues al momento de la muerte de éste su matrimonio ya estaba disuelto. También parece claro que en el primer supuesto, matrimonio inexistente pero aparentemente válido por no haber sido declarada su nulidad o inexistencia, el cónyuge supérstite conserva los derechos que el Código le reconoce en las sucesiones intestada y forzosa, como si su matrimonio no estuviera afectado de invalidez alguna"(1985), *La nulidad del matrimonio y su incidencia sobre los derechos sucesorios del cónyuge superviviente*, tesis doctoral dirigida por O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, págs. 82 y sigs.

[39] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al Código*, *Op.cit.,* págs., 706 y sigs.

[40] TORRES GARCÍA Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Op.cit.,* pág. 446.

[41] En este mismo sentido GOMÁ LANZÓN, Ignacio (2005), "Tema 8: Los derechos del Cónyuge viudo". *Instituciones de Derecho Privado,* Tomo V, Sucesiones, Vol. III: las atribuciones legales, (Coord. GARRIDO MELERO, Martin), Thomson Civitas, pág. 674.

[42] RIVAS MARTINEZ, Juan José, *op.cit*, pág. 1.633.

[43] LACRUZ BERDEJO José Luis, SANCHO REBULLIDA Francisco de Asís, LUNA SERRANO Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ Francisco, RAMS ALBESA Joaquín, *op.cit*, págs. 376 y sigs.

[44] ESPINOSA INFANTE, José Miguel, *op.cit.* pág. 180.

[45] *Ibidem*, pág. 180

[46] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al código*, Op.cit., pág. 707.

[47] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, (2020) "La satisfacción de la legítima en el Código Civil Español: Una visión Jurisprudencial", *Revista jurídica Austral,* Vol.1, núm.1, junio, Buenos Aires, pág. 277 y sigs.

[48] Artículo 840 del CC.

[49] CARRANCHO HERRERO, Teresa, "Derechos del cónyuge viudo", CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERÁNDEZ, Rosario, *Op.cit*., *Código Civil…* pág. 928.

[50] Ibidem, pág. 929.

[51] ECHEVARRIA DE RADA, M.ª Teresa, (2020), "la cautela *socini:* revisión crítica de su concepción actual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.781, septiembre, pág. 2587.

[52] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014, núm. 838/2013, rec. 731/2011, *ECLI:* ES:TS:2014:5816; Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014, núm 254/2014, rec. 1085/2012, ECLI:ES:TS:2014:3743, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015, núm.717/2014, rec. 3318/2012, ECLI:ES:TS:2015:1929.

[53] Tal y como expone FERNANDÉZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.ª Ángeles,(1994), "Se trata de una *mortis causa capio,* adquisición por causa de muerte del otro cónyuge, aunque con independencia de su sucesión mortis causa y al margen de ella, concebida como un beneficio matrimonial cuyo fundamento se encuentra en la relación conyugal de los esposos y en el principio de unidad de los mismos, incluso después de la muerte", *El presupuesto del matrimonio en los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, tesis dirigida por O´CALLAGHAN, X, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, pág. 171.

[54] RODRÍGUEZ MARTINÉZ, M.ª Eugenia, (2024), "El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria", *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones en las Cortes,* año LXXVIII, agosto, núm. 2278-bis, pág. 508.

[55] CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, (2023), "Comentario al artículo 1.321", (dirigido por CAÑIZARES LASO, Ana), *op.cit*, págs. 6.034 y sigs.

[56] En este sentido ZAHINO RUIZ, María, (2010), "Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales" (Dir. LLEDÓ YAGUE, Francisco, FERRER VANRELL, María Pilar), Dykinson, Madrid.

[57] Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2015 núm. 127/2015. ECLI:ES:APM:2015:5606

[58] En este sentido CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op.cit,* págs. 226 y sigs.

[59] En la misma línea COSTAS RODAL, Lucía, (2021), Comentarios al Código Civil (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Coord.) Aranzadi, 5.ªedic. pág.1842 y sigs.

[60] DE LOS MOZOS, José Luis, (1982), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVIII, Vol. I, 2.ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 138 y sigs. En este mismo sentido ALBALAJEDO GARCÍA, Manuel, (2006), *Curso de derecho civil*, Tomo IV, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, págs. 151 y sigs.

[61] BARCELO DOMENCHR, Javier, (2004) "El derecho de predetracción del cónyuge supérstite" en el *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo Garcí*a, Tomo I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, págs. 517 y sigs.

[62] Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo del 2000, Sentencia núm. 493/2000, ECLI:ES:TS:2000:4074, Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda, así en su fundamento segundo párrafo cuarto se establece: "Si bien el art. 659 del Código Civil establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte, y, en consecuencia, el testador puede disponer libremente de ellos respetando los derechos legitimarios de los herederos forzosos, no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de alguno de los cónyuges, del art. 1.321 del Código, según la cual fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computársele en su haber. De ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de sobrevivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge supérstite. De ahí que la cláusula testamentaria invocada no haya sido incorrectamente interpretada ya que tal disposición testamentaria no puede contradecir una norma imperativa como es la del citado artículo 1321 del Código Civil".

[63] LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, (2024), *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil IV*, Marcial Pons, Madrid, 18.ª ed., pág. 153, o en palabras de CUADRADO PÉREZ, Carlos, (2011) "Se trata de ciertos bienes que cabría contemplar como parte integrante de la esfera más íntima de la familia" "Tratado de Derecho de la familia, volumen III, los regímenes económicos matrimoniales I" (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENCA CASAS, Matilde), Aranzadi, Navarra, págs. 230 y sigs.

[64] HERRERO GARCÍA, María José, (2011), "Comentario al artículo 1.321", *Comentarios al código civil por el Ministerio de justicia* (Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERECH, Pablo), págs. 593 y sigs.

[65] DÍEZ PICAZO, Luis, (1985), "Comentario al artículo 1.320 del CC", *Comentarios y reformas de derecho de familia*. Vol. II, Tecnos, Madrid, págs. 1.506 y sigs.

[66] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, (2016), *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 1.419 y sigs., 8.ª ed.

[67] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022, núm. 1160/2022, ECLI:ES:TS:2022:3422.

[68] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2016, núm. 100/2006, JUR 2016/145993. Ponente: Ilma. Sra. María Mestre Ramos. ECLI:ES:APV:2016:973.

[69] Sentencia del Tribunal Supremo de, 16 de febrero de 2004, núm. 109/2004, ECLI:ES:TS:2004:959.

[70] Artículo 423-9. Institución a favor de los parientes. Si el testador llama a sus herederos o legatarios sin designación de nombres, mediante las expresiones herederos míos, herederos legítimos, herederos intestados, parientes más próximos, parientes, sucesores, aquellos a quien por derecho corresponda o los míos, o utilizando expresiones similares, se entiende que son llamados como herederos testamentarios o legatarios los parientes que, en el momento de deferirse la herencia o el legado, habrían sucedido ab intestato al testador, de acuerdo con el orden legal de llamamientos, incluido el cónyuge o el conviviente en pareja estable, y con el límite del cuarto grado, salvo que se infiera que su voluntad es otro. Se modifica por la disposición final 2.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio (Ref. BOE-A-2010-13312).

[71] ZAHINO RUIZ, M.ª Luisa, (2021), "Los derechos viudales familiares", (Dir. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, MONJE BALMASEDA, Oscar, FERRER VANRELL, M.ª Pilar), *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los Derechos Civiles Autonómicos,* Dykinson, pág. 158 y sigs.

[72] Así el CCat., recoge el derecho de predetracción a favor del cónyuge, el año de viudedad, la compensación económica por razón de trabajo, pactos sucesorios y la cuarta viudal.

[73] GRAMUNT Mariló y RUBIO, Gemma, (2014), "La protección familiar de la pareja superviviente", (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, GARCÍA RUBIO, María Paz), *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F. Torres García,* La Ley, Madrid, pág. 580.

[74] GÓMEZ TABOADA. Jesús, (2012), *Derecho de sucesiones de Cataluña. Teoría y Práctica*, Lex nova, Thomson Reuters, Valladolid.

[75] ZAHINO RUIZ, M.ª Luisa, *op.cit*, pág.162.

[76] GRAMUNT Mariló y RUBIO Gemma, *op.cit,* pág. 584.

[77] Art. 431-1 del CCcat. "1. En pacto sucesorio, dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular. 2. Los pactos sucesorios pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, incluso de forma recíproca, o a favor de terceros".

[78] LLODRÁ GRIMALT Francesca y FERRER VANRELL María del Pilar, (2016), "Legítima en las Islas Baleares" en *Tratado de Derecho de sucesiones,* Tomo II, (GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, coord.) Thomson Reuters, Civites, 2016, Pamplona, págs. 602 y sigs., 2.ª ed. INCLUYE UN ARTICULO MUY RECIENTE SOBRE EL PACTO BALEAR, ESTA EN LA RCDI solo pacto de ascendiente con descendiente, no afecta al cónyuge.

[79] *Ibidem*, pág. 608.

[80] Ley 7/ 2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, BOE 223 de 15 de septiembre de 2017, en su exposición de motivos III.

[81] Decreto Legislativo79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de Derecho Civil Balear. BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

[82] GRIMALT SERVERA, Pedro, (2015), "Los Derechos legitimarios y legítimos del cónyuge viudo separado en el Código Civil y en la Compilación del Derecho Civil Balear", *Actualidad Jurídica iberoamericana,* núm. 3, págs. 565-576.

[83] Ley 5/2015 de 25 de julio, de Derecho Civil Vasco.

[84] LASARTE Carlos, *Derecho de sucesiones*, *op.cit*., pág. 171.

[85] Vid., MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, (2010), "Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar*", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 719, págs. 1.282 a 1.297

[86] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas", (BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011).

[87] DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, BAYOD LÓPEZ, M.ª Teresa, (2015), *Comentarios al Código Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia,* Dykinson, pág. 429.

[88] CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (2021), "Derecho expectante de viudedad", *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los Derechos Civiles Autonómicos,* (Dir. LLEDO YAGUE, Francisco, MONJE BASALDUA, M.ª Pilar, FERRER VANRELL, Óscar), Dykinson, págs. 691 y sigs.

[89] Únicamente aquellos matrimonios en los que rija el derecho Foral de Aragón, independientemente del régimen económico matrimonial.

[90] BIESA HERNÁDEZ, M.ª del Carmen, (2009), *El derecho expectante de viudedad aragonés. Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción*. CESA, 2009, pág. 23.

[91] CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *op.cit,* pág. 693.

[92] Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, BOE 7 de marzo de 1973.

[93] VÁZQUEZ LEMOS, Ana, (2019), "Territorios de Derecho Civil Especial y Legislación Autonómica: Aragón, Navarra y País Vasco", *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar,* págs. 381 y sigs.

[94] Ley 2/2006 de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia (DOG núm. 124 de 29/06/2006, «BOE» núm. 191, de 11/08/2006).

[95] GARCÍA RUBIO, María Paz, NIETO ALONSO, Antonia, HERRERO OVIEDO, Margarita "Las legítimas en la ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia", (2012), *Tratado de legítimas* (Coord. TORRES GARCÍA Teodora, Atelier, Barcelona, pág. 244.

[96] GARCÍA RUBIO, María Paz, NIETO ALONSO, Antonia, HERRERO OVIEDO, Margarita, (2012), *op.cit*, págs. 238 y sigs.

[97] MORETÓN SANZ, Fernanda, (2019) "El nuevo derecho civil foral sucesorio: La codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope legis* de disposiciones testamentarias hechas a favor de la expareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación fáctica", *Revista critica de Derecho Inmobiliario,* núm.776, noviembre, págs. 3.070 y sigs.

[98] RIVAS MARTÍNEZ Juan José, (2009), *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo II, Dykinson, Madrid, págs.1.760 y sigs., 4.ª ed.

[99] *Ibidem,* pág. 1761.

[100] Ley 10/2007 de 28 de junio, BOE núm., 226 de 20 de septiembre de 2007.

[101] RIVAS MARTÍNEZ Juan José*, op. cit*., págs.1.764 y sigs.

[102] Artículo 47 del CC establece que no podrán contraer matrimonio: "Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. También el artículo 46 prohíbe contraer matrimonio, a menores y aquellos ya vinculados en matrimonio.

1.5. Obligaciones y contratos

Naturaleza jurídica de las plataformas digitales como meras intermediarias o como prestadoras del servicio principal subyacente: *Uber vs. Airbnb**

Legal nature of digital platforms as mere intermediaries or as providers of the underlying main service: Uber vs. Airbnb

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Titular acreditada de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: El auge de las plataformas digitales especialmente en el marco de la prestación de servicios de transporte y alojamiento ha dado lugar a litigios y controversias sobre todo tratando de delimitar la normativa aplicable y el ámbito de su responsabilidad. Para concretar ambas resulta esencial primero determinar la naturaleza jurídica de la actividad que prestan: ¿meras intermediarias y prestadoras de un servicio de la sociedad de la información o realmente prestadoras del servicio principal subyacente, en este caso de transporte o alojamiento?

En este trabajo se analizan los criterios que al respecto de la naturaleza jurídica de las plataformas digitales han acogido en un primer momento la Comisión Europea y posteriormente el TJUE y el Tribunal Supremo español.

ABSTRACT: The rise of digital platforms, especially in the context of transport and accommodation services, has given rise to litigation and disputes, particularly

* Trabajo desarrollado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: a) «Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales con consumidores», Ministerio de Ciencia e Innovación, ref. PID2021-124191OB-I00, IP: Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente; y b) «Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de servicios digitales con consumidores (II): aplicación al arrendamiento y la vivienda». Ministerio de Ciencia e Innovación, ref. PID2024-157278OB-I00, IP-1: Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente, IP-2: Prof. Dra. Beatriz Sáenz de Jubera Higuero.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.10

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

regarding the definition of applicable regulations and the scope of their liability. In order to clarify both, it is essential to first clarify the legal nature of the activity they provide: are they mere intermediaries and providers of an information society service, or are they actually providers of the underlying main service, in this case transport or accommodation?

This paper analyses the criteria regarding the legal nature of digital platforms that have been adopted first by the European Commission and subsequently by the CJEU and the Spanish Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: alojamiento, alojamiento turístico, naturaleza jurídica, plataformas digitales, responsabilidad, transporte

KEYWORDS: accommodation, tourist accommodation, legal nature, digital platforms, liability, transport

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: LA INFLUENCIA DECISIVA O EL CONTROL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO FINAL SUBYACENTE COMO CRITERIO DETERMINANTE: 1. Prestador de servicios de la sociedad de la información e intermediario: concepto y delimitación. 2. Criterios advertidos por la Comisión Europea en su «Agenda Europea para la economía colaborativa». 3. Criterios jurisprudenciales respecto a Uber en el ámbito del servicio de transporte. 4. Criterios jurisprudenciales respecto a Airbnb y otras plataformas en el ámbito del servicio de alojamiento turístico y de corta duración.—III. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO

La llamada economía de las plataformas se ha consolidado en el ámbito de la contratación de bienes y servicios. Principalmente podemos distinguir entre las plataformas online destinadas a redes sociales y las que tienen por objeto el intercambio de bienes y/o servicios (*marketplaces*), pero en este trabajo me centraré en estas últimas.

El gran avance y desarrollo de las nuevas tecnologías de información y la comunicación en los últimos años ha favorecido nuevas modalidades contractuales y formas de organización, producción, distribución intercambio y consumo de bienes y servicios; formas más rápidas, fáciles y personalizadas. Y en este ámbito las plataformas digitales han tenido y tienen un gran protagonismo, no en vano a través de ellas, y sirviéndose de los avances en la tecnología móvil, internet, redes sociales, geolocalización, etc., han crecido exponencialmente las posibilidades de interacción entre personas y grupos sociales y con ello ha servido de cauce para que proveedores de bienes o servicios se encuentren e interactúen con los potenciales destinatarios interesados en sus bienes o servicios (consumidores o no), facilitando así la contratación *on line* entre ellos.

La contratación con y a través de plataformas digitales y su estructura compleja triangular ha planteado nuevos modelos de negocio que se han ido consolidando en distintos sectores y mercados. Y entre ellos el mercado del transporte y

el del alojamiento de corta duración han sido dos de los ámbitos en los que más auge y popularidad se ha encontrado este sistema de plataformas.

El desarrollo de estas plataformas al albur de la llamada economía colaborativa ha marcado sin duda una evolución y metamorfosis en lo que era el fundamento inicial de esta: *grosso modo,* intercambiar, compartir y dejar que otras personas usen lo que a otra le sobra o infrautiliza, pero sin interés lucrativo; una economía colaborativa que tuvo gran acogida con y tras la crisis económica de 2008 y que fue creciendo con los años, sobre todo con el desarrollo de la llamada economía de las plataformas y de las nuevas tecnologías, especialmente en el ámbito del transporte y del alojamiento vacacional.

Ahora bien con el tiempo este modelo evolucionó y actualmente (ya desde hace años) esa idea de colaboración e intercambio no lucrativo ya no es la que impera en el mercado del alojamiento vacacional a través de plataformas digitales, fundamentalmente por la cada vez mayor profesionalización del prestador del servicio (anfitrión) y el carácter remunerado de los servicios (no mero intercambio de bienes o prestaciones como en el origen de la economía colaborativa); se ha convertido en una actividad empresarial o profesional alternativa y en competencia con los agentes proveedores tradicionales de esos sectores (taxis, hoteles, comercios tradicionales) o a través de la cual se ponen en contacto distintos usuarios, particulares y profesionales, ofreciendo o demandando bienes y servicios; ahora bien, una actividad sin una normativa específica y clara que la regule, aunque con claros esfuerzos a este respecto desde hace años, destacando la llamada de atención de la Comisión Europea hacia este ámbito con su Comunicación de 2 de junio de 2016 "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" (COM(2016), 356 final) a la que se refiere como nuevos modelos empresariales o de negocio y la posterior Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, con el mismo título y referencia, así como normativas más recientes como el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, de Servicios Digitales (en adelante RSD) y el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 de Mercados Digitales (en adelante RMD).

Sobre la naturaleza jurídica de las plataformas *online* y los servicios que prestan se ha debatido mucho tanto doctrinal como jurisprudencialmente, y a este último respecto tanto a nivel nacional como comunitario europeo. Y esta discusión ha venido justificada sobre todo con el fin de concretar la normativa y régimen aplicable a su actuación y también el ámbito de la responsabilidad que le pueda ser exigible, especialmente respecto del contenido publicado en la web de la plataforma o en relación con el cumplimiento efectivo del servicio final contratado (transporte o alojamiento, conforme al objeto en el que se centrará este trabajo).

Desde la proliferación de este tipo de plataformas en el mercado ha sido constante la discusión sobre si son meros intermediarios o son prestadores del servicio principal subyacente, o sobre qué influencia tienen en la prestación de ese servicio al usuario final consumidor. Lo cierto es que esta cuestión deberá concretarse caso a caso y según plataformas concretas, pues deberá atenderse a la actividad efectivamente desarrollada.

La mayoría de las plataformas se autodenominan como intermediarias en el clausulado general de las condiciones de acceso y uso publicadas en sus webs;

pero su calificación jurídica no puede basarse en esa expresión unilateral sino que será la que se derive efectivamente de la actividad que desarrollen y servicios que presten y no en cómo se denominan ellas mismas. La concreción de la naturaleza jurídica de las plataformas, o más estrictamente, de su actividad y servicios prestados, es lo suficientemente relevante por sus implicaciones en el ámbito de la responsabilidad contractual y el control de su actividad como para no dejar al criterio de las plataformas su propia calificación jurídica, de modo que habrá que comprobar qué actividad desarrollan concretamente. Y pese a que las plataformas operan de modo muy similar entre sí, lo cierto es que cada plataforma puede desarrollar algunas actividades concretas que determinan e influyen de modo más decisivo en la prestación del servicio final y ello puede llevar a que se les considere prestadoras de dicho servicio y no meras intermediarias, lo que tendrá consecuencias en cuanto a la normativa aplicable y a los procesos y requisitos de control a que se pudiera ver sometida esa actividad.

Aunque habrá que estar al caso concreto, como orientación y base de valoración y calificación podemos atender a los criterios acogidos por la Comisión Europea en su referida Comunicación de 2 de junio de 2016 "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" (COM(2016), 356 final) así como a las diferentes resoluciones judiciales tanto del TJUE como del Tribunal Supremo español que han sentado doctrina sobre la naturaleza jurídica de plataformas tan relevantes y paradigmáticas en los dos sectores de actividad objeto de este trabajo como son Uber (en ámbito de transporte) y Airbnb (en el alojamiento turístico o de corta duración).

Criterios y doctrina jurisprudencial que se analizarán a continuación para comprobar además la base que fundamenta precisamente la diferente calificación recibida desde los tribunales por la actividad desarrollada por cada una de estas dos principales plataformas digitales.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: LA INFLUENCIA DECISIVA O EL CONTROL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO FINAL SUBYACENTE COMO CRITERIO DETERMINANTE

1. Prestador de servicios de la sociedad de la información e intermediario: concepto y delimitación

Como punto de partida para la concreción de la naturaleza jurídica de las plataformas online que actúan en el marco de la contratación de la prestación de un servicio, y particularmente un servicio de transporte o de alojamiento como Uber o Airbnb, resulta preciso delimitar determinados conceptos y definiciones ligados a la prestación de servicios en el entorno digital.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico (en adelante DCE) en su art. 2 define a los efectos de dicha norma "prestador de servicios" como "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información"; y para concretar este tipo de servicio, ese mismo precepto remite al art. 1.2 de la

Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, al añadir precisamente la definición de servicio de la sociedad de la información, incluyendo asimismo la definición separada de "servicio a distancia" y "servicio por vía electrónica".

Pero esta Directiva 98/34/CE fue posteriormente derogada y sustituida por la Directiva (UE) 2015/1535, de 9 de septiembre, y es a su art. 1.1.b) al que ahora debe entenderse hecha esa remisión de la DCE. Este último precepto define servicio de la sociedad de la información como "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios"; y a estos efectos se considerará:

a) "«a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente;
b) «por vía electrónica», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;
c) «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual".

Y se acoge en el anexo I de la citada Directiva de 2015 una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esa definición, entre los cuales no se observa que quepa incluir precisamente los servicios prestados por las plataformas online de transporte y alojamiento como Uber y Airbnb.

La DCE no define qué es servicio de intermediación en el marco de los servicios de la sociedad de la información, pero nuestra Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI), sí lo define en su anexo, apartado b), como "servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información", y concretamente señala que "son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet".

Por su parte, la normativa más reciente prevista en el RSD remite en su art. 3 también a este art. 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 y su definición de servicio de la sociedad de la información y además establece un concepto de lo que a los efectos de la aplicación de este RSD debe entenderse como «servicio intermediario», pudiendo consistir en uno de estos servicios:

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".

A su vez y vinculado con esto último cabe advertir que el art. 3.i) RSD define «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".

Es a esta figura de prestador de servicios de intermediación (y particularmente bajo la modalidad de alojamiento de datos) a la que, como he indicado, se pretenden acoger las plataformas digitales y así se suelen autodenominar; una autocalificación que obedece fundamentalmente a la intención de que les sea aplicable la normativa específica como meros prestadores de servicios de la información, más favorable para ellas especialmente en el ámbito de la exigencia de responsabilidad (bajo el principio de "puerto seguro"), aunque también en cuanto a la imposibilidad de que se les exija autorización previa para desarrollar esa actividad o limitaciones en la exigencia de otros requisitos.

Y si sólo realizan esas labores de intermediación realmente no hay problema en calificar a estas plataformas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información y aplicarles la normativa correspondiente por ello (fundamentalmente DCE, RSD y, en su caso, RMD).

Pero en ocasiones las plataformas no son sólo meras intermediarias pues no se limitan a poner en contacto a usuarios consumidores con proveedores de servicios (también usuarios de las plataformas) con el fin último de que se celebre un contrato entre ellos, sino que también desarrollan otras actividades y prestan algunos servicios adicionales a uno u otro usuario (normalmente al proveedor, transportista o anfitrión en los casos objeto de este trabajo). Ante estas situaciones habrá que determinar si esas actividades o servicios adicionales implican la calificación de la plataforma no como mera intermediaria sino como prestadora del servicio final; concretar si de algún modo además de procurar la puesta en contacto e interacción entre usuarios influye o controla la prestación del servicio final contratado por el usuario consumidor con el usuario proveedor, en cuyo caso ya se trataría de otro tipo de prestadores de servicios, no de servicios de la sociedad de la información, y entonces no se aplicarían las disposiciones de la DCE, Directiva 2015/1535, RSD y RMD propias de los meros intermediarios prestadores de la sociedad de la información, incluida la exención de responsabilidad con respecto a contenidos almacenados y difundidos en sus webs (*vid*. art. 6 RSD).

Por ello resulta relevante analizar los criterios que se han ido asumiendo por la Comisión Europea en su Comunicación "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" de 2 de junio de 2016 y, especialmente, los pronunciamientos jurisprudenciales dictados a este respecto.

Pero años antes de esa Comunicación cabe advertir cómo ya el TJUE alude al papel activo y de control de los datos por ciertos intermediarios online de alo-

jamiento de datos, para excluirles de la calificación de prestadores meramente intermediarios de servicios de la sociedad de la información y, con ello, de poder beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista entonces en el art. 14 DCE (y que ahora acoge el art. 6 RSD), tan sólo prevista para aquellos cuya actividad es «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»: SSTJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (asunto *Google France*, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08) y de 12 de julio de 2011 (asunto *L'Oreal*, C-324/09).

2. Criterios advertidos por la Comisión Europea en su «Agenda Europea para la economía colaborativa»

La Comisión Europea ya en 2016, tras un tiempo percatándose del auge de las plataformas digitales y los nuevos modelos de negocio y mercados surgidos a su amparo, así como de las nuevas oportunidades generadas para consumidores y emprendedores, emitió el 2 de junio de ese año la Comunicación «Agenda Europea para la economía colaborativa» (COM(2016), 356 final) en la que como cuestión clave se plantea si las plataformas colaborativas y los prestadores de servicios pueden estar sujetos a los requisitos de acceso al mercado, y en tal caso, en qué medida; y al respecto trata de delimitar cuándo se está ante un prestador de servicios de la sociedad de la información meramente intermediario y cuándo se trata de un prestador del servicio final subyacente al que, por ello, se le podrán exigir por las normativas sectoriales nacionales ciertos requisitos o autorización previa para el desarrollo de actividad y prestación del servicio concreto (licencias, autorizaciones, registros, requisitos de calidad o cualidad…), particularmente en el marco del transporte o alojamiento que es a lo que me refiero en este trabajo y además son los ámbitos paradigmáticos de la economía colaborativa a la que se refiere esta Comunicación de la Comisión Europea; aunque, eso sí, siempre requisitos que no sean discriminatorios con otros modelos de negocio, sino que sean proporcionados y estén justificados atendiendo a la actividad desarrollada.

Y en cuanto a las llamadas plataformas colaborativas la Comisión advierte que deberá estarse a la naturaleza de las actividades que efectivamente desarrollen para poder concretar su sujeción o no a requisitos de acceso al mercado y en qué medida lo puedan estar.

Si prestan un servicio de la sociedad de la información en los términos indicados por la DCE y la Directiva 2015/1535 (fundamentalmente el de alojamiento de datos) entonces advierte la Comisión que al amparo del art. 4 DCE dichas plataformas y su actividad no pueden estar sujetas a autorizaciones previas o cualquier requisito equivalente dirigidos específica y exclusivamente a dichos servicios, pudiendo únicamente los Estados miembros establecer requisitos reglamentarios restringiendo esa actividad en caso de prestación de servicios transfronterizos entre Estados miembros (es decir, prestados por proveedores de otros Estados miembros, no establecidos por tanto en el Estado que prevé esos requisitos restrictivos) sólo si concurren determinadas circunstancias limitadas y bajo un proceso específico conforme prevé el art. 3.4 DCE.

Pero la Comisión se hace eco de una realidad práctica: que en muchas ocasiones esas plataformas ofrecen servicios adicionales al de la sociedad de información y a una mera intermediación, que en algunos casos llevaría a tener que considerarlas también proveedores y prestadores del servicio subyacente (de transporte o alojamiento), por lo que en tal caso deberán quedar sometidas a los requisitos, autorizaciones previas y, en general, normativa sectorial específica igual que el resto de prestadores tradicionales de ese servicio subyacente. Aunque para determinar que la plataforma efectivamente ofrezca y preste el servicio subyacente (además, y no sólo, del servicio de la sociedad de la información), habrá que atender caso por caso y a este respecto la Comisión Europea advierte que con carácter general un factor relevante a atender al respecto será el nivel de control o influencia que la plataforma ejerza sobre el prestador de dichos servicios subyacentes, lo que podrá concretarse a su vez atendiendo a estos criterios clave:

A) Que la plataforma haya fijado el precio final a abonar por el usuario consumidor o beneficiario del servicio subyacente. Pero si la plataforma sólo recomienda un precio o si el prestador del servicio puede libremente cambiar y adaptar ese precio fijado por la plataforma, entonces no puede entenderse cumplido este criterio; tampoco lógicamente si el prestador del servicio fija él y sólo él libremente el precio final.

B) Otro criterio clave es si la plataforma fija otras condiciones o términos distintos del precio y que son igualmente determinantes de la relación contractual entre usuario consumidor y prestador o proveedor del servicio subyacente (como imponer obligaciones concretas o instrucciones a seguir de modo obligatorio sobre como prestar el servicio).

C) Y un tercer criterio sería si la plataforma tiene activos principales para prestar el servicio subyacente (vehículos de transporte, alojamientos inmuebles…).

La concurrencia de estos tres factores clave indicado implicaría la existencia de indicios claros de una influencia o control significativos por parte de la plataforma sobre la prestación del servicio subyacente, que podría dar lugar a que dicha plataforma pueda ser calificada como prestadora de ese servicio subyacente (aparte del servicio de la sociedad de la información, en una suerte de servicio mixto que forma un todo indisociable); y junto con estos criterios principales, también alude la Comisión Europea a otros posibles indicios de influencia o control sobre la prestación del servicio subyacente como son la asunción por la plataforma de los costes y riesgos de la prestación del servicio, o la existencia de una relación laboral entre la plataforma y la persona prestadora del servicio subyacente. Todo ello puede evidenciar un alto grado de control e influencia sobre la actividad, lo que justificaría una regulación más estricta.

Por otro lado, la oferta por la plataforma de otros servicios que pueden considerarse complementarios o auxiliares del servicio de intermediación de la sociedad de la información (como modalidades de pago, servicios posventa, seguros o sistemas de calificación o evaluación de usuarios) esto no implica necesariamente que tenga un rol activo en la prestación del servicio principal, es decir, no serían indicios o pruebas relevantes sobre la influencia de la plataforma en la prestación del servicio subyacente y por ello no alteraría su calificación como mera prestadora del servicio de la sociedad de la información e intermediaria. Sin embargo,

cuanto más intervenga la plataforma en la selección, gestión y supervisión de los proveedores de servicios subyacentes, más probable será que se le considere también a ella misma como prestadora de tal servicio subyacente pues se entenderá que asume en nombre propio la prestación de dicho servicio.

Concretadas estas advertencias y criterios clave expuestos por la Comisión Europea en 2016, veamos cómo se han pronunciado los tribunales con posterioridad, fundamentalmente el TJUE y nuestro Tribunal Supremo, en relación concretamente con plataformas operadoras en dos de los mercados o sectores donde más han proliferado y competido con la tradicional prestación de esos servicios: el transporte y el alojamiento de corta duración o turístico.

3. Criterios jurisprudenciales respecto a Uber en el ámbito del servicio de transporte

El mercado de transporte urbano de pasajeros fue uno de los que mayor impacto sufrió con la economía colaborativa y la economía de las plataformas. BlaBlaCar y Uber irrumpieron en el mercado con gran fuerza y especialmente en el caso de Uber con gran controversia y conflictos con los prestadores tradicionales del transporte por taxi, en un sector muy regulado con restricciones en la libre prestación de estos servicios y la competencia. BlaBlaCar aún sigue teniendo notas características propias de la economía colaborativa en sus fundamentos de compartir gastos, aprovechar recursos infrautilizados y sin ánimo lucrativo, destacándose más como sistema para compartir vehículos entre particulares para realizar un viaje juntos compartiendo sólo gastos (sin ningún tipo de remuneración) y sin que la plataforma electrónica que los pone en contacto sea más que la herramienta para transmitir los datos entre esos particulares que permite que se pongan en contacto, sin intervención en la organización ni en el control de la actividad y el precio. Pero Uber es un sistema de plataforma y prestación de servicios más profesionalizado y organizado, y sin duda buscando unas ganancias económicas por esa actividad y servicio de transporte; y por ello es sobre esta plataforma sobre la que mayor controversia se ha planteado, particularmente por su competencia con el sector del taxi.

Una sentencia clave sobre la naturaleza jurídica de las plataformas en el ámbito del transporte fue la dictada el 20 de diciembre de 2017 por el TJUE (Gran Sala) en el asunto *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber System Spain S.L.*, C-434/15.

Élite Taxi en 2014 presentó una demanda contra *Uber System Spain* (en adelante a los efectos de este apartado, Uber) por prácticas engañosas y actos de competencia desleal instando a que se le condenara a cesar en esas conductas consistentes en dar apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios *on demand* de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por Internet, sin que ni Uber ni los conductores (no profesionales) contasen con licencias y autorizaciones exigidas en la normativa reguladora del servicio de taxi de Barcelona (lugar donde se plantea la controversia); y por esto último, para determinar si existe o no competencia desleal el Juez entiende que primero hay que concretar si Uber debe disponer o no de autorización administrativa previa; y en la medida que esta actividad está vinculada a una plataforma internacional, el Juez de instancia considera que debía analizarse la actuación de Uber a escala Unión Europea y

atendiendo a su normativa. Consecuencia de esas apreciaciones, el Juez entiende que la exigencia o no de autorización administrativa previa dependerá de la calificación que se dé a los servicios prestados por Uber: servicios de transporte, servicios de la sociedad de la información o servicios mixtos combinación de los dos anteriores.

En consecuencia, se remite al TJUE la petición de una decisión prejudicial sobre varias cuestiones con la única finalidad de concretar la calificación jurídica del servicio controvertido; y una vez concretado esto entonces se podrá determinar qué normativa le es aplicable y si puede o no resultar Uber beneficiario del principio de libre prestación de servicios o puede de algún modo exigírsele alguna autorización o licencia o someterse a restricción.

El TJUE en esta Sentencia de 20 de diciembre de 2017 advierte como premisa:

— Por una parte, que un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo. Y un servicio de intermediación que permite la transmisión, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, de información relativa a la reserva del servicio de transporte entre el pasajero y el conductor no profesional que utiliza su propio vehículo, que efectuará el transporte, responde en principio a los criterios para ser calificado de «servicio de la sociedad de la información» conforme al concepto recogido por la DCE.

— Y, por otra parte, señala que un servicio de transporte urbano no colectivo, como un servicio de taxi, debe ser calificado de «servicio en el ámbito del transporte», en el sentido del art. 2.2.d) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Pero centrándose en el servicio controvertido advierte no obstante que dicho servicio no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano, sino que el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano. Y además pone de manifiesto el TJUE que:

— el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual ni estos conductores estarían en condiciones de prestar servicios de transporte ni las personas que desean realizar un desplazamiento urbano podrían recurrir a los servicios de dichos conductores;

— y que Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores; particularmente sobre el

> precio del servicio pues a través de la aplicación establece al menos el precio máximo de la carrera y además es Uber quien recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo; pero también ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede llevar a que sean excluidos de la prestación del servicio.

Y a partir de estas apreciaciones y argumentos el TJUE concluye que ese servicio de intermediación prestado por Uber forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información» en los términos recogidos por la normativa europea, y particularmente la DCE, sino que responde a la calificación de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido previsto por la Directiva 2006/123. A este respecto se apoya asimismo en la STJUE de 15 de octubre de 2015 (asunto *Grupo Itelevesa*, C-168/14) que señaló que el concepto de «servicio en el ámbito de los transportes» engloba no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte.

Consecuencia de ello, el TJUE entiende que a Uber no le es aplicable la DCE; pero tampoco la Directiva 2006/123 pues el servicio de transporte está expresamente excluido de su ámbito de aplicación; tampoco le resulta aplicable el art. 56 TFUE sobre la libre prestación de servicios en general, sino el art. 58 TFUE sobre prestación de servicios de transporte, que, en la medida que no se ha aprobado una política comunitaria común sobre este sector, lleva a que deba cumplirse con las condiciones de prestación de dichos servicios establecidas por los Estados miembros.

En definitiva, y por lo que a la naturaleza jurídica de la plataforma Uber y de la actividad o servicios por ella prestados se refiere el TJUE entiende que su actividad no es la prestación de un servicio de la sociedad de la información de mera intermediación sino la prestación de un servicio de intermediación integrado en un servicio global de transporte ("indisociablemente vinculado a un servicio de transporte") y por ello debe calificarse como "servicio en el ámbito de los transportes" y no un "servicio de la sociedad de la información". Y, en consecuencia, este tipo de servicios está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31.

Misma doctrina y calificación jurídica acogió el TJUE en su posterior sentencia de 10 de abril de 2018, asunto *Uber France*, C-320/16.

Y de ello también se hizo eco nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala Contencioso Administrativo, Sección 3.ª, núm. 87/2018, de 25 de enero, que resuelve la controversia que se le planteó en consonancia con lo indicado en la STJUE de 20 de diciembre de 2017 y por ello califica la actividad desarrollada por "Uber B.V." como "servicio en el ámbito de los transportes", pero a su vez advierte en cuanto a la normativa interna aplicable que la singularidad de la actividad que desarrolla no puede ser identificada con el tradicional servicio de taxi, por lo que no se le puede aplicar la regulación y régimen sancionador establecido específicamente para el taxi en la normativa autonómica controvertida, sino que

debe aplicarse la regulación estatal sobre ordenación de transporte terrestre (Ley 16/1987). Por todo ello, sobre la actividad desarrollada por Uber B.V. el Tribunal Supremo concluye que no se trata de un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros, por lo que está sujeta a la autorización exigida prevista en el art. 42.1 Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.

4. Criterios jurisprudenciales respecto a Airbnb y otras plataformas en el ámbito del servicio de alojamiento turístico y de corta duración

Con posterioridad, el TJUE de nuevo tuvo oportunidad de resolver un litigio para el que debía atenderse a la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por plataformas digitales en la prestación de ciertos servicios, en este caso en otro sector distinto: el de los alojamientos turísticos o por corta duración. Y en esa controversia era parte la principal plataforma dedicada a este tipo de alojamientos: Airbnb.

Con la STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (asunto *Airbnb Ireland*, C-390/18) este Alto Tribunal se pronunció por primera vez sobre la naturaleza jurídica de las plataformas de viviendas turísticas con ocasión de examinar la actividad desarrollada por la plataforma Airbnb. Con los antecedentes ya vistos sobre el sector de transporte y Uber y bajo las orientaciones y criterios clave indicados en 2016 por la Comisión Europea el TJUE debía determinar si Airbnb es un mero intermediario prestador de servicios de la sociedad de información con el alojamiento de datos en su plataforma (al que por ello resultaría aplicable la DCE) o si, como sucede con Uber, su actividad debe entenderse integrada dentro de un servicio global de alojamiento y en tal caso se le aplicaría lo previsto en la Directiva 2006/123); y ello por cuanto que el Juez remitente de la cuestión prejudicial advierte que, además del servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración, por Airbnb además se ofrecen otras prestaciones, como una plantilla que define el contenido de su oferta, un servicio de fotografía, un seguro de responsabilidad civil y una garantía de daños, una herramienta de estimación del precio del alquiler o servicios de pago relativos a las prestaciones de alojamiento.

El TJUE en primer lugar indica que el servicio prestado por Airbnb constituye en principio un «servicio de la sociedad de la información» en el sentido de la DCE por cuanto cumple los cuatro requisitos acumulativos mencionados en el art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535: es un servicio prestado a cambio de una remuneración (aun cuando la comisión percibida por Airbnb corra a cargo del arrendatario y no del arrendador); es un servicio prestado a distancia y por vía electrónica; y se presta a petición individual de sus destinatarios, dado que presupone tanto la publicación en línea de un anuncio por parte del arrendador como una petición individual del arrendatario interesado por dicho anuncio.

Pero tras ello el TJUE recuerda lo indicado en su sentencia de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber: si bien un servicio de intermediación que cumpla todos esos requisitos del art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535 constituye, en principio, un ser-

vicio distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado y, por consiguiente, debe calificarse de «servicio de la sociedad de la información», no ocurre así en el supuesto de que ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica.

Por tanto, lo que debe analizarse son las concretas actividades y servicios que presta esa plataforma para determinar si esa actuación influye de modo directo y activo en el desarrollo de la actividad principal y prestación del servicio subyacente (en este caso de alojamiento); y es lo que hace el TJUE con Airbnb, bajo unos criterios que bien podrían extrapolarse a otros casos de plataformas de alojamiento turístico (sería por ejemplo el caso de Homeaway, ahora Vrbo, a la que, como se verá más adelante, el Tribunal Supremo ya ha aplicado esta doctrina del TJUE que detallaré a continuación).

El TJUE reconoce que efectivamente el servicio de intermediación prestado por Airbnb tiene por objeto facilitar el alquiler de un alojamiento, lo cual ciertamente está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123; pero entiende el TJUE que la naturaleza de los vínculos existentes entre tales servicios no justifica que se excluya la calificación como «servicio de la sociedad de la información» del servicio de intermediación y, por consiguiente, la aplicación de la DCE al mismo. Considera este Alto Tribunal que ese servicio de intermediación es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha no solo en cuanto que tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, por cuanto que lo que hace es proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones, y ello sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica que llegue a corresponderse con los criterios de las personas que buscan un alojamiento a través de ella.

Y es que, advierte el TJUE, el principal rasgo de la plataforma electrónica gestionada por Airbnb es precisamente la creación de esa lista de alojamientos en beneficio tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan ese tipo de alojamiento para una estancia. Y la presentación organizada del conjunto de las ofertas, junto con las herramientas de búsqueda, de localización y de comparación entre ellas, es relevante a estos efectos, de modo que, por dicha relevancia, no es un servicio que puede considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponde una calificación jurídica diferente (en este caso, la prestación de alojamiento).

Por otro lado, advierte el TJUE que ese servicio que presta Airbnb no resulta de ningún modo indispensable para que se pueda desarrollar el servicio de alojamiento: ni los arrendadores anfitriones ni los arrendatarios usuarios finales necesitan recurrir a él para llevar a cabo ese alquiler del alojamiento, pues existen muchos otros cauces para ello, algunos tan tradicionales y clásicos como las agencias inmobiliarias o los anuncios clasificados en papel, y otros igualmente ya disponibles desde hace mucho tiempo como los anuncios en formato electrónico o los sitios web de alquiler de inmuebles; el que junto con estos cauces se ofrezca en competencia directa con ellos otra vía de oferta para conseguir el contrato de alojamiento a través de un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información como hace Airbnb no

justifica que se pueda afirmar ni concluir que ese servicio sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento.

Además, afirma el TJUE que no puede concluirse que de algún modo Airbnb con otro tipo de servicios que presta y que han sido alegados en el litigio del que surge el planteamiento de la cuestión prejudicial, venga a controlar e influir en la prestación del servicio principal. A este respecto entiende este Alto Tribunal que Airbnb no determina o limita el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma, sino que, a lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento.

Asimismo, advierte que el resto de prestaciones alegadas y que realiza Airbnb en favor sobre todo de los arrendadores (plantilla para definir el contenido de las ofertas, servicio de fotografía, el sistema de evaluación de arrendador y arrendatario, seguro de responsabilidad civil y garantía por daños para el arrendador y gestión del pago del arrendatario) analizadas conjuntamente y de forma aislada no permiten llevar a la conclusión de que el servicio de intermediación prestado por Airbnb pueda llegar a considerarse como parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento, por cuanto se trata de servicios opcionales con prestaciones totalmente accesorias que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de intermediación prestado por Airbnb o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones. Así:

— Por lo que se refiere a la plantilla de diseño de contenido de la oferta, el servicio de fotografía y el sistema de evaluación de usuarios, considera el TJUE que estas herramientas participan de la lógica colaborativa inherente a las plataformas de intermediación, que permite, por una parte, que quienes buscan alojamiento puedan disponer de toda la información necesaria para elegir entre las ofertas presentadas por los arrendadores en la plataforma y, por otra parte, que los arrendadores dispongan de plena información sobre la fiabilidad de los potenciales arrendatarios.
— En cuanto a la gestión de pagos que hace Airbnb en la medida que es la plataforma la que recibe el pago por el arrendatario (incluido el cargo por gastos y el servicio de Airbnb) y sólo transfiere al arrendador sus fondos cuando han transcurrido 24 horas desde el inicio de la estancia, a criterio del TJUE estas modalidades de pago, comunes a un gran número de plataformas electrónicas, constituyen un instrumento para hacer que las transacciones entre arrendadores y arrendatarios sean seguras y su mera existencia no puede modificar la naturaleza misma del servicio de intermediación, en particular cuando dichas modalidades de pago no van acompañadas ni directa ni indirectamente de un control de los precios de las prestaciones de alojamiento, como ya se indicó anteriormente.
— Y en cuanto al ofrecimiento al arrendador de un seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños, su contratación es opcional y no tiene relevancia suficiente como para modificar la calificación jurídica del servicio de intermediación prestado por dicha plataforma.

Afirma que consideradas en su conjunto las prestaciones opcionales o no, realizadas por Airbnb, no ponen en entredicho el carácter disociable del servicio de intermediación prestado por esta sociedad y, por consiguiente, su calificación como «servicio de la sociedad de la información», puesto que no modifican de forma sustancial las características específicas de dicho servicio; se trata de prestaciones ofrecidas para además diferenciarse de sus competidores en el sector, aportando un valor añadido al servicio de intermediación y, a juicio del TJUE, resultaría paradójico que estos servicios accesorios ofrecidos esencialmente para distinguirse de sus competidores llevaran a modificar la naturaleza y calificación jurídica de su actividad.

Ante todo ello concluye que el servicio de intermediación prestado por Airbnb no puede calificarse como parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento. Y a este respecto el TJUE se refiere directa y expresamente a su propia doctrina recogida en la sentencia de 20 de diciembre de 2017 y de 10 de abril de 2018 sobre la plataforma Uber comentadas anteriormente: advierte que el funcionamiento y actividad de cada una de estas plataformas no pueden asimilarse ni compararse entre sí, no siendo posible apreciar en este caso de Airbnb el nivel de control e influencia decisiva sobre las condiciones de prestación del servicio principal subyacente que sí se constató en el caso de Uber en esas resoluciones, en particular en cuanto que Airbnb ni determina directa o indirectamente el precio de los arrendamientos ni selecciona a los arrendadores ni los alojamientos que estos ofrecen en su plataforma.

Por tanto, y para concluir, en este caso de Airbnb el TJUE entiende que ese servicio de intermediación que desarrolla esta plataforma, junto con el ofrecimiento de prestaciones accesorias a dicho servicio, debe calificarse como «servicio de la sociedad de la información» comprendido en el ámbito de aplicación de la DCE.

Y, si se cumplen esos mismos criterios apreciados y analizados por el TJUE respecto de Airbnb, cabría entender a mi juicio que esa misma naturaleza jurídica como intermediación electrónica y de prestación de servicios de la sociedad de la información sería la predicable de los servicios prestados por el resto de plataformas de alquiler de alojamientos turísticos o de corta duración.

Esta doctrina del TJUE señalada en su sentencia de 19 de diciembre de 2019 tuvo acogida y reflejo posterior en las SSTS núm. 1818/2020, de 30 de diciembre, y núm. 2/2022, de 7 de enero, en asuntos en los que eran parte, respectivamente, las plataformas Homeaway y Airbnb; sentencias que por aplicación de lo indicado por el TJUE afirman que la actividad de estas plataformas debe calificarse como un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información, regulado por la DCE y nuestra LSSI (Ley 34/2002), y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos.

Esta doctrina por tanto se confirma en estas resoluciones en el marco de litigios planteados para exigir responsabilidad a la plataforma por contenidos ilegales o que no cumplen con normativa sectorial publicados en las webs de estas plataformas en las ofertas de alojamientos recogidos por las mismas. En la medida que son servicios de la sociedad de la información por intermediación y alojamiento de datos les resulta aplicable la DCE y la LSSI y con ello la exención de responsabilidad por esos contenidos alojados, almacenados y publicados.

Una exención de responsabilidad también prevista en el RSD en su art. 3, aprobado con posterioridad a estas resoluciones judiciales, tanto del TJUE como del Tribunal Supremo español, si bien en este Reglamento se añaden unas obligaciones de diligencia debida a cumplir por las plataformas en orden a poner freno a esos contenidos ilícitos, y que delimitan mejor el ámbito de esa exención de responsabilidad. Pero esta cuestión de la responsabilidad excede del objeto de este trabajo, que se centra sin embargo en la premisa para concretar la responsabilidad de las plataformas: si no se determina la naturaleza jurídica de estas y de la actividad o servicio que prestan, no se concretará oportunamente la normativa aplicable y, por ende, la responsabilidad que les es exigible.

III. CONCLUSIONES

I. La relevancia de la concreción de la naturaleza jurídica de las plataformas digitales, particularmente de transporte y de alojamiento turístico o de corta duración como son Uber y Airbnb, viene dada por la necesidad de concretar el alcance de la posible responsabilidad de estas dentro de su actividad y especialmente en cuanto a los contenidos almacenados y difundidos por ellas a través de sus webs sobre las ofertas de esos servicios de transporte o alojamiento que publicitan; si no se determina la naturaleza jurídica de estas y de la actividad o servicio que prestan, no se concretará oportunamente la normativa aplicable y, por ende, la responsabilidad que les es exigible.

II. En un primero momento, en 2016, la Comisión Europea señaló una serie de criterios clave para apreciar o no la naturaleza jurídica de las plataformas como prestadoras del servicio de la sociedad de la información, concretamente como meras intermediarias; criterios que todos ellos confluyen en la idea de la influencia decisiva o control respecto de la prestación del servicio principal subyacente que, a través de las plataformas en principio meras intermediarias, se pretende contratar y llevar a cabo.

III. Posteriormente el TJUE, atendiendo a ese criterio clave de la influencia decisiva en el servicio principal planteado por la Comisión Europea, abordó el análisis y decisión acerca de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por dos de las principales plataformas digitales que operan en el mercado comunitario e internacional en el marco de dos sectores muy relevantes a nivel económico y social: Uber en el sector del transporte y Airbnb en el sector del alojamiento turístico o de corta duración.

IV. La calificación que el TJUE (y al amparo de éste, posteriormente nuestro Tribunal Supremo) ha hecho respecto de Uber y Airbnb es muy diferente, considerando que las actividades y servicios que prestan no son asimilables ni comparables. Y el criterio diferenciador reside en la influencia decisiva o control que la plataforma Uber sí desarrolla respecto de la prestación del servicio principal subyacente de transporte, pero que a criterio del TJUE no existe por parte de Airbnb, a pesar de la oferta y desarrollo de prestaciones accesorias al servicio de intermediación que lleva a cabo.

V. Consecuencia de lo anterior es la consideración de que la actividad desarrollada por Uber no es la prestación de un servicio de la sociedad de la informa-

ción de mera intermediación sino la prestación de un servicio de intermediación integrado en un servicio global de transporte ("indisociablemente vinculado a un servicio de transporte") y por ello debe calificarse como "servicio en el ámbito de los transportes" y no un "servicio de la sociedad de la información". Y, en consecuencia, este tipo de servicios está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31 (y con ello, tampoco podría beneficiarse por la exoneración de responsabilidad que preveía el art. 14 DCE, y actualmente se prevé en el art. 6 RSD, por los contenidos almacenados y publicados en la web de la plataforma).

VI. Sin embargo, en el caso de Airbnb afirma el carácter disociable del servicio de intermediación prestado por esta sociedad con respecto al servicio de alojamiento, además de advertir que ese servicio que presta Airbnb no resulta de ningún modo indispensable para que se pueda desarrollar el servicio de alojamiento por existir otros cauces posibles de oferta y contratación de éste. Por consiguiente, concluye su calificación como «servicio de la sociedad de la información» y un servicio de intermediación que no puede calificarse como parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento. En consecuencia le será plenamente aplicable la DCE y la LSSI, incluida la exención de responsabilidad en ellas previstas, y actualmente en el art.6 RSD, con las particularidades ahora incluidas en este reglamento comunitario, no recogidas en esas anteriores normas.

VII. Si se cumplen esos mismos criterios apreciados y analizados por el TJUE respecto de Airbnb, cabría entender a mi juicio que esa misma naturaleza jurídica como intermediación electrónica y de prestación de servicios de la sociedad de la información sería la predicable de los servicios prestados por el resto de plataformas de alquiler de alojamientos turísticos o de corta duración, tal y como apreció asimismo el Tribunal Supremo respecto de Homeaway.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (asunto *Google France*, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08).
- SSTJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011 (asunto *L'Oreal*, C-324/09).
- STJUE (Sala Segunda) de 15 de octubre de 2015 (asunto *Grupo Itelevesa*, C-168/14).
- STJUE (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017 (asunto *Élite Taxi v. Uber System Spain*, C-434/15).
- STJUE (Gran Sala) de 10 de abril de 2018 (asunto *Uber France*, C-320/16).
- STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (asunto *Airbnb Ireland*, C-390/18).
- STS (Sala Contencioso Administrativo, Sección 3.ª) núm. 87/2018, de 25 de enero.
- STS (Sala Contencioso Administrativo, Sección 3.ª) núm.1818/2020, de 30 de diciembre.
- STS (Sala Contencioso Administrativo, Sección 3.ª) núm. 2/2022, de 7 de enero.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Madrid: ed. Reus.

CAMPUZANO TOMÉ, H. (2019). «*Las viviendas de uso turístico*». *Marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*. Madrid: ed. Reus.

CREMADES GARCÍA, P. (2021). Contrato de mediación y plataformas digitales de alojamiento turístico. En: C. López Sánchez (coord.), *El alojamiento colaborativo: problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*. Madrid: Dykinson (pp. 221-254).

FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, A. (2024). *Régimen jurídico de las plataformas en línea de alojamiento*. Cizur Menor: Aranzadi.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2020). La controvertida naturaleza jurídica de las plataformas de alojamiento. *Revista General de Derecho del Turismo*, núm. 1.

LÓPEZ ORTEGA, R. (2022). Las plataformas digitales de alojamiento turístico en nuestra jurisprudencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, pp. 417-450.

LÓPEZ ORTEGA, R. (2021). Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente? *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321.

RIBEIRO CAFÉ, A.P. (2020). La naturaleza jurídica de las plataformas en línea de alojamiento. Análisis de la Sentencia del TJUE Airbnb-Ireland. En: S. Feliu Álvarez de Sotomayor (dir.), *Plataformas digitales en los alquileres vacacionales*. Madrid: ed. Reus (pp. 73-90).

TUR FAÚNDEZ, N. (2020). Los sujetos en el turismo colaborativo: plataformas digitales y proveedor del servicio. En S. Feliu Álvarez de Sotomayor (dir.), *Plataformas digitales en los alquileres vacacionales*. Madrid: ed. Reus (pp. 47-71).

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2021). Un nuevo desafío normativo: las plataformas digitales ¿de intermediación? *Actualidad Civil*, núm. 6.

1.6. Responsabilidad Civil

Vicios de habitabilidad o simples defectos de acabado: incertidumbre jurisprudencial en la aplicación de la LOE

Habitability Defects or Mere Finishing Flaws: Jurisprudential Uncertainty in the Application of the Spanish Building Act (LOE)

por

MARÍA A. ESTEBAN VILLAR

Doctoranda en la E.I.D. Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: Este estudio analiza la jurisprudencia relativa a los daños materiales derivados de vicios constructivos en el marco de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), con especial atención a la distinción entre defectos que afectan a la habitabilidad y meros defectos de acabado. A través del examen de sentencias representativas, se pone de manifiesto el amplio margen interpretativo existente en la calificación de los daños y la consiguiente inseguridad jurídica derivada del tratamiento jurisprudencial dispar de defectos similares. Asimismo, se subraya la dificultad práctica de aplicar los plazos de garantía previstos en el artículo 17 LOE, como consecuencia de la excesiva compartimentación técnica de los vicios constructivos.

ABSTRACT: This study analyzes case law regarding material damage resulting from construction defects under the framework of the Spanish Building Act (LOE), with particular emphasis on the distinction between habitability defects and mere finishing flaws. Through the examination of representative rulings, the analysis highlights the wide interpretative margin in the classification of damages and the resulting legal uncertainty caused by the divergent judicial treatment of similar defects. It also underscores the practical difficulty in applying the warranty periods established in Article 17 of the LOE, due to the excessive technical compartmentalization of construction defects.

PALABRAS CLAVE*:* Responsabilidad por vicios constructivos, indemnización de daños materiales, plazo de garantía, vicios de habitabilidad, defectos de acabado.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.11

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

KEYWORDS: Liability for construction defects. Compensation for material damages, guarantee period, habitability defects, finishing flaws.

SUMARIO: I. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES EN LA LOE. I.1. Daños causados por vicios estructurales. I.2. Daños por vicios que ocasionan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad. I.3. Daños por vicios de ejecución en elementos de terminación o acabado de la obra.—II. LA INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE HABITABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA.—III. VICIOS DE HABITABILIDAD O DEFECTOS DE ACABADO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. III.1. Repasos de obra. III.2. Humedades y/o filtraciones. III.3. Fisuras y grietas. III.4. Desprendimiento, levantamiento y rotura de piezas. III.5. Criterios jurisprudenciales comunes.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES EN LA LOE

Uno de los objetivos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) fue corregir los efectos colaterales de la interpretación extensiva del artículo 1591 del Código Civil por parte del Tribunal Supremo, que conducía a la aplicación indiscriminada del mismo plazo de garantía de diez años a defectos constructivos de naturaleza y gravedad muy dispares.

Desde mediados del siglo XX, la redacción literal del 1591 del Código Civil, referido a la ruina física del edificio, no satisfacía la necesidad de proteger a los adquirentes de viviendas y resultaba ineficaz ante las demandas propias de una sociedad en la que el sector de la construcción había crecido exponencialmente. Ante la pasividad e inacción del legislador para reformar el precepto, el Tribunal Supremo se vio obligado a construir el concepto de "ruina funcional" que amparaba a los adquirentes ante cualquier vicio constructivo que, excediendo de las imperfecciones corrientes, hiciera difícil o penosa la normal utilización y habitabilidad del inmueble, convirtiendo su uso en irritante o molesto.

Como consecuencia de esta doctrina, los agentes de la edificación podían enfrentarse a reclamaciones hasta veinticinco años después de finalizada la obra (diez años de garantía, más otros quince años de plazo de prescripción[1]) y no solo por fallos estructurales que pudieran ocasionar la ruina física del edificio, sino también por defectos de menor entidad tales como humedades, fisuras o deterioros de solados, etc.

La LOE corrige esta disfunción, que generaba resultados injustos, estableciendo plazos de garantía diferenciados en función de la naturaleza, la causa y la entidad de los vicios constructivos. Concretamente, su artículo 17 establece que los agentes de la edificación responderán de los *"daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados"* para, a continuación, fijar unos plazos de distinta duración que —muy sintéticamente— son los siguientes: un plazo de diez años para daños por vicios o defectos estructurales, siempre y cuando comprometan la resistencia mecánica o estabilidad del edificio; un plazo de tres años para daños por vicios o defectos que afecten a las condiciones de habitabilidad

determinadas por la Ley; y un plazo de un año para vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado.

Como señala SANTANA NAVARRO (2018, 107) la duración de los plazos se determina en función del tiempo que, por lo general, transcurre desde la finalización de la obra hasta la afloración del daño: el legislador presupone que "mientras más importante es la concreta utilidad afectada (seguridad estructural, habitabilidad o acabado) más tiempo tardará en manifestarse". En consecuencia, si es probable que el daño tarde más en aflorar, debe presumirse que es de origen durante un periodo de tiempo más prolongado. Otros autores consideran que es la gravedad de los daños la que determina la duración del plazo de garantía. En nuestra opinión, es la naturaleza del vicio constructivo y su causa lo que da sentido a la clasificación pues es un hecho comprobado por la técnica que determinados vicios constructivos tardan, objetivamente, más tiempo en manifestarse como daños materiales.

La identificación del vicio causante del daño requiere el análisis de dos aspectos: por una parte, la localización del elemento constructivo afectado y, por otra, la determinación de la concreta utilidad del edificio que se ve menoscabada.

I.1. Daños causados por vicios estructurales.

En el caso de los daños materiales que son objeto de garantía decenal, han de resultar afectados los elementos estructurales. La utilidad menoscabada es la seguridad, la estabilidad y la resistencia del edificio.

El artículo 17.1.a) LOE contiene una relación de elementos estructurales (cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga) que no debe entenderse como *numerus clausus*, ya que el propio precepto se refiere a "otros" elementos estructurales. Los vicios o defectos, además de localizarse en elementos estructurales, deben comprometer directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Que ambos requisitos deben cumplirse y son acumulativos es una cuestión que está clara en la doctrina.

Ahora bien, los propios requisitos han sido objeto de interpretaciones jurisprudenciales dispares. Un ejemplo paradigmático lo constituye la calificación de determinados elementos constructivos —como la fachada o la cubierta— como integrantes, o no, de la estructura del edificio. En relación con la exigencia de que los daños comprometan "directamente" la resistencia mecánica o la estabilidad del inmueble, parte de la doctrina ha cuestionado la redacción legal por considerar que recurre a conceptos jurídicos indeterminados (GONZÁLEZ CARRASCO 2007, 159). Sin embargo, el Código Técnico de la Edificación (en adelante, CTE[2]) define claramente los "estados límite últimos" y los "estados límite de servicio"[3] y, consiguientemente, las situaciones en las que puede considerarse que un edificio presenta riesgo de colapso. Cuestión distinta es que, por su complejidad técnica, los juzgados y tribunales dependan en exceso de la prueba pericial y ello de lugar a resoluciones dispares.

No profundizaremos en este apartado, ya que el objeto del presente estudio se circunscribe a la confusión jurisprudencial entre los defectos de habitabilidad y los defectos de acabado. El análisis jurisprudencial de los daños cubiertos por la garantía decenal sería por sí mismo susceptible de un tratamiento monográfico independiente.

I.2. Daños por vicios que ocasionan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad

El artículo 17.1.b) LOE establece un plazo de garantía trienal para los daños causados *"por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3"*.

En este caso, es indiferente la localización del elemento constructivo afectado por el vicio o en el que origine éste: lo determinante es que el vicio perjudique la habitabilidad del edificio, pudiendo localizarse incluso en las instalaciones.

Ahora bien, es importante destacar que el precepto no establece un concepto genérico de habitabilidad sino que, literalmente, se remite de forma exclusiva a los vicios que ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación referentes a la habitabilidad recogidos en el artículo 3.1.c) LOE. Estos requisitos son los siguientes: *"higiene, salud y protección del medio ambiente"* (artículo 3.1.c.1), desarrollados por el CTE, Documento Básico HS – Salubridad[4]; *"protección contra el ruido"* (artículo 3.1.c.2), desarrollados por el CTE, Documento Básico HR – Protección frente al ruido; *"ahorro de energía y aislamiento térmico"* (artículo 3.1.c.3) desarrollados por el CTE, Documento Básico HE – Ahorro de energía; y *"otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio"* (artículo 3.1.c.4), "requisito" que no ha sido desarrollado por el CTE dada la vaguedad e imprecisión con la que se redactó este apartado.

El artículo 17.1.b) no se remite, en cambio, a ninguno de los requisitos de funcionalidad ni de seguridad establecidos en los apartados a) y b) del artículo 3.1 de la LOE[5]: por tanto, según la literalidad del texto, el plazo de garantía de tres años no sería de aplicación a los daños que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de funcionalidad ni de seguridad [a excepción del incumplimiento del requisito básico de seguridad estructural recogido en el art. 3.1.b.1) LOE, al que se remite el art. 17.1.a) LOE].

La interrelación entre los artículos 3.1.c) y 17.1.b) de la LOE es un claro ejemplo de cómo una deficiente técnica legislativa —marcada por imprecisiones e incoherencias internas— puede dar lugar a interpretaciones totalmente contrapuestas, en este caso en lo referente a determinar qué daños están sujetos al régimen de responsabilidad *ex lege* de la LOE y dentro de un plazo de garantía de tres años. La cuestión es importante dado que, si determinados daños están excluidos de dicho régimen, sólo podrán ser resarcidos mediante el ejercicio de las acciones de resonsabilidad contractual (frente a la parte con la que se contrató) o extracontractual.

Si atendemos a la literalidad del artículo 17.1.b) de la LOE, en conexión con la remisión que realiza al apartado c) del artículo 3.1, los únicos daños sujetos al plazo de garantía trienal y al régimen de responsabilidad de la LOE serían aquellos que comportan el incumplimiento de los requisitos básicos relativos a la higiene, la salud y la protección del medio ambiente, la protección contra el ruido, el ahorro de energía y el aislamiento térmico, en los términos desarrollados por el CTE.

El problema radica en el apartado 4) del artículo 3.1.c. LOE, es decir, en la interpretación de la genérica cláusula residual que incluye entre los requisitos

básicos de habitabilidad "*otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*".

A este respecto CASTRO BOBILLO (2004, 168) advierte que la ambigüedad de esta cláusula residual atenta contra la seguridad jurídica mientras no se concrete y desarrolle reglamentariamente a través del CTE, al igual que se han desarrollado el resto de los requisitos básicos del artículo 3 LOE. No es descabellada la postura de este autor dado que realmente la LOE se limita a establecer estándares mínimos de calidad en materia de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, remitiendo expresamente su disposición final segunda al CTE para la concreción técnica de tales requisitos básicos. Existe, por tanto, una relación de interdependencia entre la LOE y el CTE, en cuanto el segundo constituye la normativa que concreta la Ley en sus aspectos técnicos. Es cierto que aceptar la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, desvinculados de unos niveles mínimos de calidad definidos legalmente, supone, en última instancia, desvirtuar el sistema normativo diseñado por la LOE.

Sin embargo, desde la aprobación de la LOE la mayoría de la doctrina se decantó por utilizar el artículo 3.1.c.4) LOE como un cajón de sastre para aplicar el plazo trienal a deficiencias no incluidas en los apartados 1 a 3 del artículo 3.1.c) LOE.

COLINA GAREA (2006, 152) considera que procederá la aplicación del plazo de garantía trienal y el régimen especial de responsabilidad de la LOE ante la presencia de cualquier vicio constructivo que repercuta negativamente en la habitabilidad del edificio, reduciendo su funcionalidad o impidiendo su uso satisfactorio. Para este autor, el sentido de la remisión que el artículo 17.1.b) de la LOE hace al artículo 3.1.c) estaría en que los requisitos básicos relativos a la higiene, salud y protección del medio ambiente [art.3.1.c.1)], protección contra el ruido [art.3.1.c.2)] y ahorro de energía y aislamiento térmico [art.3.1.c.3)], en realidad serían concreciones de aquellos aspectos funcionales del edificio precisos para su uso satisfactorio, requisitos que el artículo 3.1.c.4) de la LOE ya comprende en abstracto. Por su parte, DÍAZ BARCO (2018, 505) entiende que la "fórmula abierta" de este precepto permite mantener la flexibilidad interpretativa propia del antiguo concepto de ruina funcional. Otros autores, como REQUENA PAREDES (2007, 50), llevan a cabo una interpretación un poco menos amplia del artículo 3.1.c.4) de la LOE, al considerar que la referencia de este apartado a otros aspectos "funcionales" de los elementos constructivos o las instalaciones permite entender incluidos en el mismo los requisitos básicos relativos a la "funcionalidad" del artículo 3.1.a) de la LOE, pero no todos los demás.

Como veremos, la jurisprudencia ha asumido la interpretación más amplia posible.

I.3. Daños por vicios de ejecución en elementos de terminación o acabado de la obra

De acuerdo con el artículo 17.1 LOE, párrafo segundo, el constructor ha de responder de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

El daño, en el caso de los defectos de terminación o acabado de la obra, no guarda relación con ningún elemento constructivo en concreto, sino que trae causa de la defectuosa ejecución en sí misma de la actividad constructiva.

Tampoco se exige el incumplimiento de normativa técnica alguna, aunque este tipo de vicios traen causa inobservancia de las normas de la buena construcción, entendidas éstas como una serie de reglas no escritas —por su carácter elemental— que orientan la ejecución de las obras conforme a los usos profesionales y estándares comúnmente aceptados en el sector (por ejemplo, en albañilería, la adecuada disposición de juntas de dilatación, la correcta ejecución de fábricas de ladrillo, la distancia entre piezas en solados o alicatados, o la adopción de medidas de desolidarización).

En el ámbito de la arquitectura y de la construcción, el término "acabado"[6] alude a todos aquellos trabajos que se realizan en la fase final de una obra, como son los pavimentos, los revestimientos verticales y horizontales, los trabajos de pintura, barnizado, lacado, enfoscado, guarnecido, etc. Este concepto de acabado engloba, sin lugar a dudas, los típicos repasos que se consignan en el acta de recepción de la obra, pero no se agotan en ellos.

La doctrina coincide en la dificultad de determinar qué ha de entenderse por defectos de terminación o acabado. Algunos autores los delimitan por exclusión: DÍEZ-PICAZO (2000, 16) entiende que serán aquéllos que no puedan ser incluidos en los demás apartados del artículo 17.1 LOE, es decir, los que no sean estructurales ni afecten a la habitabilidad. Otros autores, como PUCHE RAMOS (2011), consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado, mientras que GONZÁLEZ POVEDA (2008, 366) destaca el amplio margen de discrecionalidad judicial a la hora de calificar determinados daños como defectos de habitabilidad o como simples defectos de terminación o acabado.

Como afirma CARRASCO PERERA (2005, 395) los daños sujetos al plazo de garantía anual no deben ocasionar ninguna consecuencia negativa determinada en las utilidades que el artículo 3 exige de los edificios. A nuestro juicio, cuando un defecto de acabado incide también en la habitabilidad, no debería quedar sujeto al exiguo plazo de garantía de un año. Pensemos, por ejemplo, en el deficiente sellado del marco de las ventanas: aunque se trate de un defecto de ejecución y pueda considerarse parte del acabado de la unidad de obra, lo cierto es que puede dar lugar a filtraciones de aire o agua en el interior del edificio, afectando directamente a su habitabilidad. De ahí la importancia de la correcta calificación del daño, como se verá en el análisis jurisprudencial que sigue.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE HABITABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Ya hemos anticipado que nuestros juzgados y tribunales han venido adoptando una interpretación amplia del artículo 17.1.b) de la LOE, recurriendo a la cláusula abierta del artículo 3.1.c.4) para aplicar el plazo de garantía trienal —y también el régimen especial de responsabilidad *ex lege*— a cualquier daño que implique el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación establecidos en el artículo 3.1 de la LOE, exceptuados los daños por vicios estructurales y defectos

de acabado, los cuales cuentan con sus propios plazos de garantía específicos. En nuestra opinión, esta postura de la jurisprudencia denominada "menor" —ya consolidada transcurridos más de veinticinco años de vigencia de la LOE—constituye un contrapeso a la importante restricción del daño resarcible y a la reducción de los plazos de garantía y prescripción operada por la LOE[7].

Como muestra puede citarse la SAP Madrid, Sec. 10.ª, de 20 de junio de 2012 que, tras calificar el artículo 3.1.c.4) LOE de "cajón de sastre", establece que "*deben entenderse incluidas en el art. 3.1 c.4) todas aquellas utilidades objetivamente predicables de un edificio y de cada una de sus dependencias, incluidas también las de índole estética, que son el único aspecto funcional de ciertos elementos constructivos. Se trata de la clásica ruina funcional, esto es, la que, sin comprometer la estabilidad del inmueble, afecta a la calidad o a las condiciones de uso o habitabilidad del edificio*". Hacemos notar que esta sentencia incluye dentro del artículo 3.1.c.4) LOE las "utilidades" meramente estéticas, lo que en absoluto se deduce del tenor literal y sistemático de la Ley —además de que, en nuestra opinión, la estética no es un aspecto "funcional", ni aporta ninguna "utilidad", ni impide el uso satisfactorio del edificio—.

Asimismo, la SAP Zaragoza, Sec. 4.ª, de 21 mayo de 2012, también denomina "cajón de sastre" al apartado 4) del artículo 3.1.c. LOE.

Por su parte, la SAP Pontevedra, Sec. 6.ª, de 13 junio de 2016, afirma que la cláusula de cierre del artículo 3.1.c.4) de la LOE, referida a "*otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*", constituye una "*fórmula abierta donde podrán entrar una serie de deficiencias no incluidas en los apartados anteriores*", lo que "*permitirá mantener la amplitud y flexibilidad de la interpretación jurisprudencial sobre la ruina funcional*".

La SAP Asturias, Sec. 6.ª, de 27 de junio de 2016, resuelve el problema de la remisión del artículo 17.1.b) al artículo 3.1.c) LOE con la siguiente interpretación: "*Así pues, si comparamos ambos preceptos, se observa que la redacción del art. 17-1-a resulta plenamente coincidente con la del art. 3-1-b-1, esto es, la seguridad estructural, y que el art. 17-1-b se remite al art. 3-1-c en su integridad. Por tanto, no existe remisión a los apartados b-2 y b-3 del art. 3-1, es decir, seguridad en caso de incendio y seguridad de utilización, supuestos que evidentemente no podrían quedar excluidos de su integración en el art. 17-1. En este sentido, el art. 17-1-a es claro en orden a su coincidencia exclusiva y excluyente con el art. 3-1-b-1, mas por contra el art. 3-1-c, al que se remite como queda dicho el art. 17-1-b, contiene un último apartado (el c-4) en el que podrían integrarse otros casos no señalados específicamente en los apartados anteriores. Por ello, la solución a juicio de este Tribunal sería entender comprendidos en este apartado los supuestos del art. 3-1-b-2 y 3-1-b-3, y por tanto en el art. 17-1-b.*"

Otras muchas resoluciones adoptan criterios similares, tal y como se desprende del análisis de los supuestos fácticos que examinan y de la fundamentación jurídica en que se apoyan, aunque no lo afirmen de forma explícita.

Por ejemplo, la SAP Cantabria, Sec. 2.ª, de 3 de octubre de 2012 subsume en el apartado 4) del artículo 3.1.c. LOE defectos de ejecución generalizados en la carpintería exterior, en la cubierta, falta de planeidad de particiones interiores, alicatados de cocina con diferentes tonos, deficiente colocación de baldosas en baños,

irregularidades en instalación de calefacción y agua caliente, etc.; sosteniendo que la concurrencia de numerosos y diversos vicios afecta a la habitabilidad.

Observamos similares criterios en otras muchas resoluciones. Sin ánimo exhaustivo, la SAP León, Sec. 1.ª, de 24 de marzo de 2011, entiende que afecta a la habitabilidad el deficiente sellado de las llaves de los radiadores; la SAP Toledo, Sec. 1.ª, de 30 de enero de 2013 considera lo mismo respecto del defectuoso acabado del solado; la SAP Barcelona, Sec. 4.ª, de 17 de noviembre de 2011, el desprendimiento del acumulador de agua caliente debido a su deficiente sujeción; la SAP Huesca, Sec. 1.ª, de 29 de enero de 2014, incardina en el artículo 3.1.c.4) LOE el hecho de que la anchura de la rampa del garaje inferior a la establecida en las ordenanzas municipales. En algunos de estos casos, la línea divisoria entre los defectos que realmente afectan al uso satisfactorio del edificio y los de mero acabado es muy difusa.

Más recientemente, alguna sentencia ha adoptado un criterio algo menos amplio y más acorde con la literalidad del texto legal. Así, la SAP Madrid, Sec. 12.ª, de 18 de mayo de 2022, califica el apartado c.4) del artículo 3.1 de la LOE como un "*concepto de habitabilidad de contornos difusos*", remitiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la "*idoneidad de la cosa para su normal destino y al valor práctico de la utilidad y seguridad de una adecuada construcción*". La sentencia entiende que el citado apartado c.4) contiene un concepto jurídico indeterminado "*de manera que habrá de ser perfilado en el caso, teniendo en cuenta que habrá zonas de certeza positiva y negativa, que claramente excluyan el concepto o lo den por concurrente, y una zona o halo de incertidumbre, donde será más difícil su concreción. Dentro de esa zona de certeza positiva, están sin duda las humedades, que siempre se han incluido en el concepto de ruina funcional, pues su mantenimiento y agravamiento progresivo puede causar serios dalos a la edificación, además de imponer a los habitantes del inmueble unas condiciones de insalubridad que no tienen el deber de soportar. Pero, además, al referirse el apartado c 4) del artículo citado a los aspectos funcionales que permitan un uso satisfactorio del edificio, incluye en el concepto de habitabilidad el correcto funcionamiento de cada elemento constructivo conforme al fin que le es propio*". En aplicación de los anteriores criterios la sentencia excluye de la indemnización defectos puramente estéticos que se encontraban fuera del plazo de garantía y, en cambio, condena al pago del coste de reparación de defectos tales como humedades, rajas y fisuras en el solado y falta de estanqueidad de la trampilla de acceso a cuarto de instalaciones; cuestiones, todas ellas, que sí podían impedir el uso satisfactorio de los elementos constructivos y se hallaban dentro de plazo.

Lamentablemente, en bastantes ocasiones, la invocación del artículo 3.1.c.4) LOE responde al desconocimiento por parte del juzgador de la normativa técnica aplicable al caso concreto: o bien por no identificar el documento básico o la parte específica del CTE que ha sido incumplida, o bien por considerar que el análisis normativo (de alta especialización técnica) no resulta operativo, se opta por acudir a este apartado como una categoría genérica que permite encajar el defecto sin mayor precisión técnica.

Por ejemplo, la SAP Málaga, Sec. 6.ª, de 4 de julio de 2011[8], indica que la cabezada en la escalera incumple el requisito básico de habitabilidad del artículo

3.1.c.4); cuando en realidad lo que incumple es el requisito de seguridad de utilización del artículo 3.1.b.3) LOE.

Adolece de imprecisión la SAP Barcelona, Sec. 16.ª, de 30 de enero de 2019[9], que considera los malos olores del baño incardinables, indistintamente, en el artículo 3.1.c1) de la LOE, por poder afectar a las condiciones de salubridad de la vivienda, o en el artículo 3.1.c.4), por afectar al uso satisfactorio del edificio.

La SAP Valencia, Sec. 6.ª, de 20 de julio de 2016, engloba genéricamente en el incumplimiento del requisito de habitabilidad del artículo 3.1.c.4) de la LOE defectos de muy diversa naturaleza, como son los estancamientos de agua en el garaje [que incumplen el requisito básico del artículo 3.1.c.1) LOE] y el movimiento de una barandilla [que incumple el requisito de seguridad de utilización del artículo 3.1.b.3) LOE].

Por su parte, la SAP Sevilla, Sec. 5.ª, de 27 de noviembre de 2013 incardina en el artículo 3.1.c.4) LOE los problemas de impermeabilización del cuadro de telecomunicaciones en cuanto dicho precepto "*considera defectos de habitabilidad los que afecten a aspectos funcionales de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*"; cuando, en realidad, el defecto en la impermeabilización constituye un incumplimiento del artículo 3.1.c.1) LOE y del Documento Básico HS 1 (protección contra la humedad).

Sin perjuicio de otras resoluciones que podrían añadirse, estas sentencias resultan ilustrativas de la imprecisión técnica aludida.

Finalmente, también existe cierta controversia doctrinal en relación con los requisitos exigidos por el artículo 17.1 b) LOE para el nacimiento de la responsabilidad trienal. Las posturas difieren en cuanto a si resulta suficiente la mera existencia de un daño material que afecte a la habitabilidad; o si, además del daño material, ha de producirse un incumplimiento de la normativa técnica; o, incluso, si el solo incumplimiento de la normativa técnica contenida en el CTE puede generar responsabilidad, aun en ausencia de un daño físico —o manifestación externa del vicio— en el edificio. La jurisprudencia admite la existencia de responsabilidad en cualquiera de los supuestos mencionados.

III. VICIOS DE HABITABILIDAD O DEFECTOS DE ACABADO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

La mayor parte de las reclamaciones que se producen en el periodo posventa de las promociones de vivienda nueva se refieren a los daños que son objeto de nuestro análisis, esto es, los que afectan al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad y los que afectan a elementos de terminación o acabado.

En España la Fundación Musaat[10] realiza periódicamente estudios estadísticos sobre patologías de la construcción. El último estudio publicado, "Análisis estadístico nacional sobre patologías en la edificación III"[11], que data de 2019, concluye que las patologías más recurrentes son las siguientes:

"*1. Humedades y/o filtraciones.*
2. Defectos de acabado.
3. Desprendimiento/levantamiento y/o rotura de piezas.
4. Fisuras de origen estructural.

5. *Humedades por condensación*
6. *Humedad/fugas en elementos acabados.*
7. *Ausencia o deficiente colocación de elementos.*
8. *Fisuras de origen constructivo.*
9. *Atasco y/o mal funcionamiento de la instalación."*

Estos daños constituyen el 71,80 %, del total analizado en el estudio.

Las patologías se sitúan en una zona limítrofe entre los defectos que afectan a la habitabilidad y los meramente relativos a los elementos de terminación o acabado de obra. De ahí la relevancia de su adecuada calificación jurídica, dado que de ella depende la determinación del plazo de garantía aplicable, que será de un año en el caso de defectos de acabado o de tres años si se trata de defectos que comprometen la habitabilidad conforme al artículo 17.1 LOE; plazos muy cortos en cualquiera de los casos, sobre todo si se tiene en cuenta que se computan desde la recepción de la obra.

Como indica la SAP Madrid, Sec. 12.ª, de 18 de mayo de 2022, la diferenciación entre los defectos que ocasionan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad y los defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado "*no es fácil, en cuanto no hay una definición exacta de unos y otros, al haber optado la norma por el uso de conceptos más propios de las disciplinas arquitectónicas que de la jurídica*". No obstante, entiende que los vicios de acabado "*serían meramente de orden estético o externo, no susceptibles de afectar a la funcionalidad del edificio*" (asimilables a las "imperfecciones corrientes" no incluidas en la responsabilidad que establecía el artículo 1.591 CC).

A continuación, será objeto de análisis la jurisprudencia relativa a los daños más habituales, con el propósito de poner de relieve la falta de uniformidad en los pronunciamientos judiciales y las discrepancias interpretativas que aún persisten en la aplicación de la LOE.

III.1. Repasos de obra

Es habitual en los contratos de ejecución de obra que, una vez realizada la recepción de la obra y abonada la liquidación final al contratista, el promotor retenga un 5 % del importe correspondiente a la ejecución material como garantía del cumplimiento de las obligaciones pendientes. Dicha retención tiene por objeto asegurar que el constructor lleve a cabo los repasos, reparaciones o unidades de obra inacabadas que se hubieran hecho constar en el acta de recepción.

En la jurisprudencia encontramos ejemplos de este tipo de trabajos menores que debe realizar el constructor —o las subcontratas—. Por ejemplo, la SAP Madrid, Sec. 20.ª, de 23 de noviembre de 2023 se refiere a partidas tales como enchufes exteriores, calefacción radiante, puertas de paso y de acceso a las viviendas, armarios, platos de ducha etc., que califica de "*meros repasos o defectos de acabado a los que no resultaría de aplicación el plazo trienal previsto para las patologías que afectan a la habitabilidad de los inmuebles sino el anual; tratándose, por otra parte, de daños permanentes estabilizados o consolidados y no continuados, de producción sucesiva e ininterrumpida*".

La SAP Cádiz, Sec. 7.ª, de 15 enero de 2013 se refiere a los siguientes defectos: puertas sin ajustar, puertas carentes de vidrios, plaqueta roja alrededor de la ducha, plaqueta rozada en el cuarto de baño, carencia de tapajuntas de las puertas y ventanas del cuarto de baño, interruptor eléctrico semitapado por las tapajuntas y falta de pintura en la columna del porche.

Por su parte, la SAP Pontevedra, Sec. 6.ª, de 21 de diciembre 2007 menciona: pavimento sin rematar, mala colocación de piezas cerámicas del alicatado, pavimento de madera que se hunde, zócalo y falso techo mal rematados, fontanería mal rematada, guarnición de algunas puertas mal ejecutada, sellados defectuosos.

Similares deficiencias refiere la SAP Tarragona, Sec. 3.ª, de 10 de septiembre de 2013: falta poder contratar el suministro eléctrico definitivo; no funciona el portero automático; no hay buzón; no hay extintores en la escalera; falta terminar el ascensor y tapar un agujero en la cubierta de la caja del ascensor; puertas y armaduras rotas; no hay electrodomésticos; la antena no funciona; defectos en el parqué y en la terraza que provocan humedades.

La presencia de este tipo de deficiencias suele obedecer a la existencia de conflictos entre el promotor y el constructor; por ejemplo, discrepancias en la liquidación de obra o situaciones de insolvencia de cualquiera de ellos. El constructor puede decidir no ejecutar los repasos o unidades pendientes, incluso a costa de renunciar al cobro de las cantidades retenidas por el promotor, si conoce la insolvencia de éste y prevé que no se las van a devolver. Si el insolvente es el propio constructor, carecerá de medios técnicos, humanos o económicos suficientes y, en consecuencia, no ejecutará los repasos.

No obstante, no puede afirmarse categóricamente que todo repaso sea, por definición, un defecto de acabado. Existen situaciones en las que lo que inicialmente se califica como "repaso" puede terminar constituyendo un vicio constructivo que afecta a la habitabilidad. En los casos contemplados en las sentencias citadas, si los defectos no reparados hacen imposible el uso de las instalaciones (eléctrica, de climatización o de fontanería) o son susceptibles de producir la entrada de agua o de aire al edificio, ya no serían meros defectos de terminación o de acabado, ya sea por incumplir las especificaciones del CTE, ya sea por impedir el uso satisfactorio del edificio.

III.2. Humedades y/o filtraciones

Las humedades, filtraciones o goteras constituyen el ejemplo paradigmático de vicios constructivos que afectan a la habitabilidad. De hecho, el artículo 3.1.c.1) LOE establece como requisito básico de habitabilidad la salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio. Este tipo de daños convierten a las viviendas en espacios insalubres, más allá de su relevancia estética.

En términos generales la jurisprudencia viene considerando que las humedades comprometen la habitabilidad de la edificación y, en consecuencia, no pueden ser calificadas como meros defectos de acabado o terminación. La SAP Las Palmas, Sec. 5.ª, de 10 de abril de 2014 afirma que una vivienda con humedades "*no es una vivienda habitable en condiciones normales de dignidad no reuniendo pues las condiciones salubridad y estanqueidad normales y exigidas por el art. 3.1-c.1)*

LOE". En similares términos se pronuncia, por ejemplo, la SAP Alicante, Sec. 8.ª, 139/2012, de 22 de marzo de 2012, entre otras muchas.

No obstante, la complejidad técnica de los litigios en materia de vicios constructivos puede propiciar errores en la valoración de la prueba, especialmente cuando el juzgador, ante la presencia de dictámenes periciales contradictorios entre sí, se ve inclinado por el parecer de alguno de los peritos cuyo informe, aparentemente más convincente, no siempre refleja con mayor fidelidad la realidad técnica del daño.

En ocasiones, son defectos de ejecución en puntos singulares o en elementos de acabado los que ocasionen las humedades. Un ejemplo clásico de vicio constructivo que se sitúa en la zona limítrofe entre los defectos de habitabilidad y los de mero acabado es el de las filtraciones a través de las carpinterías exteriores. Anteriormente aludíamos a un mal sellado de los marcos de puertas o ventanas: no provoca daños materiales graves pero genera condensaciones o incomodidad térmica en determinadas condiciones climáticas.

Por tanto, lo relevante no es la localización del daño, ni tampoco que el vicio de ejecución se ha producido en la fase final o de terminación de una unidad de obra, sino la afectación al requisito básico de habitabilidad definido en la LOE.

En este sentido, la SAP Valencia, Sec. 7.ª, de 17 de julio de 2013, revoca la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, que había calificado como defectos de mero acabado humedades (y grietas) generalizadas en plazas de estacionamiento, entradas de agua en encuentros de los muros de hormigón y las instalaciones y por aberturas de las chimeneas de la ventilación exterior, falta de rejilla en la rampa de estacionamientos y de acabado de los muros de éste. La Audiencia entiende que tales defectos suponen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad al impedir el uso satisfactorio del edificio.

La SAP Barcelona, Sec. 11.ª, de 27 de septiembre de 2006, en contra del criterio del promotor-constructor apelante, establece que las filtraciones de agua en el garaje, en la chimenea y campana de humos debidas a defectos de ejecución en el encuentro chimenea-tejado y a la escasa dimensión del sombrero de la chimenea son daños con un plazo de garantía de tres años y no meros defectos de acabado.

Es cierto que podemos encontrar supuestos algo más dudosos. Por ejemplo, la SAP Toledo, Sec. 2.ª, de 16 de mayo de 2006, califica como un defecto de acabado la defectuosa ejecución de la unión de los paramentos —jamba y cámara— con la perfilería metálica (no parece deducirse de la sentencia que se produjera la entrada de agua en la vivienda sino tan sólo una mancha de humedad). Por su parte, la SAP León, Sec. 2.ª, de 18 de diciembre de 2009 entiende que la llave de corte de suministro a grifería es un elemento de acabado, por lo que su rotura —que provocó la inundación puntual de la vivienda— se consideró un daño sujeto al plazo de garantía anual.

Finalmente, existen determinados pronunciamientos que califican de defectos de acabado las humedades, filtraciones y/o goteras atendiendo a criterios tales como la levedad del daño, su carácter puntual o su fácil reparación.

En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona, Sec. 4.ª, de 23 de diciembre de 2009 respecto de ciertas manchas de humedad en techos —procedentes de la cubierta o coincidentes con las salidas de las chimeneas al exterior— y humedades en muros perimetrales —casi imperceptibles, se dice— y en fachadas: *"no consta*

ni se insinúan nuevas manchas de humedad en el techo, y descartado en el procedimiento que los defectos advertidos en la vivienda propiedad de la demandante sean ruinógenos, ya que han sido calificados como defectos de terminación o acabado (ejecución material y no afectación de la resistencia y estabilidad, funcionalidad o habitabilidad), pues como se ha advertido, incluso las humedades eran puntuales, y de fácil solución, igual que el resto y buena prueba de ello era la propia valoración del peritaje, lo que se corroboró en el juicio, expresándose que eran leves, de ejecución material o acabado y para los que no se precisaban conocimientos especiales, concluimos que son de exclusiva responsabilidad del constructor, y no del resto de técnicos intervinientes y, en definitiva, al resultar ser de terminación o acabado".

Inexplicablemente también la SAP Ávila de 8 de febrero de 2017 califica como defectos de acabado las humedades en la parte superior de la fachada —debidas a una grieta en el vierteaguas y presencia de agua en el canalón— y en el porche. Es posible que la calificación responda al hecho de que las humedades se localizan en los paramentos exteriores y no en el interior de la vivienda; sin embargo, la sentencia no ofrece fundamentación alguna al respecto.

Por su parte la SAP Jaén de 11 julio de 2006 considera meros defectos de terminación o acabado deficiencias tales como manchas de humedad por fugas, humedades en las puertas bajas de los cerramientos de fachada y humedades en el sótano contiguo a la puerta de acceso al garaje.

No podemos compartimos el criterio sostenido en estas últimas sentencias, basadas en la levedad o en el carácter puntual del daño. Si existen humedades es que existe una vía de entrada de agua al edificio, cuestión que el CTE, en su Documento Básico HS – Salubridad, trata de evitar estableciendo todo tipo de especificaciones técnicas. Entendemos por tanto que, aunque las humedades sean de poca entidad, han de subsumirse en el artículo 3.1.c) LOE, al que se remite el apartado b) del art. 17.1 de la LOE, con un plazo de garantía trienal.

III.3. Fisuras y grietas

Siguiendo a LÓPEZ CANTOS (2024, 76) la fisura se define como en una "hendidura longitudinal en un cuerpo, superficial y poco profunda, que no alcanza todo el grosor de dicho cuerpo". La diferencia con la grieta es que, en ésta, la hendidura es más profunda o más ancha, o incluso una fractura que alcanza todo el grosor del cuerpo.

Las fisuras pueden ser superficiales y no comprometer la seguridad ni la estabilidad del edificio o, por el contrario, pueden ser un síntoma de fallos en elementos estructurales como la cimentación, los pilares, vigas, muros portantes, etc. Cuando una grieta responde a un fallo estructural grave, tiende a crecer en longitud y anchura, afectando progresivamente a la estabilidad del elemento estructural; si no se interviene puede evolucionar hasta el colapso total o parcial. En este último caso, se estaría ante el daño al que se refiere el artículo 17.1.a) LOE que hemos tratado en el epígrafe I.1 de este estudio.

No obstante, hay que tener en cuenta que todas las estructuras se mueven dentro de un proceso natural y habitual de asentamiento del edificio sobre el terreno, sin que ello suponga ningún vicio constructivo. El propio CTE prevé asientos y deforma-

ciones tolerables. Un exceso de flecha —deformación excesiva de un elemento de la estructura horizontal— o un asiento del edificio —por descenso o movimiento de la cimentación— pueden provocar fisuraciones meramente estéticas, sin ningún peligro para la seguridad estructural. Tanto el cálculo correcto de las estructuras como la buena praxis constructiva son elementales para minimizar la aparición de fisuras.

Incluso aunque el movimiento del edificio sea mínimo estas buenas prácticas constructivas son esenciales para evitar las fisuras: colocar juntas de dilatación o desolidarización, retacar adecuadamente la tabiquería, unir los tabiques al forjado mediante bandas elásticas o juntas flexibles, ejecutar correctamente los encuentros con pilares o muros, evitar el apoyo directo del cerramiento sobre la cimentación o el forjado, trabar correctamente las piezas de fábrica y controlar la humedad y la temperatura durante la ejecución de los trabajos, etc.

Las fisuras ocasionan un perjuicio estético por lo que, a *priori*, siguiendo la clasificación de daños contenida en el artículo 17 LOE estarían sujetos al plazo de garantía de un año. El problema es que habitualmente no se manifiestan en tan corto periodo de tiempo: los edificios asientan y las estructuras se deforman al entrar en carga y dependiendo de múltiples factores como el tipo de suelo, la climatología, el nivel de ocupación del edificio, etc. Existen estudios técnicos y estadísticos (RODRÍGUEZ LÓPEZ, RUSTKOVIC y FERNÁNDEZ, 2010, 875) afirman que es probable que las patologías por fisuras en tabiques y cerramientos aparezcan a edades superiores a los cinco años (con manifestaciones previas a los dos años).

La jurisprudencia recoge numerosos pronunciamientos en los que se desestima la pretensión del perjudicado al entender que las fisuras o grietas alegadas se encuentran fuera del plazo de garantía anual previsto en la LOE.

Así, la SAP Gerona, Sec. 1.ª, de 2 de octubre de 2014, examina fisuras producidas en las partes superiores de los cerramientos interiores debidas a los movimientos estructurales de los primeros años de vida del edificio junto a otro tipo de fisuras en tabiques o muros superiores del garaje, que obedecen a meros defectos constructivos. En cualquiera de los casos considera que las fisuras no afectan a la habitabilidad, ni mucho menos a la estructura, por lo que se encuentran fuera del plazo de garantía de un año.

En idéntico sentido se pronuncia la SAP La Coruña, Sec. 5.ª, de 30 de septiembre de 2019, que califica de meramente estéticas ciertas fisuras superficiales en la pintura de una pared del salón por movimientos diferenciales habituales o normales. También la SAP Barcelona, Sec. 16.ª, de 30 de junio de 2011, en un supuesto de fisuras y abombamientos en techo, considera que "*al no comprometer la habitabilidad*" constituyen, en cualquier caso un "*defecto incardinable en el concepto de daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras que prevé el segundo inciso del artículo 17-1b/ de la LOE y que se soluciona con el simple sellado de las fisuras, la colocación de una malla y el consiguiente repaso del yeso y pintura*"; siendo indiferente si son debidas a la ausencia de una malla que permitiera la absorción de los movimientos de dilatación y contracción, a la normal flexión de los forjados o al inevitable asentamiento de las obras de reciente construcción.

En cuanto a otro tipo de fisuras o grietas, producidas por el contacto materiales y/o elementos constructivos con distinto comportamiento[12], la SAP León, Sec. 2.ª, de 17 de julio de 2012, declara que están fuera del plazo de garantía de un año las apa-

recidas en las paredes y techos de varias viviendas de una promoción y fisuras en los techos, considerando que "*no comprometen la seguridad estructural ni la estabilidad del edificio ni tampoco lo hacen inhabitable, por lo que tienen su encaje en la categoría de defectos de terminación o acabado*". La resolución considera que su reparación consiste en el pintado como parte de las labores de conservación de todo propietario.

La SAP Barcelona, Sec. 13.ª, de 11 de julio de 2012 examina grietas localizadas en el hueco de escalera de acceso a la planta dúplex, debidas a la presión ejercida sobre la pared por el pavimento de la terraza, a consecuencia de las dilataciones producidas por los cambios térmicos (en la cubierta, expuesta a la intemperie, es donde se producen más tensiones entre los materiales); también fisuras horizontales en la pared de la escalera de la planta bajo cubierta coincidente con el forjado superior, éstas debidas a movimientos de dilatación que las buenas prácticas constructivas podrían haber evitado. En cualquier caso ninguna de ellas había producido la fractura de la pared de ladrillo, sino que sólo afectaban al revestimiento de yeso, por el que el defecto era subsanable con un simple repaso. Por consiguiente, declara que se trata "*de meras imperfecciones y defectos de remate y acabado encuadrables asimismo en el artículo 17.1 in fine de la LOE cuyo plazo de garantía es de un año.*"

Sin pretensión de exhaustividad, siguen el mismo criterio la SAP Zaragoza, Sec. 4.ª, de 13 de febrero de 2015, SAP La Coruña, Sec. 4.ª, de 10 de julio de 2014 o la SAP Alicante, Sec. 6.ª, de 19 de enero de 2012; esta última en una reclamación que tenía por objeto la existencia de unas fisuras de carácter puramente estético provocadas por un asiento uniforme y estabilizado de la piscina, sin que hubiera producido la rotura del vaso, considerando la sentencia que no tienen cabida en la acción *ex* LOE al haber nacido los desperfectos fura del plazo de garantía anual.

A la anterior línea interpretativa cabe oponer otras sentencias que concluyen en términos opuestos y subsumen las grietas y fisuras dentro de los daños que afectan a la habitabilidad referidos en los artículos 17.1.b) y 3.1.c) LOE.

Por ejemplo, la SAP Pontevedra, Sec. 1.ª, de 9 de julio de 2009, entiende que no cabe calificar de defecto de terminación o acabado las fisuras cuyo origen está en un defecto de proyecto como es "*la flexibilidad del forjado, en su flecha excesiva*", reservando el exiguo plazo de un año para defectos fácilmente visibles y puramente estéticos: cuestiones menores como defectos de pintura, barniz, acabado de puertas o ventanas, irregular colocación de azulejos, de enchufes, etc.

La SAP Castellón, Sec. 3.ª, de 18 de enero de 2018, analizando un supuesto de fisuras y grietas en la fachada de ladrillo, con reflejo en el interior de las viviendas, considera el defecto atinente a la habitabilidad, con un plazo de garantía de tres años. Afirma que el daño no se puede calificar de terminación o de acabado, pero tampoco de estructural, al no estar comprometida la estabilidad del edificio.

El mismo criterio se sigue en la SAP Toledo, Sec. 1.ª, 172/2021, de 12 de febrero de 2021, en cuanto a las fisuras lineales localizadas en los cerramientos de una buhardilla, debidos a los "*cambios de temperatura de la cubierta, que se dilata y contrae afectando al cerramiento, deformando y fracturando el elemento constructivo y en el movimiento del forjado que se manifiesta en la junta constructiva entre material duro y rígido, con el movimiento de la cubierta al dilatarse, manifestándose como fisura, acusando la discontinuidad constructiva que supone el plano vertical y horizontal*".

La SAP Madrid, Sec. 25.ª, de 24 de octubre de 2022 examina un supuesto de fisuras y grietas en elementos de cerramiento y tabiquería debidas al movimiento de la estructura. Afirma que tales daños no obedecen a un fallo o defecto de la estructura sino a un vicio constructivo del propio cerramiento, siendo frecuentes en los elementos superficiales de fábrica de ladrillo y en el revestimiento monocapa, por incapacidad para soportar los esfuerzos mecánicos ocasionados por los movimientos estructurales; y declara: "*partiendo, pues, de que no estamos ante daños en la estructura del edificio, pero las fisuras sí afectan a la habitabilidad del inmueble al ser posible que a través de esas aberturas penetre el agua al interior, el plazo de garantía será de tres años desde la fecha de recepción de la obra*".

Por su parte, la SAP La Coruña, Sec. 4.ª, de 27 de octubre de 2009, revoca la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, que había estimado que las fisuras se debían a pequeños asentamientos propios de toda obra después de su puesta en uso, constituían meros defectos de acabado. Estima el órgano de apelación que tales fisuras exceden notoriamente de las imperfecciones corrientes por lo que "*si bien no afectan a la solidez del edificio o a sus elementos esenciales (resistencia y estabilidad), sí tienen la gravedad obstativa para el normal disfrute de la cosa con arreglo a su destino (habitabilidad)*".

Finalmente, algunas sentencias recurren al criterio cuantitativo para determinar si las grietas y/o fisuras afectan a la habitabilidad o si, por el contrario, constituyen un defecto de mero acabado.

Por ejemplo, la SAP Cantabria Sec. 4.ª, de 13 de junio de 2013, entiende que se está ante un defecto de habitabilidad ante la existencia de múltiples fisuras y grietas en el revestimiento de mortero de las fachadas, afirmando que se estaría ante un defecto de mero acabado si las fisuras fueran esporádicas y no alcanzasen la profundidad que alcanzan algunas de ellas. La SAP Castellón, Sec. 3.ª, de 1 de julio de 2010, toma en consideración el carácter generalizado de las fisuras y grietas en las viviendas y elementos comunes.

Por su parte, la SAP Barcelona, Sec. 16.ª, de 6 de octubre de 2023, parece atender más bien a un criterio cualitativo, esto es, a la relevancia de los daños (grietas en los muros perimetrales, en escaleras comunitarias y en lateral de fachadas) para concluir que estos exceden de los meros defectos estéticos y han de ser "*encuadrados en el artículo 3. 1. c) de la Ley de Ordenación de la Edificación, en cuanto que, por su entidad, afectan al uso satisfactorio de los elementos comunes o privativos en los que han aparecido*".

Evidentemente, los supuestos fácticos analizados en las sentencias citadas en este apartado no son enteramente coincidentes, ya que pueden variar en cuanto a la causa, localización, número o entidad de las fisuras o grietas. No obstante, dichas resoluciones permiten apreciar, en términos sustanciales, el tratamiento jurisprudencial dispar que reciben defectos de naturaleza similar.

III.4. Desprendimiento, levantamiento y rotura de piezas.

Dado que la casuística en esta materia sería prácticamente inagotable, en el presente apartado se acotará el análisis a dos tipos de patologías que, por su fre-

cuencia, merecen una atención especial: el desprendimiento de piezas de aplacado pétreo en fachada y lo daños en solados.

El uso de aplacados como sistema de revestimiento de fachadas se ha generalizado en los últimos años, convirtiéndose en una opción técnica y estética recurrente en la práctica constructiva.

Sea cual sea el material pétreo elegido como revestimiento (piedra natural, caliza, gres, mármol, etc.) y el sistema constructivo adoptado (aplacado adherido al soporte, fachada ventilada, sistema de aislamiento térmico por el exterior), este tipo de fachadas requieren un especial cuidado y esmero en su ejecución a fin de evitar problemas ocasionados por una mala adherencia, anclaje o sujeción inadecuados, o deficiencias en los encuentros del aplacado con otros elementos del cerramiento (que, por otra parte, podrían dar lugar a la entrada de agua en el edificio provocando humedades).

La jurisprudencia ha mostrado cierta uniformidad al considerar que el desprendimiento o la caída de piezas del aplacado pétreo de fachada, aun cuando tenga su origen en un defecto de ejecución, no puede calificarse como un mero defecto de acabado sujeto al plazo de garantía anual, sino que constituye una patología que afecta a la habitabilidad del edificio en los términos del artículo 17.1.c) LOE.

En este sentido la SAP Cádiz, Sec. 2.ª, de 23 de enero de 2019, examinando este tipo de daños, afirma que *"el revestimiento de la fachada es sin duda parte integrante de la edificación, se integra en su estructura y está llamado a realizar importantes funciones, no solo desde el punto de vista de la seguridad, sino también de la habitabilidad de todo el espacio edificado. Desde la perspectiva del art. 3.1,c de la Ley de Ordenación de la Edificación el revestimiento de la fechada contribuye sin duda alguna a garantizar la estanqueidad y aislamiento del edificio. Hace posible de manera determinante su efectivo disfrute y pone en valor la construcción principal. En otras palabras, es útil para hacer funcional el inmueble y permite un uso satisfactorio del mismo, tal y como reclama el citado art. 3.1,c.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación*". La resolución manifiesta que esta es la *"naturaleza que de ordinario se le atribuye a los revestimientos y aplacados en la doctrina de las Audiencias Provinciales*", citando expresamente las sentencias AP Asturias de 11 de junio de 2005, AP Madrid, Sec. 13.ª, de 26 de mayo de 2017 y SAP León, Sec. 1.ª, de 20 de diciembre de 2017.

En nuestro estudio tan sólo hemos encontrado una resolución, la SAP Ávila de 8 de febrero de 2017, que califique el desprendimiento de piezas como defecto de acabado, al decir: *"es claro que no comprometen la seguridad estructural ni la estabilidad del edificio ni tampoco lo hacen inhabitable, por lo que tienen su encaje en la categoría de defectos de terminación o acabado*".

Sólo en los casos en los que los desprendimientos son muy puntuales o muy espaciados en el tiempo, no generalizados, se desestima la pretensión reparatoria, como es el caso contemplado en la SAP Madrid, Sec. 9.ª, de 2 de junio de 2022.

Por lo demás, como se ha dicho, en general la jurisprudencia considera que este vicio constructivo afecta a la habitabilidad.

La SAP Vizcaya, Sec. 4.ª, de 5 de marzo de 2025 declara que *"las deficiencias constructivas que afectan a la fachada ventilada del inmueble, constituyen defectos ejecución de la obra en la colocación del aplacado exterior de la fachada y sus sistemas de sujeción, que excede de pequeños defectos de acabado o remate, al considerar-*

se bien como defectos de ejecución de mayor entidad o bien como defectos pequeños pero con un carácter generalizado".

La SAP Alicante, Sec. 9.ª, de 19 de octubre de 2015 estima que la caída de piezas de aplacado de la fachada "*excede de las meras imperfecciones de obra o vicios constructivos, para caer de lleno en el ámbito del artículo 3.1.b).3 LOE, esto es, daños que afectan a la seguridad de utilización del edificio*". Sigue el mismo argumento la SAP Baleares, Sec. 5.ª, de 24 septiembre 2024, cuando afirma que la eventualidad de que alguno de esos desprendimientos de piezas pueda ocasionar inopinada y accidentalmente lesiones a las personas comporta una vulneración del requisito básico de la edificación establecido en el artículo 3.1.b.3) de la LOE; e igualmente la SAP Asturias, Sec. 5.ª, de 28 de mayo de 2013.

Pronunciamientos similares, que encuadran el desprendimiento de piezas del aplacado dentro de el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad, los encontramos en la SAP Badajoz, Sec. 3.ª, de 21 de julio de 2015 (mal diseño del sistema de anclaje del aplacado), SAP Madrid, Sec. 25.ª, de 16 de mayo de 2012 (mala ejecución de los anclajes) y SAP Soria, Sec. 1.ª, de 16 de marzo de 2010 (deficiente ejecución y puesta en obra), entre otras muchas.

Para finalizar con la cuestión de los aplacados de fachadas resulta de interés mencionar la SAP Madrid, Sec. 20.ª, de 23 de noviembre de 2023, por cuanto condena a reparar, no sólo los daños producidos dentro del plazo de garantía de tres años, sino también los aparecidos con posterioridad pero que obedecen a la misma causa. En el supuesto examinado, la ejecución del aplacado de granito fue técnicamente deficiente, al haberse empleado pegotes de cemento cola sin los anclajes mecánicos adecuados al tipo de revestimiento elegido, lo que provocó caídas incluso posteriores a las labores de refuerzo acometidas, evidenciando "*la persistencia del riesgo y la existencia de un daño actual, no meramente hipotético*". Añade la sentencia que la incorrecta ejecución de las juntas (con piezas mal colocadas, rotas o sin separación suficiente para permitir dilataciones) agrava la situación, haciendo recomendable, desde el punto de vista técnico, el atornillado de todas las piezas mediante anclajes mecánicos o químicos; y ello aunque los nuevos desprendimientos se produzcan fuera del plazo de garantía.

Por lo que respecta a los daños en solados y pavimentos, los defectos materiales más frecuentes suelen estar relacionados con una deficiente adherencia de las piezas (baldosas de gres, cerámica, piedra, mármol, tarima o madera, entre otras) al soporte. Esta deficiencia puede deberse a la inadecuación o baja calidad del material de agarre, o a una ejecución incorrecta durante el proceso de colocación. El sonido hueco al golpear las piezas constituye un indicio claro de falta de adherencia, que anticipa roturas o desprendimientos posteriores. El abombamiento suele producirse por la ausencia de juntas de dilatación.

Un pavimento que presenta desniveles, cejas, bultos o carencias de planeidad puede llegar a comprometer el uso seguro y funcional del edificio. En cambio, ciertos defectos como el mal rejuntado, los errores en la alineación de las piezas, la presencia de manchas, rebabas o restos de mortero, resultan más próximos a lo que podría calificarse como defectos de mero acabado.

En relación con este tipo de patologías, y al igual que ocurre con las fisuras en paramentos o el desprendimiento de aplacados en fachadas, la jurisprudencia

tiende a rechazar su consideración como simples defectos estéticos, inclinándose por apreciar su repercusión en las condiciones de habitabilidad del edificio.

Por ejemplo, la SAP Zaragoza, Sec. 4.ª, de 5 de octubre de 2009 estima que lo defectos en el pavimento consistentes en baldosas huecas y pestañas (con desniveles, irregularidades o salientes) es una deficiencia constructiva que excede del mero acabado: la falta de asiento de las baldosas sobre la solera inferior por toda su superficie se debe a la deficiente extensión de la capa final de cemento.

La SAP Madrid, Sec. 14.ª, de 21 de junio de 2010, examina un supuesto de grietas en las soleras de los sótanos cuyo origen fue objeto de discusión pericial, al aducirse dos posibles causas: o bien la falta de profundidad de las hendiduras de las juntas o bien a la retracción hidráulica del cemento, caso éste en el que solo afectarían al acabado superficial. Estima el tribunal que, cualquiera que sea la causa generadora del vicio, se trata de un defecto de ejecución y, vista la entidad de las fisuras o grietas, lo incardina en el artículo 17.1.b) LOE, por afectar las condiciones de habitabilidad, y con un plazo de garantía de tres años.

Se alinean con esta interpretación la SAP Toledo, Sec. 1.ª, de 30 de enero de 2013 (defectuoso acabado del solado del patio con presencia de piezas defectuosas) o la SAP Barcelona, Sec. 14.ª, de 26 noviembre de 2015 (levantamiento de solados de gres y de parqué: el segundo se había colocado sobre el primero).

La SAP Castellón, Sec. 3.ª, de 7 de mayo de 2012 afirma que "*entre estos aspectos funcionales de elementos constructivos o instalaciones que deben permitir un uso satisfactorio se encuentran las terrazas, que no permiten dicha utilización si los elementos cerámicos de la cubierta, que es a la vez pavimento de la terraza, adolecen de los defectos y del deterioro que ha motivado la reclamación*". En este caso el deterioro de las baldosas obedecía a una baja resistencia a la heladicidad por defecto del material.

En cuanto a solados de madera, la SAP Madrid, Sec. 12.ª, de 18 mayo 2022, declara que los defectos en un pavimento de parqué afectan a la habitabilidad: "*el defecto consiste en que algunas piezas del pavimento de parqué de madera de roble presentan rajas y fisuras, lo que se debe a que la madera instalada no estaba convenientemente curada o seca, de modo que se trata de un defecto de materiales, que excedan desde luego del mero acabado*".

En cambio, la SAP Madrid, Sec. 14.ª, de 20 de noviembre de 2006, en un supuesto de reclamación de daños en el suelo de tarima flotante (levantada, rallada, suelta) de varias viviendas de una misma urbanización, tan sólo acogió la pretensión de resarcimiento de los daños reseñados por cada actor en sus respectivas listas de reclamación o reparación de defectos tras la entrega de sus viviendas, al entender que no se había acreditado que el resto de los defectos pertenecientes a la misma unidad de obra se hubieran manifestado dentro del periodo de garantía de un año para los defectos de terminación o acabado.

Por su parte, la SAP La Coruña, Sec. 6.ª, de 4 de julio de 2007, considera que los efectos en el entarimado están sujetos al plazo de garantía anual, calificándolos como puramente estéticos: atejamiento y abarquillamiento de las tablas, coloración excesivamente dispar, utilización de tablas con manchas, defectos de barnizado, juntas excesivamente abiertas, etc. Afirma la sentencia: "*aunque los defectos citados sean realmente numerosos y por más amplitud que pueda querer darse a la mención del art. 3.1.c4 al 'uso satisfactorio' del inmueble, siendo francamente exage-*

radas las alusiones de los demandantes en sus interrogatorios sobre que no usaban la vivienda debido a su estado", se está *"de forma paradigmática"* ante defectos de terminación o acabado de las obras.

La mayoría de los casos en los que los daños en solados se califican de mero acabado y con un plazo de garantía anual coinciden con supuestos de defectos muy puntuales o aislados, como en el caso examinado por la SAP Valencia, Sec. 11.ª, de 30 de diciembre de 2019, que califica así las grietas de origen desconocido en el pavimiento de una vivienda; o bien con daños por pequeños defectos del material sin trascendencia para la habitabilidad, como las manchas y desprendimiento del rejuntado del pavimento exterior de terraza, debido a un exceso de porosidad de las baldosas, analizado en la SAP Barcelona, Sec. 16.ª, de 30 de junio de 2011.

Cerramos nuestra referencia a los daños en pavimentos con la mención a la STS, Pleno, de 17 de junio de 2021, en la que se analizan las consecuencias del *"fracaso generalizado de una partida de obra"* en la aplicación de los plazos de garantía establecidos en el artículo 17 LOE.

Los daños analizados por el Tribunal Supremo consisten en abombamientos, fisuras, roturas, levantamientos y despegues de baldosas. La causa del defecto residió en que, si bien se sustituyeron las baldosas inicialmente previstas en el proyecto por otras de mayor tamaño y absorción media-baja, no se modificó el material de agarre, que continuó siendo un adhesivo cementoso indicado para las baldosas de absorción media-alta. Además, no se respetaron las especificaciones técnicas del fabricante del adhesivo respecto a su correcta aplicación en ese tipo de revestimientos. Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo concluyen que, al tratarse de una inadecuación del sistema constructivo (en cuanto a forma y materiales empleados) y siendo común a las dos torres de la promoción, nos encontramos ante un defecto generalizado que impide la preclusión del plazo de garantía trienal, incluso en aquellas viviendas en las que el defecto aún no se había materializado o exteriorizado visiblemente. Se acoge por tanto la pretensión indemnizatoria de sustitución integral de la totalidad de los pavimentos de la promoción, en tanto que *"la patología es la misma para todas las viviendas y no sólo para aquellas en las que se ha exteriorizado mediante abombamientos, roturas o levantamientos"*, al ser un hecho probado que el defecto de ejecución del pavimento se manifestó para todas las viviendas dentro del plazo de garantía.

III.5. Criterios jurisprudenciales comunes.

Del análisis sistemático de la jurisprudencia citada en los apartados anteriores pueden extraerse ciertas pautas interpretativas recurrentes. Pese a que la casuística es extraordinariamente profusa en esta materia se identifican algunos criterios reiterados por los órganos judiciales en relación con la naturaleza de los daños y su incidencia en los plazos de garantía y prescripción.

Es muy poco frecuente la calificación jurisprudencial de los daños como defectos de mero acabado. Para que así sea, debe tratarse de aspectos de la obra carentes de repercusión sobre las condiciones de habitabilidad del edificio y para cuya ejecución el albañil, industrial u operario que ejecute la unidad de obra no

precise de instrucciones específicas (SAP Barcelona, Sec. 16.ª, de 22 de enero de 2010) o de defectos de alcance estrictamente estético (la SAP Gerona, Sec. 1.ª, de 2 de octubre de 2014, se refiere a eflorescencias en los muros de cerramiento exterior, una capa menos de pintura, etc.).

La acumulación de irregularidades constructivas, vicios y defectos, incluso cuando estos pudieran ser calificados aisladamente como de importancia relativa, conducen con frecuencia a los tribunales a estimar que tales deficiencias, en su conjunto, comprometen las condiciones mínimas de habitabilidad, inclinándose así por una calificación que refuerza la protección del adquirente frente a una ejecución negligente (*v. gr.* SAP Cantabria, Sec. 2.ª, de 3 de octubre de 2012, ya citada).

Cuando en un edificio se acredita la existencia de un defecto constructivo de carácter generalizado y la causa de dicho defecto es común a todas las unidades de obra ejecutadas, se entiende que todas ellas están afectadas, extendiéndose la responsabilidad más allá de los daños manifestados dentro del plazo de garantía.

IV. CONCLUSIONES

I. Aunque la LOE ha pretendido adecuar la duración de los plazos de garantía a la naturaleza y entidad del vicio constructivo que origina el daño, lo cierto es que, en la práctica, la casuística que presenta el ámbito de la edificación resulta extraordinariamente variada. Esta complejidad inherente al fenómeno constructivo convierte en una tarea especialmente ardua cualquier intento de sistematización y complica de forma significativa la labor del juzgador, quien se ve obligado a realizar un análisis técnico y minucioso de cada uno de los daños alegados, a fin de determinar su correcta subsunción en alguna de las categorías previstas legalmente.

II. La actual diversificación de plazos de garantía en diez, tres y un año está excesivamente fragmentada en categorías técnicas, lo que obliga al perjudicado a investigar el origen del daño debiendo acudir a pericias técnicas para averiguar conocer si su reclamación está en plazo. Esta compartimentación complica la defensa de los derechos del adquirente.

III. El análisis jurisprudencial realizado pone de manifiesto el amplísimo margen interpretativo del que disponen los tribunales al aplicar la normativa, lo que redunda en una notable inseguridad jurídica para los operadores afectados. Esta falta de uniformidad en la calificación de los defectos constructivos genera incertidumbre tanto para los agentes que intervienen en el proceso constructivo como para los adquirentes. La ausencia de criterios estables dificulta la valoración anticipada de responsabilidades, desincentiva la resolución extrajudicial de los conflictos y conduce, en muchos casos, a soluciones dispares ante supuestos muy parecidos.

V. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A. (2005), Comentario al artículo 19 LOE. En AA VV, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 351-436.

CASTRO BOBILLO, J.C. (2004). La LOE: desarrollo, problemática y propuestas. El Código Técnico de la Edificación. En *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ-CSCAE, núm. 47, pp. 155-174.

COLINA GAREA, R. (2006), La Ley de Ordenación de la Edificación y los presupuestos objetivos de la responsabilidad por vicios o defectos en la construcción de edificios. En R.P. Rodríguez Montero (coord..), *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales*, Netbiblo, pp. 123-180, [en línea] disponible en http://hdl.handle.net/2183/11872

DÍAZ BARCO, F. (2018). *Manual de derecho de la construcción: adaptado a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, p. 505.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2000). Ley de Edificación y Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, pp. 5-22.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2007), Requisitos básicos de la edificación. En A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M.C. González Carrasco, M. C., *Régimen jurídico de la edificación: Ley de ordenación de la edificación y código técnico de la edificación,* Pamplona: Thomson-Aranzadi, pp. 137-170.

GONZÁLEZ POVEDA, P. (2008), Responsabilidades y garantías. En R. García Varela (coord.), *Derecho de la edificación*, Barcelona: Bosch, pp. 327-388.

LÓPEZ CANTOS, J. (2024), Compendio visual de términos constructivo-arquitectónicos. Madrid: Fundación Musaat, p. 76.

PUCHE RAMOS, A. (2011). Respuestas ante los defectos de terminación o acabado en la ejecución de fincas urbanas. *Revista de Jurisprudencia,* (dic. 2011), Lefebvre-El Derecho, [en línea] disponible en https://elderecho.com/respuestas-ante-los-defectos-de-terminacion-o-acabado-en-la-ejecucion-de-fincas-urbanas

REQUENA PAREDES, J. (2008). El Código Técnico de la Edificación (CTE), un nuevo marco para el ejercicio de la profesión de arquitecto. Obligaciones en el Código Técnico de los agentes intervinientes en la edificación (II). En *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ-CSCAE, núm. 148, pp. 23-60,

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. C., RUSTKOVIC, P., FERNÁNDEZ, J.A. (2010, 1-2 de julio). *La gestión de las garantías, las reclamaciones y los daños en los proyectos inmobiliarios* [Comunicación]. XIV Congreso Internacional de Dirección e Ingeniería de Proyectos, Madrid: AEIPRO, pp. 866-887. Disponible en: http://dspace.aeipro.com/xmlui/handle/123456789/2038

SANTANA NAVARRO, F. (2018). *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación.* Madrid: Marcial Pons, p. 107

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo (Civil):

- STS, Civil (Pleno), 409/2021, de 17 de junio de 2021

Sentencias de Audiencias Provinciales (Civil), por orden cronológico, de más reciente a más antigua:

- SAP Vizcaya, Sec. 4.ª, 152/2025, de 5 de marzo de 2025
- SAP Baleares, Sec. 5.ª, 484/2024, de 24 de septiembre de 2024

- SAP Madrid, Sec. 20.ª, 483/2023, de 23 de noviembre de 2023
- SAP Barcelona, Sec. 16.ª, 419/2023, de 6 de octubre de 2023
- SAP Madrid, Sec. 25.ª, 362/2022, de 24 de octubre de 2022
- SAP Madrid, Sec. 9.ª, 268/2022, de 2 de junio de 2022
- SAP Madrid, Sec. 12.ª, 190/2022, de 18 de mayo de 2022
- SAP Toledo, Sec. 1.ª, 172/2021, de 12 de febrero de 2021
- SAP Valencia, Sec. 11.ª, 607/2019, de 30 de diciembre de 2019
- SAP La Coruña, Sec. 5.ª, 325/2019, de 30 de septiembre de 2019
- SAP Barcelona, Sec. 16.ª, 41/2019, de 30 de enero de 2019
- SAP Cádiz, Sec. 2.ª, 8/2019, de 23 de enero de 2019
- SAP Castellón, Sección 3.ª, 11/2018, de 18 de enero de 2018
- SAP Ávila, 31/2017, de 8 de febrero de 2017
- SAP Valencia, Sec. 6.ª, 337/2016, de 20 de julio de 2016
- SAP Asturias, Sec. 6.ª, 205/2016, de 27 de junio de 2016
- SAP Pontevedra, Sec. 6.ª, 318/2016, de 13 junio de 2016
- SAP Barcelona, Sec. 14.ª, 373/2015, de 26 de noviembre de 2015
- SAP Alicante, Sec. 9.ª, 379/201, de 19 octubre de 2015
- SAP Badajoz, Sec. 3.ª, 179/2015, de 21 de julio de 2015
- SAP Zaragoza, Sec. 4.ª, 35/2015, de 13 de febrero de 2015
- SAP Gerona, Sec. 1.ª, 262/2014, de 2 de octubre de 2014
- SAP La Coruña, Sec. 4.ª, 238/2014, de 10 de julio de 2014
- SAP Las Palmas, Sec. 5.ª, 156/2014, de 10 de abril de 2014
- SAP Huesca, Sec. 1.ª, 8/2014, de 29 de enero de 2014
- SAP Sevilla, Sec. 5.ª, 571/2013, de 27 de noviembre de 2013
- AP Tarragona, Sec. 3.ª, 298/2013, de 10 de septiembre de 2013
- SAP Valencia, Sec. 7.ª, 365/2013, de 17 de julio de 2013
- SAP Cantabria, Sec. 4.ª, 304/2013, de 13 de junio de 2013
- SAP Asturias, Sec. 5.ª, 150/2013, de 28 mayo de 2013
- SAP Toledo, Sec. 1.ª, 29/2013, de 30 de enero de 2013
- SAP Cádiz, Sec. 7.ª, 13/2013, de 15 de enero de 2013
- SAP Cantabria, Sec. 2.ª, 550/2012, de 3 de octubre de 2012
- SAP León, Sec. 2.ª, 298/2012, de 17 de julio de 2012
- SAP Barcelona, Sec. 13.ª, 427/2012, de 11 de julio de 2012
- SAP Madrid, Sec. 10.ª, 410/2012, de 20 de junio de 2012
- SAP Zaragoza, Sec. 4.ª, 231/2012, de 21 mayo de 2012
- SAP Madrid, Sec. 25.ª, 251/2012, de 16 mayo de 2012
- SAP Castellón, Sec. 3.ª, 220/2012, de 7 de mayo de 2012
- SAP Alicante, Sec. 8.ª, 139/2012, de 22 de marzo de 2012
- SAP Alicante, Sec. 6.ª, 32/2012 de 19 de enero de 2012
- SAP Barcelona, Sec. 4.ª, 581/2011, de 17 de noviembre de 2011
- SAP Málaga, Sec. 6.ª, 391/2011, de 4 de julio de 2011
- SAP Barcelona, Sec. 16.ª, 409/2011, de 30 de junio de 2011
- SAP Soria, Sec. 1.ª, 38/2010, de 16 de marzo de 2010
- SAP León, Sec. 1.ª, 115/2011, de 24 de marzo de 2011
- SAP Castellón, Sec. 3.ª, 237/2010, de 1 de julio de 2010
- SAP Madrid, Sec. 14.ª, 341/2010, de 21 de junio de 2010
- SAP Barcelona, Sec. 16.ª, 39/2010, de 22 de enero de 2010

- SAP Barcelona, Sec. 4.ª, 697/2009, de 23 de diciembre de 2009
- SAP León, Sec. 2.ª, 422/2009, de 18 de diciembre de 2009
- SAP La Coruña, Sec. 4.ª, 452/2009, de 27 de octubre de 2009
- SAP Zaragoza, Sec. 4.ª, 470/2009, de 5 de octubre de 2009
- SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 335/2009, de 9 de julio de 2009
- SAP Pontevedra, Sec. 6.ª, 682/2007, de 21 de diciembre de 2007
- SAP Coruña, Sec. 6.ª, 251/2007, de 4 de julio de 2007
- SAP Madrid, Sec. 14.ª, 6/2006, de 20 de noviembre de 2006
- SAP Barcelona, Sec. 11.ª, 553/2006, de 27 de septiembre de 2006
- SAP Jaén, 178/2006, de 11 de julio de 2006
- SAP Toledo, Sec. 2.ª, 165/2006, de 16 de mayo de 2006

NOTAS

[1] Al momento de aprobarse la LOE el plazo de prescripción de las acciones personales que no tuvieran señalado un término especial era de quince años, que se redujo a cinco con la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[2] El CTE concreta y desarrolla desde un punto de vista técnico los requisitos básicos de la edificación de obligado cumplimiento establecidos en el artículo 3 LOE, estableciendo unos umbrales mínimos que determinan cuando dichos requisitos de calidad se consideran cumplidos.

[3] Los Documentos Básicos SE – Seguridad Estructural y SE-C – Cimientos definen los estados límite últimos como aquellos que, de ser superados, constituyen un riesgo para las personas, ya sea porque producen una puesta fuera de servicio del edificio o el colapso total o parcial del mismo.

[4] El Documento Básico HS – Salubridad, a su vez, se divide en otros seis documentos: HS 1 – Protección frente a la humedad; HS 2 – Recogida y evacuación de residuos; HS 3 – Calidad del aire interior; HS 4 – Suministro de agua; HS 5 – Evacuación de aguas; y HS 6 – Protección frente a la exposición al radón.

[5] El artículo 3.1 LOE contiene tres apartados. Ya hemos enumerado los requisitos básicos de habitabilidad contenidos en el apartado c). El apartado a) del artículo 3.1 LOE define los siguientes requisitos relativos a la "funcionalidad": "utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio" (artículo 3.1.a.1); "accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio" (artículo 3.1.a.2); "acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información" (artículo 3.1.a.3); y "facilitación para el acceso de los servicios postales" (artículo 3.1.a.4), en estos tres últimos casos según su normativa específica. Por su parte, el b) del artículo 3.1 LOE establece los siguientes requisitos relativos a la "seguridad": "seguridad estructural" (artículo 3.1.b.1), referente a la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, coincidente con el artículo 17.1.a) LOE; "seguridad en caso de incendio" (artículo 3.1.b.2); y "seguridad de utilización" (artículo 3.1.b.3), garantizando que el uso del edificio no comporte riesgo de accidentes personales.

[6] Véase la entrada "acabado" en el diccionario de la Fundación Laboral de la Construcción. Disponible en: https://www.diccionariodelaconstruccion.com/buscar/?q=acabado

[7] Además de la drástica reducción de los plazos de garantía y prescripción comentada al comienzo del presente estudio, debemos recordar que al amparo de la LOE sólo son resarcibles los daños materiales causados en el edificio, tal y como éste es definido en la propia Ley. Si los daños no son materiales sino de otro tipo (*v. gr*. daños corporales, morales, indirectos o consecuenciales) o no se han ocasionado al propio edificio (*v. gr*. daños a bienes muebles), el perjudicado tendrá que ejercitar acciones de corte contractual o extracontractual para obtener el resarcimiento.

[8] La SAP Málaga, Sec. 6.ª, 391/2011, 4 julio 2011, afirma: «El artículo 3.1 c.4 prevé como un requisito básico de los edificios que en relación a su habitabilidad deberán satisfacer los aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio, cualidad que desde luego no se cumple si la luz libre de la escalera de bajada es de 1,70 metros pues acarrea irremediable peligro de cabezada». Sin embargo, el defecto no ha de incardinarse en este apartado, sino en el incumplimiento de los requisitos básicos del CTE, DB-SU 1 – Seguridad de utilización, requisito de altura libre mínima sobre peldaños.

[9] A nuestro juicio la SAP Barcelona, Sec. 16.ª, 41/2019, de 30 de enero de 2019, es imprecisa pues en el supuesto fáctico que examina es evidente el incumplimiento del requisito básico de la edificación contenido en el artículo 3.1.c.1) LOE: más concretamente del DB-HS 3, Calidad del aire interior, que establece las condiciones mínimas para que los edificios

dispongan de sistemas de ventilación adecuados para extraer el aire viciado de zonas como baños, cocinas, lavaderos o aseos.

[10] La Fundación fue creada en 2007 por la aseguradora Musaat, especialista en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los arquitectos técnicos, así como en seguros de la construcción.

[11] Disponible en:
https://fundacionmusaat.musaat.es/static/ebooks/ESTADISTICO_NACIONAL_III/2/

[12] Los diferentes coeficientes de dilatación, retracción o deformación, de los elementos constructivos generan tensiones en la zona de contacto que pueden superar la capacidad del material para absorberlas sin agrietarse. Por ejemplo, el encuentro entre un cerramiento de ladrillo y un pilar de hormigón puede fisurarse si no se coloca una junta adecuada, ya que cada material se dilata y contrae de forma distinta.

1.7. Concursal

Desahucio arrendaticio urbano y concurso de acreedores[1]

Urban tenant eviction and bankruptcy proceedings

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La acción de desahucio arrendaticio urbano estaba sujeta a unos requisitos de procedibilidad establecidos por la Ley de vivienda que han sido declarados inconstitucionales por STC, Pleno, de 29 de enero de 2025. No obstante, la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia ha estatuido un nuevo requisito de procedibilidad consistente en el recurso previo a los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC). De tal manera que la falta de recurso a los mismos es causa de inadmisión de la demanda.

La acción de desahucio ejercitada antes de la declaración de concurso por incumplimiento anterior a esta puede ser enervada antes de recaer sentencia por la administración concursal, bien para el mantenimiento de la actividad empresarial en interés del concurso (en el caso de arrendamiento de un local de negocio) o bien para asegurar la necesidad de vivienda del concursado y su familia. Si al declararse el concurso ya estuviese dictada la sentencia de desahucio, puede rehabilitarse el contrato por la administración concursal con una de esas dos finalidades. La enervación de la acción o la rehabilitación del contrato tienen lugar ante el juez de primera instancia, en el juicio verbal y sobre la base de un precepto especial como es el artículo 168 TRLC.

También es posible ejercitar la acción de desahucio arrendaticio urbano por el arrendador una vez declarado el concurso. En este caso, por el trámite del incidente concursal y ante el juez del concurso. Aplicando el artículo 164 TRLC, precepto general que contempla la posibilidad del mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento anterior o posterior a la declaración de concurso, cabría que el concursado en caso de intervención o la administración concursal en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.12

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

del concursado, se opusieran a la resolución, solicitando en interés del concurso el mantenimiento en vigor del contrato de arrendamiento incumplido.

ABSTRACT: The urban tenant eviction action was subject to procedural requirements established by the Housing Law, which were declared unconstitutional by the Constitutional Court (STC), Plenary Session, of January 29, 2025. However, Organic Law 1/2025, of January 2, on measures regarding the efficiency of the public justice service, established a new procedural requirement consisting of prior recourse to the Appropriate Means of Dispute Resolution (ADR). Therefore, failure to do so constitutes grounds for inadmissibility of the claim.

An eviction action brought before the declaration of bankruptcy due to a prior breach may be terminated by judge before judgment is issued, for petition of the insolvency administrators, either to maintain business activity in the interests of the bankruptcy (in the case of the leasing of business premises) or to ensure the housing needs of the bankrupt and their family. If the eviction judgment has already been issued when the bankruptcy is declared, the contract may be reinstated by the bankruptcy administrator for one of these two purposes. The action for stoping the urban tenant eviction procesure or reinstatement of the contract takes place before the trial judge, in the oral proceding, and on the basis of a special provision, Article 168 of the TRLC.

It is also possible for the landlord to exercise an action for eviction of an urban tenant once bankruptcy has been declared. In this case, this action must be filed through the bankruptcy proceedings and before the bankruptcy judge. Applying article 164 of the TRLC, a general provision that contemplates the possibility of maintaining contracts of sucesive performance contracts for breaches prior to or subsequent to the bankruptcy declaration, it would be possible for the bankrupt, in the event of intervention, or the bankruptcy administrator, in the event of suspension of the bankrupt's administrative and disposition powers, to oppose the termination, requesting, in the interests of the bankruptcy proceedings, that the breached lease be maintained in force.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores, desahucio arrendaticio urbano, enervación, rehabilitación del contrato.

KEYWORDS: Bankruptcy, urban tenant eviction action, action for stoping the urban tenant eviction

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS REQUISITOS DE PROCEBILIDAD DEL ARTÍCULO 439.6 Y 7 LEC CON ARREGLO A LA STC DE 29 DE ENERO DE 2025.—III. LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LA LO 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA.—IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESHAUCIO ARRRENDATICIO URBANO ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: 1. La enervación del desahucio por la Administración concursal. 2. La rehabilitación del contrato ya resuelto con anterioridad a la declaración de concurso. 3. Tramitación de la enervación o rehabilitación del contrato arrendaticio y efectos de una y otra.—V. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO ARRENDATICIO URBANO DESPUÉS DE

LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda estableció una serie de requisitos de procedibilidad en los juicios verbales de desahucio arrendaticio de vivienda, los cuales han sido declarados inconstitucionales por STC de 29 de enero de 2025. No obstante, la nueva LO 1/2025, de 2 de enero, ha fijado para el orden jurisdiccional civil como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda el recurso previo a los MASC (medios adecuados de solución de controversias), lo que es aplicable a los juicios de desahucio por impago de rentas arrendaticias, cuando estos se inicien antes de la declaración de concurso, pues con posterioridad solo cabría ejercitar la pretensión resolutoria mediante el incidente concursal y en el ámbito concursal se excluye la utilización de los MASC.

El trabajo se centra en el estudio del artículo 168 TRLC relativo a la enervación del desahucio o rehabilitación del contrato de arrendamiento (de local de negocio o de vivienda) cuando la demanda de desahucio ha sido ejercitada con anterioridad a la declaración de concurso, contemplándose también el ejercicio de la acción resolutoria con posterioridad a tal declaración y la aplicación en este caso del artículo 164 TRLC que con carácter general permite el mantenimiento del contrato de tracto sucesivo que se pretende resolver, en interés del concurso.

II. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS REQUISITOS DE PROCEBILIDAD DEL ARTÍCULO 439.6 Y 7 LEC CON ARREGLO A LA STC DE 29 DE ENERO DE 2025

La STC, Pleno, de 29 de enero de 2025 (Rec. 5514/2023) ha declarado inconstitucional y nulo el apartado 6.c) y 7 del art. 439 de la LEC en la redacción dada por la Disposición final quinta.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Los recurrentes alegaban que las previsiones contenidas en los nuevos apartados 6 y 7 del art. 439 de la LEC, introducidos por la mencionada Disposición final quinta.2 eran contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 24 CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso, se vería conculcado por los nuevos apartados del artículo 439 LEC dado que los requisitos que se prevén en los apartados 6 y 7 del precepto para admitir la demanda de juicio verbal en los supuestos previstos en los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250 LEC resultan desproporcionados e irrazonables, haciendo depender la admisión de la demanda de un requisito —la acreditación de que la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica— ajeno a la voluntad o diligencia de las partes, quedando en manos de la administración sin sujeción a plazo. En cuanto a la intermediación o conciliación obligatoria del apartado 7 no pretende evitar el proceso de desahucio sino ejercitar competencias de carácter social y de protección de la vivienda por

las administraciones competentes que resultan ajenas al proceso y cuyo ejercicio no ha de interferir en su desarrollo.

La Abogacía del Estado rebatió estas alegaciones argumentando que los requisitos exigidos en el artículo 439.6 y 7 LEC no son excesivos o irrazonablemente obstaculizadores para el ejercicio de la acción judicial de desposesión de la vivienda afectada, sino que responden a los objetivos que persigue el legislador encaminados a una mayor protección de la parte arrendataria de acuerdo con la configuración legal del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) o de la protección integral de la familia (art. 39 CE).

El artículo 439. 6 y 7 LEC indicaba al respecto:

"En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250[2], no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique:

a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye *vivienda habitual de la persona ocupante.*

b) *Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda*, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[3].

En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en la que conste la relación de propiedades a nombre de la parte actora.

c) *En el caso de que la parte demandante tenga la condición de gran tenedor, si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica.*

Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito exigido en esta letra c) también podrá cumplirse mediante:

1.º *La declaración responsable emitida por la parte actora* de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

7. *En los casos de los números 1.º,* 2.º, 4.º y 7.º *del apartado 1 del artículo 250*, en el caso de que *la parte actora tenga la condición de gran tenedora en los términos previstos por el apartado anterior, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulne-*

rabilidad económica conforme lo previsto igualmente en el apartado anterior, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito anterior podrá acreditarse mediante alguna de las siguientes formas:

1.º *La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente*, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º *El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación*, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

En el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los mismos términos del apartado anterior".

El Tribunal Constitucional, partiendo de las anteriores consideraciones, entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva no tiene carácter absoluto sino que puede ser restringido por la ley siempre que ello responda a un fin de interés general, constitucionalmente legítimo o se encamine a la protección de un bien constitucionalmente relevante, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad.

En su doctrina, el Tribunal Constitucional ha señalado que el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Por otro lado, que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional, de configuración legal que sujeta su ejercicio a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que el legislador establezca, por lo que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la determinación de las condiciones del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental. En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán válidos si, respetando su contenido esencial, están dirigidos a preservar otros derechos, por lo que el derecho reconocido en el artículo 24 CE podría verse conculcado por disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas o carecen de proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.

El análisis de las previsiones impugnadas permite inferir que lo que se pretende es dotar de mayor protección a las personas y hogares afectados en los pro-

cedimientos de recuperación de la posesión (art. 439. 6 y 7 LEC), cuando se está ante una situación de especial de vulnerabilidad de la parte demandada, con la finalidad de que las administraciones competentes puedan encontrar una solución habitacional para dichas personas (apartado III, párrafo 56.º Preámbulo de la Ley 12/2023). Por lo tanto, dichas previsiones persiguen un fin constitucionalmente legítimo.

Ahora bien, corresponde examinar si dichas disposiciones legales son proporcionadas.

En cuanto al requisito impuesto a la parte actora en el artículo 439.6.c) LEC no cumple las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva desde un canon de proporcionalidad, ya que la acreditación de la situación de vulnerabilidad se presenta como excesiva, por no resultar comprensible a la luz de una ponderación proporcionada con la finalidad pretendida —encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad económica— en la medida en que dicho objetivo puede alcanzarse por otras vías sin menoscabo del derecho de quien pretende accionar la justicia.

"Es más, la previsión del art. 439.6.c) LEC puede incluso considerarse innecesaria para conseguir la finalidad pretendida a la luz de lo dispuesto en el apartado cuatro de la disposición final quinta de la propia Ley 12/2023. La misma acomete una reforma del art. 441.5 LEC y prevé que por los poderes públicos se adopten las oportunas medidas para hacer frente a las eventuales situaciones de desprotección residencial que pudiesen tener lugar con ocasión de la vulnerabilidad económica en que pudieran encontrarse los ocupantes de las viviendas … una vez admitida la respectiva demanda y, por tanto, de forma compatible y respetuosa con el derecho de acceso al proceso de quien postula la recuperación de la posesión de la vivienda en cuestión.

A estos efectos, el referido art. 441.5 LEC prevé que en los aludidos casos del art. 250.1 LEC, siendo el inmueble vivienda habitual de la parte demandada, se informará a ésta en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las administraciones públicas competentes… a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, se prevé que el juzgado de forma inmediata y de oficio comunicará a dichas administraciones públicas la existencia del procedimiento a fin de que puedan verificar dicha situación de vulnerabilidad y, de existir ésta, 'presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada'".

Por lo tanto, "la no exigencia del requisito de admisibilidad de la demanda consistente en que la parte actora acredite la situación de vulnerabilidad económica del demandado no dará lugar a que quede desatendida la finalidad legítima perseguida por el legislador. *Anticipar su protección condicionando la admisión de la acción resulta, por ello, desproporcionado*".

El Tribunal Constitucional termina concluyendo que los requisitos de admisibilidad o de procedibilidad previstos en el artículo 439.6.c) LEC suponen trasladar a la parte actora una carga desmesurada ya que la circunstancia a acreditar es

susceptible de conocerse a través de medios igual o más asequibles, constituyendo una barrera desproporcionada para el ejercicio de la tutela judicial efectiva, resultando inconstitucionales y nulos tales requisitos.

El Tribunal Constitucional declara también inconstitucional y nulo lo dispuesto en el artículo 439.7 LEC porque lo previsto en este apartado se vincula por remisión a la constatación de la situación de vulnerabilidad económica de la parte demandada, de manera que este precepto carece ya de sentido lógico, arrastrando la nulidad del artículo 439.6.c) LEC al artículo 439.7 LEC[4].

III. LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LA LO 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

Antes de plantear una demanda por la que se ejercite la acción de resolución del contrato de arrendamiento por impago de la renta, será preciso con arreglo al artículo 3, 4 y 5 de la LO 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, someter la controversia a un medio adecuado de solución en vía no jurisdiccional, existiendo autonomía de la voluntad en cuanto al acuerdo a alcanzar total o parcial, siempre que no se contraríe la ley, la buena fe y el orden público (art. 1255 y 6.2 CC). En caso de alcanzarse un acuerdo parcial, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto de los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia (resolución del contrato, reclamación de rentas y cantidades debidas, indemnización de daños y lanzamiento del inquilino). Hay que tener presente a estos efectos que, según el Tribunal Supremo, STS 1070/2024 de 24 de julio de 2024, en el juicio verbal de desahucio por falta de pago al que se acumula la reclamación de rentas o cantidades debidas se puede invocar mediante demanda reconvencional la cláusula *rebus sic stantibus*, dado que con ello se pretende una modificación o extinción del contrato, así como alegar en la contestación a la demanda las excepciones por las que no se debe la cantidad reclamada, para permitir una defensa completa al demandado y concentrar en el juicio de desahucio toda la discusión.

Se considera cumplido este requisito con arreglo al artículo 5 LO 1/2025 (que lo exige en general como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda en el orden jurisdiccional civil[5]) si se acude previamente a la mediación (con arreglo a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles y legislación autonómica que resulte de aplicación), a la conciliación (ante notario, ante registrador, ante letrado de la Administración de Justicia, ante el juez de paz o bien ante persona conciliadora en la conciliación privada)[6] o a la opinión neutral de una persona experta independiente (art. 18 LO 1/2025), si se formula una oferta vinculante confidencial (art. 17 LO 1/2025) o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora reconocida en la LO 1/2025 o en otras leyes estatales o autonómicas, siempre que cumpla lo previsto en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo I, Título II LO 1/2025, o en una ley sectorial.

Singularmente, se considera cumplido este requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados bajo

sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo (art. 19 LO 1/2025).

Hay que tener presente que, iniciado el proceso concursal, si se ejercita demanda de resolución del contrato de arrendamiento ya no sería necesario como requisito de procedibilidad el inicio de una actividad negociadora previa, pues la cuestión está regulada por el TRLC y la materia concursal está excluida, en todo caso, de lo dispuesto en el Título II de la LO 1/2025[7].

A los efectos de acreditar que se ha intentado una actividad negociadora previa y cumplir el requisito de procedibilidad, dicha actividad negociadora o el intento de la misma deberá ser recogido documentalmente (art. 10.1 LO/2025).

En el documento que recoja el acuerdo se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad de sus abogados y de la tercera persona neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones de la LO 1/2025.

El acuerdo deberá firmarse por las partes y, en su caso, por sus representantes, y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene una tercera persona neutral ésta entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservarse otro ejemplar para su conservación.

Las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública, pero podrá otorgarse la misma unilateralmente por la parte solicitante, si la requerida no atendiere el requerimiento al efecto. Basta para ello requerir a la otra parte a través del notario que autorizará el instrumento público y dejar constancia de la falta de atención del requerimiento en dicha escritura.

El acuerdo alcanzado será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto. Para que tenga valor de título ejecutivo el acuerdo deberá elevarse a escritura pública, o ser homologado judicialmente en los términos del artículo 12.7 LO 1/2025 (caso de haberse alcanzado en el curso de un proceso judicial, pues en cualquier momento, el juez o el letrado de la administración de justicia pueden derivar a las partes a un MASC de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.4 LO 1/2025[8] o cuando así lo exija la ley)[9].

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESHAUCIO ARRRENDATICIO URBANO ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

En caso de que el arrendatario incumpla la obligación de tracto sucesivo de pago de la renta, derivada del contrato de arrendamiento suscrito, el arrendatario puede ejercitar la acción de resolución del contrato lo que se llevará a cabo a través del juicio verbal de desahucio regulado en la LEC.

En efecto, de acuerdo con el artículo 27 LAU 1994, en su redacción actual:

"1. El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil.

2. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas:

a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario"[10].

"Esta causa de resolución recogida en el artículo 27.2 letra a) se prevé en la LAU de 1994 respecto a los arrendamientos de vivienda, pero igualmente se ha previsto en relación con los arrendamientos para uso distinto del de vivienda en el art. 35, donde se establece que el arrendador podrá resolver ese tipo de contrato de arrendamiento de pleno derecho por, entre otras, la causa prevista en la letra a) del artículo 27 de la Ley"[11].

Por su parte, de acuerdo con el artículo 250.1.1.º LEC "se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1.º Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas *y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, …* pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario, financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca".

La demanda se interpondrá ante el juez de primera instancia del lugar en que radique la finca (art. 52.1.7.º en relación con el art. 45 LEC), con acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad que hemos explicado antes.

En este proceso cabe que una vez declarado el concurso, la administración concursal ejercite la enervación del desahucio o rehabilite el contrato con arreglo al artículo 168 TRLC[12].

Señala este precepto:

"1. La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento urbano hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento.

2. La notificación a la otra parte del ejercicio de la facultad de rehabilitación del contrato o de enervación de la acción de desahucio del contrato deberá realizarse por la administración concursal con previo o simultáneo pago con cargo a la masa de todas las rentas y conceptos pendientes, así como con el compromiso de satisfacer las posibles costas procesales causadas hasta ese momento.

3. El ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo podrá realizarse aunque el arrendatario ya hubiera enervado el desahucio en ocasión anterior"[13].

1. La enervación del desahucio por la Administración concursal.

Según la literalidad del artículo 168 TRLC, la legitimación activa para la enervación del desahucio corresponde exclusivamente a la Administración concursal[14].

Aunque el precepto no señala que se deba justificar la adopción de esta medida extraordinaria, cabe poner en relación "la *ratio* de esta norma, con la previsión para acordar el mantenimiento de los contratos recogida con carácter general en el artículo 164 TRLC"[15].

Por lo tanto, "para decidir el ejercicio de la facultad de enervar o rehabilitar, en todos los supuestos, es decir, tanto en los de suspensión como intervención de las facultades patrimoniales del concursado, la administración concursal deberá llevar a cabo un estudio económico previo que ponga de manifiesto lo positivo de

la enervación o de la rehabilitación en aras a la realización de la función solutoria del concurso"[16].

En el caso de tratarse de un arrendamiento de local de negocio, sujeto al Título III de la LAU, el interés del concurso radica en el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional, para lo que puede ser clave el mantenimiento de la posesión del local en que se ejerce dicha actividad, la cual permite engrosar la masa activa con los recursos generados en dicha actividad. Lo contrario podría suponer la extinción definitiva de esa actividad y que el deudor se viese abocado a la liquidación concursal[17].

Siempre, pues, que el bien resulte necesario para el mantenimiento de la actividad empresarial cabrá la rehabilitación del contrato de arrendamiento de local de negocio[18].

En el caso de tratarse de la vivienda habitual del concursado, mantener el contrato de arrendamiento permite dar cumplimiento al artículo 123 TRLC según el cual el concursado persona natural en estado de necesidad tiene derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso *con cargo a la masa activa*, para atender sus necesidades (incluida la de vivienda) y las de su cónyuge y descendientes bajo su potestad, *siempre que en la masa activa existan bienes para prestar alimentos*. Siempre, pues, que el arrendamiento no sea suntuario y exista un estado de necesidad del concursado, existirá este derecho a rehabilitar el contrato de arrendamiento de vivienda para garantizar la necesidad de vivienda del concursado y su familia, y siempre que, a su vez, existan bienes suficientes en la masa activa para atender las rentas y conceptos pendientes, así como el pago de las rentas y demás cantidades a que esté obligado el concursado en el futuro, pues ello, según ORELLANA CANO, se desprendería del artículo 158 TRLC[19].

Hay que tener en cuenta también el coste que para el concurso suponga el mantenimiento del contrato de arrendamiento, cuando la necesidad de habitación del concursado pudiese satisfacerse mediante un alquiler menos gravoso (oneroso). Esto último determinaría la imposibilidad de enervar o rehabilitar el contrato de arrendamiento y sería una circunstancia a tener en cuenta por la administración concursal a efectos de valorar el interés del concurso.

Por otro lado, si ya se hubiese abierto la liquidación, el artículo 413.1.2.º TRLC señala que es efecto de la declaración de concurso la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa "salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes bajo su potestad y ascendientes a su cargo".

El ejercicio de esta facultad procede aunque el arrendatario hubiera realizado una enervación anterior con arreglo al artículo 22 LEC. Además, en opinión de ORELLANA CANO, procedería también el ejercicio de esta facultad "incluso cuando el arrendador hubiera requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, treinta días de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación, que sería uno de los supuestos en los que conforme al artículo 22.4 LEC se impide la enervación de la acción"[20].

2. La rehabilitación del contrato ya resuelto con anterioridad a la declaración de concurso.

Cabe plantearse si, resuelto el contrato de arrendamiento con anterioridad a la declaración de concurso, el juez de primera instancia del lugar donde radique la finca sigue siendo competente para el lanzamiento del arrendatario, o sea, para la ejecución de la sentencia *posterior* a la declaración de concurso. El artículo 137 y 141 TRLC permitirían pensar junto con los artículos 142 y 143 TRLC, que no[21].

Sin embargo, la doctrina ha mantenido la competencia del juez de primera instancia para el lanzamiento. Así ha señalado que si bien no sería posible ejecutar por el juzgado de primera instancia la condena a abonar las rentas estipuladas en la sentencia, siendo la vía adecuada para cobrarlas la comunicación y reconocimiento del crédito en el informe de la administración concursal, la ejecución de la condena al desahucio del inmueble sí podría realizarla el Juzgado de Primera Instancia, pues el lanzamiento material "si bien es cierto que se trata de una actuación de contenido ejecutivo, no queda tan claro que se dirija contra el patrimonio de la concursada, pues en el patrimonio de la concursada únicamente figuraría el derecho al arrendamiento, el cual, por virtud del título ejecutivo, ya ha sido resuelto por el incumplimiento del arrendatario". Además los artículos 142 y 143 del TRLC se referirían a ejecuciones dinerarias, para evitar la quiebra del principio *par conditio creditorum* y asegurar la aplicación de la clasificación y graduación concursal de los créditos, *ratio legis* que no estaría presente en el caso de condenas de hacer y en general en las no dinerarias, que no privilegiarían injustamente a ningún acreedor[22].

Por lo tanto, es ante el juez de primera instancia, competente para el lanzamiento, que la Administración concursal puede ejercitar la facultad de rehabilitar el contrato antes de que se produzca el efectivo lanzamiento. Para ello deberá justificarse el interés del concurso en tal rehabilitación, verificar la notificación a la otra parte de que se ejercita la facultad de rehabilitación y proceder al previo o simultáneo pago con cargo a la masa de todas las rentas y conceptos pendientes, así como las costas procesales causadas hasta ese momento.

Este pago se hará ante el Juzgado de Primera Instancia, "conforme al trámite correspondiente a una enervación judicial", y no en el seno del concurso[23].

El legislador señala que deberán pagarse con cargo a la masa las cantidades dichas, "que no es exactamente lo mismo que el hecho de que la administración concursal califique el crédito como contra la masa, todo ello con la particularidad de que las fechas de vencimiento de las diferentes rentas impagadas son distintas, lo que en numerosos casos provocará la decisión de la administración concursal de *postergar* el pago de determinados créditos de vencimiento anterior [por razones de tesorería] en favor de la enervación/rehabilitación"[24].

3. Tramitación de la enervación o rehabilitación del contrato arrendaticio y efectos de una y otra.

Señala ORELLANA CANO que el artículo 168 TRLC, a diferencia del antiguo artículo 70 LC, "precisa que ha de efectuarse una notificación a la otra parte, esto

es, al arrendador, del ejercicio de la facultad de rehabilitación del contrato o de enervación de la acción de desahucio, como se prevé en los artículos 166 y 167 TRLC, sin embargo, a diferencia de éstos, no se reconoce un derecho de oposición del arrendador, estimando que al igual que los preceptos anteriores, la controversia, a falta de una regulación específica, habrá de sustanciarse, caso de plantearse, a través del incidente concursal (art. 532 TRLC), aun cuando en la doctrina se defiende la posible aplicación de los remedios que prevé el artículo 562 LEC"[25].

El problema es que el incidente concursal se tramita ante el juez del concurso, lo que exigiría suspender el procedimiento de desahucio o de lanzamiento por prejudicialidad civil hasta que se resolviera por el juez del concurso la demanda de oposición a la rehabilitación que tendría que plantear el arrendador.

En efecto, señala el artículo 43 LEC que "cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial" (resolución del juez del concurso sobre el derecho del concursado a rehabilitar el contrato de arrendamiento o enervar el desahucio arrendaticio).

La sentencia que dicte el juez del concurso, si desestima la oposición del arrendador a la enervación o a la rehabilitación del contrato, determinará que el contrato de arrendamiento perviva en sus términos, conservando el concursado el uso y disfrute de la vivienda o del local, debiendo el juez de primera instancia poner fin al proceso arrendaticio con arreglo al artículo 22 LEC o bien poner término a la ejecución en curso con arreglo al artículo 570 LEC.

Parece preferible esta opción a la alternativa de ejercitar la oposición a la enervación o rehabilitación en el proceso arrendaticio urbano (art. 22 LEC) o en la ejecución del lanzamiento (art. 562.1.3.º LEC), en la medida en que el juez del concurso puede apreciar mejor las circunstancias concurrentes.

En todo caso, como dice MADRAZO LEAL, el término final para el ejercicio de la enervación, es la sentencia estimatoria de la acción de desahucio. Esta misma sentencia es el presupuesto positivo para rehabilitar el contrato[26].

De acuerdo con el artículo 168.2 TRLC *"La notificación a la otra parte del ejercicio de la facultad de rehabilitación del contrato o de enervación de la acción de desahucio del contrato deberá realizarse por la administración concursal con previo o simultáneo pago con cargo a la masa de todas las rentas y conceptos pendientes, así como con el compromiso de satisfacer las posibles costas procesales causadas hasta ese momento".*

"Aunque el precepto no determina qué cantidades podrían quedar comprendidas dentro de esos << conceptos pendientes >>, realizando una interpretación sistemática cabe pensar que al aludir a los mismos el legislador está pensando: por un lado, *en << … cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario >>* a que se refiere expresamente el ya mencionado artículo 27.2 letra a) [LAU 1994] y también por remisión a este el artículo 35 de la LAU de 1994, como cantidades cuyo importe permite al arrendador ejercitar la acción de desahucio en los contratos de arrendamiento urbano"[27].

"Por consiguiente, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones de la LAU de 1994, a los efectos de ejercitar válidamente las facultades de enervar o rehabilitar en relación con los contratos de arrendamiento urbano que haya podido celebrar el concursado, el pago de los << conceptos pendientes >> deberá incluir: por una parte, todas aquellas cantidades cuyo pago hubiera asumido contractualmente; y, por otra, todas aquellas que también le pudiera corresponder pagar legalmente"[28].

Aunque el artículo 168 TRLC no mencione nada al respecto, en relación con las rentas futuras y demás cantidades debidas, su pago deberá realizarse con cargo a la masa[29] como se desprende del artículo 242.1.15.º TRLC, que clasifica como créditos contra la masa "los créditos que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta ley, correspondan por *las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado"*[30].

Finalmente, la notificación a la otra parte deberá realizarse, como indica el artículo 168.2 TRLC *"con el compromiso de satisfacer las posibles costas procesales causadas hasta ese momento"*[31].

En cuanto a la posibilidad de enervar o rehabilitar el contrato tras una enervación previa por parte del arrendatario antes de la declaración de concurso, se pronuncia el artículo 168.3 TRLC según el cual *"el ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo podrá realizarse aunque el arrendatario ya hubiera enervado el desahucio en ocasión anterior"*.

Como señala ZURUTUZA ARIGITA esta previsión "al suprimir las causas impeditivas de la enervación establecidas en el artículo 22.4 párr. 2.º de la LEC, comporta un régimen excepcional de enervación previsto para el procedimiento concursal"[32].

Por lo tanto, hay que entender que las limitaciones que indica el artículo 22.4 LEC a una enervación ulterior no son de aplicación en este régimen excepcional previsto para el procedimiento concursal por lo que si el arrendador hubiere requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, treinta días de antelación a la presentación de la demanda de desahucio y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación, ello no impedirá tampoco una enervación o rehabilitación del contrato ulterior por la Administración Concursal[33].

V. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO ARRENDATICIO URBANO DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

El juez del concurso es competente "para conocer de las demandas de resolución del contrato de arrendamiento interpuestas con posterioridad a la declaración del concurso, y fundadas en el incumplimiento del arrendatario, las cuales se tramitarán por el procedimiento del incidente concursal (arts. 52.1.ª y 162 TRLC)"[34].

Si la acción de desahucio arrendaticio urbano se ejercita después de la declaración de concurso, considera la doctrina que ello no significa "que no quepa enervar la acción, *pero en dicho supuesto resultará de aplicación el régimen general*

(art. 22.4 LEC), y no las especialidades del artículo 168 TRLC, de forma que el abono o la consignación deberá efectuarse antes de la celebración de la vista, sin que se admita la facultad excepcional de rehabilitar el contrato ya resuelto hasta el momento mismo del lanzamiento. Asimismo será de aplicación el límite contenido en el último párrafo del artículo 22.4 LEC y, por ello, no se permitirá, si el concursado arrendatario ya ha enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni si hubiera sido requerido de pago por el arrendador a través de cualquier medio fehaciente con, al menos, un mes de antelación a la presentación de la demanda, sin haber efectuado el pago al tiempo de dicha presentación"[35].

No obstante, parece que sería de aplicación (por ser precepto especial) el artículo 164 TRLC, según el cual ejercitada la acción de resolución de un contrato de tracto sucesivo con posterioridad a la declaración de concurso, por incumplimiento anterior o posterior a esta, el concursado en caso de intervención o la administración concursal en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, *"podrán oponerse a la resolución solicitando en interés del concurso que se mantenga en vigor el contrato incumplido. Si el incumplimiento fuera posterior a la declaración de concurso, al formular oposición deberá ofrecerse al demandante el pago con cargo a la masa, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de las cantidades adeudadas por las prestaciones realizadas".* El juez, oído el demandante, resolverá sobre el mantenimiento del contrato. Estimada la solicitud de oposición a la resolución del contrato, si el pago de las cantidades adeudadas no se realizase dentro de plazo, el mantenimiento del contrato quedará sin efecto. Si el demandante considerase que el mantenimiento del contrato le supone un perjuicio, podrá interponer recurso de apelación[36].

Ahora bien, "el ejercicio de acciones de desahucio por parte del arrendador después de la declaración de concurso podrá acontecer incluso en el supuesto de que la administración concursal ya hubiera enervado previamente el contrato de arrendamiento, si después de dicha enervación [o rehabilitación] no se procede al pago de las rentas futuras. En este supuesto, con independencia de que hubiera sido la administración concursal la que enervó la acción de desahucio inicial que antes del concurso ejercitó el arrendador, resultaría de aplicación la primera causa impeditiva de la enervación del art. 22.4 párr. 2.º de la LEC, pues el ejercicio de la nueva acción de desahucio por parte del arrendador sería posterior a la declaración de concurso y ya se habría producido una enervación [concursal] con anterioridad"[37], dado que "no sería justo en atención a la protección de los intereses del arrendador, obligar a este a soportar reiterados incumplimientos"[38].

Esta interpretación se apoya en lo previsto en el artículo 167.4 TRLC, que para la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado prevé que *"el posterior incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación"*[39].

VI. CONCLUSIONES

I. La STC, Pleno, de 29 de enero de 2025 ha declarado inconstitucionales los requisitos de procedibilidad establecidos por la Ley de vivienda para el ejercicio de la acción de desahucio arrendaticio urbano por impago de rentas.

II. La LO 1/2025 ha establecido un requisito de procedibilidad para todo el orden jurisdiccional civil (con excepciones entre las que no se encuentra el ejercicio de la acción de desahucio arrendaticio urbano) consistente en el recurso previo a los MASC o medios adecuados de solución de controversias.

III. En caso de ejercitarse la acción de desahucio arrendaticio urbano por impago de rentas con anterioridad a la fecha del auto de declaración de concurso, cabe que la administración concursal enerve dicha acción (antes de recaer la sentencia) o rehabilite el contrato de arrendamiento (después de recaída la sentencia y antes del lanzamiento), ya se trate de contrato de arrendamiento de vivienda o de local de negocio, y en ambos casos, en interés del concurso.

IV. También es posible ejercitar la acción de resolución del contrato de arrendamiento después de declarado el concurso por el trámite del incidente concursal y ante el juez del concurso pudiendo mantenerse por el juez el contrato en interés del concurso y como excepción a la facultad resolutoria.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Pleno, de 29 de enero de 2025
- STS 1070/2024, de 24 de julio de 2024
- STS 1065/2024, de 23 de julio de 2024
- STS 1590/2024, de 26 de noviembre de 2024
- SAP de las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, 678/2021, de 22 de noviembre de 2021
- SAP de las Islas Baleares, Sección 5.ª, 731/2023, de 2 de noviembre de 2023
- Sentencia 179/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 y de lo Mercantil de Toledo, de 9 de noviembre de 2020

VIII. BIBLIOGRAFÍA

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023). La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales. *Actualidad civil,* núm. 6, 1–9.

FUENTES-LOJO RIUS, A. Q&A sobre aplicabilidad de los MASC en los juicios de desahucio. *Diario la Ley*, núm. 10759, 8 de julio de 2025, 1–8.

GARCÍA-POMBO, A. (2022). Los créditos contra la masa (artículos 242–248). En P. Prendes Carril y N. Fachal Noguer (Dir.). *Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, (pp. 117 - 163)

MAGRO SERVET, V. (2023) (1). Remedio ante la Ley 12/2023, de 24 de mayo de vivienda: la constancia en el contrato de arrendamiento de la no vulnerabilidad del arrendatario. *Diario La Ley,* núm. 10308, 15 de junio de 2023, 1–9.

MAGRO SERVET, V. (2023) (2). Cláusulas preventivas en contratos de arrendamiento elevados a escritura pública tras la Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo. *Diario La Ley,* núm. 10312, 21 de junio de 2023, 1–9.

ORELLANA CANO, N. (2023). Comentario al artículo 168 TRLC. Rehabilitación de contratos de arrendamiento urbano. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal.* Vol. 1.º (2023). Las Rozas (Madrid): La Ley, (pp. 965–971).

PAÑEDA USUNÁRIZ, F. (2023). Actualizado por GONZÁLEZ CARRERO FOJÓN, P. Capítulo 6. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En P. Prendes Carril (Dir.) y Prendes Figueras, L. (Coord.). *Practicum concursal,* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2023, (pp. 1–45).

ZURUTUZA ARIGITA, I. (2016). *La rehabilitación de los contratos en el concurso.* Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.

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 250. LEC. Ámbito del juicio verbal. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1.º Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y *las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario,* o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, *pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca".*

[3] Artículo 3. *Definiciones*. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. "… k) Gran tenedor: a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa".

[4] *Vid*., en relación con los preceptos declarados inconstitucionales por vulneración del derecho al acceso al proceso en los juicios de desahucio arrendaticio, MAGRO SERVET, 15 de junio de 2023 y 21 de junio de 2023 y FUENTES-LOJO RIUS, 2023.

[5] *Vid.* Art. 5.1 LO 1/2025. En el artículo 5.2 LO 1/2025 se indica más concretamente que "se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del Libro II" de la LEC, salvo los que versen sobre determinadas materias recogidas en el precepto entre las que no se encuentran las demandas que pretendan recuperar la posesión del inmueble arrendado en caso de falta de pago de rentas por el inquilino.

[6] La conciliación ante notario se regirá por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; la conciliación ante el registrador de la propiedad se regirá por lo dispuesto en el título IV bis de la Ley Hipotecaria; la conciliación ante el letrado de la Administración de justicia se regirá por lo establecido en el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; la conciliación ante el juez de paz se regirá por lo establecido en el artículo 47 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y por el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; finalmente, la conciliación privada se rige por lo dispuesto en el artículo 15 y 16 de la LO 1/2025. *Vid*., artículo 14 LO 1/2025.

[7] Artículo 3 LO 1/2025. Ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias. "2. Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este título las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público". En relación con los pactos de mediación, convenios y procedimientos arbitrales, señala el artículo 140 TRLC: "1.— La declaración de concurso, por sí sola no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor. 2. Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título. 3. El juez del concurso, de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de la administración concursal, en caso de suspensión, podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendiera que

pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales. 4. En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales".

[8] Señala a estos efectos el artículo 19.5 LEC en redacción dada por la LO 1/2025: "En cualquier momento del procedimiento, el letrado o letrada de la Administración de Justicia o el juez, jueza o tribunal podrá plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere mediante resolución motivada, que podrá ser oral, que concurren circunstancias que posibilitan una solución del conflicto en dicho ámbito y, singularmente, en los casos en que no haya sido posible llevar a cabo la actividad negociadora previa. La derivación requerirá la conformidad de las partes, que podrán pedir conjuntamente la suspensión del procedimiento".

[9] *Vid.*, FUENTES-LOJO RIUS, A. Q&A, 2025.

[10] La STS 1065/2024, de 23 de julio de 2024, ante un supuesto de impago de una mensualidad de la renta de una vivienda arrendada señala lo siguiente: "La audiencia, en síntesis, descartó la existencia de caso fortuito (art. 1105 CC). Entendió que no se trataba de un simple atraso sino de un incumplimiento contractual. Explicó que el pago de la renta fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio no excluye la aplicabilidad de la resolución arrendaticia, aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador tenga que soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas (STS 755/08, 24 de julio). Cita en apoyo de su decisión las SSTS 193/2009, de 26 de marzo y 137/2014, de 18 de marzo. Razona que la resolución del contrato de arrendamiento urbano no se rige por lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, aplicable a la generalidad de las obligaciones sinalagmáticas, sino por las normas específicas que prevén una especial regulación en la normativa arrendaticia. El hecho de que la arrendadora sea una sociedad y no un particular tampoco puede tomarse en consideración, pues la ley no establece distinción alguna en este punto y lo contrario sería una discriminación injustificada. Admite que la actora podía haber actuado de otra manera, y podría haber avisado a la arrendataria del impago y reclamado el cumplimiento extrajudicialmente, lo que es obvio; ahora bien, ello no constituye un abuso de derecho y cita la STS 193/2009, al entender que el abuso estaría en el arrendatario". Ciertamente, es jurisprudencia de esta sala expuesta, por ejemplo, en la sentencia 729/2010, de 10 de noviembre, con cita de las sentencias 1219/2008, de 19 de febrero y 193/2009, de 26 de marzo, la que viene proclamando que el impago de la renta del arrendamiento de una vivienda fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad, sin que el arrendador venga obligado a que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas. Esta conclusión se encuentra justificada a través de sendos argumentos cuales son: A) que la primera causa específica de resolución mencionada en el artículo 114.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos [1964] se refiere a la falta de pago de la renta o de las cantidades que a esta se asimilan, y B) que por ser el contrato de arrendamiento urbano oneroso y conmutativo, es evidente que la primera obligación del arrendatario es la de pagar la renta; por otra parte, salvo cuando las partes hayan acordado que su abono se efectúe en un solo momento, este contrato es de tracto sucesivo y el impago de una sola mensualidad de renta puede motivar la resolución contractual. Esta doctrina se ratifica ulteriormente en las sentencias 137/2014, de 18 de marzo, 180/2014, de 27 de marzo y 291/2014, de 23 de mayo. … Ahora bien, la STS 673/2009, de 30 de octubre, invocada por la sentencia recurrida, señala que si bien es cierto que << la consideración de otros plazos diferentes por los tribunales, para distinguir el mero retraso del incumplimiento resolutorio, conduciría a la más absoluta inseguridad jurídica creando un indudable riesgo de arbitrariedad más que de arbitrio judicial >>, añade, << *sin perjuicio de que las circunstancias del caso concreto sí puedan y deban ser atendidas para valorar si efectivamente ha existido o no incumplimiento contractual* >>. Pues bien, en este caso, concurren las circunstancias siguientes, que lo convierten en excepcional, y como tal tributario de un tratamiento diferen-

ciado, cuales son: El impago se refiere a una sola mensualidad de renta que ya se abonó el 3 de agosto de 2020. La arrendataria venía satisfaciendo la renta pactada, desde el año 1983, en la que se inició la relación arrendaticia sin que durante tan dilatado periodo de tiempo, consten impagos anteriores, salvo la enervación de la acción que tuvo lugar en el procedimiento judicial 635/2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona. Era práctica seguida que la merced arrendaticia se abonase mediante una transferencia desde una cuenta de Bankia, a través de la cual cobraba su pensión la demandada, a otra cuenta de Caixabank, en la que se encontraba domiciliado el pago de la renta. Cuando se presentó el recibo al cobro correspondiente a la mensualidad de julio de 2020, se devuelve ya que, en la cuenta en la que se domicilio el pago, faltaba una pequeña cantidad de dinero que la sentencia del juzgado fija en menos de 10 euros. No se aceptó, pese a ello, el descubierto por la entidad financiera, ni tampoco se comunica a la arrendataria la devolución del recibo. El 16 de junio de 2020, la demandada sufrió una caída, que le produjo una fractura del radio y otra nasal, así como, por razón de su edad, 82 años, presenta un leve deterioro de memoria. A mitad de julio, su marido del que es cuidadora de hecho, y que convive con ella en la vivienda litigiosa, el cual padece, entre otros deterioros de la salud, una demencia por cuerpos de Lewy, sufrió otra caída que requirió su internamiento hospitalario con alta el 23 de julio. En esa situación de estrés, la demandada se olvidó ordenar la transferencia de los fondos para el abono de la renta. No fue, hasta el tres de agosto de 2020, cuando sus familiares se dieron cuenta de la situación e hicieron un ingreso inmediato de la renta impagada en la cuenta de Caixabank mediante transferencia de 1000 euros. Además, actualmente, se ha procedido a domiciliar el pago de la renta en la cuenta en la que la arrendataria cobra su pensión, en donde se viene abonando con normalidad. El impago no produjo ningún perjuicio al acreedor. La jurisprudencia de la sala no ha cerrado el paso a que, a los efectos de determinar el incumplimiento de la obligación de pago, no deban ser contempladas las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto litigioso. Y desde esta perspectiva, las anteriormente descritas, de naturaleza excepcional, determinan que no pueda apreciarse concurrente un incumplimiento resolutorio del contrato de arrendamiento. No cabe aplicar la doctrina de la sentencia 137/2014, pues si bien, en ambos casos, constaba la falta de pago de una mensualidad de renta, no concurrían las circunstancias antes descritas que convierten el presente caso en singular". Por todo ello, se estima el recurso de casación interpuesto. La reciente STS 1590/2024, de 26 de noviembre de 2024, también estima un recurso de casación contra sentencia que condena a la resolución del contrato de arrendamiento por impago de la arrendataria, por entender que la parte arrendadora infringió los deberes que le impone la buena fe de acuerdo con el artículo 1258 CC, ya que giró un recibo de renta junto con el consumo de agua que correspondía pagar a la arrendataria sin explicar a esta lo desproporcionado del consumo facturado cuando era la parte arrendadora la que tenía el vínculo contractual con la empresa suministradora del agua. Señala así el Tribunal Supremo: "Las relaciones contractuales con la empresa suministradora de aguas las mantenía directamente la arrendadora, y los recibos, que se liquidaban por tales consumos, los repercutía en la renta de la demandada. Ahora bien, por el elevado importe girado, en el recibo de renta de mayo de 2021 (562,13 euros de agua), que no coincidía con los habitualmente repercutidos (26, 87 euros en la renta de julio de 2021), comprensivo además de un periodo de facturación de tan solo 62 días (03/12/2020 a 03/02/2021), siendo su importe manifiestamente desproporcionado para el consumo de una vivienda como la litigiosa conforme elementales máximas de experiencia, una indeclinable exigencia derivada de los principios de la buena fe contractual (art. 1258 CC) exigía de la arrendadora el comportamiento *civiliter* de obtener de la entidad liquidadora de los consumos una cumplida explicación de tan elevada suma, más de veinte veces superior al recibo de consumo de agua de la precitada mensualidad de julio de 2021, para una vez obtenida, facilitarla a la arrendataria que difícilmente podría tener constancia de ella al no mantener vínculo contractual con la entidad suministradora de dicho servicio, y no imponerla sin paliativos a la arrendataria sin darle la merecida explicación expresamente requerida". En el ámbito de la LAU 1964, señala la SAP de las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, 678/2021, de 22 de noviembre

de 2021, que sólo tienen la consideración de cantidad asimilada a la renta, a los efectos de ser causa su impago de resolución del contrato, "aquellas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, debiéndose incluir en tal concepto necesariamente las reguladas en la Disposición Transitoria Segunda LAU 1994 apartado c), esto es: a) los costes de servicios o suministros (subapartado 10.5); b) la cuota del impuesto sobre Bienes Inmuebles (subapartado 10.1) y c) el importe de las obras de reparación necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido en los términos del art. 108 del TRLAU 1964 (subapartado 10.2), *siempre que concurran los presupuestos que se contienen a continuación en dicha Disposición Transitoria debiéndose destacar, … que ha de tratarse de obras de reparación solicitadas por el arrendatario o acordadas por resolución judicial o administrativa firme.* Asimismo debe incluirse cualquier otra cantidad que le corresponda al arrendatario por mandato legal como ocurre con la tasa de basura tal y como se razona en la STS de 30 de diciembre de 2015. …. El importe que se reclama en la demanda se corresponde con el coste de los trabajos realizados por el arrendador para reparar tanto la avería existente en las instalaciones de la vivienda arrendada como los daños ocasionados como consecuencia de dicha avería al local situado en el piso inferior por lo que no puede subsumirse en ninguno de los supuestos antes examinados: no es un servicio o suministro en beneficio del arrendatario, no es una cantidad que debe asumir éste por mandato legal como el IBI o la tasa de basuras y tampoco se trata de cantidades cuyo pago corresponde al arrendatario conforme al subapartado 10.2 de la Disposición Transitoria Segunda LAU 1994 apartado C) en relación con el art. 118 del mismo texto legal pues, aunque se llegara a reconocer que las obras ejecutadas son << obras de reparación necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido >> reguladas en dicho art. 118 LAU 1964, no concurre el primer presupuesto exigido en la norma para que el pago de dichas obras sean legalmente a cargo del arrendatario pues ni las obras de reparación fueron solicitadas por el arrendatario ni fueron acordadas por resolución judicial o administrativa firme. El hecho de que en la estipulación séptima se hubiera obligado el arrendatario a ejecutar todas las obras de conservación de la vivienda arrendada no convierte en "cantidad asimilada a la renta" el coste de dichas obras ni el de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de dicha obligación, por lo que, aunque se admitiera la validez de esta cláusula que implica renuncia de los derechos del arrendatario, en ningún caso procedería la resolución del contrato por impago de estas cantidades a través de un procedimiento de desahucio".

[11] ZURUTUZU ARIGITA, 2016, 169.

[12] El deudor en su solicitud de declaración de concurso debe indicar los juicios que estén en tramitación (art. 7.3.º y 135 TRLC). "La fecha de presentación de la demanda, siempre y cuando sea admitida posteriormente, determinará la fecha de ejercicio de la acción de desahucio, de modo que la fecha de la presentación de la demanda deberá ser anterior a la fecha del auto de declaración de concurso" (ZURUTUZU ARIGITA, 2016, 167).

[13] "El artículo 168 TRLC se dedica a la regulación de la resolución del contrato de arrendamiento urbano, distinguiendo según que la acción se encuentre en trámite, sin que se haya dictado resolución judicial, o bien, que ya haya sido dictada la resolución judicial pero aún no se ha practicado el lanzamiento efectivo. Este precepto, que no se ha visto modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, reproduce, aunque con cambios de redacción y, de forma más completa, el contenido de su concordante artículo 70 de la Ley 22/2003, que fue uno de los preceptos de la citada Ley, que, pese a sus numerosas reformas, conservó su redacción originaria. Su ubicación sistemática en el TRLC se encuentra en sede de efectos de la declaración de concurso (Título III), en el capítulo IV referido a efectos sobre los contratos, en su sección 3.ª, relativa al << derecho a rehabilitación de contratos >> junto con los artículos 166 y 167, que regulan, respectivamente, la rehabilitación de contratos de financiación y, la rehabilitación de los contratos de bienes con precio aplazado. Estas medidas del art. 168 TRLC responden a la misma finalidad que los otros dos supuestos de rehabilitación de contratos que contempla, esto es, la continuidad de la actividad empresarial o profesional, al impedir que, de prosperar y llevar a término el proceso de resolución del contrato de arren-

damiento, pueda producirse el lanzamiento de un bien necesario para dicha continuidad, debiendo perseguirse el interés del concurso" (ORELLANA CANO, 2023, 966–967). En el caso de inmuebles destinados a vivienda habitual del concursado y su familia la enervación del desahucio o la rehabilitación del contrato "tienen por objeto facilitar la prestación del derecho de alimentos —en concreto, << la habitación (art. 142 CC)— que ostenta el concursado persona natural frente a la masa (art. 47.1 LC)" (ORELLANA CANO, con cita de MARTÍNEZ ROSADO, 2023, 969, nota 69).

[14] Como señala ZURUTUZA ARIGITA "a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de rehabilitación de los arts. 68 y 69, en este supuesto no se hace alusión alguna a la posibilidad de que la enervación o la rehabilitación sean instadas por el deudor concursado. … Es más, se podría interpretar que la opinión del concursado va a quedar siempre totalmente al margen de la decisión relativa al ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 70, sea cual sea el régimen al que se encuentre sometido, de suspensión o intervención. Sin embargo, el ejercicio de las dos facultades recogidas en el artículo 70 es una cuestión que afecta al patrimonio del arrendatario concursado de forma muy relevante, pues privarle de su derecho a estar arrendado puede acarrearle un gran perjuicio económico, implicando la definitiva imposibilidad de seguir desarrollando su actividad productiva. Por ello es razonable considerar que en los supuestos de mera intervención la administración concursal deberá tener en cuenta la opinión del concursado. En esta línea también cabría entender que en los supuestos de intervención el propio concursado podría impulsar el ejercicio de las dos facultades que contempla el precepto, en el sentido de que si lo estimara conveniente podría solicitar a la administración concursal que las ejercite". No obstante, "si el deudor intervenido no estuviera de acuerdo con la enervación o rehabilitación planteada por la administración concursal, esta podría llevarla a cabo igualmente en atención al interés del concurso. Del mismo modo, por ser la administración concursal la única competente para el ejercicio de las dos facultades, no quedaría la administración concursal obligada a ejercitar la enervación o la rehabilitación en base a la solicitud que le pudiera realizar el concursado" (ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 157–160). En este sentido, señala la SAP de las Islas Baleares, 731/2023, de 2 de noviembre de 2023: "La administración concursal en ejercicio de sus funciones y en interés del concurso puede y debe adoptar numerosas decisiones y, desde luego, algunas conducentes a asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. Entre ellas, a los efectos de conservar la posesión del establecimiento o local en que la concursada ejercita su actividad, podría encontrarse la decisión de enervar la acción de desahucio o rehabilitar un contrato ya resuelto judicialmente, pero sin que aún se hubiera verificado el lanzamiento. Tales medidas deben estar prudentemente adoptadas. Conllevan una tensión en el concurso de cara al resto de acreedores al alterarse las reglas de clasificación y prelación de créditos. El crédito del arrendador por las rentas vencidas e impagadas sea cual fuera su clasificación en el concurso adquieren en virtud del artículo 242.1.15.º del TRLC la condición de créditos contra la masa. Y, por tanto, al considerarse de forma sobrevenida extra concursales, prededucibles y pagaderos con preferencia (artículo 249 del TRLC). Por este motivo, la legislación concursal no legitima al concursado la adopción de la decisión. El artículo 168.1 del TRLC solo confiere legitimación a la administración concursal".

[15] PAÑEDO USUNARIZ, actualizado por CARRERÓ FOJÓN, 2023, Capítulo, 6, 41. En efecto, señala el artículo 164 TRLC: "1. *Ejercitada la acción de resolución de un contrato de tracto sucesivo por incumplimiento anterior a la declaración de concurso* o de cualquier contrato, sea o no de tracto sucesivo, por incumplimiento posterior a esa declaración, *el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, podrán oponerse a la resolución solicitando en interés del concurso que se mantenga en vigor el contrato incumplido.* Si el incumplimiento fuera posterior a la declaración de concurso, al formular oposición deberá ofrecerse al demandante el pago con cargo a la masa, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de las cantidades adeudadas por las prestaciones realizadas. 2. *El juez, oído el demandante, resolverá sobre el mantenimiento del contrato según proceda.* 3. En caso de estimación de la oposición a la resolución solicitada, si el pago de las

cantidades adeudadas no se realizase dentro de plazo, el mantenimiento del contrato quedará sin efecto. 4. Contra la sentencia que acuerde el mantenimiento del contrato la parte que se considere perjudicada podrá interponer recurso de apelación". "Para decidir el ejercicio de la facultad de enervar o rehabilitar, en todos los supuestos, es decir, tanto en los de suspensión como intervención de las facultades patrimoniales del concursado, la administración concursal deberá llevar a cabo un estudio económico previo que ponga de manifiesto lo positivo de la enervación o de la rehabilitación en aras a la realización de la función solutoria del concurso" (ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 161).

[16] ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 161.

[17] ORELLANA CANO, con cita de GONZÁLEZ GARCÍA, 2023, 966–967 y nota 62.

[18] ORELLANA CANO, 2023, 969.

[19] Artículo 158 TRLC: "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*".

[20] ORELLANA CANO, 2023, 970. Artículo 22 LEC. Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio. "… 4. Los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el letrado de la Administración de Justicia si, requerido aquél en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 438, paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente, dentro del plazo conferido en el requerimiento, el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista prevenida en el artículo 443 de esta Ley, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio. *Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, excepto que el cobro no hubiera tenido lugar por causas imputables al arrendador, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, treinta días de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación*".

[21] Artículo 137 TRLC. Continuación de juicios declarativos en tramitación. "Los juicios declarativos que se encuentren en tramitación a la fecha de la declaración de concurso en los que el concursado sea parte, continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviese conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia, salvo aquellos que, por disposición de esta ley, se acumulen al concurso o aquellos cuya tramitación quede suspendida". Artículo 141 TRLC. "Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de este, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".

[22] PAÑEDA USUNARIZ, actualizado por CARRERÓ FOJÓN, 2023, 6, 40–41. En este sentido el artículo 52.1.2.ª TRLC señala que *"las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa* sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, *cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que las hubiera ordenado*, sin más excepciones que las previstas en la legislación concursal", caen bajo la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso.

[23] PAÑEDA USUNARIZ, actualizado por CARRERO FOJÓN, 2023, 6, 42.

[24] PAÑEDA USUNARIZ, actualizado por CARRERO FOJÓN, 2023, 6, 42.

[25] ORELLANA CANO, 2023, 970–971. Según ZURUTUZA ARIGITA "si el arrendador considera que no concurre alguno de los presupuestos o requisitos… ya estudiados para el ejercicio de cualquiera de las dos facultades, podrá oponerse a la enervación o rehabilitación pretendida por la administración concursal. En tales casos, notificada por el arrendador su

oposición a la administración concursal, se planteará el incidente concursal ante el juez del concurso (art. 192.1 parr. 1.º de la LC)" (ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 180–181).

[26] Citado por ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 171, nota 31.

[27] ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 172.

[28] ZURUTUZA ARIGITA 2016, 173. "Como ejemplo de cantidades que el arrendatario ha podido asumir contractualmente en virtud de pacto con el arrendador en relación con los arrendamientos de vivienda cabría mencionar: <<… *los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios…* >> (art. 20.1 párr. 1.º de la LAU de 1994). Como ejemplos de cantidades que le puede corresponder pagar al arrendatario por disposición legal igualmente en relación con el arrendamiento de vivienda cabe señalar: << los gastos por servicios con que cuente la finca arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores (art. 20.3 de la Ley); los gastos derivados de las obligaciones que haya venido obligado a soportar << cuando el deterioro de cuya reparación se trate…>> le << sea imputable…>> conforme a los arts. 1563 y 1564 del CC (art. 21.1 de la Ley); o los gastos aparejados a << las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda >> (art. 21.4 de la Ley). Como ejemplo de cantidades que le puede corresponder pagar legalmente al arrendatario en relación con los arrendamientos para uso distinto del de vivienda también puede aludirse a las contempladas en estos arts. 21.1 y 21.4 de la Ley, en base a la remisión que en el art. 30 de la Ley se realiza al art. 21 en cuanto a lo establecido para conservación de la finca arrendada para uso distinto del de vivienda. También destaca como ejemplo de cantidad que legalmente le corresponde al arrendatario en cualquier supuesto de arrendamiento urbano, la derivada de la obligación de prestar fianza en metálico que exige el artículo 36 de la Ley" (ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 173, nota 34).

[29] "El interés del concurso, una adecuada y eficiente gestión de la insolvencia, son el fundamento de la rehabilitación de los contratos, presupuesto que habilitará el reconocimiento de un crédito contra la masa" (GARCÍA POMBO, 2022, 160).

[30] *Cfr.:* ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 174.

[31] En relación con las costas procesales, hay que tener en cuenta lo que se indica en el Preámbulo de la L.O. 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (IV): "Se producen también las modificaciones necesarias en la Ley 1/2000, de 7 de enero, … para que en la imposición y tasación de costas del pleito los tribunales puedan valorar la colaboración de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y el posible abuso del servicio público de Justicia, regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas tras su imposición y una vez que el deber de confidencialidad ha cumplido toda la etapa necesaria hasta la firmeza de la sentencia y se puede ya acreditar la formulación de una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud de todo punto incompatible con su sostenibilidad. El abuso del servicio público de justicia se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias cuando este fuera preceptivo. … Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia… o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación…". Artículo 245.5 LEC en la nueva redacción dada por la L.O. 1/2025: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores y en el mismo plazo, la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de

los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Las mismas consecuencias tendrá el rechazo injustificado de la propuesta que hubiese formulado el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso sea sustancialmente coincidente con la citada propuesta". *Vid.*, 245 bis LEC sobre tramitación y decisión de la solicitud de exoneración o reducción.

[32] ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 179.

[33] ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 177–179.

[34] PAÑEDA USUNARIZ, actualizado por CARRERO FOJÓN, 2023, 6, 41. Artículo 52. Carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción. "1. La jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos civiles sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores".

[35] ORELLANA CANO, 2023, 969–970.

[36] En este sentido, la sentencia 179/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 y de lo Mercantil de Toledo, de 9 de noviembre de 2020, ante una demanda incidental de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas del arrendamiento de un local dedicado a restaurante por la arrendataria concursada señala, con citación de los artículos 163 y 164 TRLC: "La parte actora fundamenta la falta de interés del concurso en que se mantenga el contrato en que el mismo no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial ya que como se acredita con el acta notarial aportada con la documental a la demanda como prueba así como la testifical practicada en el acto de la vista … el negocio lleva ya tiempo cerrado y sin actividad. La parte demandada, tras precisar que continuó … con una actividad aunque muy reducida incluso un tiempo después de la declaración del concurso, pone de relieve que en cualquier caso, habiéndose abierto ya la fase de liquidación en el procedimiento concursal desde febrero de 2020, resulta necesario que se mantenga el arrendamiento, ya que de lo contrario se frustraría la adecuada realización del bien siendo el activo más importante, teniendo además en cuenta que tendría que llevarse a cabo la retirada de las instalaciones, al ser arrendamiento únicamente del suelo conforme a contrato, y existiendo interés del concurso en la continuidad de la actividad mediante la adjudicación al comprador al que se traspase el derecho de arrendamiento, habida cuenta que habría contactado ya varias empresas con interés en la adjudicación a tal fin, y poniendo de manifiesto que se han satisfecho todos los importes devengados con posterioridad a la declaración de concurso. Se considera que como indica la Administración Concursal el mantenimiento del contrato resulta necesario para conseguir la transmisión del activo con mejor resultado en beneficio del concurso. Si bien se ha practicado prueba relativa a que la concursada ya no estaría llevando a cabo en el inmueble actividad alguna, cabe tener en cuenta que ello no se niega que sea la situación actual visto que como señala el Administrador Concursal que desde febrero de este año se encuentra el procedimiento concursal en fase de liquidación. Para alcanzar dicha conclusión de considerar que el mantenimiento de la relación obedece al interés del concurso, no obstante la actual falta de actividad, se tiene en cuenta que la Administración Concursal comunica haber tenido ya concretos contactos con posibles interesados en la adjudicación con el fin de que éstos mediante el traspaso continúen en la actividad empresarial en su día desarrollada, siendo por lo que expone previsible que en un plazo razonablemente breve pueda tener lugar la realización en dichos términos, que como se expone podrá redundar en beneficio de los acreedores. Por otra parte, ha de valorarse positivamente que con fecha de la vista se han abonado todos los importes devengados por dicho contrato con posterioridad a la declaración de concurso. Todo ello sin perjuicio de que el Administrador Concursal informe oportunamente a este juzgado de las gestiones de liquidación y/o modificación de las circunstancias y de que en su caso inste lo oportuno en función del resultado de las mismas en interés del concurso. Tal como solicita la parte actora subsidiariamente para el caso de

estimarse en interés del concurso el mantenimiento del contrato, la jurisprudencia viene interpretando lo dispuesto en el artículo 62.3 (actual art. 164 TRLC) en el sentido de considerar que las prestaciones debidas en tales supuestos sean con cargo a la masa. La STS de 21 de marzo de 2012 indicaba al respecto que << en la referida sentencia 145/2012, de 12 de febrero, también hemos abordado la interpretación de lo que dispone el artículo 62.3 LC —<< aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado >>— que, en lo menester, seguidamente reproduciremos. La doctrina y las decisiones de los tribunales de instancia se muestran divididas sobre el significado que darse a la expresión << prestaciones debidas >> ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que << deba realizar el concursado >> y, en consecuencia, a las generadas después de declarado en concurso, otro entiende que el precepto debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores. La interpretación literal de la norma, primero de los criterios aplicables a tenor del artículo 3.1 del Código Civil, apunta claramente a que, en el caso previsto, todas las prestaciones debidas por el concursado sean a cargo de la masa, lo que confirma un análisis sistemático de la misma, en relación con el apartado 4 para los supuestos en los que se acuerda la resolución —en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa— a lo que hay que añadir que, en otro caso, la previsión devendría absolutamente superflua teniendo en cuenta que el artículo 84.2 LC establece que << tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (…) 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (…) >>. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien —como precisa la Audiencia— no es lo mismo << rehabilitar >> contratos resueltos que << impedir >> la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa —en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución— responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las << garantías >> a las que se refiere la Exposición de Motivos" para la contraparte. En el supuesto de hecho resuelto por la SAP de las Islas Baleares, Sección 5.ª, 731/2023, de 2 de noviembre de 2023, relativo también a una pretensión de resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por incumplimiento anterior a la declaración de concurso pero en el que la solicitud de resolución se plantea después de dicha declaración en base al artículo 160 TRLC, la sentencia de la AP afirma lo siguiente: "La finalidad esencial del concurso relativa a la salvación de la empresa justifica que ante el conflicto de intereses que se plantea con la insolvencia del deudor, se prime el interés del concurso y se establezcan excepciones a las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos del Derecho común. Para conseguir esta finalidad esencial de salvar las empresas en tutela del interés colectivo de los acreedores y de la propia de la economía en mantener el tejido productivo, la legislación concursal parte de la regla de que << *la declaración de concurso no interrumpirla la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor* >> (art. 111.1 TRLC). Y para que la regla tenga una concreción efectiva, en sede de efectos de la declaración de concurso sobre los contratos (Capítulo IV del Título III del Libro I del RDL 1/2020, de 5 de mayo) se establece el principio general de que << *la declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato* >> teniéndose por no puestas las cláusulas que prevean ante un escenario concursal la posibilidad de novar o resolver o extinguir los contratos. A su vez, la legislación concursal en sede

de efectos sobre los contratos de la declaración de concurso contempla los efectos específicos para los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y ambas partes. En concreto, con relación al ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 del Código Civil se contemplan excepciones. Excepciones por las cuales, aunque a pesar del incumplimiento contractual de la concursada pueda declararse el mantenimiento del contrato, la enervación de la acción de desahucio o la rehabilitación de un contrato, el sacrificio de la facultad resolutoria impuesto a la contraparte se compensa a través de un régimen beneficioso en el reconocimiento y consideración de sus créditos como créditos contra la masa. Y por tanto, prededucibles y con preferencia en el pago". La sentencia de instancia apreció la entidad resolutoria del incumplimiento de la concursada. En la contestación de la demanda dirigida contra la concursada se planteó "la procedencia de mantener el contrato en interés del concurso. La sala no aprecia el interés del concurso ni, a su vez, el cumplimiento de los requisitos para excepcionar la posibilidad de resolver el contrato…". Si bien en casos de contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento de finca urbana, el mantenimiento del contrato puede acordarse tanto en supuestos de incumplimiento anterior como posterior y la concursada en caso de intervención de sus facultades de administración y disposición cuenta con legitimación para invocar la procedencia de mantener el contrato en interés del concurso, "la posibilidad de que así se declare con el pago con cargo a la masa o el ofrecimiento de pago con cargo a la misma de las prestaciones debidas << *dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia* >> sólo procede en los supuestos de incumplimiento posterior a la declaración de concurso. Como así lo establece literalmente el artículo 164.1 del TRLC. Cuando el incumplimiento con entidad resolutoria es anterior a la declaración del concurso [como es el caso], al igual que sucede con la rehabilitación del contrato una vez resuelto judicialmente pero pendiente de verificarse el lanzamiento, la excepción de la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, exige que la totalidad de las prestaciones debidas se satisfagan con cargo a la masa, aunque ello conlleve un sacrificio a la *par conditio creditorum* en atención al interés del concurso. Por consiguiente, al margen que concordamos con la juez *a quo* que desde el momento que no consta que la actividad empresarial genere suficientes ingresos para considerarse viable, al no existir posibilidad de atender todas las prestaciones debidas a favor del arrendatario con cargo a la masa procede descartar la posibilidad de mantener el contrato en interés del concurso".

[37] ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 180.

[38] ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 181.

[39] *Cfr.*, ZURUTUZA ARIGITA (con cita de MARCO ARCALÁ), 2016, 181, nota 47.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

Asistencia financiera, contrato prohibido e irrelevancia causal. *Exceptio doli* y *iura novit curia*

Financial assistance, prohibited contract and causal irrelevance. Exceptio doli and iura novit curia

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2025 nos vuelve a ofrecer un supuesto de asistencia financiera prohibida, pero no declara la nulidad de la garantía por el desconocimiento del destino de los fondos prestados para la adquisición de acciones mediante asistencia financiera nula por parte de la entidad prestamista, lo cual implica una nueva confusión entre la categoría del contrato nulo prohibido y el contrato nulo por ilícito causal.

ABSTRACT The recent ruling of the Supreme Court of February 6, 2025, once again offers us a case of prohibited financial assistance, but does not declare the guarantee void due to the lender's ignorance of the destination of the funds lent for the acquisition of shares through void financial assistance, which implies a new confusion between the category of prohibited void contract and the void contract due to illicit consideration

PALABRAS CLAVE: Asistencia financiera, contrato prohibido, ilicitud causal. Exceptio doli. Iura novit curia.

KEYWORDS: Financial assistance, prohibited contract, illicit consideration. Exceptio doli. Iura novit curia

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.13

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. ASISTENCIA FINANCIERA. NEGOCIO PROHIBIDO.—III. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL NEGOCIO PROHIBIDO Y *EXCEPTIO DOLI ¿IURA NOVIT CURIA?*— IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:547) resuelve un recurso de casación contra la desestimación en instancia y apelación de la nulidad de una garantía por venir constituida en prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones de una sociedad anónima.

En el apartado 2. del FJ. 3.º de la sentencia de casación se describe la operación analizada de la siguiente forma:

"La operación sobre la que versa este litigio presenta unas características muy especiales. La primera de ellas, que el préstamo garantizado con la hipoteca sobre una finca de Hotel El Hórreo no fue concedido a los compradores de las acciones de Hotel El Hórreo para financiar tal adquisición. Según consta en la propia escritura y así lo afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, fue concedido a Eurohouse para comprar la finca propiedad de Hotel El Hórreo sobre la que se constituía la hipoteca. Puede entenderse, por tanto, que la operación se articuló para la financiación de una compraventa de empresa mediante la compraventa de sus activos, que fueron hipotecados en garantía de devolución del préstamo, lo cual no resulta prohibido pues el dinero obtenido con la venta de los inmuebles pasaría a integrar el patrimonio de la sociedad vendedora y no se produciría el vaciamiento patrimonial de esta sociedad. Pero el prestatario, Eurohouse, no usó el dinero obtenido con el préstamo para la finalidad para la que fue concedido, sino que entregó a sus socios el dinero obtenido con dicho préstamo para que pagaran a los socios de Hotel El Hórreo el precio de la totalidad de las acciones de Hotel El Hórreo, que era la sociedad propietaria de los bienes hipotecados, lo que constituía una asistencia financiera prohibida por el art. 81.1 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es también significativo que quien intervino en representación del hipotecante no deudor (Hotel El Hórreo) y del deudor no hipotecante (Eurohouse) fuera la misma persona, que era socio y consejero delegado de Eurohousey el día anterior había sido nombrado consejero delegado de Hotel El Hórreo".

El Tribunal Supremo correctamente, entiende que nos encontramos ante un contrato prohibido nulo, cuando en el apartado 3 del mismo FJ.3.º razona lo siguiente:

"3.-La sanción de nulidad del negocio en que consista la asistencia financiera no está prevista expresamente en el art. 81.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 150.1 LSC), sino que se infiere de lo previsto en el art. 6.3 del Código Civil, al tratarse de la infracción de una norma prohibitiva"

Hasta aquí podríamos decir que no hay nada nuevo, sin embargo, lo relevante a tratar es lo que a continuación afirma el Tribunal Supremo:

"Pero tal sanción no es apropiada para el caso de un contrato de hipoteca otorgado en favor de la entidad financiera prestamista que, de acuerdo con lo sentado en

la instancia, no conoció la finalidad ilícita del contrato, pues el préstamo garantizado con la hipoteca se concedió para la compra del inmueble hipotecado".

Ante lo anterior, nos preguntamos si de nuevo el Tribunal Supremo vuelve a confundir el negocio prohibido y el negocio con causa ilícita, no quedándonos más remedio que contestar afirmativamente a lo anterior.

Y la segunda cuestión jurídica digna de atención en esta sentencia del Tribunal Supremo es la expresada de la siguiente forma:

"Por otra parte, quien insta la nulidad no está entre los sujetos protegidos por la norma (que serían los acreedores sociales o los socios ajenos al órgano de administración y representación de la sociedad); y no puede instrumentalizar dicha prohibición para beneficiar a quienes actuaron con conocimiento de la actuación ilícita (los actuales socios de Hotel El Hórreo, que utilizaron el dinero del préstamo concedido a Eurohouse y garantizado con la hipoteca constituida por Hotel El Hórreo sobre su inmueble para comprar el 100% de las acciones de esta sociedad y pretenden que se alce la hipoteca sin haber devuelto el dinero empleado para comprar las acciones) y perjudicar a un sujeto ajeno a la intención ilícita de la operación, anulando la hipoteca constituida en garantía de su préstamo, pues de acuerdo con lo sentado en la instancia la entidad financiera desconocía que la financiación garantizada con la hipoteca constituida por Hotel El Hórreo iba a utilizarse finalmente para comprar, no los inmuebles de la sociedad garante, sino el 100% de las acciones de la sociedad garante. Teniendo en cuenta estas circunstancias, la pretensión formulada en la demanda es abusiva porque la base social de la persona jurídica que insta la nulidad está constituida, en su totalidad, por quienes percibieron el dinero del prestatario que obtuvo el préstamo garantizado con la hipoteca constitutiva de asistencia financiera, o sus causahabientes. De estimarse la pretensión de nulidad de la hipoteca formulada por Hotel El Hórreo, sus socios habrían obtenido el dinero con el que pagaron el precio de la totalidad de las acciones, sin que del contrato de financiación resulte su obligación de devolver el préstamo pues no son los prestatarios, y ahora conseguirían que el inmueble que integra el patrimonio social de la sociedad cuyas acciones han adquirido quede liberado de la hipoteca que garantiza el préstamo."

Es decir, es cierto que el importe de los préstamos no se destinó a la compra de las fincas hipotecadas, sino al pago del precio de las acciones vendidas por los socios de Hotel El Hórreo a los socios de Eurohouse, mediante la entrega a los socios de Hotel El Hórreo de cheques bancarios emitidos con cargo al importe de los préstamos hipotecarios concedidos por Caja de Ahorros de Galicia a Eurohouse garantizados por hipoteca constituida sobre activo inmobiliario de Hotel El Hórreo. De esta forma, los socios de Eurohouse compraron a los socios de Hotel el Hórreo la totalidad de las acciones de esta sociedad, instándose la demanda de nulidad por asistencia financiera prohibida por el propio hipotecante no deudor, a saber, Hotel El Hórreo.

Cabe destacar que no se ejercitaron en el proceso acción alguna sobre vicio del consentimiento ni de infracción del deber de lealtad del administrador compareciente, sino que el objeto del mismo se ciñó a la nulidad de la garantía hipotecaria por infracción de asistencia financiera, declarándose los demandados en rebeldía procesal.

Ante ello, ¿no tendría legitimación activa la sociedad hipotecante no deudora para instar dicha nulidad de la hipoteca por infracción de la prohibición de asistencia financiera?.

Esta es otra cuestión relevante en la decisión de esta casación.

II. ASISTENCIA FINANCIERA. NEGOCIO PROHIBIDO

En su momento, ya expusimos que en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 (RJ 2012/1012), se trata el problema consistente en la determinación de la infracción de un negocio de asistencia financiera, concluyendo que la misma ha de ser la nulidad de las garantías prestadas por la sociedad en vulneración de dicha prohibición legal. [1]

Pues bien, la referida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 considera que la asistencia financiera prestada por la sociedad, o sea, las prendas sobre activos de la propia sociedad otorgadas en garantía para que terceros adquirieran acciones de la propia sociedad pignorante, deben considerarse nulas al tratarse de un contrato prohibido y serles de aplicación por tanto lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, argumentando al efecto lo siguiente:

"2.1. La nulidad de los actos de asistencia financiera.

55. El artículo 6.3. del Código Civil dispone que «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*", lo que da pie a sostener que la sanción administrativa prevista en el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece para los actos infractores de la norma imperativa un efecto distinto a la nulidad.*

56. Ahora bien, los actos que superan los límites que a la libertad autonormativa señala el art 1255 CC —[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"—, a tenor de lo que dispone el artículo 6.3 del Código Civil como regla deben calificarse de nulos de pleno derecho, sin que la sanción administrativa a los administradores de las infractoras suponga excepción alguna al régimen previsto en el *artículo 6.3* del Código Civil —en este sentido, *sentencia 79/2012, de 1 de marzo (RJ 2012, 5295)*, bien que referida a un supuesto de adquisición por la sociedad limitada de sus propias participaciones—."

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012 (RJ 2013/201), el mismo ponente de la sentencia anterior (Excmo. Sr. Gimeno-Bayón), parece razonar de forma diferente en cuanto a la consecuencia del negocio efectuado en prohibición de la asistencia financiera establecida en nuestra legislación de sociedades. Aunque en realidad el Tribunal Supremo lo que viene a establecer en esta sentencia de 9 de diciembre de 2012 es que quien participa en el negocio de asistencia financiera carece de legitimación activa para la impugnación del mismo, afirmando que las consecuencias de la infracción de una norma imperativa son ajenas al ámbito del recurso extraordinario de infracción procesal; pero en el tema que nos atañe, deja entrever la posibilidad de que las garantías otorgadas por la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones (asistencia financiera) no sea nula, ya que en realidad la nulidad sólo se ha de predicar

a la adquisición de las participaciones en vulneración de la normativa reguladora de la autocartera, cuando razona lo siguiente:

"Lo expuesto es determinante de que desestimemos el motivo ya que: la sentencia desestima la demanda por razones de fondo, al entender que la concreta posición de la demandante no le permite impugnar en perjuicio de terceros la validez de unos actos en los que la propia parte intervino. La motivación de la sentencia permite identificar de forma clara cuál es la razón por la que confirma la sentencia recurrida. La determinación de las consecuencias de la infracción de una concreta norma imperativa excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal. El artículo 40.ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995, 953) no se refiere a los efectos de la prestación de garantías por la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones con vulneración de lo dispuesto en *el artículo 40.5 de la propia norma, sino a la adquisición de las mismas con infracción de lo dispuesto en el artículo 40 pero en su apartado 1. La referencia a los obstáculos que a la estimación de oficio pudiera ofrecer la Ley Concursal (RCL 2003, 1748)* —la sentencia se refiere a la caducidad de las acciones de reintegración y no cuestiona la legitimación de la demandante por vía del artículo 712 de la Ley Concursal— no es la «ratio *decidendi" de la sentencia recurrida, sino un obiter dicta (dicho de paso) como lo evidencia la fórmula utilizada "Además, en este concreto supuesto...", sin que sean admisible recursos contra razonamientos que no son determinantes del fallo (sentencias 30 de octubre de 2002, 454/2007 de 3 de mayo (RJ 2007, 4331), 230/2008, de 24 de marzo (RJ 2008, 4056)*, *374/2009 de 5 de junio (RJ 2009, 3382)*, y *258/2010, de 28 de abril (RJ 2010, 3552)*)."

La prohibición de la asistencia financiera tradicionalmente ha estado fundamentada en el control de la actividad de los administradores para evitar que terceros afines a su gestión puedan hacerse con el control de la sociedad, impedir que la sociedad que realiza la prestación de asistencia financiera pueda incurrir en insolvencia ya que asegura con sus propios activos la devolución de un crédito solicitado por un tercero para la adquisición de sus propias acciones,[2] y por último, esta prohibición de asistencia financiera ha tenido como fin evitar especulaciones con valores cotizados estimulando la adquisición de acciones cotizadas mediante la prestación de asistencia financiera con el objeto de incrementar su valor bursátil y así convertirse incluso en una medida anti-OPA. [3] [4]

Tradicionalmente nuestra doctrina mercantilista ha calificado generalmente de nulos por ser contrarios al artículo 6.3 del Código Civil los negocios de prestación de asistencia financiera. De esta forma, Uría, Menéndez e Iglesias Prada [5] trataban el problema: <La misma sanción de nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil es la procedente también para los negocios de garantía o de prestación de asistencia financiera realizados contraviniendo las prohibiciones de la Ley. No obstante, en aquellos supuestos en que la infracción consista en la aceptación en garantía de acciones o participaciones de sociedades de grupo que no sea la dominante o en la prestación de asistencia financiera para la adquisición de esas mismas acciones o participaciones, tal vez fuera razonable admitir una mera anulabilidad del correspondiente negocio. Esta diferente valoración de las consecuencias de la infracción, susceptible de ser amparada en las reticencias jurisprudenciales y doctrinales frente al automatismo en la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, permitiría, en efecto, atemperar el exceso legislativo en la extensión

de la prohibición a esos supuestos —a la que ya nos hemos referido—con la debida atención a la finalidad de protección de la cobertura patrimonial del capital que subyace en la propia norma prohibitiva>.

Sobre las relaciones entre el artículo 1275 del Código Civil (ilícito causal) y el artículo 6.3 del Código Civil (negocio prohibido) [6] resulta pues de sumo interés la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008 (RJ 2008/5666), [7] donde se concluye la existencia de una independencia entre el ilícito causal y la norma prohibitiva. Si bien es cierto que el recurso se planteó sobre el artículo 1275 del Código Civil y no sobre el artículo 6.3 del Código Civil, *sedes materiae* tradicional de las nulidades por infracción de normativa administrativa.[8]

De nuevo, volvemos a recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 163/2021 de 23 de marzo de 2021, [9] donde en el seno de un incidente concursal interpuesto por la administración concursal de una empresa concursada sobre la pretendida nulidad de un préstamo concertado entre la concursada y una entidad de crédito se nos ha ofrecido la posibilidad de conocer el criterio del Tribunal Supremo sobre la validez de un préstamo convenido como medio para la realización de un delito de blanqueo de capitales, sobre la base de no entender aplicables al caso los motivos de nulidad de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, lo que a nuestro juicio ya adelantamos que es erróneo en cuanto a la falta de aplicación al supuesto de hecho de la nulidad prevista con carácter general en el artículo 6.3 del Código Civil para los contratos prohibidos en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En el F.J Tercero de la sentencia, el Alto Tribunal niega la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, sobre la base de lo siguiente:

2. *Mientras que la nulidad prevista en el art. 6.3 del Código Civil se aplica cuando se trata de un contrato cuyo contenido es contrario a la ley (por ejemplo, el arrendamiento de servicios personales hecho por toda la vida a que se refiere el art. 1583 del Código Civil), la nulidad que resulta del art. 1275 del Código Civil se aplica a aquellos contratos en que los motivos de las partes para celebrar el contrato se elevan a la categoría de causa y esta resulta ser ilícita.*

3. *Aunque en algunos casos la ilicitud afecte tanto al contenido como a la causa del contrato, en otros casos puede que el contenido del contrato no sea ilícito, pero sí lo sea su causa.*

4. *En el caso objeto del recurso, el contenido de un contrato de préstamo hipotecario no es contrario a una norma imperativa o prohibitiva, por lo que no es aplicable el art. 6.3 del Código Civil. Pero si su causa, en el sentido que ha de darse a este término cuando hablamos de causa del contrato, es el blanqueo de capitales, tal causa sería ilícita, pues constituye un delito, y el contrato sería nulo."*

En otro orden de ideas, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021 niega la posibilidad de que el préstamo tuviera una causa ilícita al entender que no existía un propósito común de las partes contratantes del préstamo que pudiera tildar al mismo de contrato ilícito, en función de los datos del caso donde los empleados sólo fueron condenados en la vía penal por imprudencia en la comisión del delito de blanqueo de capitales y no por dolo, razonando al respecto lo siguiente:

11. Por tanto, tres son los requisitos para que la motivación jurídicamente relevante constituya la causa ilícita determinante de la ineficacia del contrato: i) ha

de ser opuesta "a las leyes o a la moral" (art. 1275 del Código Civil); ii) ha de ser determinante de la celebración del contrato; iii) ha de ser común a ambas partes, porque ambas hayan convenido en el mismo propósito ilícito o porque la motivación ilícita de una de las partes sea consentida por la otra, cuanto menos porque la haya conocido y aun así haya celebrado el contrato; esto es, como ha dicho una autorizada doctrina, porque aun siendo la motivación ilícita individual de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.

(…)

22. La consecuencia de lo expuesto es que, al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas y/o penales que procede imponer a quienes incumplieron las obligaciones que les imponía la normativa sobre blanqueo de capitales, como de hecho han sido ya impuestas en el ámbito penal.

En función de lo anterior, entendemos en el caso que ahora nos ocupa, correcta la sanción de la nulidad de la garantía hipotecaria otorgada mediante la prohibición del negocio de asistencia financiera ex. artículo 6.3 CC, resultando por lo demás, inaplicable la nulidad por ilícito causal, al no constar —lógicamente— el propósito asistente financiero a la entidad de crédito, ex. artículo 1275 CC.

Díez-Picazo [10] ya nos explicó que <Según el art. 1275 CC, la causa ha de ser lícita y se entiende por ilícita cuando se opone a las leyes o la moral. Al hablar de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.255 CC y le es aplicable la sanción de nulidad establecida en el art. 6. En estos términos podríamos preguntarnos por la necesidad de hablar explícitamente de causa ilícita. Dicho de otra manera: ¿Qué añade el art. 1.275 al 1.255?.

En principio, se pude señalar que en aquellos casos en que el contrato, considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido. En cambio, en aquellos otros en que las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí, será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad. Cuando un *dare* o la promesa de una *datio* aparezcan externamente independizadas del contrato en el que han nacido, la promesa desvinculada es recompensa o retribución de una prestación ilícita. Además de ello, es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato en sí mismo sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar en él>.

En un interesante trabajo comparatista, Infante y Oliva exponen sus consideraciones críticas sobre el particular del siguiente tenor: <En nuestra opinión, hay que cuestionarse si, realmente, hace falta recurrir a la categoría de la causa para poder controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos e inmorales. Entendemos que la causa no es un elemento imprescindible para regular

los contratos ilícitos o contra bonos mores en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos contra legem (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía contractual (art. 1255 CC). En tal sentido, algunos importantes representantes de la doctrina jurídica han afirmado que, para decretar la nulidad de ciertos contratos en los que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas o la moral, no hacen falta los artículos 1271 y 1275 CC, en cuanto que podría funcionarse igualmente con lo establecido por los artículos 6.3 y 1255 CC. Es decir, para determinar si un contrato es nulo basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos por las partes vulneran la ley, la moral o el orden público, resultando el recurso a la institución de la causa hasta un cierto punto "artificioso". Por todo ello, nos parece que a efectos de garantizar un control efectivo de la licitud de los contratos la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema".

Por ello y como adelantábamos, la siguiente afirmación que realiza el Tribunal Supremo, no resulta correcta y de nuevo nos vuelve a ofrecer una confusión entre el negocio prohibido y el negocio con ilícito causal:

"Pero tal sanción no es apropiada para el caso de un contrato de hipoteca otorgado en favor de la entidad financiera prestamista que, de acuerdo con lo sentado en la instancia, no conoció la finalidad ilícita del contrato, pues el préstamo garantizado con la hipoteca se concedió para la compra del inmueble hipotecado".

Es decir, para la sanción de nulidad ex. artículo 6.3 CC en este caso, no debería tener que valorarse el conocimiento por parte de la entidad de crédito de la finalidad contractual bastando la constatación de la vulneración de la norma imperativa, o sea, del artículo 150 LSC.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL NEGOCIO PROHIBIDO Y *EXCEPTIO DOLI*. *¿IURA NOVIT CURIA?*

En un primer momento, hemos de recordar que el Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 16 de enero de 2013, rec. 1431 de 2010 y 24 de abril de 2013, rec. 2108 de 2010, ya razonó que:

«*Cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones para el ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie la concurrencia de alguno de los vicios de consentimiento del artículo 1265; no siendo aplicables tales limitaciones a las demandas cuya finalidad sea conseguir la declaración de inexistencia o de nulidad radical de aquellos otros a los que se imputa la falta de alguno de los elementos esenciales (art. 1261) o la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva. Diversas resoluciones de esta Sala han declarado que estas últimas pretensiones, que instan el reconocimiento de la nulidad absoluta o la inexistencia de un contrato no se hallan sujetas a las limitaciones que establece el artículo 1302, pudiendo ser deducidas no solo por quienes han intervenido en el otorgamiento del contrato a que se refieren, sino, además, por*

quienes hayan podido resultar perjudicados (sentencias de 15 de Febrero de 1977 y 5 de Noviembre de 1990 y demás que en ellas se reseñan)».

Es decir, la nota característica en el negocio prohibido a los efectos de la determinación para deducir la legitimación activa en el mismo, es claramente la existencia del perjuicio patrimonial, no afectando el tradicional límite a dicha legitimación activa el hecho de ser contraparte en el negocio prohibido, tal y como en nuestro Derecho Histórico se hacía predicar tal y como se pusiera de manifiesto por Gregorio López [11]en su glosa a Las Siete Partidas, de la siguiente forma: <Conforme con Baldo a las limitaciones que pone Jasón a esta regla, añádase, que ella se refiere únicamente a las personas que han celebrado el acto prohibido por la ley; de suerte que no puedan ellas reclamar el cumplimiento en provecho suyo>, ni siéndole aplicable al negocio prohibido la restricción que para el negocio nulo existe para la contraparte contractual en el artículo 1302 CC.

Resultando que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F. 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F. 3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F. 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F. 4).

Hasta aquí, la generalidad y con ella en la mano habría que conceder en abstracto la legitimación para instar la nulidad de la garantía hipotecaria concedida mediante asistencia financiera prohibida a la sociedad demandante.

Sin embargo, creemos que no podemos quedarnos en la generalidad y por ello observamos como el Tribunal Supremo aprecia lo siguiente para no conceder la nulidad solicitada:

"Teniendo en cuenta estas circunstancias, la pretensión formulada en la demanda es abusiva porque la base social de la persona jurídica que insta la nulidad está constituida, en su totalidad, por quienes percibieron el dinero del prestatario que obtuvo el préstamo garantizado con la hipoteca constitutiva de asistencia financiera, o sus causahabientes."

Recordemos en relación con tal afirmación que el prestatario, Eurohouse, no usó el dinero obtenido con el préstamo para la finalidad para la que fue concedido, sino que entregó a sus socios el dinero obtenido con dicho préstamo para que pagaran a los socios de Hotel El Hórreo el precio de la totalidad de las acciones de Hotel El Hórreo, que era la sociedad propietaria de los bienes hipotecados.

En realidad, coincidimos, que la finalidad de la norma prohibitiva de la asistencia financiera es la protección de los acreedores respecto del capital social de la sociedad que pongan en riesgo la solvencia de la misma, así como la protección de socios minoritarios.

En este sentido, Alfaro Águila-Real cuando se refiere a la *"oscura ratio de la prohibición absoluta de la asistencia financiera"*, se expresa al respecto de la siguiente forma: <Se impone, pues, una interpretación restrictiva de la misma que atienda al fondo de la operación para juzgar su licitud. Y, a tal efecto, es importante recordar que en Derecho español, a diferencia del Derecho alemán de sociedades anónimas, los socios pueden extraer fondos del patrimonio social por cualquier vía siempre que se respeten las normas sobre el capital social —en garantía

de acreedores— y el principio de igualdad de trato —en garantía de los socios— y a salvo de las normas que sancionan las conductas de socios y administradores que ponen en riesgo la solvencia de la compañía. Es decir: los acreedores de una sociedad anónima o limitada españolas no tienen derecho a que el patrimonio social se conserve intacto ni a que cualquier distribución de fondos sociales a los socios se realice mediante una distribución regular de dividendos. No hay normas que impidan a los socios —unánimemente— distribuirse los fondos sociales como les venga en gana siempre que respeten la integridad del capital social y las reservas legalmente obligatorias. Si se tiene esto en cuenta, la prohibición de asistencia financiera debería aplicarse exclusivamente tras un análisis del fondo de la operación para comprobar si se han infringido los derechos de los socios —porque la asistencia financiera beneficie sólo a algunos de ellos— o los derechos de los acreedores en relación con la reducción del capital social o porque la sociedad estuviera próxima a la insolvencia y la asistencia financiera contribuyera a la quiebra de la entidad>. [12]

Concretamente, el ejemplo del caso de Autos, es similar al utilizado por Carrasco Perera/Erláiz Cotelo/Rentería Tazo [13] quienes analizan también la clásica operación de asistencia financiera en la que interviene una entidad financiadora del siguiente modo: <*(iii) El prestamista es un outsider, y la sociedad asistente presta garantía por la financiación que éste ha realizado al comprador de las acciones de la sociedad*. Para evitar casos marginales, y centrándonos en operaciones de compras de empresas, suponemos que el *outsider* es una entidad profesional de financiación, que actúa conforme a criterios de honorabilidad y prudencia profesional. Además de la operación de asistencia (que es un contrato de garantía), nos encontramos ahora con un préstamo entre el outsider y el comprador y una compra entre éste y el vendedor de las acciones. De la operación de venta ya hemos hablado. Nos referimos a las otras dos. La hipoteca, supongamos que es nula. Consecuencia: el banco tiene un crédito contra el comprador pero carece de garantía. La gracia del asunto es que puede ser muy normal que ni el banco sepa ni le importe a qué destino se orienta el crédito. O puede muy bien ocurrir que sea la propia sociedad la que haya pedido al banco que financie la operación correspondiente. Una de dos: o dejamos desprotegido a un tercero de buena fe, que sin duda intentará, y conseguirá, <machacar> a la sociedad por la vía del art. 135 LSA (¡los administradores pagarán su responsabilidad con fondos de la sociedad, sin duda!); o bien le concedemos sin más una excepción de dolo frente a la sociedad, impidiendo que pueda obtener toda la ventaja del negocio una parte del juego, la propia sociedad, que tenía igualmente metida sus manos en el cieno de la causa torpe. Nos queda el préstamo. Sostener que, para salvaguardia de los intereses del financiador, la nulidad de la asistencia prestada en forma de garantía arrastra la nulidad del préstamo es desconocer totalmente qué intereses puede obtener este financiador. Pues es cierto que el financiador no sufre daño si el crédito concedido no ha sido aún dispuesto, pero no se ve qué ventaja va a obtener de una declaración de nulidad que obliga a devolver (¡y además al interés legal!), y sin garantías, el dinero que recibió el comprador. Tanto si el préstamo es válido como si resulta nulo, la situación del financiador es de un sacrificio injustificado por ninguna consideración de tipo societario>.

Por tanto, cuando el Tribunal Supremo en el caso analizado nos dice que *la pretensión formulada en la demanda es abusiva porque la base social de la persona jurídica que insta la nulidad está constituida, en su totalidad, por quienes percibieron el dinero del prestatario que obtuvo el préstamo garantizado con la hipoteca constitutiva de asistencia financiera, o sus causahabientes,* a nuestro juicio, acierta en función de las circunstancias del caso y entendemos que la calificación de la pretensión como "abusiva", se está refiriendo en nuestra opinión a la concesión a la entidad de una *exceptio doli*, o si queremos, de un mecanismo de defensa basado en realidad en el artículo 7 del Código Civil y concretamente en el principio general de la buena fe.

Díez-Picazo nos recuerda que: <la excepción de dolo era, en Derecho Romano, una excepción que el pretor ofrecía para "impedir las reclamaciones fundadas en un acto doloso, ya se tratara de un engaño inicial, ya sobrevenido, en la relación y actual". A diferencia de la "actio dolo", que era subsidiaria, esta excepción se aplicó ampliamente ("exceptio generalis"), para evitar que se produjeran consecuencias contrarias a la "bona fides">. [14]

El texto de Gayo (4.119) era realmente claro al respecto: *si in ea re nihil dolomalo Auli Agerii factum sit neque fiat* ("Si en todo el asunto nada ha sido hecho ni se haga con dolo malo"). [15]

Continua Díez-Picazo [16] reflexionando sobre la vigencia de la exceptio doli y su conexión con el principio general de la buena fe, diciéndonos lo siguiente: <Se ha discutido vivamente la procedencia de la excepción de dolo dentro del Derecho moderno y, más concretamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo. En realidad, ni las acciones, ni las acciones, ni las excepciones, se encuentran tipificadas en el Derecho moderno, por lo cual no puede hablarse de una "exceptio doli", como defensa procesal tipificada. Sin embargo tanto los fines conseguidos por la excepción de dolo como sus consecuencias son perfectamente viables y tiene plena vigencia en el Derecho moderno. La buena fe es, según hemos visto, uno de los principios fundamentales de nuestra organización jurídica. Esto se traduce en la inatendibilidad o inadmibisibilidad de toda acción que suponga el ejercicio anormal de un derecho, o el intento abusivo de obtener un resultado contrario al exigido por la buena fe. En este sentido, dice Cossío, se nos ofrece hoy tal excepción como fundada en un concepto objetivo, al que ordinariamente sigue, aunque no siempre es necesario que así sea, una voluntad dolosa por parte del actor. Los efectos de la excepción son, en este sentido, puramente negativos: hacer que la acción sea desestimada en aquel caso concreto, pero sin prejuzgar nada acerca de la existencia o inexistencia del derecho ejercitado>.

Sin embargo, coincidimos con Miquel González [17] en que efectivamente entendida la buena fe como una limitación del derecho subjetivo, su función alcanza incluso a la extinción del derecho, cuando razona que: <La función de la buena fe en cuanto al ejercicio del derecho subjetivo se considera resumida en la ida de que es inadmisible el ejercicio contrario a ella. Ahora bien, esta consecuencia no significa que la buena fe no tenga más alcance que paralizar el ejercicio del derecho. El origen de la idea "ejercicio inadmisible" de un derecho subjetivo, procede seguramente de la *exceptio doli* que tal hace un planteamiento romanístico en el que la acción se sitúa en el centro de las categorías jurídicas, por lo cual se resuelven los conflictos desde la óptica de la acción y la excepción. Es dudoso que este

planteamiento debe seguir influyendo en la cuestión de la consecuencia jurídica del ejercicio del derecho contrario a las exigencias de la buena fe. Es posible que la consecuencia del ejercicio contrario a la buena fe sea paralizar simplemente el ejercicio del derecho; esto puede admitirse cuando todavía quepa ejercitar el derecho conforme a la buena fe, entonces hay que reconocer que, estando determinado directamente el contenido del derecho por las posibilidades de ejercicio del mismo, el derecho se ha extinguido. Pero además si la situación de poder que el derecho significa se extingue, la parte sujeta por dicho poder quedar liberada>.

En realidad, la *exceptio doli*, así denominada, sí ha sido ya aplicada por el Tribunal Supremo en otras ocasiones, como, por ejemplo, en los casos de ejecuciones de avales a primer requerimiento. Como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 julio de 2014 (RJ 2014, 4083), «*la doctrina de esta Sala también es unánime al señalar que el garante puede oponer al beneficiario el pago del deudor, si lo conoce; es decir, se le deja la posibilidad de ejercitar la "exceptio doli" o límite al ejercicio abusivo del derecho*».

En atención a lo anterior, en nuestra opinión, la conclusión material a la que llega el Tribunal Supremo nos parece correcta y adecuada a las circunstancias del caso (hipotecante no deudor en garantía de un préstamo que se destinó para la adquisición de sus propias acciones) y en función de la protección que la prohibición de asistencia financiera persigue, dado que no se han apreciado evidencias de la afectación de la garantía a la solvencia de la sociedad ni perjuicio de socios minoritarios y no por el mero hecho de desconocimiento de la entidad de crédito del destino efectivo de los fondos a la asistencia financiera prohibida *per se* (lo cual por otro lado, será usual en la práctica lo que aleja el caso del recurso a la causa concreta y a la nulidad por ilicitud causal, aunque no pueda tampoco desdeñarse el hecho de que la hipoteca se concediera para la adquisición inmobiliaria), con el riesgo de confusión del negocio prohibido con el negocio con causa ilícita.

Sin embargo, ¿procesalmente también fue correcta la apreciación de dicha conducta abusiva cuando los demandados no comparecieron el proceso y fueron declarados en rebeldía?. A nuestro juicio, no, si no es contradicción con el propio criterio del Tribunal Supremo sobre la necesidad de alegación por la parte procesal afectada de la vulneración del principio general de la buena fe ex. artículo 7 CC.

A estos efectos, colacionamos la sentencia del Tribunal Supremo núm. 131/2011 de 14 de marzo de 2011, (RJ\2011\2769) que aprecia la existencia de incongruencia *extra petitum* por alteración de causa de pedir, cuando se aprecia mala fe sin que constase oposición fundada sobre la misma, con el siguiente tenor:

"La sentencia recurrida establece como "ratio decidendi" de su fallo estimatorio del recurso de apelación, y consiguiente desestimación de la demanda, que la pretensión actora infringe el art. 7 del Código Civil porque el derecho de los acreedores a reclamar las deudas de la sociedad a sus administradores debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y en el caso ello no sucede así porque se trata de una reclamación de la sociedad matriz (a través de la Sindicatura de la quiebra) contra su filial cuando el nacimiento de la deuda reclamada y la infracción de los deberes legales se produjo: (1.º) siendo los administradores demandados también administradores de la sociedad reclamante del crédito y (2.º) estando la sociedad demandada participada al 90% por la sociedad reclamante del crédito.

El planteamiento expuesto no había constituido el fundamento de la oposición a la demanda, por mucho que en el escrito de oposición a los recursos extraordinarios se pretenda que se alegó la mala fe, pues, si es verdad que se alude a mala fe y se cita el art. 7.1 CC, no se refiere a los aspectos expuestos sino con referencia a la fundamentación de la aplicación, que se pretende, de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal. Y, en cualquier caso, lo que es más relevante si cabe, no constituyó el fundamento del recurso de apelación de los demandados aquí recurridos, como lo demuestra además la declaración de la propia sentencia recurrida en el fundamento cuarto en el sentido de que "esta Sala debe estimar el recurso de apelación, pero por motivo distinto de los alegados por la parte demandada-apelante".

Por otra parte, dicho planteamiento no es un mero argumento o razón que justifica la decisión, sino que supone introducir en el proceso una cuestión con sustantividad propia que exige la alegación de parte, y no cabe introducir de oficio, porque no es de orden público y excede del ámbito del "iura novit curia". Con la apreciación sorpresiva efectuada se altera el componente jurídico del debate, y se crea indefensión para la contraparte, a la que no le fue factible alegar ni probar una conclusión diferente de la adoptada por el juzgador. Es claro que la ley veda la mala fe, disponiendo (art. 7.1 CC) que los derechos (todos) deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, pero la denuncia de la falta de ésta corresponde a la parte afectada, sin que sea posible, en el proceso civil sujeto al principio dispositivo, un control de oficio al respecto de los

Tribunales. Al no haberlo hecho así, es claro que se han infringido los principios de rogación del art. 216 LEC y de la congruencia —incongruencia extra petita— del art. 218.1 LEC, con vulneración además del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 LEC al introducirse en el proceso un elemento sorpresivo y "ex novo", determinante de indefensión. Y asimismo se ha conculcado el art. 465.4 LEC conforme al que "la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".

Es decir, el Tribunal Supremo ya tiene dicho que la denuncia de la exigencia de actuación contraria a la mala fe ha de hacerse mediante alegación de parte afectada que no puede ser apreciable de oficio ya que la previsión del artículo 7.1 del Código Civil excede del ámbito del principio de *iura novit curia* y no puede, por tanto, ser apreciable de oficio no siendo cuestión de orden público, de ahí que radicada en el caso de Autos la decisión en el carácter abusivo de la pretensión de nulidad por infracción del principio de asistencia financiera, no debería haberse apreciado de oficio, estando los demandados en situación de rebeldía procesal no alegándose por tanto dicho carácter abusivo durante el proceso, por lo que por ello, resulta esta sentencia infractora del requisito de congruencia y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pese a todo, no es menos cierto que debe advertirse que el recurso generalizado al ejercicio contrario a la buena fe en sede del ejercicio de nulidad de asistencia financiera no puede ni debe admitirse como protección indiscriminada de la entidad prestamista, como parece deducirse en ciertos pasajes de esta sentencia del Tribunal Supremo para evitar según sus propias palabras *"…perjudicar a un sujeto ajeno a la intención ilícita de la operación, anulando la hipoteca constituida en garantía de su préstamo"* so pena de ampliar sin razón alguna el ámbito de pro-

tección de la norma prohibitiva de la asistencia financiera y sin poder olvidarse que la entidad prestamista también pudiera haberse planteado el ejercicio de una acción vicio del consentimiento compareciendo en el proceso y no lo hizo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real. https://derechomercantilespana.blogspot.com/2013/12/asistencia-financiera.html

Carrasco Perera/Erláiz Cotelo/Rentería Tazo, en Fusiones y Adquisiciones de Empresas (Alvarez Arjona y Carrasco Perera, dir.). Thomson-Aranzadi, 2004.

Carrasco-Lyczkowska. Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, n.º 80.

Díez-Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.

Díez-Picazo. La doctrina de los actos propios. Thomson Reuters, Civitas, 2014.

D'Ors et al., El Digesto de Justiniano, T. iii, Pamplona, Aranzadi, 1975.

Flores Doña. Adquisición de acciones financiada por la sociedad, 2.ª edición, Edersa, Madrid 2002.

Gregorio López. Las Siete Partidas, Tomo II, glosa 7.ª a la Partida 5, 11, 28.

Infante Ruiz. Oliva Blázquez. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. Indret, 2009.www.indret.com

Miquel González. Comentario del Código Civil. Tomo I, Ministerio de Justicia, BOE, 1991.

Morales Moreno. Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Estudios. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011.

Palomero Benacerraf y Sanz Bayón. Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

Paz Ares – Perdices Huetos. Las Compras Apalancadas: Significado y problemas para su admisión. en Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, dir. Uría, Menéndez, Olivencia, tomo IV, volumen 2.ºB, Thomson Civitas, 2003.

Redondo Trigo. La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n.º 90, N.º 742, 2014.

Redondo Trigo. La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n.º 98, N.º 791, 2022.

Saborido Sánchez. La causa ilícita: delimitación y efectos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Samper, Las Instituciones de Gayo, 3.ª ed., Santiago, Ediciones UC, 2017, ad leg.

Sánchez-Calero y Fernández Torres. Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del art. 35 LME), Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Uría, Menéndez e Iglesias Prada, en Uría-Menéndez. Curso de Derecho Mercantil I. Segunda Edición. Thomson Civitas, 2006.
Vázquez de Castro. La ilicitud contractual: supuestos y efectos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2004, de 23 de marzo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2006, de 13 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 131/2011 de 14 de marzo de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2025

NOTAS

[1] Redondo Trigo. <La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 90, N.º 742, 2014, págs. 765-784.

[2] Sobre las cuestiones concursales de la figura, vid. Sánchez-Calero y Fernández Torres. <Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del art. 35 LME)>, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, páginas. 36-49.

[3] Sobre una panorámica doctrinal de la figura, vid. Paz Ares – Perdices Huetos. <Las Compras Apalancadas: Significado y problemas para su admisión>. en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, dir. Uría, Menéndez, Olivencia, tomo IV, volumen 2.ºB,* Thomson Civitas, 2003, pg. 462. En relación con el origen de la prohibición, vid. Flores Doña. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, 2.ª edición, Edersa, Madrid 2002, pgs. 50 y ss.

[4] Vid. la exposición que sobre la finalidad de la prohibición de asistencia financiera —con abundante citas doctrinales— realizan Palomero Benacerraf y Sanz Bayón, en: <Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas>. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2013 parte Estudio*. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

[5] Uría, Menéndez e Iglesias Prada, en Uría-Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil I.* Segunda Edición. Thomson Civitas, 2006, página1212.

[6] Sobre la causa en relación con el tema, vid. Infante Ruiz. Oliva Blázquez. <Los contratos ilegales en el derecho privado europeo>. Indret, 2009.www.indret.com; Vázquez de Castro. *La ilicitud contractual: supuestos y efectos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Saborido Sánchez. *La causa ilícita: delimitación y efectos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Morales Moreno. <Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos>. *Estudios. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* Madrid, 2011, páginas 457-475.

[7] Carrasco-Lyczkowska. <Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita>. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* n.º 80.

[8] Sobre la posibilidad de nulidad por infracción de norma administrativa, resulta conveniente tener presente la revisión doctrinal efectuada por nuestro Alto Tribunal a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/5687).

[9] Redondo Trigo. <La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n.º 98, N.º 791, 2022*, págs. 1870-1885.

[10] Díez-Picazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato.* Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, páginas 282 y 283.

[11] Gregorio López. *Las Siete Partidas,* Tomo II, glosa 7.ª a la Partida 5, 11, 28.

[12] https://derechomercantilespana.blogspot.com/2013/12/asistencia-financiera.html

[13] Carrasco Perera/Erláiz Cotelo/Rentería Tazo, en Fusiones y Adquisiciones de Empresas (Alvarez Arjona y Carrasco Perera, dir.). Thomson-Aranzadi, 2004, páginas 624 y 625.

[14] Díez-Picazo. *La doctrina de los actos propios.* Thomson Reuters, Civitas, 2014, pág. 232.En los textos romanos, encontramos:

Paul. D. 44.4.1.1: *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* ("El pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pueda favorecer el propio dolo malo, por valerse del derecho civil contra la justicia natural").". Traducción de Á. d'Ors et al., *El Digesto de Justiniano,* t. iii, Pamplona, Aranzadi, 1975

Anteriormente, en el siglo II d. C. Gayo ya había dicho, Gai. 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure ciuili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari* ("Las excepciones fueron creadas para que pudiesen defenderse los demandados, pues a menudo sucede que alguien está vin-

culado conforme al derecho civil, y sin embargo resulta inicuo condenarlo". Traducción de Samper, *Las Instituciones de Gayo*, 3.ª ed., Santiago, Ediciones UC, 2017, ad leg.

[15] Traducción de Samper, Las Instituciones de Gayo, 3.ª ed., Santiago, Ediciones UC, 2017, ad leg.

[16] Díez-Picazo. *La doctrina de los actos propios*. Thomson Reuters, Civitas, 2014, pág. 233.

[17] Miquel González. *Comentario del Código Civil.* Tomo I, Ministerio de Justicia, BOE, 1991, pág. 48.

3. URBANISMO

Conflictos sobre la titularidad de fincas afectadas por un expediente de equidistribución: fincas dudosas, litigiosas y controvertidas

Conflicts over the ownership of properties affected by a land readjustment procedure: doubtful, litigious, and contested parcels

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Análisis de los conflictos de titularidad que pudieran surgir en un expediente reparcelatorio entre dos propietarios sobre una misma finca de origen y de sus diferentes clases, normalmente conocidas como situaciones dudosas, litigiosas y controvertidas, así como del régimen aplicable a estas situaciones tanto en el procedimiento administrativo como en el procedimiento registral.

ABSTRACT: Analysis of ownership conflicts that may arise in a land readjustment procedure between two owners claiming rights over the same initial parcel, and of the different types of such conflicts —commonly referred to as doubtful, litigious, or disputed situations— as well as the legal framework applicable to these scenarios in both administrative and land registration proceedings.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, conflictos sobre titularidad, titularidades dudosas, litigiosas y controvertidas, anotación preventiva de la demanda.

KEYWORDS: Land readjustment project, reparcellation project, ownership disputes, doubtful, litigious and contested ownership, preventive annotation of claim.

Resolución de 10 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. Normas

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.811.14

Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

APLICABLES A LOS CONFLICTOS SOBRE TITULARIDADES. *A) El Reglamento de Gestión Urbanística y la Ley de Expropiación Forzosa. B) El artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997.* 3. LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS SOBRE TITULARIDAD. *A) Delimitación negativa. B) Delimitación positiva.* 4. LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS SOBRE TITULARIDAD. *A) delimitación negativa. B) Delimitación positiva.* 5. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRASTE EXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN Y 10.3 DEL REAL DECRETO 1093/1997. 6. CLASES DE SITUACIONES CONFLICTIVAS Y RÉGIMEN APLICABLE A CADA UNA. *A) Identificación de sus clases: las titularidades dudosas, litigiosas y controvertidas. B) Tratamiento en el procedimiento administrativo. C) Tratamiento en el procedimiento registral.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El resumen de los hechos se contiene en los dos primeros apartados de los fundamentos de derecho de la resolución, siendo el número 1 del siguiente tenor: «En el presente expediente, dictada sentencia por la que se declara: que el actor es heredero ab intestato —junto con sus hermanos— de cierto causante, que unos metros de determinada finca registral pertenecen al caudal relicto de dicho causante, y que es nula la escritura de aportación a la sociedad de gananciales de la finca en cuestión, se presenta mandamiento del secretario judicial ordenando proceder a la cancelación de la inscripción primera de la referida finca, conforme a lo también previsto en la propia sentencia. El registrador suspende la cancelación de la inscripción ordenada porque la finca registral a que refiere la sentencia fue aportada a una junta de compensación originando cinco fincas de reemplazo independientes, sobre las cuales se arrastró anotación de demanda a favor del actor del procedimiento en que recayó la sentencia y, dado que se canceló la hoja registral de la finca aportada y que dicha anotación de demanda se encuentra gravando a las fincas de reemplazo, hace falta indicar si se quiere cancelar dichas fincas de reemplazo, inscribir el derecho de participación que ostenta el actor en el caudal relicto de la finca aportada en las fincas de reemplazo, o si se procede a realizar la correspondiente segregación aportando las oportunas licencias administrativas».

El apartado 2 de los fundamentos de derecho añade lo siguiente: «En este expediente, el obstáculo que colisiona con el mandamiento cancelatorio del secretario judicial se encuentra en que la finca cuya inscripción se ordena cancelar fue aportada, con cierre del folio registral, a una junta de compensación, siendo sustituida por subrogación real por cinco fincas de reemplazo a las que se arrastró la anotación de demanda que pesaba sobre la de origen, concurriendo la circunstancia de que la sentencia no fija las titularidades a que pertenecen las fincas de resultado, limitándose a declarar que algunos metros de la finca de origen corresponden al caudal hereditario de cierto causante, que es nulo el título en cuya virtud se inmatriculó y que debe procederse a la cancelación de dicha inmatriculación».

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como cuestión preliminar, el apartado 3 de los fundamentos de derecho de la resolución se ocupa de la circunstancia de venir referido el mandamiento judicial de cancelación a la finca de origen de un proyecto de reparcelación cuyo historial se había cerrado con anterioridad en virtud de la inscripción de dicho proyecto, en el que dicha finca quedó sustituida por cinco fincas de resultado. Ante tal circunstancia, la resolución afirma en su fundamento 3 que «Es cierto, como también ha señalado este Centro Directivo en Resolución de 3 de octubre de 2008, que es perfectamente posible anotar preventivamente una demanda —o un embargo— sobre determinadas fincas resultantes de reparcelación, aunque el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiera a determinadas fincas originarias cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias, determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por ministerio legis la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (cfr. artículos 122-1 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística y 51 y 54 del texto refundido Ley de Suelo), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, lo cual, además, viene facilitado por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (cfr. artículos 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística). De modo que, una vez identificada la finca objeto del mandamiento, no habría obstáculo para proceder al despacho de la anotación de demanda de resolución y sentencia declarativa de la misma, posteriormente presentadas en el Registro».

El fundamento 4 rechaza que en el caso contemplado el mandamiento permita la «desinmatriculación» de las cinco fincas de resultado, tal y como ocurriría si se procediera a despachar el mandamiento en el extremo relativo a la cancelación de la finca de origen, señalando que «Para ello sería necesario instar al mismo tiempo la rectificación del total proyecto de compensación inscrito por alguno de los medios recogidos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, lo que implicaría acreditar haberse demandado judicialmente, en su caso, a los titulares del resto de las fincas resultantes del proyecto sobre las que no hubiese sido practicada la anotación preventiva de demanda (artículos 1, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria)».

En el fundamento 5 se admite en términos generales que un mandamiento dictado en ejecución de la sentencias posibilita «la inscripción de la finca de resultado a favor de quienes la sentencia reconoce derecho sobre la finca», siempre que se cumplan los principios hipotecarios y, en particular, el de especialidad o determinación. En este sentido, el fundamento 6 señala que «Para ello es preciso que se especifique el mandamiento la identidad y cuota de cada propietario, aclarando la titularidad controvertida de las fincas de resultado.

Según lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley Hipotecaria, 51.9 y 54 del Reglamento Hipotecario y, fundamentalmente aquí, el artículo 7.10 y 7.11 del Real Decreto 1093/1997, deben quedar en el título identificadas las personas a cuyo fa-

vor ha de practicarse la inscripción, precisando, en caso de comunidad, la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos, que permitan conocerla indubitablemente, circunstancias éstas que no quedan concretadas ni en el mandamiento ni en la sentencia de que aquél trae causa, en cuanto que, como se ha dicho, ésta se limita a declarar que determinados metros de la finca de origen pertenecen al caudal relicto de cierto causante, que es nulo el título de aportación a la sociedad de gananciales que originó la inmatriculación de la finca y que debe procederse a la cancelación de dicha inscripción».”

El fundamento 7 añade que «Por tal motivo, es doctrina de esta Dirección General que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos judiciales, de acuerdo con el principio de especialidad registral, no siendo suficientes a estos efectos expresiones genéricas o indeterminadas que además de no cumplir los requisitos de claridad y determinación de acuerdo con las exigencias legales y reglamentarias, no permiten conocer exactamente el ámbito, extensión y alcance de la cancelación ordenada. Esta exigencia supone, además, en los supuestos de cancelación parcial —caso que tal vez pudiera proceder en el presente expediente—, la necesidad de determinar la extensión del derecho que se cancela y del que subsiste, conforme a los artículos 80, 103, 133 y 134 de la Ley Hipotecaria, 98, 193 y 233 del Reglamento Hipotecario y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dado que el registrador carece por sí de la facultad de decidir la extensión de dicha cancelación ordenada judicialmente (cfr. Resoluciones de 28 de febrero de 1977; 7 de noviembre de 1990; 11 de abril de 1991; 3 de junio de 1992; 28 de febrero de 1997; 19 de febrero de 2007, y 10 de septiembre de 2009)».

Finalmente, el fundamento 8 concluye diciendo que «Por todo ello, en tanto el título judicial no determine concretamente las titularidades o porciones de titularidades a las que, como consecuencia del proceso judicial en cuestión, correspondan las fincas de resultado inscritas que fueron adjudicadas en sustitución de la finca de origen objeto del procedimiento —y que tendrán que estar suficientemente identificadas—, no podrá inscribirse definitivamente el derecho de dominio a favor de los verdaderos titulares, pero entretanto —por subrogación real— procederá el reflejo tabular de la sentencia por nueva anotación preventiva o al margen de la inscripción de la titularidad controvertida en las fincas de resultado, como este Centro Directivo ha admitido en ciertos casos para mayor claridad de la titularidad inscrita (cfr. Resolución de 5 de mayo de 2006)».

Por todo ello, la resolución acuerda «estimar el recurso considerando que puede reflejarse tabularmente la sentencia en el folio de las fincas de resultado en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos y confirmar la nota de calificación del registrador en cuanto a la denegación de la cancelación de los folios de las fincas de origen ahora inexistentes».

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

La resolución a la que nos venimos refiriendo contempla el tratamiento típico de las situaciones de titularidad controvertida definidas en el artículo 10.4 del Real

Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Este artículo parte del presupuesto de la existencia de una anotación preventiva de demanda de propiedad sobre las fincas de origen del expediente de equidistribución y su arrastre sobre las fincas de resultado que se correspondan con ella.

Confrontando este precepto con el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, se pone de manifiesto un claro contraste entre ambos, que puede dar lugar a diferentes interpretaciones sobre la vigencia y el alcance actual del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística tras la entrada en vigor del referido Real Decreto de 1997 a la vista de su disposición derogatoria única.

Al análisis de esta cuestión y sus implicaciones en relación con el procedimiento administrativo y con el registral dedicamos los apartados que siguen.

2. Normas aplicables a los conflictos sobre titularidades

A) El Reglamento de Gestión Urbanística y la Ley de Expropiación Forzosa

Para la determinación de las titularidades que recaen sobre fincas de origen de la reparcelación debe atenderse, en primer lugar, a los títulos y declaraciones de los interesados. A esta cuestión se refiere el artículo 103.1 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, según el cual «Los propietarios y titulares de derechos afectados por la reparcelación están obligados a exhibir los títulos que posean y declarar las situaciones jurídicas que conozcan y afecten a sus fincas».

Para el caso de existir alguna discrepancia entre los títulos correspondientes a varios propietarios sobre la titularidad de una de las fincas de origen, el apartado 4 del mismo artículo 103 dispone que «Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los tribunales ordinarios. El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda. La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Los gastos que sean imputables a las titularidades referidas podrán hacerse efectivos por la vía de apremio en caso de impago».

De este último precepto resulta una posible doble calificación de las titularidades sobre las que recae la indicada discrepancia: la titularidad «dudosa» y la «litigiosa». Según la jurisprudencia, esta distinción se hace depender de si durante la tramitación del expediente de equidistribución se inicia o no un procedimiento judicial con el fin de dirimir la contienda[1].

En cuanto a los mecanismos adecuados para la averiguación de las titularidades afectadas por la reparcelación, el artículo 76.2 del Reglamento de Gestión Urbanística establece en su primer inciso que «A efectos de determinación de las titularidades, se aplicarán las normas de la expropiación forzosa», lo cual supone una llamada en particular al artículo 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, según el cual «Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o,

en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales, o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente». Por su parte, el artículo 5.2 de la misma Ley añade que «serán parte en el expediente quienes presenten títulos contradictorios sobre el objeto que se trata de expropiar».

B) El artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997

Frente al contexto legal clásico que se acaba de exponer, el Real Decreto 1093/1997 estableció una novedosa norma en su artículo 10.3 al disponer que «Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada».

Como se puede observar a primera vista, esta norma se aparta del régimen del artículo 103 del Reglamento de Gestión —al menos desde el punto de vista terminológico— pues, frente a las dos categorías clásicas de calificación de discrepancias sobre la titularidad de las fincas, que son las correspondientes a las fincas «dudosas» y a las «litigiosas», el artículo 10.3 del Real Decreto habla de una posible tercera categoría, la de las fincas «controvertidas», caracterizadas por la existencia de una controversia judicial sobre la propiedad en un procedimiento en que se ha decretado y practicado la correspondiente anotación preventiva de demanda.

A la vista de estos dos preceptos pueden surgir dudas sobre su posible compatibilidad o incompatibilidad o, expresado en otros términos, sobre si el Real Decreto implica o no una superación total o parcial del régimen tradicional previsto en el Reglamento de Gestión. A estos efectos debe tenerse presente la disposición derogatoria única del Real Decreto de 1997, según la cual «Quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística».

Ante el contenido genérico de esta disposición derogatoria, debe determinarse en qué medida ha de considerarse vigente y aplicable el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión tras la entrada en vigor del Real Decreto de 1997 y cuál es el tratamiento que ha de darse a cada una de las posibles situaciones de conflicto sobre titularidades tanto en el procedimiento administrativo como en el registral.

Nos referiremos a esta cuestión en el apartado 5 de este comentario, tras analizar en el 3 y el 4 las potestades de la Administración y las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien adelantamos que, en nuestra opinión, las dos normas confrontadas —el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística y el 10.3 del Real Decreto 1093/1997— no son contradictorias entre sí, sino perfectamente compatibles, de tal forma que el segundo precepto citado no implica en modo alguno la derogación del primero y que, por tanto, de la combinación de ambas resultan tres situaciones de conflicto posibles en el proceso reparcelatorio: la situación dudosa, la litigiosa y la controvertida, las cuales deben recibir tratamientos diferenciados.

3. Las potestades de la administración en relación con los conflictos sobre titularidad

A) Delimitación negativa

Cuando en el expediente reparcelatorio surge una discrepancia entre propietarios sobre la titularidad de determinada finca, su resolución definitiva corresponde a los tribunales ordinarios según el artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística, de donde resulta que no corresponde a la Administración urbanística la declaración de derechos. Lo mismo cabe decir respecto de la junta de compensación o las entidades urbanísticas colaboradoras previstas en la legislación autonómica para el sistema de compensación o en cualquier otro de marcado carácter privado igualmente previsto.

B) Delimitación positiva

Sin embargo, lo anterior no significa que la Administración y la entidad urbanística no puedan adoptar ninguna decisión relevante en la fase inicial de investigación y determinación de las aportaciones de los propietarios, de importancia capital en orden al cumplimiento del esencial principio de equidistribución, pues tales aportaciones van a constituir el módulo para el reparto de los beneficios y cargas derivados de la ejecución del planeamiento, que ha de realizarse de forma estrictamente proporcional a aquellas[2].

A esta fase de investigación se refiere, en primer lugar, el artículo 102.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, según el cual «Una vez iniciado el expediente de reparcelación, la Administración actuante deberá recabar de oficio, del Registro de la Propiedad correspondiente, certificación de titularidad y cargas de todas las fincas incluidas en la unidad de reparcelación». A su vez, el artículo 103.1 añade que «Los propietarios y titulares de derechos afectados por la reparcelación están obligados a exhibir los títulos que posean y declarar las situaciones jurídicas que conozcan y afecten a sus fincas».

En efecto, una de las actividades fundamentales que conforman el proceso de equidistribución es el estudio de la realidad física y jurídica de las fincas aportadas, no siendo inusual la existencia en el expediente de fincas cuya propiedad es disputada entre diferentes personas.

En estos casos, como ha reconocido sin fisuras la jurisprudencia, ni la Administración ni las entidades urbanísticas colaboradoras son competentes para declarar derechos. Sin embargo, ello no supone en modo alguno que no puedan y deban hacer un examen preliminar de los títulos presentados por los propietarios y de los datos que reflejan el Catastro y el Registro de la Propiedad, entre otras razones porque de este examen podría resultar la falta total de correspondencia física entre los títulos presentados y los suelos incluidos en el ámbito reparcelatorio, cuestión esta que sí les compete comprobar.

Así se manifiesta, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos de 8 de octubre de 2012 (JUR\2013\94143) cuando señala lo siguiente: «Y frente a lo que se insiste en el recurso de apelación sobre el hecho de encontrarse acreditada en el expediente la existencia de controversia y de dudas razonables sobre la titularidad de las parcelas, se reitera que la documentación aportada por el recurrente, no acreditaba la titularidad de unas parcelas físicas concretas, sino tan sólo la titularidad registral de ciertas fincas registrales, que ni en sus títulos, ni en su inscripción ligaban dichas fincas, con las parcelas físicas sobre las que el recurrente afirmaba que se correspondían con dichas fincas registrales, sino precisamente las situaban en un lugar diferente, y así lo determinaron los servicios técnicos de la Junta en sus Informes. En consecuencia, ni la Administración ni la junta de compensación declararon la propiedad de las parcelas a favor de un terreno (sic), sino que se limitaron a comprobar que las fincas reflejadas en los títulos y en las inscripciones registrales respectivas se encontraban en realidad en lugares distintos de las parcelas catastrales o físicas con las que afirmaban que se correspondían».

Por lo tanto, es claro que, una vez obtenida la certificación registral de dominio y cargas y la titulación presentada por los propietarios, el principio de equidistribución implica que tanto la Administración como las entidades urbanísticas colaboradoras hayan de realizar un examen crítico preliminar de la documentación y las pruebas aportadas en orden a determinar las aportaciones de los propietarios y rechazar aquellos títulos y documentos de los que resulte una total evidencia o, al menos, una «duda razonable» sobre la ubicación y características exactas de las fincas a las que aquellos se refieren. Esta idea sobre el tratamiento de la «duda razonable» acerca de la realidad material de las fincas a las que se refieren los títulos ha sido constantemente reiterada por la jurisprudencia que citaremos.

En ocasiones, esta labor de análisis crítico podrá llevar a dudas razonables sobre cuestiones tales como la ubicación de alguna finca fuera del ámbito reparcelatorio, la imposibilidad de su localización o la insuficiencia del título o su contradicción con bienes de dominio público o con títulos relativos a otras fincas. En todos estos casos sería una irresponsabilidad por parte de los redactores del proyecto de reparcelación y de la Administración desatender estas evidencias ante la importancia de esta fase de investigación para el cumplimiento del principio de equidistribución.

En este sentido es harto elocuente el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia número 1627/2006, de 24 noviembre (RJCA 2007\347) cuando afirma que «De lo expuesto hasta ahora se sigue la conclusión de que los demandantes no justificaron la situación concreta de la finca de su propiedad en vía administrativa ni la han acreditado en este proceso; es más, no existe un principio de prueba o un mero indicio con fuerza bastante para suscitar a la Sala dudas razonables acerca de su posible ubicación dentro de las fincas de aportación NUM016 o NUM017, por lo que no es procedente declarar a ninguna de las dos de titularidad dudosa en una extensión de 4.100 m2, lo que implica la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, al no haber quedado desvirtuados en este proceso los fundamentos de la decisión administrativa impugnada».

En definitiva, la fase de investigación propia de los expedientes reparcelatorios exige un previo examen crítico y objetivo de los títulos, datos registrales y

catastrales, indicios y principios de prueba para descartar o declarar la existencia de una situación de duda sobre la identificación del propietario de una parcela concreta; es lo que la sentencia transcrita se refiere como la necesidad de examinar si hay «un principio de prueba o un mero indicio» para que la Administración pueda decidir si califica o no la finca como dudosa, litigiosa o controvertida, con remisión en caso afirmativo a lo que decidan los tribunales de justicia.

Cuando la labor investigadora descrita lleva a la conclusión —siquiera preliminar— de la existencia de títulos de propiedad contradictorios es cuando se pone de manifiesto la existencia de una situación conflictiva entre dos o más propietarios o una «controversia cierta y apreciable sobre la titularidad». En estos casos, ni la Administración actuante ni la entidad urbanística pueden declarar el mejor derecho de uno u otro interesado, como hemos visto, pero la controversia no debe impedir la prosecución del procedimiento administrativo, por lo que sí pueden y deben calificar la titularidad como conflictiva con carácter preventivo reservando su resolución definitiva, a falta de pacto entre los implicados, a la jurisdicción ordinaria conforme al artículo 103.4 del Reglamento de Gestión. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de abril de 2010 (JUR\2010\232859), afirma que «Ahora bien, en el propio expediente de gestión se deben efectuar las calificaciones jurídico civiles y sólo cuando existe la duda acerca de la titularidad de los derechos, esa es la declaración que debe formular la Administración, determinando el alcance y extensión de la duda y reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción civil».

Así pues, cuando del análisis crítico de las circunstancias concurrentes resultan dudas razonables sobre la existencia de una situación de conflicto entre dos interesados sobre la misma finca, la Administración, sin declarar el mejor derecho de ninguno, debe dejar constancia de esa situación, pero no cuando no existan tales dudas. Así lo afirma la sentencia citada en último lugar por entender que en el caso contemplado por ella el recurrente «no presenta documento alguno que permita entender que la titularidad sea dudosa», como ocurriría por ejemplo si por uno de los propietarios afectados se alegase como único título la usucapión no declarada judicialmente. De igual modo, la sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de febrero de 2008 (RJCA\2008\206) afirma que «Ante tales datos no se puede hablar de que exista una controversia cierta y apreciable acerca de la titularidad de las fincas cuya litigiosidad se pretende por la parte recurrente, pues no solo faltan datos o pruebas de las que pudiera derivarse una aparente titularidad reclamada, sino que en el caso enjuiciado se carece de elementos para al menos establecer en esta vía contencioso-administrativa una apariencia de derechos que pudiera derivar en una declaración de litigiosidad».

Por su parte, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 (RJ\2009\4249) señala que el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión «es muy claro en el sentido de que la resolución sobre las discrepancias en relación con la titularidad de los derechos está reservada a los Tribunales ordinarios», añadiendo que «en consecuencia, los conflictos sobre la titularidad, delimitación o ámbito de los derechos civiles relacionados con las fincas que se aporten a un proyecto de compensación, allí deben ser resueltos; pero, con la finalidad, sin duda, de evitar —por tales discrepancias— la paralización de los procedimientos de gestión urbanística, el mencionado precep-

to habilita a la Administración que tutela el mismo para —ante la presencia de discrepancias sobre la titularidad de los mismos— llevar a cabo una calificación administrativa —y a los solos efectos de dicho procedimiento de gestión urbanística— de la titularidad (o de la propiedad) como dudosa o litigiosa, y, como consecuencia de ello, para asumir la representación de los derechos o intereses de dichas titularidades respecto de las que existen discrepancias (...) el tratamiento de estos supuestos de litigiosidad en los instrumentos de equidistribución no da lugar a cuestiones prejudiciales devolutivas, sino, simplemente, a que se declare la litigiosidad de la titularidad discutida».

La anterior calificación administrativa debe constar en el proyecto de equidistribución aunque no haya un litigio entre los interesados ante la jurisdicción competente, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2008 (RJ\2008\3125) pone de relieve que «en relación con el artículo 103.4 del RGU ya se dijo que este precepto no exige el que la titularidad discrepante se encuentre sometida al conocimiento de los Tribunales civiles para que pueda tenerse en cuenta y actuar en consecuencia, siendo suficiente con su existencia, cual la alternativa dudosa o litigiosa que el artículo utiliza da claramente a entender, independientemente de que la intervención de tales Tribunales se haya ya producido o vaya a producirse».

En conclusión, en el procedimiento administrativo reparcelatorio la Administración no puede declarar derechos, pero sí puede y debe verificar y declarar, en su caso, la existencia de una situación de conflicto con expresión del alcance y extensión de las dudas. Y esta declaración debe realizarse y reflejarse en el proyecto de equidistribución siempre que conste la existencia de una controversia cierta y apreciable aunque no se haya iniciado un procedimiento judicial para dirimirla, pues su omisión indebida es causa de anulación del proyecto por los tribunales, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre de 2006 (JUR\2007\164360) y la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2013 (JUR\2013\115369), entre otras muchas. A su vez, tal declaración, de carácter preliminar, provisional o preventivo, es independiente de la declaración definitiva del mejor derecho entre los afectados y de la forma en que pueda quedar reflejada en el Registro, cuestiones estas a las que nos referimos en los apartados siguientes.

4. Las competencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con los conflictos sobre titularidad

A) Delimitación negativa

El ya expuesto artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística establece en su primer inciso que «Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los tribunales ordinarios».

Según el artículo 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, «No corresponden al orden jurisdiccional

contencioso-administrativo: a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública».

Completa la regulación el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según el cual los órganos judiciales del orden civil «conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

Por lo tanto, sólo corresponde a la jurisdicción civil resolver las controversias sobre la titularidad de fincas afectadas por los expedientes de reparcelación. Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 26 de junio de 2015 (JUR\2015\179912), «los problemas relativos a la titularidad dominical constituyen cuestiones civiles, cuya decisión está vedada a la Administración y por tanto también a esta jurisdicción —artículo 3.a) de la Ley Jurisdiccional— al estar atribuidas a la jurisdicción civil —artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sin perjuicio de que, conforme al artículo 4 de la Ley Jurisdiccional, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extienda al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, decisión que no produce efecto fuera del proceso y que puede ser revisada por la jurisdicción correspondiente».

B) Delimitación positiva

Sin embargo, lo que se acaba de exponer no implica que las situaciones de conflicto sobre la titularidad de fincas sean absolutamente ajenas a la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto aprobatorio de un proyecto de reparcelación por haber incluido u omitido, en contra del criterio del recurrente, la calificación de una situación de conflicto entre dos posibles titulares de una misma finca aportada, corresponde a esta jurisdicción declarar si la calificación realizada o su omisión es conforme a derecho y, por tanto, si procede la confirmación o anulación del acto recurrido por este motivo, todo ello, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Entendiéndolo así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de marzo de 2008 (JUR\2008\217106) afirma que «Como todos sabemos, son de índole civil las cuestiones que se susciten sobre el derecho de propiedad cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea el titulo por el que se reclame la propiedad, cuestión, a la que no alcanza la jurisdicción de los Tribunales Contenciosos. Con todo, la jurisdicción contenciosa aunque con efectos prejudiciales y limitados, en ocasiones tiene que adentrarse en cuestiones relativas a la propiedad, o mejor dicho, al tratamiento en la equidistribución de las situaciones de controversia sobre las titularidades (...)».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre de 2006 (JUR\2007\164360), señala que «Por tanto, se está en el caso de que este proceso no constituye cau-

ce jurisdiccional adecuado para efectuar pronunciamientos definitivos acerca del derecho de propiedad de la recurrente sobre la superficie cuyo dominio afirma pues, según el precitado artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, la resolución definitiva sobre la propiedad del suelo en el litigio corresponde a la jurisdicción civil, de forma que en la presente resolución únicamente cabe considerar si ha de declararse como dudosa la titularidad del terreno reclamado por la actora y si procede, en su caso, la anulación del proyecto de compensación para que se incluya en el mismo como de dudosa titularidad hasta que se pronuncie la Jurisdicción Civil. Así se sostiene, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 19.4.2005, de 24.11.2000, de 6.7.1999, de 23.4.1992 y de 6.3.1991». En aquel supuesto, practicadas las pruebas pertinentes, se concluyó que «conforme al resultado de las pruebas practicadas en este proceso, la duda existe ahora, y también existía en el momento en que se adoptó el acuerdo impugnado, como pone de relieve la documentación obrante en el expediente y el requerimiento de aclaración hecho por el Ayuntamiento a la junta de compensación así como la circunstancia de que las partes codemandadas contemplen en sus escritos de contestación y de conclusiones la posibilidad de que se le reconozca a la recurrente un eventual derecho a indemnización, que se determinaría en ejecución de sentencia, de lo que se sigue la procedencia de la estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo y anular el acuerdo impugnado en cuanto no calificó como dudosa la titularidad del suelo objeto de litigio».

Resolviendo en sentido inverso pero correlativo y partiendo del mismo razonamiento que la sentencia anterior, la sentencia de la misma Sala de 24 de noviembre de 2006 (RJCA\2007\347) añade lo siguiente: «Debemos significar que la existencia misma de la duda sí resulta susceptible de control por esta Jurisdicción que, con base en lo actuado en el expediente administrativo y en el resultado de las pruebas practicadas en el proceso, puede determinar si la duda existe ahora, y si también existía en el momento en que se adoptó la resolución impugnada», para concluir en aquel caso concreto que «ni lo actuado en el expediente administrativo ni las pruebas practicadas en este proceso conducen a la conclusión de que los terrenos de los recurrentes se encuentren situados en un punto concreto de la U.E. 6».

Por tanto, corresponde al orden contencioso-administrativo declarar si la calificación realizada por el proyecto de equidistribución sobre el carácter conflictivo de las titularidades —o su omisión— es ajustada o no a derecho, siendo además esta declaración susceptible de recurso. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de marzo de 2013 (JUR\2013\115369) afirma que «Y, finalmente, en lo que se refiere al tercero de los motivos impugnatorios aducidos, alega el Ayuntamiento recurrente que el Juzgado no debió entrar a examinar la cuestión civil de propiedad que fue lo planteado por la parte actora, y que este mismo Tribunal en un supuesto idéntico declaró la inadmisibilidad del recurso. Mas es lo cierto que el Juzgado, en contra de lo que se sostiene, no llegó a entrar a resolver la cuestión relativa a la titularidad dominical de la franja de terreno en cuestión, para lo que carecía, y así lo puso de manifiesto de competencia, sino que se limitó a constatar la discrepancia existente al respecto y a acordar la procedencia de aplicar la solución legal prevista para tales supuestos, emplazando a los interesados a solventar la discrepancia sobre tal titularidad ante los Tribuna-

les ordinarios a los que corresponde la resolución definitiva al respecto (...). Por todo lo cual el recurso debe ser desestimado».

5. Consideraciones sobre el contraste existente entre los artículos 103.4 del Reglamento de Gestión y 10.3 del Real Decreto 1093/1997

A los efectos del presente apartado conviene reproducir una vez más el contenido de los dos artículos en cuestión.

Como se expuso, el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión urbanística establece que «Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los tribunales ordinarios. El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda. La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Los gastos que sean imputables a las titularidades referidas podrán hacerse efectivos por la vía de apremio en caso de impago».

Por su parte, el Real Decreto 1093/1997 dispone en su artículo 10.3 que «Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada».

Como queda dicho, el primero de los preceptos recoge las dos categorías clásicas de situaciones conflictivas, que son la «dudosa» y la «litigiosa», según se haya iniciado o no —respectivamente— un procedimiento judicial ante la jurisdicción civil para la determinación del titular real (con abstracción en este último caso de si la demanda se encuentra o no anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad). Apartándose de esta terminología, el artículo 10.3 del Real Decreto de 1997 hace referencia a la titularidad «controvertida», entendiendo por tal aquella en que la demanda ya interpuesta ha sido objeto de la correspondiente anotación preventiva.

A estos efectos debe tenerse presente la disposición derogatoria única del Real Decreto de 1997, según la cual «Quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística».

Ante el contenido genérico de esta disposición derogatoria, cabe cuestionarse en qué medida ha de considerarse vigente y aplicable el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión tras la entrada en vigor del Real Decreto de 1997 y cuál es el tratamiento que ha de darse a cada una de las posibles situaciones de conflicto sobre titularidades tanto en el procedimiento administrativo como en el registral.

Algunos autores consideran que el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión ha quedado superado por el 1.3 del Real Decreto 1093/1997, afirmando que la Administración actuante sólo puede calificar la titularidad registral como dudosa o litigiosa cuando se acredite la existencia de la anotación de demanda, pero no si esta no consta practicada en el Registro y que únicamente si la finca no estuviera

inmatriculada podría calificar la titularidad como controvertida. Según esta tesis, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se lleva hasta sus últimas consecuencias[3].

Frente a esta posición doctrinal, en nuestra opinión los artículos 103.4 del Reglamento de Gestión y 10.3 del Real Decreto 1093/1997 son perfectamente compatibles entre sí, de tal manera que el segundo no supone derogación alguna —ni siquiera parcial— del primero, sin que ello suponga violentar el principio de legitimación registral.

Para llegar a estas conclusiones debe partirse de las importantes diferencias que existen entre los dos preceptos que confrontamos en relación con la clase de procedimiento a la que se refieren y con la identificación de sus respectivos destinatarios.

En efecto, el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión es una norma incluida dentro del Titulo III, referente a la «Reparcelación», y, dentro de él, en su Capítulo IV, sobre su «Procedimiento general». Por tanto, por su contexto se trata de una norma cuyo ámbito de aplicación es, en esencia, el procedimiento administrativo reparcelatorio, si bien algunas de sus reglas habrán de ser tenidas en cuenta con carácter accesorio en el procedimiento registral. Las únicas normas dirigidas explícitamente a este último son las dos incluidas en su última sección, titulada «Formalización e inscripción»: de un lado, el artículo 113, que contempla algunas reglas sobre inscripción registral y ha de interpretarse a la luz del Real Decreto 1093/1997 y, de otro, el 114, que fue derogado expresamente por el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, por el que se aprueba la tabla de vigencias de, entre otros, los Reglamentos de Planeamiento, Gestión y Disciplina Urbanística.

En consecuencia, el artículo 103.4 al que nos venimos refiriendo se limita a establecer una norma propia del procedimiento administrativo correspondiente a la equidistribución y va dirigida en particular a los agentes llamados a velar por la legalidad del contenido del proyecto de reparcelación, que son, en un primer plano o momento, la junta de compensación o la entidad urbanística colaboradora prevista con diferentes nombres en la legislación autonómica en cuanto se encargan de su redacción y, en última instancia, la Administración actuante, a quien compete la aprobación administrativa del proyecto. Pero, insistimos, no es una norma propia del procedimiento registral y, por lo tanto, no está dirigida a los registradores de la propiedad.

Es desde esta perspectiva desde la que, a nuestro juicio, debe contemplarse la regla prevista en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, que contiene un mandato dirigido a la Administración sobre el tratamiento que ha de darse en el proyecto de reparcelación a las fincas respecto de las cuales existe un conflicto de titularidades entre dos posibles propietarios. Y para ello contempla que tales fincas sean calificadas como de titularidad «litigiosa» o simplemente «dudosa» según, respectivamente, se haya iniciado o no un procedimiento judicial ante la jurisdicción competente para dirimir la contienda con carácter definitivo y con abstracción absoluta, en el primer caso, de la circunstancia de constar o no anotada preventivamente la demanda correspondiente.

La constancia o no de la anotación preventiva de la demanda, esencial en el procedimiento registral, pasa a un segundo plano en el previo procedimiento administrativo, hasta el punto de que tal anotación puede ser posterior a la nota marginal de inicio del expediente y de constancia de la expedición de la certificación

de dominio y cargas a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto de 1997, en cuyo caso la Administración o a la entidad urbanística colaboradora podrían no tener conocimiento de su práctica y, por tanto, no habría reflejo alguno de la anotación en el proyecto presentado, a pesar de lo cual, se considera por la doctrina posible la aplicación por el registrador del artículo 10.4 del mismo Real Decreto, sin necesidad de rogación expresa, trasladando dicho asiento preventivo a la finca de resultado que se corresponda con la finca controvertida y sin que sean aplicables a dicho asiento las reglas de cancelación formal de los artículos 14 y siguientes[4].

Es una vez terminado el procedimiento administrativo de aprobación del proyecto de equidistribución[5] cuando la presentación del título inscribible reparcelatorio en el Registro de la Propiedad determina el inicio del procedimiento registral, que es en el que se incardina el artículo 10.3 del Real Decreto de 1997, por lo que, a diferencia del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, constituye una norma esencialmente dirigida al registrador de la propiedad, quien deberá trasladar a la inscripción de las fincas de resultado la anotación preventiva de la demanda que recaía sobre las fincas de origen incluso aunque fuera posterior a la nota marginal del artículo 5 y, por tanto, no hubiera reflejo alguno de tal anotación en el proyecto de reparcelación.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, parece claro que la norma del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, al ser completamente ajena al procedimiento registral, no puede considerarse derogada ni afectada por el artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997, ya que la derogación de aquel Reglamento por este último sólo alcanza a sus normas «en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística», presupuesto que no concurre en modo alguno en el precepto citado en primer lugar según hemos razonado.

No en vano, la mayoría de las sentencias que hemos citado en los apartados anteriores y que determinan la aplicabilidad del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión son posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 1093/1997, igualmente aplicable a los casos enjuiciados por ellas[6].

En contra de la tesis que mantenemos cabría invocar la posible conculcación del principio de legitimación registral previsto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria cuando uno de los títulos en cuestión consta inscrito y el título contradictorio no y no existe anotación preventiva de la demanda.

Sin embargo, consideramos que no en todos los casos resulta adecuada la invocación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a favor del titular registral frente a quien esgrime un título no inscrito. Piénsese, por ejemplo, en los frecuentes supuestos en que las fincas registrales de origen no se encuentran coordinadas con el Catastro y en que la descripción tabular de tales fincas no permite considerarlas ubicadas en el lugar preciso que señala su titular o incluso hay principios de prueba —que, como vimos, pueden y deben ser considerados por la Administración— que apuntan a que la finca registral en cuestión se encuentra situada fuera del ámbito reparcelatorio. En estos supuestos, al no estar la finca coordinada con el Catastro, el principio de legitimación registral del citado artículo 38 no se extiende a sus datos físicos, conforme al artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, según el cual «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la

finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». A falta de esta coordinación, es claro que el artículo 38 no protege la ubicación exacta de la finca registral, de modo que el titular registral no debe quedar protegido respecto de ellos frente a quien esgrime un título, aun no inscrito, del que sí podría resultar con claridad la ubicación exacta de la finca. Y ello, con independencia de si está pendiente un litigio entre ambos en el orden civil o no y de si, en caso afirmativo, se ha anotado o no la demanda. Naturalmente, quedan al margen de este razonamiento los supuestos de doble inmatriculación, que reciben un tratamiento independiente en el artículo 10.1 del real Decreto 1093/1997.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de octubre de 2008 (JUR\2009\53203), relativa a un conflicto de titularidades afectadas por un expediente reparcelatorio, señala lo siguiente: «Las posiciones en competencia, que hemos expuesto en síntesis, se sustentan en el análisis de las historias de las inscripciones y su correspondencia con el Catastro utilizado en el proyecto (el de 1997) aunque las conclusiones que de ese examen se obtienen llevan a resultados diferentes en orden a las fincas aportadas por los herederos de (...) y por (...) o, dicho de otro modo, se discute si la parcela catastral NUM001 del polígono NUM003 forma parte de la aportada por los primeros o por la segunda. La divergencia surge del diferente peso que se concede a los datos utilizados (básicamente los registrales). Al alzaprimarse los datos superficiales que obran en el Registro y más si proceden del siglo XIX, sin referencia a las hojas kilométricas y sin utilizar el sistema métrico, el problema se agudizaba por lo que la Sala, como diligencia final, acordó la aportación de la totalidad de los datos gráficos disponibles, desde las hojas kilométricas de finales del XIX y las cédulas de propiedad hasta las ortofotos, aunque algunos de los parcelarios habían sido aportados en extracto, pero no contenían cartelas que permitiesen su correcta identificación. Pero no nos adelantemos, para tramitar por las cuestiones planteadas y antes de cualquier otra consideración dados los términos del debate, es necesario señalar, una vez más, que en nuestro sistema hipotecario clásico las superficies que constan reflejadas en las inscripciones registrales no están amparadas por la fe pública registral (debe entenderse, decimos nosotros, que por la legitimación registral), que no se extiende a los datos físicos de las fincas inscritas, de manera que la presunción de exactitud registral, con fundamento en la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad, no alcanzaba a los datos de mero hecho, como los referentes a la cabida, lindero, situación, naturaleza, accidentes, etc. (vid STS, entre otras, de 13 noviembre 1987, 1 octubre 1991, 6 julio 1992, 3 febrero 1993, 1 julio 1995 y 27 de junio de 1996). Y es que hasta recientemente el Registro de la Propiedad carecía de una base física fehaciente, reposando sobre las simples declaraciones de los otorgantes. Con todo, se advierte que tanto los redactores del proyecto como el Ayuntamiento parece que mantenían el criterio de reconocer en principio la superficie registral inscrita. Sin embargo, una finca puede estar inscrita con una determinada extensión, no coincidente con la realidad, o incluso no existir tal finca en absoluto, lo cual el Registro de la Propiedad no garantizaba».

Otro supuesto en el que no cabe invocar el carácter absoluto de la protección que brinda al titular registral el artículo 38 de la Ley frente a un título no inscrito para evitar la calificación de la finca como conflictiva es el de la titularidad de un

bien de dominio público perfectamente documentada aunque no inscrita frente a una finca registral que, aun estando coordinada con el Catastro, invade dicho dominio público. Sería el caso, por ejemplo, de las vías del tren que forman parte del dominio público ferroviario conforme al artículo 10 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario. Presentada ante la Administración la correspondiente certificación administrativa, aunque no conste inscrita[7], es evidente que no puede ser ignorada por ella aunque no exista anotación preventiva de demanda alguna, por lo que la finca habría de calificarse igualmente como conflictiva pues la publicidad material de la titularidad de los bienes demaniales no tiene menos valor que la que puede proporcionar el Registro. En consecuencia, lo procedente en estos casos sería realizar la calificación de la situación como dudosa o litigiosa, según corresponda, conforme al artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, a pesar de la presunción que opera a favor del titular registral en virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y que no puede prevalecer frente a la presunción de titularidad de un bien demanial. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2011 (RJCA\2011\538), que, con cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, afirma con rotundidad la procedencia de la declaración en el expediente reparcelatorio de una finca como de titularidad conflictiva al confrontar la titularidad inscrita —protegida por tanto por el principio de legitimación registral— y la titularidad no inscrita a favor de ADIF, sin que constara anotación preventiva de demanda alguna ni el inicio de un litigio ante la jurisdicción civil, La sentencia anuló el acuerdo de aprobación del proyecto de reparcelación enjuiciado por no haber declarado la titularidad dudosa de las fincas objeto, reconociendo el derecho de la recurrente a que se hiciera constar tal declaración.

También cabe citar el supuesto de existencia de discrepancia entre dos títulos inscritos sin que pueda considerarse un caso de doble inmatriculación, como el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 4 de junio de 2008 (RJ\2008\3125): «Frente a ello no podemos acoger la argumentación que se realiza con base en el artículo 10.1, 2 y 3 del artículo 10 del Reglamento sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Es evidente que no nos encontramos ante un supuesto de doble inmatriculación de una finca, en la que, por cierto, la adjudicación de las fincas de resultado y (...) su inscripción registral (...) se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil. Nos encontramos ante un supuesto de contradicción entre dos fincas registrales que, de forma indebida, se ha pretendido resolver reduciendo la dimensión de una a las magnitudes que la hacen encajar en el ámbito, previamente reducido, de la Unidad de Ejecución; esto es, de alguna forma, se ha utilizado la realidad formal urbanística para alterar aspectos concretos relativos a la propiedad de la finca o su propia superficie, sobrepasando los niveles competenciales atribuidos a la Administración urbanística municipal actuante. Tampoco puede aceptarse que los conceptos de titularidad dudosa o litigiosa que se contiene en el artículo 103.4 del RGU, son similares al de titularidad controvertida del artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ya que este, claro es, no es el caso que nos ocupa de contradicción entre dos fincas, sino, si bien se observa, el de un clásico supuesto de litigio sobre la titula-

ridad de una única, concreta y determinada finca. Por ello, el precepto concluye señalando que la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada, y, por ello, el mismo precepto señala que solo existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad, ya que, desde la perspectiva que el precepto contempla el conflicto —la controversia— solo aflora al ámbito registral cuando se produce la anotación preventiva, mas, sin que tal supuesto excluya otros supuestos —sin duda dudosos y litigiosos— como pudiera ser el de autos, con manifiesta contradicción entre dos inscripciones registrales». En este caso, es claro que debe hacerse constar la situación de conflicto que recae sobre la parcela aunque no conste anotación preventiva de la demanda.

En consecuencia, hay casos en que procede la calificación de la finca como conflictiva aun cuando no exista anotación preventiva de la demanda, al igual que sucede cuando la controversia se da entre dos títulos que no figuran inscritos en el Registro.

De todo ello resulta, en nuestra opinión, la perfecta compatibilidad entre los artículos 103.4 del Reglamento de Gestión y 10.3 del Real Decreto 1093/1997 y, por tanto, la subsistencia de las tres categorías posibles de situaciones conflictivas previstas en ellos, cuya determinación y régimen aplicable pasamos a exponer.

6. Clases de situaciones conflictivas y régimen aplicable a cada una

A) Identificación de sus clases: las titularidades dudosas, litigiosas y controvertidas

La compatibilidad entre las distintas categorías de las situaciones de conflicto previstas en las dos normas reglamentarias que estamos analizando ha sido reconocida de manera constante por la jurisprudencia, ya referida, que, tras la entrada en vigor del Real Decreto de 1997, considera vigente el deber de la Administración de declarar en el proyecto de reparcelación las situaciones conflictivas aunque no exista anotación preventiva de la demanda e incluso aunque no se haya iniciado el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción civil, por lo que no es necesario detenerse sobre este particular aquí. Otra cosa es el tratamiento que ha de darse en el procedimiento registral a estas situaciones, cuestión que veremos más adelante.

De lo expuesto en los apartados precedentes resulta que las clases de situaciones de conflicto entre dos posibles titulares de una parcela afectada por un expediente de equidistribución son tres: la calificada por el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión como «dudosa», la calificada por el mismo precepto como «litigiosa» y la calificada como «controvertida» por el artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997. Como se ha visto, en las tres situaciones es necesario que, ante los títulos presentados por los propietarios afectados, resulte una duda razonable sobre cuál de ellos ha de prevalecer.

Es indudable que la terminología empleada por los dos preceptos resulta poco expresiva y no debe ser considerada en términos sacramentales: una situación de duda sobre la titularidad no necesariamente se da cuando dos o más propietarios se disputan la titularidad de una finca; una situación litigiosa puede estar o no anotada preventivamente en el Registro; la expresión titularidad controvertida en

realidad hace referencia a cualquier controversia, judicial o extrajudicial y, además, no es indicativa en modo alguno de la circunstancia de haberse practicado la anotación preventiva de la demanda. No obstante, para mayor claridad, vamos a acomodarnos a aquella terminología.

La situación dudosa o simplemente conflictiva es aquella que se da cuando la disputa entre propietarios es extrajudicial por no haberse iniciado procedimiento judicial alguno ante los órganos de la jurisdicción civil para su resolución pero constan principios o medios de prueba suficientes para generar una duda razonable sobre cuál es el verdadero titular. La situación de titularidad litigiosa es aquella que existe entre las partes de un procedimiento judicial iniciado en el orden civil con el fin de obtener un pronunciamiento judicial sobre el mejor derecho de una u otra. La situación de titularidad controvertida, que más bien podría considerarse como una subespecie de la anterior, es aquella en que el procedimiento judicial en curso ha aflorado al Registro mediante la correspondiente anotación preventiva de la demanda.

El régimen jurídico aplicable a estas situaciones será diferente en función de la clase de procedimiento en el que han de ser tratadas de forma sucesiva y de sus respectivos agentes: el procedimiento administrativo de tramitación y aprobación del proyecto de equidistribución y el procedimiento registral en orden a su inscripción. Por eso consideramos oportuno proceder a su examen conjunto dentro de cada uno de estos dos procedimientos en lugar de hacerlo separadamente para cada clase de situaciones.

B) Tratamiento en el procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo dirigido a la redacción y aprobación del proyecto de reparcelación, detectada una situación de conflicto entre dos propietarios cuyos títulos se refieren a una misma finca o porción determinada de terreno, el régimen aplicable será el previsto en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, que, como queda dicho, es el que se refiere específicamente a este procedimiento.

Una vez constatada la existencia de una duda razonable sobre la verdadera titularidad de una finca aportada a la reparcelación a partir de los indicios o principios de prueba obrantes en el expediente administrativo conforme a las normas que se han expuesto más atrás, entendemos que las reglas aplicables son las siguientes:

a) Los dos propietarios implicados deberán ser tenidos en cuenta en el expediente administrativo en concepto de interesados por aplicación de las reglas generales previstas en la legislación sobre procedimiento administrativo común, así como en el artículo 5.2 de la Ley de Expropiación Forzosa en virtud de la remisión que a ella realiza el 76.2 del Reglamento de Gestión, ya citado.
b) Sin perjuicio de lo anterior, si del Registro resulta la existencia de un litigio en el orden civil sobre la propiedad de la finca por haberse practicado la correspondiente anotación preventiva de la demanda, su existencia deberá constar en el expediente tanto si su fecha fuera anterior a la fecha de la certificación de dominio y cargas y de la práctica de la nota marginal a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 como si,

siendo posterior, se hubiera comunicado su práctica a la Administración actuante o a la junta de compensación o entidad urbanística colaboradora o si estas, a falta de tal comunicación, hubieran tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio. En tal caso, lo procedente será que en el proyecto de reparcelación se adjudiquen al titular registral de la finca de origen sobre la que recaía la anotación las fincas de resultado que se correspondan con ella dejando constancia de la calificación de la situación como controvertida en la terminología empleada por el artículo 10.3 del mismo Real Decreto, aunque, como hemos visto, entendemos que no debe concederse a este calificativo un valor sacramental, por lo que bastaría con que se hiciera constar la situación de conflicto. Sin embargo, también hemos adelantado que, dado que este artículo va dirigido al registrador, consideramos que aunque no se hiciera tal calificación en el proyecto, sería igualmente procedente el arrastre de oficio de la anotación preventiva a las fincas de resultado que se correspondan con la finca de origen objeto de la anotación por aplicación del artículo 11.2, sin que entren en juego las reglas de cancelación formal a que se refieren los artículos 14 y siguientes.

c) Puede suceder que, a pesar de haberse anotado preventivamente la demanda, no exista rastro de ella en el expediente administrativo por ser posterior a la nota marginal de inicio y ser desconocida su existencia por la Administración y por la entidad urbanística colaboradora por no habérseles comunicado y no haber tenido conocimiento de su práctica por cualquier otro medio. En este supuesto, el proyecto adjudicaría las fincas de resultado al titular registral de la finca de origen objeto de la anotación y la falta de constancia de este asiento no sería obstáculo para que fuera tenido en cuenta por el registrador una vez presentado a inscripción, por aplicación del citado artículo 11.2, al que luego nos referiremos.

d) Cuando, pese a la existencia de un litigio seguido ante la jurisdicción civil entre dos interesados sobre la titularidad de una finca de origen, no se hubiera practicado en ningún momento la anotación preventiva de la demanda, se aplicará el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, por lo que el proyecto deberá calificar la situación como litigiosa con este o con cualquier otro calificativo expresivo del conflicto y de su alcance, como vimos. Dado que, según también se vio, esta hipótesis se dará cuando no exista titular registral o cuando, existiendo, las constatadas dudas razonables sobre la verdadera titularidad sean de tal magnitud que superen el alcance del principio de legitimación registral en los casos ya analizados y según la jurisprudencia ya citada, consideramos que las fincas de resultado no deberían adjudicarse a ninguno de los interesados en particular, sino que, puesto que el citado precepto determina que «La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente» y esta representación debería mantenerse hasta la resolución definitiva de la controversia por los tribunales o por acuerdo expreso entre los interesados, cabría entender que, en tanto esta resolución no tenga lugar,

es a dicha Administración a la que habría de adjudicársele las fincas de resultado, si bien con carácter fiduciario y para su entrega en su momento a quien resulte vencedor en el litigio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley Hipotecaria. Dado que en esta hipótesis se «desconoce» cuál de los dos implicados es el verdadero titular, la solución propuesta parece avalada, por la vía de la analogía, por la previsión contenida en el artículo 10.2 del Real Decreto de 1997, según el cual «Cuando la finca de origen fuere de titular desconocido, la finca de resultado se inscribirá a favor de la Administración actuante, con carácter fiduciario y para su entrega a quien acredite mejor derecho sobre la misma».

e) Cuando no exista pleito civil alguno entre los interesados pero sí las ya comentadas dudas razonables sobre la situación de conflicto a la vista de los títulos, indicios y principios de prueba que consten en el expediente, consideramos que la solución aplicable sería la misma que le propuesta en el caso anterior, es decir, adjudicar fiduciariamente la finca de resultado a la Administración actuante para su entrega por esta, cuando proceda, a quien resulte definitivamente el verdadero titular.

C) Tratamiento en el procedimiento registral

Una vez aprobado, firme en vía administrativa y presentado en el Registro el proyecto reparcelatorio, se inicia el procedimiento registral, cuyas reglas podrían ser las siguientes:

a) Lógicamente, si en ese momento la controversia estuviera superada por acuerdo expreso de los dos interesados o por resolución judicial firme, la inscripción de las fincas de resultado deberá practicarse a favor de quien resultara el verdadero propietario de la de origen conforme a las reglas generales de inscripción, a cuyo fin deberá acompañarse como documento complementario el título que así lo justifique por alguna de las dos vías señaladas.

b) En otro caso, es decir, si la controversia no se hubiera resuelto en el momento de la presentación y se hubiera practicado anotación preventiva de demanda, la inscripción de las fincas de resultado se ajustará a lo dispuesto en el artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997, es decir, se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada. Ya hemos adelantado que este arrastre de la anotación preventiva debe producirse aunque no haya constancia de ella en el expediente, por aplicación del artículo 11.2 del mismo Real Decreto, según el cual «Cuando dichas titularidades, derechos y cargas no fuesen declaradas expresamente incompatibles con las determinaciones del planeamiento, se considerarán compatibles y el registrador las trasladará de oficio, por subrogación real, a las fincas de resultado que se adjudiquen a los titulares de las primeras, con cumplimiento de lo dispuesto en las reglas siguientes». También anticipábamos que no resulta de aplicación a la

anotación preventiva de la demanda el régimen de cancelación formal previsto en los artículos 14 y siguientes.

c) En los casos en que no conste practicada anotación preventiva de demanda, ya vimos que, conforme al artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, el proyecto debería adjudicar las fincas de resultado a la Administración actuante para su entrega a quien resulte ser el verdadero propietario, por lo que la inscripción se practicaría, con expresión de la situación conflictiva (sea litigiosa o dudosa), a favor de dicha Administración con carácter fiduciario y para su entrega a quien resulte ser el verdadero titular de la finca de origen conforme al citado artículo 2.3 de la Ley Hipotecaria, según el cual son inscribibles «Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado».

NOTAS

[1] Así lo determina, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 23 de abril de 1992 (RJ\1992\3842).

[2] Previsto, entre otros, en los artículos 13.2.c y 14.c, 23.7 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y en toda la legislación urbanística autonómica.

[3] GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Tomo V (Urbanismo y Registro)*. Madrid: Civitas (p. 213). En sentido similar se manifiesta ARNAIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de actos urbanísticos* (pp. 116-117).

[4] GARCÍA GARCÍA, J.M., op. cit, p. 213.

[5] Y una vez alcanzada por el proyecto la firmeza en vía administrativa según el artículo 2.2.b del Real Decreto 1093/1997.

[6] Declaran la compatibilidad entre ambos preceptos, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2008 (RJ\2008\3125), la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de febrero de 2015 (JUR\2015\121343), la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 2007 (JUR\2007\268474), la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio de 2015 (JUR\2015\179912) y la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de marzo de 2011 (RJCA\2011\538), con cita de múltiples sentencias del Tribunal Supremo.

[7] Circunstancia muy frecuente aunque el artículo..... de la Ley de Patrimonio

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.