

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año CI • Enero - Febrero • Núm. 813

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 CI • Enero - Febrero 2026 • Núm. 813

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-177/2024

Fecha de certificación: 6 de octubre de 2014 (4ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

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

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

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

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

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento 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 Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito
a la DGSJFP

Comisión ejecutiva

Doña María del Rosario Jiménez Rubio
Decana del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Presidente de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Don Santiago Molina Illescas
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España.

Don Basilio Aguirre Fernández
Secretario de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

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

Dña Fátima Yañez Vivero
Consejera de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández
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 Gállico

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 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 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 Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías
Ex 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 María Luz Sánchez-Jauregui Lázaro
Registradora de la Propiedad y Mercantil

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

SUMARIO / SUMMARY

	<u>Págs.</u>
PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO». DÉCIMOTERCER PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO».....	11
 ESTUDIOS/STUDIES	
MESA TORRES, M ^a Pilar: La evolución normativa de la inscripción registral de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y la actual Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025 / <i>The regulatory evolution of the civil registry recording of the filiation of minors born through surrogacy and the current Instruction issued by the DGSJFP on April 28, 2025</i>	15
MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: Posesión, tradición e inscripción (II) / <i>Possession, traditio and registration(II)</i>	47
VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: La protección registral del tercero hipotecario en los casos de doble inmatriculación / <i>The land registry protection of the third party in cases of double registration</i>	93
 DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES	
SORRENTÍ COSTA, Vicent Josep: Cesación de alimentos por conductas imputables al alimentista interpretadas desde las causas de desheredación / <i>Termination of alimony support based on the recipient's conduct, viewed through the lens of disinheritance clauses</i>	137
 DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW	
MEDA RUANO, Lester Manuel: Influencia del derecho registral inmobiliario en España y Guatemala / <i>Influence of real estate registry law in Spain and Guatemala</i>	159

	<u>Págs.</u>
PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: Los actos de autoprotección de las personas menores de edad en la reforma al Código civil cubano / <i>The acts of self-protection of minors in the reform of the Cuban Civil Code</i>	169
 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	197
 ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES/ JUDICIAL STUDIES	
1. DERECHO CIVIL	
1.1. Parte general	
— La mirilla digital como sistema de videovigilancia: límites legales y jurisprudenciales / <i>The digital peephole as a video surveillance system: legal and jurisprudential limits</i> , por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA.....	299
1.2. Derecho de familia	
— La “necesaria revisión” del sistema de protección de los menores en situación de desamparo y el retorno a su familia de origen: en especial, el acogimiento de menores migrantes no acompañados./ <i>The “necessary review” of the protection system for minors in a situation of desert and their return to their family of origin: especially, the reception of unaccompanied migrant minors</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	319
1.3. Derechos reales	
— Las excepciones al principio de <i>salva rerum substantia</i> a través de la jurisprudencia / <i>The exceptions to the principle of salva rerum substantia through case law</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	439

1.5. Obligaciones y contratos	
— Cláusulas de paridad en los contratos de intermediación electrónica para alojamientos turísticos / <i>Parity clauses in electronic intermediation contracts for tourist accommodation</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO	453
1.6. Responsabilidad Civil	
— ¿Ha dejado la fuerza mayor de ser una causa de exoneración para las compañías aéreas? / <i>Has force majeure ceased to be a cause of exoneration for airlines?</i> , por Juan DUEÑAS MARTÍNEZ	473
1.7. Concursal	
— La rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado / <i>The rehabilitation of contracts for the acquisition of assets in installments</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS	501
2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES	
— La subparticipación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025. Otras cuestiones para el debate / <i>Sub share in the Supreme Court ruling of June 12, 2025. Other issues for discussion</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	521
3. URBANISMO	
— Regulación autonómica y actuaciones relacionadas con la planificación y ejecución de las infraestructuras comunes / <i>Regional regulation and actions related to the planning and implementation of shared infrastructure</i> , por Vicente LASO BAEZA	543

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el DÉCIMOTERCER PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá premio al trabajo que, a juicio del Jurado, sea el mejor de los publicados en la RCDI entre el 1 de enero de 2026 y el 31 de diciembre de 2027, en cualquiera de las secciones de la revista, cuyo autor haya optado expresamente al premio y sea menor de cuarenta años en la fecha en que haya enviado el artículo a la RCDI solicitando su publicación. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º Los autores que deseen optar al premio deberán haberlo manifestado así mediante escrito dirigido al Secretario de la RCDI antes del día 31 de marzo de 2028. No podrán optar al premio los autores que formen parte del Consejo Científico de la RCDI en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Científico y los Consejeros integrados en la Comisión Ejecutiva. El Secretario de la RCDI, actuará como Secretario del Jurado. Será Presidente del Jurado el Presidente del Consejo Científico.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

ESTUDIOS

La evolución normativa de la inscripción registral de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y la actual Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025¹

The regulatory evolution of the civil registry recording of the filiation of minors born through surrogacy and the current Instruction issued by the DGSJFP on April 28, 2025

por

M^a PILAR MESA TORRES

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
(acreditada a profesora Contratada Doctora).
Universidad de Córdoba*

RESUMEN: La Instrucción de 28 de abril de 2025, dictada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ha actualizado el régimen registral de la filiación derivada de nacimientos mediante contratos de gestación por sustitución, derogando expresamente las Instrucciones de 2010 y 2019. Esta Resolución inadmite como título apto, para la inscripción en el Registro Civil del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, una certificación registral extranjera, la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor o la sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente. Asimismo, se deniegan todas las solicitudes pendientes de inscripción a la fecha de publicación, y la única vía admitida para

el reconocimiento de la filiación es la judicial española, a través de la filiación biológica del progenitor español y la adopción o el acogimiento posterior cuando se pruebe que hay un núcleo familiar estable y con garantías. Esta medida se fundamenta en la protección del orden público, los derechos del menor y la dignidad de la mujer gestante. En este artículo, analizaremos los antecedentes legislativos de la inscripción registral, en España, de menores nacidos mediante gestación por sustitución, así como el procedimiento a seguir, en la actualidad, para la determinación de su filiación respecto de sus progenitores comitentes.

ABSTRACT: The Instruction of April 28, 2025, issued by the Directorate-General for Legal Security and Public Faith, has updated the registry regime of parentage derived from births through surrogacy agreements, expressly repealing the Instructions of 2010 and 2019. This Resolution rejects, as a valid title for the registration in the Civil Registry of the birth and parentage of children born through surrogacy, a foreign registry certificate, a simple declaration accompanied by a medical certificate concerning the child's birth, or a final judgment issued by the judicial authorities of the relevant country. Likewise, all pending registration applications as of the date of publication are denied, and the only admissible route for the recognition of parentage is through Spanish judicial proceedings, based on the biological parentage of the Spanish progenitor and subsequent adoption or foster care, provided that a stable family unit with adequate safeguards is proven. This measure is grounded in the protection of public order, the rights of the child, and the dignity of the surrogate mother. In this article, we will analyze the legislative background of the registration of children born through surrogacy in Spain, as well as the current procedure to be followed for the determination of their parentage with respect to the intended parents.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución. Maternidad. Paternidad. Filiación. Resoluciones extranjeras. Orden público. Interés superior del menor.

KEYWORDS: *Surrogacy. Motherhood. Fatherhood. Filiation. Foreign judgments. Public policy. Best interests of the child.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.—III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 1. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014. 3. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE FEBRERO DE 2019. 4. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2019. 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE DICIEMBRE DE 2024.—IV. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGSJFP DE 28 DE ABRIL DE 2025.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución —también denominada gestación o maternidad subrogada²— constituye, en la actualidad, uno de los fenómenos más complejos y controvertidos tanto en el ámbito jurídico como en el social, ético y económico.

Desde una perspectiva técnica, puede definirse —en los términos utilizados por el Comité de Bioética de España— como el proceso en el que una mujer «se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad» (LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, 2018, 6). Esta práctica conlleva la existencia de un acuerdo, de naturaleza contractual, entre una mujer —gestante— y una pareja o persona sola —en adelante, utilizaremos el término comitentes para identificar a esta parte de la relación— por el cual la primera renuncia expresamente a la filiación materna en favor de estos (QUICIOS MOLINA, 2019, 8).

Es posible diferenciar dos formas de gestación por sustitución en función del origen del material genético empleado para la concepción del embrión. En la denominada gestación subrogada tradicional o parcial, la mujer gestante aporta su propia carga genética, de modo que se convierte en la madre biológica del nacido. En estos supuestos, el embarazo se produce generalmente mediante técnicas de inseminación artificial utilizando gametos masculinos del comitente, aunque también puede recurrirse a la fecundación *in vitro* con los óvulos de la propia gestante.

Por el contrario, en la gestación por sustitución gestacional o plena, la gestante no aporta material genético, limitándose a llevar a término un embrión previamente creado mediante la fecundación *in vitro* a partir de gametos de los comitentes o, en su caso, de donantes. Esta segunda modalidad es, en la práctica, la modalidad predominante en los países en los que se permite o tolera esta práctica, mientras que la gestación tradicional tiende a estar desaconsejada por la mayor implicación emocional de la gestante y por las dificultades jurídicas asociadas a su condición de madre biológica.

Junto a esta clasificación, cabe añadir otra que atiende a la existencia o no de compensación económica. En este sentido, la gestación por sustitución puede revestir la modalidad altruista, cuando la mujer gestante no percibe remuneración por el embarazo, salvo la cobertura de los gastos indispensables derivados del mismo; o bien la modalidad de subrogación comercial, en la que la gestante recibe una contraprestación económica por llevar a término la gestación (VILAR GONZÁLEZ, 2014, 902).

En el ordenamiento jurídico español, esta figura se encuentra expresamente prohibida en todas sus modalidades. En particular, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida —en

adelante, Ley 14/2006—, declara la nulidad de pleno derecho de estos contratos, por considerarlos contrarios al orden público. Esta nulidad opera *ex lege*, con independencia de la legislación extranjera que eventualmente pudiera regir el acuerdo, situación que suscita conflictividad en el ámbito del Derecho internacional privado, especialmente en lo relativo al reconocimiento en España de filiaciones constituidas mediante resoluciones judiciales o administrativas extranjeras³.

Ahora bien, al margen de la prohibición normativa, la práctica de la gestación subrogada se inserta en un contexto económico de creciente relevancia. El incremento exponencial de estos procedimientos está directamente vinculado a la expansión de las técnicas de reproducción asistida y a la elevada prevalencia de infertilidad a nivel mundial. Según el informe técnico de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 2023, el 17,5 % de la población adulta —aproximadamente una de cada seis personas— experimenta infertilidad a lo largo de su vida reproductiva⁴. Este escenario ha favorecido la configuración de un mercado transnacional en torno a la capacidad reproductiva de las mujeres, en la que intervienen agencias de intermediación, clínicas privadas, despachos jurídicos y otros operadores que obtienen importantes beneficios económicos mediante la prestación de servicios relacionados con la gestación subrogada. No obstante, esta internacionalización de los procesos de subrogación plantea desafíos jurídicos, en la medida en que entra en colisión con principios y valores fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento interno, tales como el principio del interés superior del menor, la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes, la dignidad de la mujer gestante y la aplicación de normas imperativas de Derecho interno como es la nulidad del contrato de gestación subrogada⁵.

En el ámbito jurídico español, el Tribunal Supremo ha reiterado de forma expresa que los contratos de gestación por sustitución vulneran derechos fundamentales tanto de la mujer gestante como del menor nacido⁶, por tratarse de prácticas contrarias a la dignidad humana y al orden público español. Así lo declaró en resoluciones de gran relevancia, como la Sentencia de 6 de febrero de 2014⁷, la de 31 de marzo de 2022⁸ y, más recientemente, en la Sentencia de 4 de diciembre de 2024⁹, que ha ratificado la incompatibilidad de la gestación subrogada con los principios constitucionales y con la protección del interés superior del menor.

Al margen de este marco normativo restrictivo, la realidad social muestra una tendencia creciente de personas residentes en España que, ante la imposibilidad legal de acceder a la gestación por sustitución en territorio nacional, acuden a países donde dicha práctica se encuentra legalmente regulada. Tras el nacimiento del menor en el extranjero, estas personas buscan el reconocimiento de la filiación en España, enfrentándose a diversos obstáculos que van desde la negativa del Registro Civil a inscribir la filiación en base a documentos extranjeros, hasta

la necesidad de acudir a procedimientos judiciales, normalmente largos y costosos, para lograr el reconocimiento de vínculos familiares que ya existen de facto en el plano afectivo y social.

Este escenario se ha visto recientemente modificado por la publicación de la Instrucción de 28 de abril de 2025, dictada por la DGSJFP, que ha suprimido de manera definitiva la posibilidad de inscripción registral automática de filiaciones derivadas de gestación por sustitución en el extranjero. La mencionada Instrucción ha derogado expresamente las directrices anteriores de 2010 y 2019, prohibiendo la inscripción basada en certificaciones extranjeras, declaraciones con pruebas médicas o incluso sentencias firmes dictadas por tribunales de otros Estados. En la actualidad, el único cauce válido para el establecimiento de la filiación en España es el judicial, bien mediante el reconocimiento de la filiación biológica respecto del progenitor español, bien a través de procedimientos de adopción o acogimiento, siempre bajo el control reforzado del orden público y con plena garantía de los derechos del menor y de la dignidad de la mujer gestante.

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer un análisis de la evolución normativa y jurisprudencial que ha marcado el régimen registral de la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución, prestando especial atención al contenido y consecuencias de la Instrucción de 28 de abril de 2025, así como a los desafíos jurídicos y sociales que plantea en la actualidad.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El marco jurídico español prohíbe la gestación por sustitución tal y como contempla el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, al establecer de forma expresa la nulidad de pleno derecho de estos contratos, con independencia de que medie o no contraprestación económica. En sus términos, dispone que *«[s]erá 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»*.

En consonancia con esta prohibición, el apartado segundo del mismo precepto dispone que *«[l]a filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto»*, atribuyendo la condición de madre legal a la mujer que da a luz, con independencia de la existencia o no de vínculo genético con el nacido. Esta regla se asienta sobre los principios romanos *«pars viscerum matris»*¹⁰ y *«mater semper certa est»*¹¹, orientados a garantizar que el hijo tenga,

desde el nacimiento, al menos un progenitor responsable de su cuidado y protección (SERRANO OCHOA, 2024, 14).

Esta regulación, sin embargo, se enfrenta a diversos modelos familiares reconocidos en la actualidad, especialmente tras la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. A pesar de los avances legislativos en el reconocimiento de formas de parentalidad no tradicionales, persisten limitaciones para permitir la filiación basada en la voluntad procreativa y el vínculo afectivo, particularmente en los supuestos de gestación por sustitución.

En este sentido, debe recordarse que la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo, que modificó, mediante la disposición adicional primera, el artículo 7 de la Ley 14/2006 añadió un apartado tercero que permitía que *«[c]uando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido»*, sin necesidad de vínculo genético. Esta previsión supuso un importante avance al permitir la inscripción registral de la doble maternidad en el marco de técnicas de reproducción asistida, sobre la base del consentimiento prestado.

Posteriormente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos LGTBIQ+, amplió este reconocimiento a las parejas de mujeres no casadas, al modificar el artículo 44.4.b) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que dispone expresamente:

«La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia».

Con esta reforma se admite que la filiación pueda determinarse también a favor del progenitor no gestante cuando este preste su consentimiento, siempre que no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no exista conflicto. En consecuencia, se reconoce hoy la posibilidad de atribuir la filiación no solo por razón de parto o vínculo genético, sino también en virtud de la voluntad procreativa, jurídicamente protegida.

Esta evolución normativa ha permitido adaptar el Derecho a nuevas realidades en el ámbito de la reproducción asistida. Sin embargo, este reconocimiento no se ha extendido a los supuestos de gestación por sustitución, generando un tratamiento diferenciado difícilmente justificable.

No obstante, la Ley 14/2006 contempla en su artículo 10.3 una excepción relevante al permitir que el padre biológico pueda ejercitar la acción de reclamación de la paternidad conforme a las reglas generales. En opinión de HERMIDA BELLOT esta previsión resulta contradictoria, pues, mientras el párrafo primero proclama una nulidad radical, el párrafo tercero otorga eficacia jurídica indirecta a la práctica al reconocer efectos a la paternidad biológica. Asimismo, critica que el legislador, si realmente pretendía una prohibición absoluta, debía haber articulado sanciones civiles y penales claras, evitando que una conducta nula produjera efectos válidos (HERMIDA BELLOT, 2020, 1215-1217).

Frente a esta postura, DÍAZ FRAILE señala que no puede afirmarse que carezca de sanción, ya que, si bien nuestro Ordenamiento no prevé sanciones penales específicas en la materia, sí establece la nulidad de pleno derecho del contrato, y ello constituye una inequívoca sanción de carácter civil (DÍAZ FRAILE, 2019, 69). Por su parte, VILAR GONZÁLEZ recuerda que el artículo 24 de la Ley 14/2006, prevé la posibilidad de imponer sanciones administrativas en materia de reproducción humana asistida, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudieran concurrir. Asimismo, advierte que, de llegar a producirse en España un supuesto de gestación por sustitución, podría tener encaje penal en los artículos 220 a 222 del Código Penal, que sancionan la suposición del parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (VILAR GONZÁLEZ, 2014, 910).

Por otro lado, la determinación de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución afecta de manera directa al derecho fundamental del nacido a la identidad. Este derecho implica no solo tener padres y una nacionalidad, sino también conocer los propios orígenes biológicos. En palabras de QUICIOS MOLINA, «La gestación deja huella en la persona, y el conocimiento de la madre gestante debería formar parte del derecho a conocer los orígenes de todo ser humano» (QUICIOS MOLINA, 2019, 8). Por ello, el derecho a conocer los orígenes biológicos y la relevancia de la gestación en la conformación de la identidad personal son dimensiones que el legislador no puede soslayar.

Este régimen genera, además, una evidente desigualdad respecto de la madre comitente, que incluso habiendo aportado material genético carece de vías equivalentes para el reconocimiento directo de la filiación (SERRANO OCHOA, 2024, 16). El Tribunal Supremo ha reiterado que la filiación materna no adoptiva se determina por el parto, sin que la aportación del óvulo tenga relevancia, admitiendo la doble maternidad únicamente en el supuesto previsto legalmente para parejas de mujeres. Así lo declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2025¹², que negó la posibilidad de dejar sin efecto la inscripción de la filiación a favor de la madre gestante por carecer de vínculo genético, recordando que, «[...] la filiación materna no adoptiva se fija por el parto (con la matización

de lo previsto en el art. 7.3 de la citada Ley 14/2006, de 26 de mayo), sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo». Asimismo, la resolución subraya que «[...] el reconocimiento de dichos contratos, y de la determinación de la filiación que en ellos se acuerda [...], es manifiestamente contrario a nuestro orden público [...], porque cosifica a los menores haciéndolos una simple mercancía, objeto de un contrato que pretende fijar su filiación con base en el pago de un precio a una mujer [...], y pretende privar al menor de esa relación de filiación materna así como de su derecho a conocer a su madre»¹³.

En este sentido, coincide con la postura defendida por VELA SÁNCHEZ, quien aboga por una interpretación sociológica y correctora del precepto, de conformidad con el artículo 3.1 del CC. Como señala el autor, debería prevalecer la verdad biológica frente a una presunción que pretende tener carácter *iuris et de iure*, pero que entra en conflicto con el principio constitucional de preeminencia de la verdad biológica, expresamente reconocido en el artículo 39.2 de la CE, al establecer que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad» (VELA SÁNCHEZ, 2025, 4).

En la misma línea crítica, QUICIOS MOLINA advierte que el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, al permitir la determinación judicial de la paternidad conforme a la verdad biológica, deja sin resolver ciertos supuestos problemáticos. Así, se pregunta si sería posible reconocer judicialmente la maternidad biológica cuando el óvulo procede de la comitente y no de la gestante. La respuesta, sostiene, debe ser necesariamente negativa en ausencia de una renuncia expresa por parte de la gestante, ya que no pueden coexistir dos maternidades contradictorias de conformidad con el artículo 113. II del CC que recoge expresamente que «[n]o será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Sin embargo, en caso de producirse tal renuncia, no existiría impedimento para determinar judicialmente la maternidad de la comitente que ha aportado el material genético, acción que, aunque no prevista de forma expresa en el artículo 10.3 Ley 14/2006, encuentra respaldo legal en los artículos 131 y 133 del CC (QUICIOS MOLINA, 2019, 15).

Esta posibilidad colisiona con la doctrina de DÍAZ FRAILE, quien subraya que la renuncia de la madre gestante resulta jurídicamente ineficaz, ya que la determinación de la filiación materna constituye un *status filii* irrenunciable por ser materia de *ius cogens*, de modo que, si bien la madre podría dejar de ejercer los derechos derivados de la filiación, en ningún caso puede renunciar a la filiación misma ni a los deberes que esta conlleva (DÍAZ FRAILE, 2019, 67).

También QUICIOS MOLINA plantea la relevancia de la posesión de estado en estos supuestos. Aunque podría sostenerse que, dada la nulidad del contrato (art. 10.1 LTRHA), carece de eficacia, lo cierto es que no se trata de un efecto del contrato, sino de una situación de hecho autónoma que puede producir con-

secuencias jurídicas en la determinación o acreditación de la filiación (arts. 113 y 131 CC) (QUICIOS MOLINA, 2019, 15).

Como recuerda VILAR GONZÁLEZ, con la práctica de la inscripción en el Registro Civil español, además de dar cumplimiento a las normas internacionales, se satisfacen también las normas nacionales, entre ellas el artículo 39 de la Constitución, que garantiza «la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre», así como su derecho a investigar la paternidad y a gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (VILAR GONZÁLEZ, 2014, 913-914). En la misma línea, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2, reconoce expresamente la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En definitiva, el ordenamiento jurídico español reconoce la maternidad exclusivamente a la gestante y permite la reclamación de la paternidad biológica, pero niega el reconocimiento automático de la maternidad a una persona distinta de la gestante, incluso si ha aportado el óvulo. En tales casos, la única vía posible para obtener la filiación materna legal es el acogimiento familiar o la adopción como veremos en este estudio.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Tras la entrada en vigor de la Ley 14/2006, empezó a plantearse en la práctica el problema de los menores nacidos en el extranjero acordados, mediante contratos de gestación por sustitución, por españoles, conocidos como progenitores comitentes. Estos intentaban inscribir el nacimiento y la filiación de los menores en el Registro Civil consular o en España, presentando certificados expedidos en el extranjero en los que figuraban como padres.

En ausencia de regulación específica, la respuesta inicial fue denegar la inscripción registral, dada la nulidad del contrato y la contradicción con el orden público español. Sin embargo, la situación de esos menores —en muchos casos, bebés que de *facto* eran criados por ciudadanos españoles— planteaba un evidente conflicto con su interés superior —por ejemplo, riesgo de indeterminación de su estado civil o falta de protección legal suficiente si no se les reconocía filiación con quienes actuaban como padres.

Conscientes de esta problemática, las autoridades dictaron la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁴ —en adelante, DGRN-¹⁵, que estableció criterios excepcionales para permitir el acceso al Registro Civil español de menores nacidos por gestación subrogada.

El objetivo declarado de esta Instrucción fue otorgar plena protección jurídica al interés superior de los menores, a la vez que se evitaban vulneraciones graves del orden público como, por ejemplo, impedir cualquier supuesto de tráfico internacional de niños. En primer lugar, la Instrucción de 2010 limitó su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en que al menos uno de los progenitores comitentes tuviera nacionalidad española, dando así cobertura a parejas españolas o mixtas que recurrieran a países donde la gestación por sustitución es legal.

Como requisito previo e imprescindible para autorizar la inscripción, la DGRN exigió la presentación de una resolución judicial emitida por un tribunal competente del país de origen, que determinara la filiación del menor a favor de los solicitantes. Esta resolución extranjera debía garantizar que el proceso había respetado plenamente los derechos de la madre gestante, tal y como recoge la mencionada Instrucción en su texto, *«[e]n especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores»*. En definitiva, se exigía que la gestante contara con el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, que su consentimiento fuera libre y eficaz, y que no existiera ninguna situación de explotación o compraventa de menores.

Además, la Instrucción exigía que dicha resolución judicial extranjera fuera susceptible de reconocimiento en España, ya fuera mediante el correspondiente exequátur otorgado por los tribunales españoles, o mediante un control incidental de legalidad efectuado por el propio Encargado del Registro, siempre que se tratara de una resolución equiparable a un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Con ello, se perseguía garantizar que la filiación pretendida no resultara contraria a principios esenciales del orden público español antes de proceder a su acceso registral.

En relación con este control incidental, ÁLVAREZ GONZÁLEZ subraya que tales requisitos constituyen una verdadera novedad, al estar concebidos específicamente para los supuestos de gestación por sustitución. Sin embargo, advierte que estos criterios entrarían en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no supedita la eficacia de los actos extranjeros de jurisdicción voluntaria al cumplimiento de determinados requisitos materiales o documentales, sino a su adecuación a la ley aplicable conforme a la norma de conflicto española. Mientras que la Instrucción adopta una postura posibilista en cuanto al reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución,

el criterio del Alto Tribunal conduciría, por el contrario, al rechazo de efectos registrales conforme a lo dispuesto en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) española (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2010, 359-360).

La Instrucción de 2010 dispuso de forma inequívoca que, en ausencia de resolución judicial extranjera, debía denegarse la inscripción registral. Así, si los comitentes no aportaban una sentencia dictada por autoridad foránea susceptible de reconocimiento en España, no resultaba procedente transcribir ni el certificado de nacimiento extranjero ni ningún otro documento de carácter privado. En tales supuestos, los interesados quedaban sujetos a los «medios ordinarios» de determinación de la filiación previstos en el ordenamiento jurídico —conforme al artículo 10.3 de la Ley 14/2006, consistentes en el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el progenitor biológico o, en su caso, en la adopción del menor.

Por tanto, la Instrucción de 2010 instauró una vía excepcional que permite reconocer, con efectos limitados, las filiaciones derivadas de gestación por sustitución obtenidas en el extranjero, supeditando su inscripción a la existencia de una resolución judicial extranjera susceptible de ser homologada conforme a los estándares del ordenamiento jurídico español. Con ello, se pretendió conciliar la protección del interés superior del menor —garantizándole un vínculo jurídico seguro con los padres de intención— con la salvaguarda del orden público, al exigir garantías de legalidad y la inexistencia de situaciones abusivas¹⁶.

Durante varios años, dicha práctica se mantuvo vigente, permitiendo que numerosos progenitores comitentes españoles logaran la inscripción registral de sus hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, siempre que cumplieran de forma estricta los requisitos establecidos, en particular la presentación de una resolución judicial extranjera, habitualmente dictada por tribunales de Estados Unidos, Canadá u otros países, susceptible de reconocimiento conforme al ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, desde el inicio se formularon objeciones doctrinales¹⁷ y se manifestaron reservas jurídicas sobre esta solución, al situarse en los márgenes de la legalidad vigente y encontrar su fundamento principal en una instrucción administrativa, en lugar de derivar de una reforma normativa de rango legal. En esta línea, compartimos la crítica formulada por ANDREU MARTÍNEZ, quien pone de relieve que la DGRN llegó incluso a introducir, mediante dicha vía, un control de idoneidad similar al exigido en los procedimientos de adopción, pero atribuido al encargado del Registro Civil. Ello evidencia la intención de trasladar al ámbito de la gestación por sustitución mecanismos de protección propios de la adopción, con el fin de evitar el tráfico de menores. No obstante —y en ello coincidimos plenamente—, no parece que la instrucción administrativa sea

el instrumento normativo idóneo para incorporar exigencias de tal calado (ANDREU MARTÍNEZ, 2019, 71).

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

La doctrina establecida por la DGRN en 2010 fue revisada judicialmente con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014¹⁸. El caso comenzó cuando una pareja española del mismo sexo solicitó en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción de nacimiento de sus hijos, dos mellizos llamados Miguel y Borja, nacidos en California el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. Los solicitantes aportaron certificados de nacimiento expedidos por las autoridades californianas, en los que ambos figuraban como padres de los menores.

El Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles denegó la inscripción solicitada, invocando la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006. Frente a dicha resolución, los interesados interpusieron recurso ante la DGRN¹⁹, que lo estimó, ordenando la práctica de la inscripción al considerar que no se infringía el orden público internacional español y que, además, se garantizaba el interés superior de los menores.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal interpuso demanda para impugnar dicha resolución administrativa, al entender que el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades californianas infringía el orden público español. En concreto, se alegó que tal reconocimiento contravenía directamente el artículo 10 de la Ley 14/2006, que declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la filiación materna a la mujer que da a luz.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, en su sentencia de 15 de septiembre de 2010²⁰, estimó la demanda del Ministerio Fiscal y acordó la cancelación de la inscripción en lo relativo a la determinación de la filiación a favor de los comitentes. Posteriormente, los demandados interpusieron recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia de 23 de noviembre de 2011²¹, confirmando íntegramente la resolución de instancia.

Contra esta última resolución, los interesados interpusieron recurso de casación, que fue resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno de 6 de febrero de 2014. En ella, el Alto Tribunal desestimó el recurso de casación y ratificó la cancelación de la inscripción, fundamentando su decisión en que la resolución californiana, que atribuía la condición de padres al matrimonio recurrente, era contraria al orden público internacional español, por ser incompatible con normas esenciales en materia de filiación inspiradas en valores constitucionales

como la dignidad de la persona, la integridad moral de la mujer y la protección de la infancia.

No obstante, el Tribunal Supremo advirtió que la cancelación de la inscripción podía situar a los menores en una posición de especial vulnerabilidad, al quedar sin progenitores legalmente reconocidos en España. En consecuencia, subrayó que debía garantizarse el interés superior del menor mediante los instrumentos jurídicos existentes en el ordenamiento español para el establecimiento de la filiación, al margen del origen contractual de la gestación por sustitución. En este sentido, se aludió expresamente a la posibilidad de regularizar la filiación mediante el reconocimiento de la paternidad biológica o la adopción por el cónyuge del progenitor biológico.

Como consecuencia de esta evolución jurisprudencial, la DGRN revisó sus criterios iniciales. Tras las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, se constató que la Instrucción de 2010 había sido aplicada en ocasiones de forma excesivamente laxa, generando conflictos con la doctrina jurisprudencial consolidada. Por este motivo, el Ministerio de Justicia dictó en 2019 una nueva instrucción destinada a adaptar la práctica registral a la doctrina emanada del Tribunal Supremo.

3. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE FEBRERO DE 2019

La Instrucción de 14 de febrero de 2019²², dictada por la DGRN, relativa a la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, tuvo una vigencia extraordinariamente breve, limitada a apenas cuatro días, al quedar sin efecto por virtud de lo dispuesto en el apartado primero de la Instrucción de 18 de febrero de 2019, objeto de análisis en el epígrafe siguiente.

El texto representó un intento por parte de la DGRN de sistematizar y redefinir los criterios aplicables en sede registral ante situaciones de gestación subrogada internacional. En sus amplios antecedentes, sintetizados en dieciséis considerandos, se efectuó un detallado análisis del marco normativo y jurisprudencial interno e internacional, así como de la evolución de la práctica registral, que justificaba —a juicio del centro directivo— la revisión del modelo hasta entonces vigente. Se identificaban, como principales riesgos jurídicos asociados a estas prácticas, la ausencia de consentimiento libre y posterior al parto por parte de la gestante y el ocultamiento del origen biológico del menor, circunstancias que se consideraban incompatibles con los principios rectores del sistema registral español y con la protección del interés superior del niño.

La necesidad de esta nueva Instrucción fue justificada por la Dirección con base en diversos factores tanto doctrinales como prácticos, entre los que destacaban la divergencia entre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la práctica registral mantenida hasta entonces, la aparición de nueva normativa —como la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil —en adelante, Ley 29/2015—, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que reforzaban la distinción entre documentos extrajudiciales y resoluciones judiciales extranjeras—, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de gestación subrogada, en especial la Sentencia de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli contra Italia (asunto 25358/12)²³, en la que se afirmaba la prevalencia del marco normativo interno en materia de adopción y protección de menores.

La Instrucción también señalaba la relevancia del derecho del menor a conocer sus orígenes, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²⁴, así como en el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional²⁵ y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999²⁶. En este contexto, se subrayaba que toda inscripción de nacimiento debe reflejar necesariamente la maternidad de la mujer que ha dado a luz, y que, en la medida de lo posible, debía procurarse igualmente la determinación de la paternidad biológica. Asimismo, se enfatizaba que el ordenamiento español proscribía la renuncia previa a la maternidad por parte de la gestante y que resulta contrario a nuestro sistema jurídico privar al menor del conocimiento de la identidad de su madre biológica. Tales principios se conectan, en definitiva, con el orden público español en materia de estado civil, que consagra la regla de que la madre es siempre la parturienta, y con la salvaguarda de la dignidad de la mujer gestante, evitando cualquier cosificación de su persona.

En síntesis, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 articulaba un conjunto de directrices que distinguían diversos supuestos en relación con la inscripción registral de la filiación derivada de gestación por sustitución. La primera de estas situaciones contemplaba el supuesto en que se aportara una sentencia judicial firme dictada por autoridad competente del país de origen que declarase la filiación del menor a favor de los comitentes. En tales casos, se mantenía la línea establecida en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en el sentido de admitir la inscripción siempre que se obtuviese previamente el exequátur en España, o mediante el denominado control incidental por parte del Encargado del Registro Civil, en aquellos casos en que la resolución extranjera se hubiera dictado en procedimientos equivalentes a la jurisdicción voluntaria española.

No obstante, la nueva Instrucción añadía requisitos adicionales que el Encargado debía verificar, encaminados a salvaguardar los derechos de la gestante y del menor. Así, en la directriz primera, se exigía que la sentencia extranjera no hubiera sido dictada en rebeldía de la madre gestante, asegurando su intervención en el procedimiento y las debidas garantías procesales. Además, debía comprobarse que no se vulneraba el orden público español, especialmente en lo relativo al respeto del interés superior del menor y a los derechos de la madre gestante. Entre otros extremos, se imponía la necesidad de acreditar que la gestante hubiera prestado su consentimiento libre y plenamente informado con posterioridad al nacimiento del niño, así como que se garantizase el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos. Se contemplaba también la verificación de la inexistencia de circunstancias que hiciesen desaconsejable confiar la guarda del menor a los padres comitentes, tales como la edad avanzada, graves problemas de salud o cualquier otra causa relevante.

La instauración de estos requisitos comportaba, en la práctica, la creación de un auténtico control de idoneidad sobre los padres comitentes, análogo al que se exige en los procedimientos de adopción, si bien atribuido aquí al funcionario registral consular.

Quedaba así patente la voluntad de la DGRN de trasladar al ámbito de la gestación por sustitución ciertas cautelas propias del Derecho de adopción, con el fin de evitar eventuales situaciones de tráfico de menores, explotación económica o cosificación de las mujeres gestantes. La propia Instrucción subrayaba la necesidad de conjugar los derechos del menor a la identidad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, con otros bienes jurídicos como la dignidad e integridad de la gestante y la prevención de la mercantilización de la filiación, procurando que la inscripción registral no otorgara apariencia de legalidad a posibles supuestos de compraventa de niños.

Sin embargo, cabe suscitar la duda acerca de si la DGRN se excedía en sus competencias al introducir, mediante instrucción, unos controles tan exhaustivos, aspecto que fue objeto de crítica por parte de la doctrina, en la medida en que dicho instrumento carece de rango legal y se dirige únicamente a la interpretación y aplicación de las normas registrales.

Por otra parte, la Instrucción regulaba de manera detallada el procedimiento registral consular en estos supuestos en su directriz cuarta, disponiendo la confidencialidad de la primera inscripción de nacimiento en la que constase la identidad de la madre gestante, aunque permitiendo que el nacido, al alcanzar la mayoría de edad, pudiera acceder a la información relativa a sus orígenes. Este modelo reproducía, en esencia, el régimen establecido para los supuestos de adopción, en el que inicialmente se inscribe la filiación biológica —con la gestante como madre—, datos que quedan reservados, mientras que la filiación adoptiva pasa a

ser la que consta públicamente en el Registro Civil, sin perjuicio del derecho del adoptado a conocer su filiación biológica una vez cumplida la mayoría de edad. De este modo, la DGRN trataba de conciliar el derecho del menor a conocer su identidad biológica con la protección de la intimidad tanto de la gestante como de la familia comitente.

En definitiva, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 constituyó un intento de compaginar el respeto al orden público español con las realidades sociales y jurídicas derivadas de la gestación por sustitución, introduciendo mecanismos de control inspirados en el Derecho de adopción y procurando evitar la vulneración de derechos fundamentales tanto del menor como de la mujer gestante. No obstante, su breve vigencia impidió que tales previsiones llegasen a desplegar eficacia práctica, quedando en suspenso la posibilidad de consolidar un régimen registral específico para estos supuestos en el marco del ordenamiento jurídico español.

4. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2019

La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019²⁷, relativa al régimen registral aplicable a la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución, supuso un cambio de orientación en relación con la doctrina anteriormente sostenida por el Centro Directivo. Esta nueva Instrucción, de escueta extensión —apenas una página—, dejó sin efecto la dictada tan solo cuatro días antes, el 14 de febrero de 2019, y evidenció una reinterpretación restrictiva de los criterios hasta entonces vigentes. Tal como subraya ANDREU MARTÍNEZ «[s]e trata de algo insólito en el ámbito de la DGRN, aunque en materia de GS los conflictos entre posiciones muy encontradas es algo habitual, en particular como sabemos, entre la propia DGRN y el TS español» (ANDREU MARTÍNEZ, 2019, 67).

El cambio doctrinal se fundamentó en las conclusiones contenidas en el Informe del Comité de Bioética de España de mayo de 2017, que calificó la gestación por sustitución como una práctica contraria a la dignidad de la mujer y lesiva para los derechos del menor, abogando por su prohibición en el ordenamiento jurídico español (LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, 2018, 81-82)²⁸. Sobre esta base, la DGRN redefinió las condiciones de acceso al Registro Civil consular, alineándose con una concepción más garantista del interés superior del menor, pero también más exigente en cuanto a los requisitos formales y sustantivos para el reconocimiento de la filiación constituida en el extranjero.

Desde el punto de vista temporal, la Instrucción estableció expresamente la inaplicabilidad retroactiva de las nuevas directrices. Así, en su apartado primero, dispuso que quedaba sin efecto la anterior Instrucción únicamente respecto de los nacimientos producidos con posterioridad a su publicación en el Boletín Oficial

del Estado. Por su parte, el apartado segundo determinó que las nuevas directrices serían de aplicación a las solicitudes presentadas en relación con nacimientos acaecidos a partir del 21 de febrero de 2019. Esta disociación temporal generó situaciones de desigualdad que suscitaron una notable reacción social entre las familias afectadas.

Desde el plano material, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 supuso, más que una ruptura con la doctrina de 2 de octubre de 2010, una reafirmación de sus postulados, aunque con un mayor rigor en su exigibilidad. Así, se distinguían dos supuestos diferenciados:

En primer lugar, cuando existía una resolución judicial firme dictada por autoridad competente del Estado en el que se hubiera practicado la gestación, cabía la inscripción consular de la filiación, siempre que dicha resolución hubiese sido objeto de *exequátur* o de un control incidental de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Esta posibilidad quedaba reservada, de facto, a aquellos ordenamientos en los que la filiación por subrogación se constituye mediante sentencia judicial con las debidas garantías procesales, como ocurre en algunos territorios de Estados Unidos.

En segundo lugar, en ausencia de resolución judicial extranjera —como sucede en países en los que basta un certificado de nacimiento expedido por las autoridades administrativas, como Ucrania o Georgia—, la Instrucción prohibía expresamente la inscripción en sede consular. En tales casos, el encargado del Registro Civil consular debía suspender el procedimiento, al estimarse insuficiente la prueba aportada. Esta posición reflejaba la desconfianza del Centro Directivo hacia la eficacia del procedimiento registral como vía idónea para verificar aspectos esenciales como el consentimiento libre e informado de la gestante o la idoneidad parental de los comitentes. A tal efecto, se instaba a los interesados a promover en territorio español el procedimiento adecuado, ya fuera mediante expediente registral con intervención del Ministerio Fiscal, ya a través del ejercicio de acciones judiciales de reclamación de filiación conforme a lo previsto en los artículos 131 del Código Civil —en adelante, CC— y 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC.

De forma literal, se establecía que:

«Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba suscep-

tibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil.

El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación».

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE DICIEMBRE DE 2024

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2024²⁹, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, constituye un nuevo hito en la consolidación de la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento en España de resoluciones extranjeras que declaran filiaciones constituidas mediante contratos de gestación por sustitución. El fallo reafirma, con contundencia, la primacía del orden público internacional español como límite insoslayable al exequátur, incluso frente a alegaciones fundadas en el interés superior del menor o en la protección de derechos fundamentales de los comitentes.

Por su parte, VELA SÁNCHEZ ha criticado la postura adoptada por el Tribunal Supremo, considerando que su rechazo absoluto a reconocer incluso los efectos de sentencias extranjeras válidamente emitidas supone una interpretación excesivamente rígida del orden público (VELA SÁNCHEZ, 2025, 5).

La controversia tiene su origen en la demanda de exequátur interpuesta por un matrimonio español, quienes solicitaron el reconocimiento en España de la sentencia dictada por un Juzgado del Condado de Béxar, Texas (EE. UU.), de fecha 20 de noviembre de 2020. La resolución extranjera, que validaba el contrato de gestación subrogada suscrito por los demandantes con una mujer gestante y su esposo, declarando a los comitentes como padres legales de los dos menores nacidos el 29 de octubre de 2020 en el Estado de Texas.

El Ministerio Fiscal se opuso al reconocimiento, invocando la vulneración del orden público español. El Juzgado de Primera Instancia, mediante auto de 10 de junio de 2022, denegó el exequátur, fundamentándose en los artículos 46.1.a) y d) de la Ley 29/2015, así como en el artículo 10 de la Ley 14/2006 que sanciona con nulidad este tipo de contratos en el ordenamiento jurídico español. La resolución apreció, además, la existencia de fraude de ley, al haberse acudido a un mecanismo expresamente prohibido en España con la finalidad de obtener una

filiación no permitida en Derecho interno. Una parte de la doctrina —entre ellos, CORRAL GARCÍA, BARBER CÁRCAMO y MORENO ROBLES— ha avalado esta tesis, considerando que la inscripción de tales filiaciones en el Registro Civil español equivaldría a conferir eficacia a un negocio jurídico radicalmente nulo, constituyendo un supuesto paradigmático de fraude de ley³⁰. En este sentido, el artículo 12.4 del CC establece que *«se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española»*, mientras que su apartado 3 precisa que *«en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»*.

Frente al auto de instancia, los comitentes interpusieron recurso de apelación alegando que la denegación del reconocimiento vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el principio de no discriminación y, sobre todo, el interés superior del menor, invocando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), particularmente el caso *Mennesson c. Francia*³¹. No obstante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso insistiendo en que el interés del menor debe ser satisfecho en el marco de legalidad y principios esenciales que conforman el orden público español, el cual no puede ser desplazado por prácticas contractuales contrarias a la dignidad de las personas.

La parte recurrente formuló recurso de casación fundado en cuatro motivos: incongruencia del auto del Juzgado de Primera instancia en el procedimiento de exequatur, vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad —artículo 10.1 CE—, vulneración del principio de no discriminación establecido en la jurisprudencia constitucional; y vulneración del principio superior de protección de los menores. Durante la tramitación del recurso, uno de los comitentes desistió, continuando el procedimiento respecto del otro. El Ministerio Fiscal interesó su desestimación.

El Tribunal Supremo, en su resolución de 4 de diciembre de 2024, desestima íntegramente el recurso.

Respecto del primer motivo, el alto tribunal rechaza la alegada incongruencia del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia por no haberse articulado debidamente mediante recurso extraordinario por infracción procesal, conforme al art. 469.1.2.º de la LEC, y por carecer de cita del precepto legal supuestamente infringido, requisito exigido en sede casacional. Asimismo, se advierte que lo verdaderamente recurrible era la resolución de la Audiencia Provincial, y no el auto de instancia. En todo caso, se subraya que la *ratio decidendi* de la resolución impugnada no se basa exclusivamente en una apreciación de fraude de ley, sino en la contrariedad al orden público, conforme al artículo 46.1.a) de la Ley 29/2015.

En cuanto al segundo motivo, referido a la supuesta vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad —artículo 10.1 CE— de los menores, el Tribunal sostiene que la verdadera lesión de dicho derecho proviene de la cele-

bración del contrato de gestación subrogada, en el que tanto la mujer gestante como el niño son tratados como objetos del negocio jurídico. Se señala que la madre gestante renuncia anticipadamente a todo derecho derivado de su maternidad, cosificándose así a la persona gestante y al recién nacido. Esta práctica, incluso validada judicialmente en otro Estado, resulta incompatible con la dignidad humana proclamada por la Constitución Española y, por tanto, con el orden público nacional.

El tercer motivo, centrado en una supuesta discriminación por razón de nacionalidad, se desestima igualmente por no contener cita normativa y carecer de fundamento sustantivo. El Tribunal explica que no existe trato desigual, puesto que, si el nacimiento se hubiese producido en España, los efectos jurídicos del contrato habrían sido igualmente nulos en virtud del art. 10 de la Ley 14/2006. De hecho, se advierte que, de haberse realizado en territorio nacional, la conducta podría incluso subsumirse en el tipo penal del art. 221.1 del Código Penal.

Por último, el cuarto motivo, que invoca el principio superior del interés del menor, se desestima tras un análisis exhaustivo. El Tribunal reconoce la relevancia de este principio, pero insiste en que debe ser interpretado en coherencia con el orden público español y no como una cláusula que permita validar relaciones jurídicas originadas en prácticas prohibidas. Se recuerda que el ordenamiento jurídico interno ofrece vías legítimas para la determinación de la filiación 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.

IV. LA INSTRUCCIÓN DE 28 DE ABRIL DE 2025

La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —en adelante, DGSJFP— de 28 de abril de 2025³², publicada en el Boletín Oficial del Estado el 1 de mayo del mismo año, se emitió en consonancia con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo³³. Esta Instrucción ha supuesto un punto de inflexión, al suponer la prohibición expresa de acudir a la vía registral para la inscripción de filiaciones derivadas de gestación por sustitución con base en documentación extranjera.

Asimismo, ha derogado expresamente las anteriores de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, sustituyendo el criterio administrativo previo por una directriz taxativa según la cual no cabe practicar inscripción registral en el Registro Civil español de ninguna filiación derivada de gestación por sustitución a partir de documentos otorgados en el extranjero, con independencia de su forma o de la autoridad que los haya emitido.

De forma expresa, se excluye, para tal fin, documentos que hasta entonces podían ser eficaces, tales como *«la certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor; ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente»*. Esta prohibición general impide a los Encargados del Registro Civil admitir como título inscribible documentación foránea relativa a la filiación por subrogación, de modo que los comitentes deben acudir inexorablemente a la vía judicial ordinaria en España³⁴.

Sin embargo, la principal novedad —y a la vez el elemento más problemático de la Instrucción de 2025— radica en su aplicación inmediata a solicitudes pendientes de inscripción. A diferencia de las instrucciones precedentes, que respetaban la tramitación de expedientes iniciados bajo su vigencia, esta nueva directriz impone un criterio de aplicación directa incluso respecto de procedimientos administrativos en curso, remitiendo a los interesados a los tribunales ordinarios. Esta previsión genera un impacto lesivo sobre expectativas legítimas de los ciudadanos que, actuando de buena fe, iniciaron trámites al amparo de las instrucciones entonces vigentes. La aplicación del nuevo criterio a expedientes ya incoados supone una alteración sustancial de las condiciones jurídicas que regían al momento de la solicitud.

Expresamente la Instrucción de 18 de abril de 2025, de la DGSJFP, recoge en la directriz segunda: *«En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada³⁵ una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor; ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente»*. Asimismo, en la tercera dispone que *«[l]as solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada a la fecha de la publicación de la presente Instrucción en el «Boletín Oficial del Estado» no se practicarán»*.

Debe recordarse que la Instrucción de 18 de febrero de 2019 fue clara al señalar que su nuevo enfoque no tendría efecto sobre solicitudes ya presentadas con base en la instrucción anterior de 2010. Esa actitud de respeto a la tramitación iniciada contribuía a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de los ciudadanos en la estabilidad de los criterios administrativos.

Por el contrario, la Instrucción de 2025 rompe con esta práctica y genera un entorno de incertidumbre que puede comprometer los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima consagrados en el artículo 9.3 de la CE. La alteración repentina de criterios, sin una disposición normativa con rango legal que la respalde, y con efectos negativos sobre situaciones jurídicas en tra-

mitación, resulta especialmente cuestionable desde la perspectiva del principio de protección del ciudadano frente a los cambios sorpresivos en la actuación administrativa.

Se refuerza así la necesidad urgente de una intervención legislativa clara y coherente, que ofrezca una solución normativa estable y no sujeta a cambios interpretativos por vía de instrucciones internas. No puede ser que cuestiones tan sensibles como el estado civil del menor, la filiación y el acceso a la nacionalidad española dependan de interpretaciones administrativas cambiantes, sujetas a la coyuntura política o a la orientación jurisprudencial dominante en un momento dado.

En definitiva, la Instrucción de 2025 consagra un régimen de prohibición absoluta de la gestación por sustitución en el plano registral, pero lo hace rompiendo una línea de continuidad y prudencia que venía marcando la actuación de la DGSJFP. La seguridad jurídica de las familias —y más aún, la del menor— exige una actuación del legislador que fije criterios estables y no deje en manos de directrices administrativas la suerte de expedientes de enorme trascendencia personal, familiar y jurídica.

Este cierre registral se justifica en la necesidad de armonizar la práctica administrativa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente, evitando así disparidades entre la actuación de los registros consulares y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales españoles. Desde la entrada en vigor de la Instrucción, la única vía para el reconocimiento de vínculos jurídicos entre un menor nacido por gestación subrogada y los comitentes españoles es la judicial, descartándose cualquier atajo administrativo.

Coincidimos con SORRENTÍ COSTA en que el cambio de criterio de la Dirección General es acertado y aporta una solución más robusta. Asimismo, compartimos su planteamiento de que, en una eventual reforma de la gestación por sustitución, deben primar de forma irrenunciable la dignidad de la mujer gestante y el interés superior del menor, sin que puedan quedar supeditados a la autonomía de la voluntad de las partes (SORRENTÍ COSTA, 2025, 632).

La Exposición de Motivos de la Instrucción subraya que el objetivo principal es reforzar la protección del interés superior del menor, impidiendo que se otorgue apariencia de legalidad a prácticas que pudieran encubrir una mercantilización de la maternidad o del propio menor. Asimismo, se destaca la importancia de preservar el derecho del nacido a conocer sus orígenes biológicos, derecho que podría verse comprometido si se inscribiera una filiación desligada de la mujer gestante.

El marco resultante impone notables repercusiones para los ciudadanos españoles que recurren a esta práctica en el extranjero. Desde 2025, no resulta posible obtener el reconocimiento inmediato de la doble filiación pretendida me-

dian­te la mera pre­sen­ta­ción de docu­men­tos emi­tidos por au­to­ri­da­des ex­tran­je­ras. La úni­ca vía ha­bi­li­ta­da es la ju­di­cial.

Habi­tual­men­te, uno de los co­mi­ten­tes es el pa­dre bio­lógico, quien po­drá —y de­berá— re­co­no­cer o re­cla­mar la pa­ter­ni­dad con­for­me al De­re­cho es­pa­ñol. Una vez ac­re­di­ta­do el vín­cu­lo bio­lógico, por ejem­plo, me­diante prue­ba de ADN, se po­drá es­ta­ble­cer la filiación pa­terna, con los efec­tos ju­rí­dicos de­ri­va­dos, in­clui­da la ad­qui­si­ción au­to­má­ti­ca de la na­cio­na­li­dad es­pa­ñola *iure sanguinis*. Este re­co­no­ci­mien­to se ca­na­li­za me­diante ex­pe­di­en­te de ju­ris­dic­ción vo­lun­ta­ria o, en su ca­so, pro­ce­di­mien­to con­ten­cio­so, con in­ter­ven­ción del Mi­nis­te­rio Fi­scal en de­fen­sa del in­te­rés del me­nor —ar­tí­cu­los 764 y ss. LEC).

El prin­ci­pal ob­stá­cu­lo se plan­tea res­pec­to del se­gun­do co­mi­ten­te, ge­ne­ral­men­te la ma­dre de in­ten­ción, que no ha ges­ta­do al me­nor ni apor­ta vín­cu­lo bio­lógico al­gu­no. En nues­tro or­dena­mien­to ju­rí­dico no exis­te un tí­tu­lo que per­mita su re­co­no­ci­mien­to como pro­ge­ni­to­ra de for­ma di­rec­ta, por lo que la úni­ca vía po­si­ble es la adop­ción —ha­bi­tual­men­te del hi­jo del cónyu­ge o pa­reja— o, en su de­fec­to, el aco­gi­mien­to fa­mi­liar. Ah­ora bien, in­clu­so en los ca­sos en que esta se­gun­da co­mi­ten­te sí apor­ta car­ga ge­né­ti­ca, el or­dena­mien­to es­pa­ñol no re­co­no­ce la filiación ma­terna por ese so­lo he­cho cuan­do no ha me­diado ges­ta­ción, im­pe­diendo así el es­ta­ble­ci­mien­to de una do­ble ma­ter­ni­dad bio­lógica. En to­dos estos su­pue­stos, el vín­cu­lo ju­rí­dico con el me­nor de­berá con­struirse ne­ce­sa­ria­men­te me­diante la adop­ción o el aco­gi­mien­to, cir­cun­stan­cia que po­ne de ma­ni­fies­to una li­mi­ta­ción sig­ni­fi­ca­ti­va del mo­de­lo vi­gen­te y re­for­za las po­si­cio­nes que abo­gan por per­mitir la in­scrip­ción de una do­ble ma­ter­ni­dad.

En la prác­ti­ca, suele tra­tarse de una adop­ción del hi­jo del cónyu­ge o pa­reja del pro­ge­ni­to­ri bio­lógico, mo­da­li­dad ad­mi­ti­da en el ar­tí­cu­lo 176.2.2.^a del CC. Cuando exis­te con­vi­ven­cia y una re­la­ción es­ta­ble, esta vía suele de­sar­rollarse de for­ma más ágil, bas­tando, en ocasio­nes, con el con­sen­ti­mien­to de la ges­tante —que ya suele ha­berse pre­sta­do en el pa­ís de ori­gen—, aun­que po­dría re­que­rir for­ma­li­za­ción adic­cio­nal con­for­me al ré­gi­men de adop­ción in­ter­na­cio­nal.

Una vez cul­mi­na­do el pro­ce­di­mien­to adop­ti­vo, el me­nor ad­qui­ere plena pro­tec­ción ju­rí­dica al con­solidarse una filiación com­ple­ta re­co­no­ci­da por el or­dena­mien­to es­pa­ñol. Esta so­lu­ción, aun­que co­sto­sa en tér­mi­nos tem­po­ra­les y eco­nó­micos, ga­ran­ti­za la equi­pa­ración del me­nor con cual­quier otro hi­jo en cuan­to a de­re­chos y efec­tos ci­viles.

Ah­ora bien, en aque­llos su­pue­stos en que nin­gu­no de los co­mi­ten­tes apor­ta ma­te­ri­al ge­né­ti­co —por ejem­plo, con ga­me­tos do­na­dos—, la si­tuación se com­pli­ca aún más. Tal como ad­vierte CORRAL GAR­CÍA cuan­do nin­gu­no de los miem­bros de la pa­reja —sean del mis­mo sexo o de sexo con­tra­rio— par­ti­ci­pa en el pro­ce­so re­pro­duc­ti­vo con sus pro­pios ga­me­tos, re­sulta im­po­si­ble que nues­tro or­dena­mien­to re­co­no­zca la pa­ter­ni­dad o per­mita la in­scrip­ción del na­ci­do como

hijo suyo por cualquiera de las vías previstas en Derecho (CORRAL GARCÍA, 2014, 1914).

En la misma línea, QUICIOS MOLINA sostiene que cuando ninguno de los comitentes aporta material genético, la filiación solo puede establecerse mediante la adopción, rechazando que pueda admitirse una paternidad o maternidad meramente intencional basada en la posesión de estado, por tratarse de una construcción excepcional y no generalizable (QUICIOS MOLINA, 2019, 15).

En consecuencia, desde la perspectiva del Derecho español, la única filiación jurídicamente reconocible es la que corresponde a la mujer que efectivamente da a luz. Ahora bien, si esta renuncia a la maternidad —como suele suceder en los contratos de gestación por sustitución— el menor queda en una situación de filiación indeterminada. En tales supuestos, la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 —criterio confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022—, reconoce que de «acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos si tal núcleo familiar existe actualmente, ... (habría que permitir) el desarrollo y la protección de estos vínculos»; esto es, «figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar» (VELA SÁNCHEZ, 2023, 932-933).

Durante ese lapso, el menor puede encontrarse sin filiación consolidada, bajo medidas provisionales de tutela o guarda, hasta que se resuelva el procedimiento adoptivo. Se trata, en definitiva, de una consecuencia onerosa derivada de la imposibilidad de acceso directo a la inscripción registral.

Desde la perspectiva del interés superior del menor, los defensores del régimen vigente argumentan que estas medidas, aunque rigurosas, buscan proteger al niño frente a prácticas que podrían vulnerar derechos fundamentales. Se pretende disuadir a los ciudadanos de acudir a este tipo de procedimientos en el extranjero y, simultáneamente, evitar la instrumentalización del cuerpo de la mujer o del propio niño. Según esta visión, la protección del menor ya nacido se garantiza mediante la reclamación de la paternidad biológica y el acceso a la adopción. Como advierte BARBA, que «[a]firmar que a priori el interés del menor está por encima de todos los intereses que puedan estar implicados y que a priori todos los demás intereses deben necesariamente sucumbir es incorrecto. [...] no puede aceptarse una solución que afirme a priori que el interés superior del menor debe justificar siempre el reconocimiento del acto o de la resolución extranjera o, en todo caso, la determinación de la filiación respecto del progenitor de intención» (BARBA, 2023, 170).

No obstante, otros sectores subrayan los efectos indeseables de esta solución, al exponer al menor a situaciones de incertidumbre jurídica durante un periodo relevante de su vida inicial, y al negar una filiación ajustada a la realidad afectiva

desde el nacimiento. El difícil equilibrio entre orden público y protección del menor continúa siendo objeto de debate doctrinal y social, especialmente en un contexto en el que el número de españoles que recurren a la gestación subrogada en el extranjero sigue en aumento, a pesar de los obstáculos legales vigentes.

V. . CONCLUSIONES

I. La evolución normativa y jurisprudencial española en materia de gestación por sustitución evidencia una constante tensión entre la necesidad de preservar los principios de orden público y la dignidad de la persona, y la exigencia constitucional de proteger de manera efectiva el interés superior del menor. La sucesión de instrucciones administrativas, culminada con la dictada por la DGSJFP el 28 de abril de 2025, refleja una tendencia hacia la restricción progresiva, que culmina en la prohibición expresa de acudir a la vía registral como mecanismo de reconocimiento de filiaciones extranjeras. En consecuencia, los progenitores comitentes quedan remitidos exclusivamente a los cauces judiciales previstos en el ordenamiento jurídico español para regularizar la filiación, en un sistema que prioriza la salvaguarda de los principios fundamentales sobre la agilización administrativa.

II. La doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo, en especial las sentencias de 6 de febrero de 2014 y 4 de diciembre de 2024, ha reafirmado que los contratos de gestación por sustitución son radicalmente nulos por contrariar el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 y resultar incompatibles con los principios esenciales de nuestro sistema, como la dignidad de la mujer gestante, la protección integral del menor y la prevención de la mercantilización de la filiación. No obstante, ha reconocido vías internas de protección del niño, como la reclamación de la filiación biológica del progenitor español y la adopción o el acogimiento, permitiendo así garantizar su estatuto jurídico sin vulnerar los valores fundamentales del ordenamiento.

III. La actuación de la DGRN y, posteriormente, de la DGSJFP, reflejada a través de las distintas Instrucciones de 2010, 2019, y finalmente, 2025, evidencia la dificultad de conciliar la realidad social de familias españolas que recurren a la subrogación en el extranjero con las exigencias del ordenamiento interno. Mientras la Instrucción de 2010 y, de forma efímera, la de 2019, intentaron articular soluciones excepcionales basadas en la aportación de resoluciones judiciales extranjeras y en un control de legalidad orientado a salvaguardar los derechos de la gestante y prevenir el tráfico de menores, la evolución posterior ha desembocado en un progresivo endurecimiento de criterios. Este proceso culmina con la Instrucción de 28 de abril de 2025, que establece la prohibición absoluta de la

inscripción registral de la gestación por sustitución, remitiendo a los interesados de forma exclusiva a la vía judicial como cauce de reconocimiento en España.

IV. La Instrucción de 2025, aunque correcta en su objetivo de reforzar la protección del interés del menor y la dignidad de la mujer gestante, plantea dudas desde la perspectiva de la confianza legítima y la irretroactividad de las disposiciones restrictivas. La decisión de extender sus efectos a procedimientos pendientes altera situaciones jurídicas iniciadas de buena fe al amparo de criterios anteriores y debió haberse acompañado de un régimen transitorio que garantizara el equilibrio entre la protección del orden público y la previsibilidad de la actuación administrativa, conforme a lo exigido por el artículo 9.3 de la CE.

V. Desde un punto de vista práctico, el régimen vigente sitúa a los progenitores comitentes ante procedimientos judiciales prolongados y costosos, generando períodos de indeterminación jurídica que afectan directamente al menor. Mientras la filiación paterna puede establecerse mediante pruebas biológicas y a través de procedimientos de jurisdicción voluntaria o contenciosa, la posición de la madre de intención queda circunscrita a la adopción, incluso en los supuestos en que aporte carga genética. Este escenario, lejos de favorecer la finalidad protectora proclamada, puede producir efectos contrarios al principio del interés superior del menor, al dejarlo temporalmente sin filiación consolidada ni nacionalidad reconocida. Por ello, resulta imprescindible que el Estado adopte mecanismos procesales más ágiles, que permitan conciliar la garantía judicial con la efectividad inmediata de la protección del menor.

VI. Asimismo, el sistema actual introduce un elemento de desigualdad material, puesto que solo quienes disponen de medios económicos suficientes pueden afrontar el coste de los procedimientos judiciales necesarios para regularizar la filiación. Ello contraviene los principios de igualdad y de no discriminación proclamados en el artículo 14 de la CE.

VII. De *lege ferenda*, debería contemplarse la posibilidad de establecer la doble maternidad en los supuestos en que la madre comitente tenga un vínculo biológico con el menor. Este planteamiento se justifica en dos precedentes ya asentados en nuestro ordenamiento, pues se admite la reclamación de la paternidad biológica y también el reconocimiento de la doble maternidad en las parejas de mujeres que acceden a técnicas de reproducción asistida. Si ambas soluciones han sido aceptadas, no parece existir inconveniente para extender este esquema a la gestación por sustitución, evitando que la madre biológica deba acudir a la adopción. Del mismo modo, consideramos esencial reforzar el derecho a la identidad del niño, asegurando que pueda conocer sus vínculos con la mujer gestante. Todo ello, resulta compatible con mantener la orientación restrictiva consagrada en la Instrucción de 2025, que valoramos positivamente, al constituir una garan-

tía frente a la mercantilización de la filiación y un instrumento indispensable para preservar los valores fundamentales del sistema.

VIII. En conclusión, la consolidación de un marco jurídico estable, de rango legal, que aborde de forma integral los efectos civiles y registrales de la gestación por sustitución, constituye una necesidad inaplazable. Se considera, además, imprescindible que dicha regulación no se articule mediante instrucciones administrativas de carácter interpretativo, sino a través de normas jurídicas emanadas del legislador, garantizando así la plena seguridad jurídica, el respeto al principio de legalidad y la previsibilidad en la actuación de los poderes públicos. Solo una norma clara y sistemática podrá ofrecer un equilibrio real entre la defensa de la dignidad humana, la seguridad jurídica y la efectividad de los derechos fundamentales de los menores nacidos mediante esta práctica.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS (Sala 1^a) de 21 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6944).
- STS (Sala 1^a) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014. (*RJ* 2014, 833).
- STS (Sala 1^a) núm. 277/2022, de 31 de marzo de 2022. (*RJ* 2022, 1190).
- STS (Sala 1^a) núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (*JUR* 2024, 451378).
- STS (Sala 1^a) núm. 496/2025, de 25 de marzo de 2025. (*JUR* 2025, 59594).

Sentencias de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Valencia n° 193/2010, de 15 de septiembre de 2010. Juez que la dicta: Esteban Tabernero Moreno (AC\2010\1707)
- SAP de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina (AC\2011\1561).

Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —anterior Dirección General de Registros y del Notariado—

- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (*BOE* n° 243, de 7 de octubre de 2010).
- Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, disponible en http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/ID-GRN_14_02_2019.
- Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 (*BOE* n° 45, de 21 de febrero de 2019).

- Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025 (*BOE n.º 105, de 1 de mayo de 2025*).

Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado

- Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009 (*RJ 2009, 1735*)

Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH núm. Rec. 25358/2012, 24 de enero de 2017. Caso Paradiso y Campanelli c. Italia (*JUR 2017, 324283*).
- STEDH núm. Rec. 65192/2011, 26 de junio de 2014. Caso Mennesson c. Francia (*JUR 2014, 176908*).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010). Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* [En línea], tomo X, 339-377, disponible en http://deconflictulegum.usc.gal/export/sites/de-conflictu-legum/_galleries/Articulos/Efectos_en_Espana_de_la_gestacion_por_sustitucion_en_extranjero.pdf
- ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B. (2019). Una vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [En línea], núm. 10 bis, 64-85, disponible en <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/64-85.pdf>
- BARBA, V. (2023). La gestación por sustitución. Malabarismos entre la dignidad de la mujer, el orden público y el interés del menor. En J. R. De Verda y Beamonte y G. Carapezza Figlia, (dirs.). *Entre Persona y Familia*. Madrid: editorial Reus (pp. 159-182).
- BARBER CÁRCAMO, R. (2013). La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2905-2950.
- BATALLER I RUIZ, E. (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [En línea], núm. 2, 777-789, disponible en <https://revista-aji.com/articulos/2015/777-788.pdf>
- CORRAL GARCÍA, E. (2014). Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, 1910-1923.
- DÍAZ FRAILE, J. M.^a. (2019). La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea, *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. VI, núm. 1, 53-131, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401>
- ESTELLÉS PERALTA, P. M.^a. (2025). El derecho a la determinación de la filiación materna de la gestante. Comentario a la Sentencia núm. 496/2025, de 25 de marzo, del Tribunal Supremo (ROJ 1262/2025). *Revista Boliviana de Derecho* [En línea],

- núm. 40, 2025, 742-767, disponible en https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2025/07/rBD-40_Artic26.pdf
- HERMIDA BELLOT, B. (2020). Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, p. 1193-1229.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, M.^a T. y otros. (2018). Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, *Comité de bioética de España* [En línea], disponible en <https://docta.ucm.es/entities/publication/5b2c45cd-214a-4b73-9516-f254b0b32a1f>
- MORENO ROBLES, D. (2021). Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 43, 79-117.
- QUICIOS MOLINA, S. (2019). Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado* [En línea], núm. 1, 3-46, disponible en <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/717316/5652644.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- SERRANO OCHOA, M. Á. (2024). La filiación en España tras una gestación por sustitución internacional: reflexiones en torno a las carencias del sistema filiatorio español. *Civilistica.com* [En línea], v. 13, núm 2, 1-27, disponible en <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/978>
- SORRENTÍ COSTA, V. J. (2025). Gestación subrogada en España (Comentario a la Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025). *Revista Boliviana de Derecho* [En línea], núm. 40, 616-635, disponible en https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2025/07/rBD-40_Artic21.pdf
- VELA SÁNCHEZ, A. (2023). Cuestiones registrales de la gestación por sustitución. En F. Yáñez Vivero, Fátima, M.^a B. Sáinz-Cantero Caparrós, F. J. Jiménez Muñoz, A. Donado Vara, P. López Peláez, E. Abad Arenas, (dirs.). *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, Tomo I. Madrid: Dykinson (pp. 927-940).
- (2025). Por una regulación razonable de la gestación por sustitución en España (I). *Diario LA LEY*, núm. 10.662.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED* [En línea], núm. 14, 897-934, disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13293>

NOTAS

¹ El presente es parte del Proyecto I+D+i PID2023-151074NB-C22, «La representación y el Derecho Civil. presente y futuro», concedido a la Universidad de Córdoba (España), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación (10.13039/501100011033) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional UE. Investigador Principal. Prof. Dr. Ignacio Gallego Domínguez, Catedrático de la Universidad de Córdoba.

² BATALLER I RUIZ considera que resulta improcedente emplear el término maternidad, por tratarse de un concepto que excede el supuesto jurídico concreto al que se hace referencia, «y cuya virtud es la de unificar indisociablemente las dimensiones corporal y psicológica presentes en todo embarazo y puerperio» (BATALLER I RUIZ, 2015, 779).

³ Como advierte BATALLER I RUIZ, aceptar sin reservas esta práctica conduce a una visión dualista de la mujer, reducida a una mera «incubadora», lo cual supone la cosificación de sus funciones reproductivas y la mercantilización de su cuerpo (BATALLER I RUIZ, 2015, 780).

⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION, «Infertility prevalence estimates, 1990-2021», Geneva, 2023, p. 11. Disponible en: «<https://www.who.int/publications/i/item/978920068315>» [Fecha consulta: 20 de julio de 2025].

⁵ HERMIDA BELLOT critica la postura de las instituciones al advertir que, si la gestación por sustitución es considerada reiteradamente como una forma de trata de personas, no basta con mostrar preocupación, sino que deberían impulsarse medidas concretas de prohibición dentro de la Unión Europea (HERMIDA BELLOT, 2020, 1204).

⁶ Según ESTELLÉS PERALTA, en muchos casos la gestación subrogada implica «un proxenetismo del embarazo en el que la gestante se oferta como un producto comercial para la reproducción» (ESTELLÉS PERALTA, 2025, 752).

⁷ *RJ* 2014, 833.

⁸ *RJ* 2022, 1190.

⁹ *JUR* 2024, 451378.

¹⁰ Se trata de un aforismo latino que significa literalmente «parte de las entrañas de la madre» y expresa la idea de que el hijo concebido y gestado forma parte del cuerpo de la madre hasta el momento del parto. Este principio se emplea en Derecho para fundamentar la certeza de la maternidad, dado que la gestación es un hecho biológico constatable que vincula de manera directa al nasciturus con la mujer que lo lleva en su seno.

¹¹ Se trata de un aforismo jurídico romano que expresa la idea de que, a diferencia de la paternidad, la maternidad no ofrece dudas porque es evidente quién da a luz al hijo. Al respecto, véase (ESTELLÉS PERALTA, 2025, 760-761).

¹² *JUR* 2025, 59594. *F.D.* 5 y 6.

¹³ ESTELLÉS PERALTA sostiene que privar al hijo de esa filiación materna implica desconocer su derecho a mantener vínculos jurídicos con la madre gestante y a conocer sus verdaderos orígenes. Ello supone una vulneración del interés superior del menor, además de atentar contra la dignidad de la mujer y del niño al convertirlos en objetos de un contrato con finalidad mercantil (ESTELLÉS PERALTA, 2025, 762-763).

¹⁴ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE nº 243, de 7 de octubre de 2010).

¹⁵ En la actualidad, denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) de conformidad con el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se esta-

blece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, BOE n.º. 25, de 29 de enero de 2020.

¹⁶ En este punto, MORENO ROBLES ha advertido que la apelación al interés superior del menor como fundamento para permitir la inscripción resulta problemática, pues supone validar indirectamente los efectos de un contrato nulo. La autora sostiene que la protección del niño puede garantizarse a través de otras vías previstas en el ordenamiento, como la acción de filiación biológica del art. 10.3 de la Ley 14/2006 o la adopción —o acogimiento familiar, en su caso— una vez consolidada un vínculo familiar de facto, sin necesidad de flexibilizar el orden público ni convalidar prácticas prohibidas (MORENO ROBLES, 2021, 89-93).

¹⁷ Cabe citar a BARBER CÁRCAMO, quien al analizar la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 afirma que «la doctrina la califica de “ilegal”, por excluir la certificación extranjera como título a partir del cual practicar la inscripción, según admite el artículo 23 LH, y por atribuirse indebidamente la Dirección General un papel legislativo, al establecer para el reconocimiento incidental registral unos requisitos sin previsión legal alguna» (BARBER CÁRCAMO, 2013, 2911).

¹⁸ RJ 2014, 833.

¹⁹ RJ 2009, 1735.

²⁰ AC 2010, 1707.

²¹ AC 2011, 1561.

²² Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, disponible en http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/IDGRN_14_02_2019.

²³ JUR 2017, 324283.

²⁴ El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 recoge expresamente: *«El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»*.

²⁵ El artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional recoge expresamente: *«Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin. / Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia. / Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor»*.

²⁶ RJ 1999, 6944.

²⁷ Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 (BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019).

²⁸ Frente a esta interpretación estricta, BARBA advierte que no puede sostenerse sin matices que toda gestación por sustitución suponga una ofensa irremediable a la dignidad de la mujer. Considera que «[l]os ordenamientos jurídicos en los que está prohibida la GPS suelen justificar esta prohibición basándose en la idea de que [...] acaba reduciendo a la mujer a una mera prestadora de servicios y al hijo a un servicio», pero puntualiza que esta justificación resulta «excesivamente simplista» cuando se aplica de manera indiscriminada, sin atender a

supuestos en los que la gestante presta su consentimiento de forma libre e informada o cuando el embarazo se realiza en un marco solidario, como puede ocurrir entre familiares. Desde esta perspectiva, el autor cuestiona que pueda invocarse siempre la cosificación de la mujer como argumento absoluto, proponiendo un análisis más matizado y contextual del fenómeno (BARBA, 2023, 161-163).

²⁹ JUR 2024, 451378.

³⁰ En esta línea, CORRAL GARCÍA considera que permitir la inscripción supondría otorgar en España el único efecto perseguido por los progenitores mediante un contrato nulo celebrado en el extranjero, constituyendo ello un claro supuesto de fraude de ley (CORRAL GARCÍA, 2014, 1911). En términos coincidentes, BARBER CÁRCAMO advierte que «el reconocimiento de una decisión de jurisdicción voluntaria extranjera se utiliza como cauce para introducir en nuestro ordenamiento efectos prohibidos por la ley» (BARBER CÁRCAMO, 2013, 2916). Por su parte, MORENO ROBLES señala que la gestación por sustitución internacional constituye un claro supuesto de fraude de ley, tanto en su vertiente procesal (*bad forum shopping*), al deslocalizar ficticiamente la filiación hacia un foro extranjero permisivo, como en su vertiente sustantiva, al manipular la norma de conflicto para eludir la prohibición imperativa del art. 10 LTRHA. La consecuencia, a su juicio, debe ser la aplicación de la norma española que se pretende evitar, de modo que no proceda reconocer en España resoluciones extranjeras que validen un contrato radicalmente nulo en nuestro ordenamiento (MORENO ROBLES, 2021, 86-88).

³¹ JUR 2014, 176908.

³² Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025 (BOE n.º 105, de 1 de mayo de 2025).

³³ Como sostiene SORRENTÍ COSTA, resultaba un tanto incomprensible que un órgano administrativo mantuviese una posición distinta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Asimismo, señala que «[c]on la Instrucción de 28 de abril de 2025, se alinean ambas instituciones, lo cual debe ser valorado positivamente por cuanto evita la inseguridad jurídica en esta materia» (SORRENTÍ COSTA, 2025, 623).

³⁴ En contraposición a esta Instrucción, VELA SÁNCHEZ defiende la posibilidad de inscribir filiaciones derivadas de convenios de gestación por sustitución en el extranjero sin necesidad de resolución judicial previa, siempre que se acredite el vínculo biológico del progenitor español mediante pruebas de ADN y conste la identidad de la gestante. Sus argumentos se apoyan en la jurisprudencia del TEDH (especialmente *Menesson c. Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia*), en el principio de veracidad biológica, en el derecho del menor a conocer sus orígenes, en el artículo 17.1.a CC (que reconoce como españoles de origen a los nacidos de padre o madre españoles) y en el interés superior del menor, así como en la eficacia de certificaciones registrales extranjeras y de documentos médicos de nacimiento (VELA SÁNCHEZ, 2023, 938-940).

³⁵ Considero más adecuado emplear la expresión «gestación por sustitución» en lugar de «maternidad subrogada», por reflejar con mayor precisión el fenómeno y evitar un lenguaje cosificador. En este sentido, coincido con la opinión de BATALLER I RUIZ, quien defiende dicha denominación frente a otras como «alquiler de útero» (BATALLER I RUIZ, 2015, 779).

*Trabajo recibido el 29 de agosto de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre de 2025*

Posesión, tradición e inscripción (II)

Possession, traditio and registration(II)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Doctor en Derecho y Ciencia Política

RESUMEN: La tradición, en un Estado moderno, no consiste tanto en la entrega de la posesión cuanto en la transmisión del *ius disponendi*, que transmitirá la posesión si el derecho transmitido la conlleva. La tradición, como negocio jurídico dispositivo, solo produce efecto *inter partes*. Para que produzca efecto *inter tertios* el *tradens* debe ser titular del *ius disponendi* y tener capacidad de disposición. El Código civil no contiene mecanismo alguno de identificación del titular del *ius disponendi*. Para ello, remite a la Ley Hipotecaria y ésta, para conseguir ese objetivo, modifica el sistema de transmisión del título y el modo del artículo 609 del Código civil e introduce el sistema de transmisión registral —artículo 34 de la Ley Hipotecaria— el cual sigue la misma lógica que los artículos 545 del Código de comercio,¹² y 119 de la Ley Cambiaria y del Cheque, 11.3 de la Ley del Mercado de Valores— y especialmente, que el artículo 85 del Código de Comercio, que configuran sistemas transmisivos basados en la seguridad del tráfico jurídico. La inscripción en el Registro de la Propiedad hace prescindible la tradición negocial como trámite separado, pero resulta preferible el sistema vigente porque permite una mayor flexibilidad en la protección de las titularidades, sin incurrir en irregularidad, a diferencia de lo que sucede en el BGB.

ABSTRACT: Traditio, in a modern State, does not consist so much in the delivery of possession as in the transfer of ius disponendi, which will transmit possession if the transferred right entails it. Traditio, as a dispositive legal transaction, only produces inter partes effect. In order to produce inter tertio effect, the trade must be entitled to the ius disponendi and have the capacity to dispose of it. The Civil Code does not contain any mechanism for identifying the holder of ius disponendi. To this end, it refers to the Mortgage Law and this, in order to achieve this objective,

modifies the system of transfer of title and mode of article 609 of the Civil Code and introduces the system of registry transfer—article 34 of the Mortgage Law – which follows the same logic as articles 545 of the Commercial Code. 12 and 119 of the Exchange and Check Law—, 11.3 of the Securities Market Law – and especially, that article 85 of the Commercial Code, which configure transfer systems based on the security of legal traffic. Registration in the Land Registry makes the traditio by contract dispensable as a separate procedure, but the current system is preferable because it allows greater flexibility in the protection of titles, without incurring in irregularity, unlike what happens in the BGB.

PALABRAS CLAVE: Tradición como negocio jurídico dispositivo, tradición registral, inscripción, *inter partes*, *inter tertios*, *ius disponendi*, título y modo, sistema de transmisión registral, flexibilidad, seguridad del tráfico jurídico.

KEYWORDS: *Traditio by contract, registry traditio, registration, inter partes, inter tertios, ius disponendi, title and mode, registry transfer system, flexibility, security of legal traffic.*

SUMARIO: I. LA TRADICIÓN. INTRODUCCIÓN.—1.1. LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO EN EL CÓDIGO CIVIL. ¿POR QUÉ EL CÓDIGO CIVIL REGULA LAS FORMAS DE ENTREGA EN SEDE DE COMPRAVENTA?. 1.2. LA NATURALEZA CAUSAL DE LA TRADICIÓN EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL. 1.3. TRADICIÓN Y POSESIÓN. 1.4 LA FUNCIÓN DE LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO DENTRO DEL *ITER* TRANSMISIVO DEL MISMO NOMBRE. 1.5. ¿EN QUÉ CONSISTE MATERIALMENTE LA TRADICIÓN COMO ACTO?—II. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL. 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. REQUISITOS PARA QUE EL OTORGAMIENTO SURTA EFECTO TRADITORIO. 2.3. ¿ES EL OTORGAMIENTO UN ACTO TRADITORIO O UN EQUIVALENTE DE ESTE?—III. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR AL TITULAR DEL *IUS DISPONENDI* PARA QUE LA *TRADITIO* PRODUZCA EFECTO TRASLATIVO.—IV. EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL DE LAS TITULARIDADES INSCRITAS COMO SOLUCIÓN. 4.1. EL ARTÍCULO 609 DEL CÓDIGO CIVIL COMO SISTEMA BÁSICO DE TRANSMISIÓN COMPLETADO POR EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN RELACIÓN A LA PROPIEDAD INSCRITA. 4.2. EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL EL *IUS DISPONENDI* NO SE EXTINGUE CON LA *TRADITIO*, SINO CON LA INSCRIPCIÓN, DOTADA DE FE PÚBLICA REGISTRAL, A FAVOR DEL ADQUIRENTE.—V. TRADICIÓN E INSCRIPCIÓN. 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. ¿SUSTITUYE LA INSCRIPCIÓN A LA TRADICIÓN?. 5.3. ¿ES UNA FORMA DE TRADICIÓN LA INSCRIPCIÓN?. 5.4. ¿SERÍA PREFERIBLE QUE SE PRESCINDIESE DE LA TRADICIÓN COMO ACTO SEPARADO DE LA INSCRIPCIÓN?. 5.5. EL ARTÍCULO 1473 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. CONCLUSIONES.

I. LA TRADICIÓN. INTRODUCCIÓN.

Los artículos 609 y 1095 del Código civil acogen, según opinión común, la teoría del título y el modo, si bien dicha expresión no aparece recogida en ninguno de los dos preceptos, sino en el párrafo primero del artículo 433 del Código civil, según el cual:

” Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”.

El Código civil dedica su Libro III a los diferentes modos de adquirir la propiedad y comienza con una Disposición Preliminar contenida en el artículo 609 que enumera tales modos:

“La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por Ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de prescripción.”

Este precepto ha sido objeto de múltiples críticas, en las que no me detendré, por no ser relevantes desde la perspectiva del objeto de estudio¹, desde la que, sin embargo, merece subrayarse:

1. El artículo 609 del Código civil se completa por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal, conforme al cual: *“El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada”.*

2. El Código civil regula a lo largo de su articulado los diferentes sistemas o modos que enumera², pero no la tradición³, —término que no vuelve a usar en ningún otro precepto, ni siquiera en el artículo 1095— a la que regula en sede de compraventa como obligación de entrega del vendedor, careciendo de una regulación autónoma.

El hecho de que el artículo 609 del Código civil hable de *“ciertos contratos”*, sin especificar cuáles son —solo pueden ser los contratos de finalidad traslativa—, de que solo en él se utilice el término tradición —ni siquiera lo hace el Código civil en el artículo 1095, que habla de entrega—, que la tradición se regule en sede de compraventa al tratar de la obligación de entrega del vendedor, en lugar de dedicarle una regulación autónoma, así como el hecho de que la teoría del título y el modo solo considere como justa causa de la tradición un negocio jurídico obligatorio, plantean la cuestión de si la potencia transmisiva está en el negocio jurídico obligacional, siendo la tradición una mera entrega posesoria pero muy espiritualizada, con lo que el sistema se aproximaría al francés, o, por el contrario, la potencia transmisiva está en la *traditio* como acto por ser el momento en el que el *tradens* debe ser titular del *ius disponendi*.

1.1. LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO EN EL CÓDIGO CIVIL. ¿POR QUÉ EL CÓDIGO CIVIL REGULA LAS FORMAS DE ENTREGA EN SEDE DE COMPRAVENTA?

El término tradición solo es utilizado por el Código civil en el artículo 609 que, en este punto, se separa del artículo 606 del Anteproyecto, el cual hablaba de la “*entrega que es efecto natural de los contratos*”, no de tradición, por lo que no se puede equiparar la tradición del artículo 609 del Código civil con la “*entrega que es efecto natural de los contratos*” del artículo 606 del Anteproyecto, modificación que es consecuencia de la Base XX de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por lo que la tradición no puede ser confundida con la obligación de entrega propia de un contrato de finalidad traslativa, asimilándose más bien a la *entrega legítima* del artículo 698 del Proyecto de 1836.

La cuestión que se plantea, entonces, es la siguiente: ¿Por qué el Código civil regula las formas de entrega en sede de compraventa?

En mi opinión, el hecho de que el Código civil regule los diferentes modos de adquisición que enumera, con excepción de la tradición, podría significar que las normas del Código civil que regulan la obligación de entrega del vendedor deben entenderse más bien como normas que regulan la tradición como acto traslativo y no solo la obligación de entrega del vendedor. Esta opinión se refuerza por el hecho de que tales normas no solo rigen en sede compraventa, sino también en relación a cualquier negocio jurídico de finalidad traslativa —v.gr.: permuta—. ⁴

Ello significa concebir la regulación de la entrega como una regulación bi-fronte: no solo se regula la entrega como obligación del vendedor, sino como acto traditorio, esto es, traslativo del dominio, pues, en otro caso, se confundirían conceptos distintos: el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor forma parte del cumplimiento del contrato de compraventa, mientras que la tradición traslativa es necesaria para que el comprador —y, en general, adquirente— adquiera la propiedad, ⁵ o, en el caso de no ser dueño el *tradens*, la posesión que sirva de título para la adquisición por usucapión.

Esta observación, sin embargo, no acaba de explicar por qué el Código civil regula la tradición como acto jurídico en sede de compraventa.

Tal regulación, no obstante, tiene sentido si consideramos que el Código civil español es el que más se ajusta a los esquemas del Derecho romano, tanto en lo referente a la compraventa como a la tradición, a diferencia de lo que sucede con los códigos civiles francés, italiano o alemán. ⁶

En Derecho romano, a diferencia de lo que sucedía con la *mancipatio* —al menos, la primitiva— y la *in iure cessio*, la *traditio* no agotaba, por sí sola, el proceso transmisivo.

En efecto, así como la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran procesos transmisivos solemnes y ceremoniosos, pero *uno actu*, sin embargo, el proceso transmissivo conocido con el nombre de *traditio*, se descomponía en dos fases: (1) la *iusta causa* —normalmente un contrato y normalmente precedente— y (2) la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad, fase a la que también se le daba el nombre de *traditio*. Estas dos fases se hallaban interconectadas, si bien el alcance de esta conexión ha sido uno de los más discutidos por la doctrina. Es también un factor capital en la configuración de los diferentes sistemas transmisivos.

Este negocio obligatorio precedente solía ser —y suele ser— la compraventa (*emptio-venditio*), arquetipo de los contratos de finalidad traslativa, originariamente un contrato mercantil propio del *ius gentium*, por cuya razón el tratamiento del proceso transmissivo en el Derecho romano, especialmente a partir de Justiniano, requería tratar no solamente de la *traditio* sino también de la *emptio venditio* como negocio obligatorio usual en las transacciones en el mercado.

Ambas, juntas, completaban el proceso transmissivo traditorio, a condición de que el *tradens* tuviera el *ius disponendi* en el momento de realizar la *traditio*, algo que no era posible saber con seguridad, por lo que solamente estaba obligado a entregar la cosa y a garantizar su pública y pacífica posesión. Hay que tener en cuenta, además, que en el tráfico con peregrinos hubiera sido imposible imponer al vendedor la obligación de transmitir el *dominium ex iure Quiritium* de un fundo itálico a un extranjero, lo que, por sí solo, explica ya el origen de la compraventa aplicada a la transmisión inmobiliaria en la época clásica.

En todo caso, hubiera sido imposible porque en un entorno impersonal como consecuencia de la expansión del imperio, ni siquiera el vendedor podía estar seguro de ser el *verus dominus* aunque creyera serlo. En esas circunstancias, era válida la venta de cosa ajena. Tan solo estaba obligado a asistir al comprador en caso de que un tercero le perturbase en su posesión, obligación que cesaba cuando transcurrían los plazos de la usucapión, pues el comprador ya no podía ser vencido en juicio por el *verus dominus*, en el caso de no serlo el vendedor.

Ahora bien, en un sistema causal como el romano, la *emptio venditio* formaba parte conceptualmente del proceso transmissivo, completado con la *traditio*, si el *tradens* era *verus dominus* y, si no lo era, con la *usucapio*. Por ello, por un lado, el vendedor no podía excluir la transmisión de la propiedad —esa cláusula era incompatible con la *emptio venditio*— y, por otro, debía de hacer todo lo posible para que el *emptor* deviniese *dominus*, lo que le obligaba a: (1) realizar la *traditio*, esto es, a realizar el traspaso posesorio con ánimo de transferir la propiedad, es decir, a transferirle la *possessio ad usucapionem* y (2) a asumir la responsabilidad por evicción, hasta tanto el *emptor* no hubiese adquirido por usucapión.

Todo ello se debió, principalmente, (1) a la práctica imposibilidad de prueba del propio derecho de propiedad —*probatio diabolica*—, (2) a que el Derecho romano no conoció un Registro de la Propiedad propiamente dicho, salvo en Egipto, lo que dificultaba —en realidad, impedía— conocer con seguridad quién era el *verus dominus*, cuáles eran las cargas que pesaban sobre las fincas y, en consecuencia, impedía saber si el comprador se convertía en propietario y, en caso afirmativo, en qué medida,⁽³⁾ así como, por último, a la conveniencia de facilitar el comercio de *res Mancipi* con los peregrinos.

El Código civil recoge, esencialmente, esta configuración de la compraventa y de la *traditio* como acto traslativo, las cuales, juntas, conforman el modo o sistema adquisitivo traditorio, operando la compraventa y la obligación de entrega como arquetipos del mismo. De ahí su regulación en sede de compraventa. La palabra *traditio* significa “entrega” y, en el contexto del proceso de adquisición de la propiedad, significa entrega de la posesión —entendida como *ius possidendi* y no necesariamente de la posesión como hecho— de la cosa, que transmite la propiedad por ir acompañada de una justa causa— en este caso, la compraventa—, supuesto el poder de disposición del *tradens* en el momento de realizarla.

1.2. LA NATURALEZA CAUSAL DE LA TRADICIÓN EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

La adopción por el artículo 609 del Código civil —completado por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal— de la teoría del título y el modo implica la opción por una concepción causal de la tradición, en su doble acepción de acto traslativo y de sistema traslativo.

Uno de los requisitos necesarios para que el acto traditorio pueda cumplir su función traslativa es que vaya acompañado de alguno de esos “*ciertos contratos*” a los que se refiere el artículo 609 del Código civil, que desempeñan la función de *iustae causae traditionis*. Sin justa causa, la tradición es inoperante, lo que implica, a su vez, que las vicisitudes que afecten a la justa causa se proyectan, inevitablemente, sobre la eficacia traslativa de la tradición.

Los “*ciertos contratos*” del artículo 609 del Código civil son meros títulos de adquirir, más exactamente meros títulos obligacionales, de los que, por lo tanto, solo surgen obligaciones que solo conciernen a “*las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley*”, según dispone el párrafo primero del artículo 1257 del Código civil, por lo que el Código civil no adopta el sistema *solo consensu* del *Code*.

A su vez, la tradición sin un contrato de finalidad traslativa, válido y eficaz, carece de potencia transmisiva, lo que significa que, en el sistema del título y el modo del Código civil, no cabe una tradición abstracta, en el sentido de desconectada del negocio de naturaleza obligatoria que le sirve de base o causa. La nulidad o inexistencia del título impide la transmisión de la propiedad aunque se haya producido la entrega de la cosa y si el *tradens* no es propietario no puede legitimar la ulterior adquisición por usucapión⁷, pues esta solo purga la falta de titularidad del *tradens* pero no un vicio del título.

Es una característica esencial del sistema del título y el modo adoptado por el Código civil la separación entre el negocio de obligación —“*ciertos contratos*”— y el de disposición —“*tradición*”—, pero, al mismo tiempo, impone la necesidad cumulativa de ambos y la interdependencia entre ambos para que se produzca el efecto traslativo *inter partes*

1.3. TRADICIÓN Y POSESIÓN

En mi opinión, el hecho de que el acto traditorio se halle tan estrechamente ligado a una entrega posesoria —con el ánimo de transmitir la propiedad— se debe, entre otras razones, al hecho de que la *emptio venditio* era originalmente un contrato mercantil.

La *emptio venditio* no solo era un contrato mercantil, sino que era el contrato mercantil por excelencia, pues servía precisamente para el intercambio de productos mediante su estimación en dinero. El objeto propio del contrato era una mercancía (*merx*), es decir, cosas venales, no cosas de propiedad más estable, como la *res Mancipi* —para las que se requería la *mancipatio* o la *in iure cessio*—.

Dado que la *emptio venditio* era un contrato de alcance estrictamente obligatorio, era necesario, además, un negocio dispositivo adaptado a las necesidades de sencillez y celeridad del comercio, y la *traditio* cumplía todas estas características. Lo que importaba era que la cosa entregada quedase bajo el control efectivo del *accipiens*. Originalmente, cuando la *emptio venditio* recaía sobre una *merx*, normalmente de peso y tamaño reducidos, la entrega material de la misma era la forma de trasladar al *accipiens* dicho control efectivo. De ahí la configuración de la *traditio* como traspaso posesorio.

Posteriormente, la fuerza expansiva del comercio extendió este contrato también a la *res Mancipi*, lo que necesariamente modificó la *traditio*, pues, respecto de este último tipo de bienes, especialmente tratándose de inmuebles, la *traditio* ya no podía consistir en una entrega física, de mano a mano, como en el caso de las mercancías.

Dado que ya no es posible una entrega material que permita el control físico efectivo, se opta por la realización de actos que significan la transferencia del control jurídico sobre el bien transmitido, lo que, en mi opinión, revela la auténtica naturaleza del acto traditorio y explica la exigencia de que el *tradens* sea titular del *ius disponendi* para que esos actos de significación y efecto traditorio sean actos traditorios —esto es, traslativos de la propiedad— propiamente dichos.

En este aspecto, en materia inmobiliaria, se desarrolló una notable variedad de actos o formas traditorios y que va desde la *circumambulatio glebarum* —rito consistente en que que *tradens* y *accipiens* recorren juntos los linderos de la finca—, hasta la *vaccuam possessionem tradere* —consistente en que el *tradens* deja el fundo libre para que el *accipiens* lo encuentre desocupado—, pasando por la *traditio longa manu* —subidos a una torre el *tradens* señala al *accipiens* los linderos de esta—. Dentro del mismo, merece ser destacada la que, con posterioridad, los juristas medievales conocieron con el nombre de *traditio per chartam*, esto es, *traditio* mediante la entrega del documento, procedente de los derechos orientales, recogido por Justiniano, también aplicable a los inmuebles y precedente de la tradición instrumental regulada en el artículo 1462.2 del Código civil.⁸

En todos estos casos, suele hablarse de proceso de espiritualización o de formas espiritualizadas de *traditio*, precisamente porque no hay una entrega material de la posesión del bien, a diferencia de lo que sucedía en la compraventa original que tenía por objeto solo mercaderías.

Por ello, en mi opinión, no debería hablarse de formas ficticias de la *traditio*⁹. Esa expresión sugiere que hay formas reales y robustas de *traditio* y formas meramente simbólicas, más volátiles y, por lo tanto, prescindibles, de la misma, lo que sencillamente no es posible si configuramos los contratos y, entre ellos, los de finalidad traslativa, que no traslativos, como fuentes de obligaciones y, por lo tanto, como meros títulos de adquirir, lo que revela su naturaleza de *iustae causae traditionis* y, por lo tanto, la imprescindibilidad de la *traditio* dentro de ese esquema conceptual.

Como señala ALONSO PÉREZ¹⁰, las formas inmateriales de la tradición se producen en sociedades más avanzadas, más urbanas, comerciales y globalizadas, siendo la tradición física —que él llama “real”— más propia de territorios cerrados, agrarios y artesanales, que no se han abierto a la industria y al comercio entre los pueblos, probablemente —debe añadirse—, porque en estas últimas, la tierra sigue siendo el activo fundamental.

Todo ello pone de manifiesto que la esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* por parte del *tradens* y, mediante el mismo, la transferencia de la titularidad del dominio o de un derecho real —en

este caso, sobre inmuebles— al *accipiens*, con las facultades que lo integran, incluido el propio *ius disponendi* sobre las facultades transferidas.¹¹

1.4. LA FUNCIÓN DE LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO DENTRO DEL *ITER* TRANSMISIVO DEL MISMO NOMBRE

No obstante, antes de abordar ese proceso, se hace preciso abordar previamente la cuestión de la función de la *traditio* como acto traslativo para determinar su alcance dentro del modo o sistema transmisivo traditorio.

Para ello, es necesario partir de la distinción entre derechos personales o de crédito y derechos reales. Como sabemos, el contrato es fuente de obligaciones —artículos 1089 y 1091 del Código civil— y para obligarse es necesario tener capacidad para ello, pero no es necesario tener poder de disposición sobre un derecho preexistente integrante del patrimonio del obligado. Una cosa es obligarse y otra muy distinta transmitir un derecho, y para transmitir un derecho real es necesario que el *tradens* sea dueño y, además, tenga poder de disposición sobre un derecho preexistente que le pertenece.

Ello significa, como señala CUENA CASAS, que: (1) Los modos de adquirir un derecho real son necesariamente distintos de los modos de obligarse en los que no es necesario el requisito del *ius disponendi* del *tradens*; (2) El requisito del poder de disposición debe situarse conceptualmente fuera del terreno contractual.¹²

Ello hace conceptualmente ineludible ubicar el *ius disponendi* en la *traditio* como acto traslativo, al menos en aquellos sistemas, como el del Código civil español, en los que rige la teoría del título y el modo, lo cual permite abordar una cuestión nuclear: ¿cuál es la función del acto jurídico traditorio dentro del *iter* transmisivo del mismo nombre?

A pesar de que sea una opinión muy extendida que el acto traditorio desempeñaba, junto con una función de solemnidad, una función publicitaria o difusora del proceso transmisivo operado *inter partes*, es necesario subrayar que la capacidad publicitaria de la *traditio* es escasa y, en todo caso, menor que la de la *mancipatio* y la *in iure cesio*, a las que sustituyó, ya de por sí insuficientes a estos efectos.

Parece, por ello, más consistente con la estructura del proceso transmisivo la opinión de SCIALOJA¹³ según la cual la función de la *traditio* sería la de posibilitar al *accipiens* el goce del derecho, lo que no significa que el acto traditorio fuese un acto cuyo significado fuese simplemente el traspaso efectivo del bien al adquirente, sino que, acompañado de una justa causa, era un acto dispositivo, siempre que el *tradens* tuviese el *ius disponendi*.

Para que el acto traditorio sea tal, se requiere voluntad y poder de disposición en el *tradens* así como voluntad y capacidad de adquirir en el *accipiens*. La entrega que no reúna estos requisitos no es un acto traditorio.

La finalidad de un sistema —o modo en el sentido de sistema— transmisivo es, como su propio nombre indica, transmitir el dominio al adquirente. Dentro de ese *iter* transmisivo, el acto traditorio desempeña la función de transmitir al adquirente, si este acepta, el *ius disponendi*, que es la facultad que permite el control jurídico efectivo —y, en ese sentido, la posesión¹⁴— sobre las demás facultades que integran el dominio y que el *tradens* se ha obligado a transmitir.

Mediante el acto traditorio, el *tradens* transmite el *ius disponendi* y, con él, las demás facultades que integran el dominio, pues aquel permite el control efectivo de estas. De ahí que si el *tradens* no tiene el *ius disponendi* el acto traditorio es ineficaz y, por lo tanto, no puede consumarse la adquisición por el modo o sistema traditorio, si bien, la posesión así transmitida servirá de justo título para la adquisición por usucapión si se dan las demás condiciones, teniendo en cuenta que, como observa MIQUEL, la tara que purga la usucapión no es un vicio del título sino una falta de *ius disponendi* en el *tradens* ¹⁵.

1.5. ¿EN QUÉ CONSISTE MATERIALMENTE LA TRADICIÓN COMO ACTO?

Una vez configurada la función jurídica del acto traditorio, se plantea la cuestión de determinar en qué consiste materialmente. El Código civil solo usa el término tradición en el artículo 609. Por su parte, el artículo 1095 del Código civil, que lo complementa, no usa ese término sino el de entrega, la cual, a su vez, viene regulada entre las obligaciones del vendedor en sede de compraventa —artículos 1462 a 1463 del Código civil—, lo que ha generado notable confusión, pues induce a identificar tradición con el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor y, en general, del *tradens* en todo contrato de finalidad traslativa.

Puede admitirse, como hace SÁNCHEZ ROMÁN, que, en un sentido gramatical, *traditio* significa entrega¹⁶, lo que no significa que toda entrega sea traditoria, ni que todo acto traditorio conlleve una entrega física o material ni, lo que es más relevante, que la tradición pueda concebirse como —y, por lo tanto, identificarse con— el cumplimiento de la obligación de entrega derivada de un contrato de finalidad traslativa.

Por otro lado, la entrega material del bien raramente forma parte del acto traditorio. Puede formar parte de este cuando se trata de transmitir la propiedad de una cosa mueble de peso y tamaño reducidos, v.gr. un iPad, pero no si se trata de objetos pesados y/o voluminosos, aunque sean muebles. Así, por ejemplo, si se trata de un vehículo, la entrega del mismo se realiza mediante la entrega de las

llaves, o, si se trata de bienes muebles almacenados o guardados, la entrega de los mismos se realiza mediante la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados —artículo 1463 del Código civil—. En ninguno de estos casos hay entrega física de los bienes objeto de transmisión, sino de instrumentos que permiten al adquirente acceder al control efectivo —y, en ese sentido, a la posesión— de los mismos.

Tratándose de inmuebles, sencillamente, es imposible una entrega física idéntica a la de un bien mueble de peso y tamaño reducidos. Si se tratara de una finca agrícola vallada, con una puerta de acceso, la entrega de esta puede consistir en la entrega de las llaves de acceso. Lo mismo cabe decir, si se trata de un piso que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. En ninguno de estos hay entrega física del bien objeto de transmisión, pero sí de instrumentos que permiten un control efectivo —y, en ese sentido, la posesión— de los mismos.

Fuera de estos casos, el acto traditorio en sentido jurídico, en el ámbito inmobiliario, mediante el cual tiene lugar la entrega o traslación del *ius disponendi* del *dominus* y *tradens* al *accipiens*, se implementa mediante una serie de actos, de mayor o menor perfil litúrgico, que, aunque tienen tal significación jurídica, sin embargo, no conllevan la entrega de instrumentos físicos que permitan un control efectivo del bien inmueble transmitido, sino de la legitimación jurídica para requerir la intervención judicial en el caso de que alguien dificulte o impida el ejercicio del *ius disponendi* adquirido.

II. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL

2.1. INTRODUCCIÓN

Como subraya ALONSO PÉREZ¹⁷, especialmente a partir del siglo XIV las diferentes formas de tradición espiritualizada experimentan un desarrollo inusitado en toda Europa, especialmente la *traditio per chartam* hasta el punto de que en la tradición jurídica de Occidente la *traditio per chartam* acabará por obtener la prioridad frente a la tradición de la cosa.

Dada su especial relevancia, merece la pena detenerse en el análisis de la tradición instrumental en nuestro ordenamiento jurídico. Esta forma de tradición no es una *traditio ficta* o *symbolica*, sino una tradición tan real y con tanta sustantividad propia como la entrega de la cosa cuando la *emptio venditio* recaía sobre mercaderías y la *traditio* consistía en la entrega de estas.

A ella se refiere el artículo 1462.2 del Código civil, el cual dispone:

“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.¹⁸

El precedente más inmediato de este texto lo encontramos en el artículo 1385 del Proyecto de García Goyena, conforme al cual:

*“Cuando por disposición de la ley, o por voluntad de las partes se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de esta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”*¹⁹

El Proyecto de García Goyena adoptaba el sistema de transmisión francés *solo consensu* complementado por un sistema registral de documentos, esto es, de mera inoponibilidad de los títulos no publicados frente a los publicados.

Este precedente, el hecho de que el Código civil, pese a abandonar el sistema francés y adoptar la teoría del título y el modo en el artículo 609 complementado por el artículo 1095, mantenga en el artículo 1462.2 una redacción similar a la del artículo 1385 del Proyecto de García Goyena; el hecho de que el Código civil solo utilice el término tradición en el artículo 609, añadido a que no dedique un capítulo a la regulación de la tradición, a que el artículo 1095 no hable de tradición, sino de entrega y a que regule las diferentes formas de entrega en sede de compraventa al regular la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, han generado y siguen generando confusión sobre la configuración de la tradición como modo o sistema adquisitivo, así como sobre la tradición como acto traditorio²⁰, tendiendo a identificar esta última con el cumplimiento de la obligación de entrega del *tradens* en ejecución de su obligación de traspasar la posesión al *accipiens*.

Ello, además, viene facilitado por el hecho de que en el sistema del Código civil el vendedor, pese a ser la compraventa un contrato de finalidad traslativa del dominio, no está obligado a transmitir la propiedad del bien vendido al comprador, sino solo a garantizarle su posesión pública y pacífica y al saneamiento en caso de evicción —artículos 1461 y 1474 del Código civil—. ²¹

Por todo ello, el análisis de la tradición instrumental es de gran utilidad para la configuración de la tradición como acto traslativo y, por lo tanto, como parte del modo transmisivo traditorio, dentro de nuestro sistema jurídico.

Desde la perspectiva del objeto material de este estudio, lo primero que cabe destacar es que la tradición instrumental a la que se refiere el artículo 1462 II del Código civil no conlleva un traspaso posesorio real o efectivo, sino que consiste en el otorgamiento de la escritura pública.

2.2. REQUISITOS PARA QUE EL OTORGAMIENTO SURTA EFECTO TRADITORIO

Para que tal otorgamiento sea traditorio es necesario que se cumplan determinados requisitos:

1) En primer lugar, es necesario que el otorgamiento se adecúe a la legalidad. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de mayo de 2008, sobre el artículo 145 del Reglamento Notarial en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, precisó lo que debe entenderse por adecuación del otorgamiento a la legalidad: “...la dación de fe por el notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el artículo 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el artículo 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el artículo 195, tras lo cual el notario autoriza el documento”²²

Dado que se trata de normas imperativas cuyo contenido es de gran relevancia para, entre otras finalidades, conseguir que las partes comprendan exactamente aquello a lo que se comprometen, su incumplimiento conllevará la nulidad de pleno derecho del otorgamiento —confer.: artículo 6.3 del Código civil—, lo que impide que el mismo sea apto para producir efecto traditorio alguno.²³

Es el otorgamiento que reúne estas condiciones el que equivale a la tradición. La compraventa en documento privado no transmite por sí sola la propiedad al comprador —sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997 y 13 de octubre de 2004, entre otras—.

2) Que de la propia escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario.

No se requiere que la escritura contenga un reconocimiento expreso de su valor traditorio, sino que de la misma no resulte o se deduzca claramente lo contrario. Se deduce claramente lo contrario cuando las partes o alguna de ellas manifiestan que la escritura no tiene valor traditorio, en cuyo caso producirá todos los efectos que le son propios, excepto el traditorio. Así, producirá los efectos señalados por la Ley y Reglamento notariales y por el Código civil, el cual regula los documentos públicos dentro del Capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones —artículos 1214 a 1224 del Código civil—.

Los problemas se plantean cuando no existen tales declaraciones explícitas, sino que la privación del carácter traditorio debe deducirse de la lectura de la propia escritura.

En este orden de cosas, una de las cuestiones más relevantes que plantea este precepto es la de determinar si, supuesto el cumplimiento de los demás requisitos, es necesaria la condición de poseedor del *tradens* para que la escritura pública equivalga al acto traditorio —en rigor, sea una modalidad del mismo— o, por el contrario, la carencia de tal condición, reflejada en la escritura, es un hecho que lo impide por cuanto implica que de la misma escritura resulta o se puede deducir claramente que el *tradens* no es poseedor. En este punto existen diferentes posiciones doctrinales. Me limitaré a exponer, brevemente, las más relevantes.

ROCA SASTRE²⁴ sostiene que si el transmitente no tiene la posesión el otorgamiento no equivale a la tradición, puesto que esta implica la entrega de la cosa. Si se hubiera practicado una inscripción puede ser rectificadora, salvo que hubiera

surgido un tercero protegido por la fe pública registral. GARCÍA GARCÍA²⁵ crítica esta solución porque no es una solución para las situaciones normales —pues, a juicio de este autor, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo contempla una adquisición a *non domino*—.

LACRUZ²⁶, por su parte, sostiene que el artículo 1462 del Código civil es aplicable también cuando el otorgante no es poseedor, porque considera que el artículo 1462 del Código civil no contempla una forma de tradición, sino un equivalente de la misma. En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO²⁷, si bien, según este autor, el artículo 1462 II no establece una presunción *iuris tantum* de tradición real, sino que configura la tradición instrumental como otra forma de tradición, estableciendo que el otorgamiento conlleva una presunción *iuris tantum* de tradición instrumental, no de entrega de la posesión.

En esta misma línea, GARCÍA GARCÍA²⁸ afirma que la inscripción no queda desvirtuada por la falta de posesión real del *tradens*, ya que solo requiere tradición instrumental. Indirectamente, esta es también la posición de GIMENEZ ROIG²⁹, el cual sostiene que cabe no solo la venta del bien, sino también de la acción reivindicatoria. A esta última le sería aplicable el artículo 1526 del Código civil. Si el vendedor no es poseedor, el comprador estaría legitimado para ejercitar las acciones del vendedor —confer.: artículo 1186 del Código civil—. Ello significa, según GARCÍA GARCÍA³⁰, que no sería necesaria la posesión en el *tradens*.

JEREZ DELGADO³¹ analiza la cuestión centrándose en la relación que media entre el artículo 1462 II del Código civil y el Registro de la Propiedad. Desde esta perspectiva, en opinión de esta autora, el artículo 1462 del Código civil facilita la prueba de la entrega y, por lo mismo, facilita la prueba de la tradición. En el ámbito hipotecario, lo que interesa es determinar: 1º.) Cuándo puede estimarse suficientemente probada la tradición —a efectos de la inscripción—, para lo cual no es exigible indagar más allá de la documentación que se presenta y la información resultante de los propios libros registrales y 2º.) Qué consecuencias puede tener la inscripción efectuada, aspecto este en el que solo incide indirectamente el artículo 1462 II del Código civil en la medida en la que la falta de posesión del *tradens* pueda provocar la rescisión del contrato y la consiguiente ineficacia de la transmisión publicada.

En mi opinión, la esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* por parte del *tradens* y, mediante los mismos, la transferencia de la titularidad del dominio o de un derecho real —incluido el propio *ius disponendi* sobre las facultades transferidas— y también el *ius possessionis* de un modo inmediato si el *tradens* no ha concedido previamente un derecho real que conlleve posesión, y, si lo ha concedido, cuando el mismo se extinga

—v.gr.: usufructo—, extinción que puede ser provocada por el propio contrato de finalidad traslativa formalizado en escritura pública —v.gr. arrendamiento de local de negocio—.

La tradición consiste así en la transferencia de los instrumentos que permiten el control jurídico efectivo sobre el bien cuya titularidad se transmite. De ello se deduce que el hecho de que el *tradens* no sea poseedor no desvirtúa el carácter traditorio del acto del otorgamiento, lo cual rige también, por las razones expuestas, en el caso del propietario despojado de la posesión contra su voluntad —artículo 460.4 del Código civil³²— Coincido con CUENA CASAS cuando afirma que solo es exigible la posesión en el *tradens* cuando sea esta el objeto de transmisión. De lo contrario, es decir, de exigir la posesión en todo caso en el *tradens* sería inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor³³.

Por ello, cuando el *tradens* no es poseedor, como observa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el otorgamiento de escritura pública puede ser la única forma posible de tradición como acto traslativo porque la tradición instrumental es siempre posible³⁴, lo que permite que todos los derechos reales, incluidos los no susceptibles de posesión, puedan ser objeto de transmisión traditoria³⁵ y neutraliza las críticas que afirman que los derechos reales no susceptibles de posesión no son tampoco susceptibles de tradición y, por lo tanto, la transmisión, en esos casos, se produciría *solo consensu*.

Es más, cabe entender que los derechos de adquisición, cuando se constituyen como autónomos, las servidumbres negativas —sobre todo las no aparentes o aquellas en que no es posible de momento el uso a favor o sobre el edificio futuro, los censos, los derechos de garantía —sin desplazamiento de posesión— no pueden, en general, constituirse como derechos reales —y no meramente con efectos personales— de otro modo que en escritura pública, como se confirma, para supuestos determinados, en los artículos 1628 y 1875 del Código civil, 145 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.³⁶

2.3. ¿ES EL OTORGAMIENTO UN ACTO TRADITORIO O UN EQUIVALENTE DE ESTE?

Se plantea esta cuestión debido al tenor literal del artículo 1462 del Código civil —“*equivaldrá a la entrega*”—. Literalmente, equivaler significa ser igual³⁷, lo que lleva a concluir que el otorgamiento es una forma más de tradición³⁸ en el sentido de acto traditorio y también de entrega entendida como el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor³⁹, lo que es una consecuencia del significado dual o bifronte de la regulación contenida en los artículos 1462 y siguientes del Código civil.

Ciertamente, los artículos 1461 y 1474 del Código civil imponen al vendedor la obligación de entregar al comprador la cosa vendida y garantizarle su posesión pública y pacífica, de donde se deduce que debe entregar la posesión al comprador. Ahora bien, la entrega posesoria no es —porque no puede ser— una entrega material o física cuando se trata de bienes que por sus características de peso, tamaño etc, no son susceptibles de una entrega posesoria idéntica a la de un bien mueble de pequeño tamaño y escaso peso. En estos casos, la entrega posesoria se realiza siempre de otros modos necesariamente, modos o formas que significan traspaso posesorio como consecuencia del traspaso del *ius possidendi*. Si un tercero perturba con éxito la posesión del *accipiens*, el *tradens* está obligado a sanear porque ello es consecuencia de que no le transmitió el *ius possidendi* a lo que está obligado. El acto traditorio o entrega traditoria, por su parte, traspasa los instrumentos jurídicos que permiten el control efectivo sobre el bien, y, por tanto, el *ius possidendi* si el derecho real que se transmite lo conlleva.

Todo ello deriva del hecho de que en un Estado moderno, conceptualmente, el control efectivo es siempre un control jurídico porque corresponde al Estado el monopolio del uso legítimo de la fuerza para proteger los derechos de los ciudadanos.⁴⁰

El otorgamiento es una modalidad de tradición —no una presunción de tradición—, salvo la voluntad contraria de las partes o de alguna de ellas manifestada de forma explícita o implícita en la propia escritura de compraventa, no en un lugar distinto. Ese es el significado de la expresión “*si de la propia escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”.⁴¹

III. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR AL TITULAR DEL *IUS DISPONENDI* PARA QUE LA *TRADITIO* PRODUZCA EFECTO TRASLATIVO

El problema no resuelto por el Derecho romano era cómo identificar al titular del *ius disponendi*, esto es, a la persona legitimada para realizar una *traditio* traslativa, así como a los titulares de *iura in re aliena* preferentes al derecho del adquirente.

Este problema tampoco lo resuelve el Código civil directamente, sino mediante diferentes remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente las del artículo 608 del Código civil y, en materia de compraventa de inmuebles, la del artículo 1537 del mismo.

La Ley Hipotecaria regula un sofisticado y elegante sistema de transmisión *inter tertios* o, si se prefiere, regula los requisitos que deben integrar, en materia de bienes inmuebles, el sistema transmisivo *inter partes* regulado en el Código civil para que también opere *inter tertios*, competencia esta exclusiva de la Ley

Hipotecaria, como ya dijera la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y confirma el Código civil.

Conviene subrayar que, para entender adecuadamente la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo inmobiliario, es necesario entender que tal sistema transmisivo *inter tertios* implica necesariamente una modalización del sistema transmisivo *inter partes* regulado por el Código civil. De otro modo, no es posible suministrar al mercado la identidad del titular del *ius disponendi*.

El Código civil regula los sistemas de transmisión —o adquisición— *inter partes*, es decir, entre A y B: qué debe hacer A si desea transmitir a B y qué debe hacer B si desea adquirir de A. A esos sistemas o modos se refiere el artículo 609 del citado Código

El Código civil no contiene ningún mecanismo dentro de sí que le permita solventar por sí solo dos de las principales incertidumbres de cualquier adquirente: quien es el titular del *ius disponendi* y qué cargas y/o derechos de naturaleza real existen sobre la cosa que atribuyan a sus titulares un derecho preferente al del potencial adquirente⁴².

Debe observarse que el problema característico en una economía de mercado no es qué debe hacer A para transmitir a B o qué debe hacer B si desea adquirir de A. Cuando una sociedad alcanza el estadio evolutivo de una economía de mercado, su sistema jurídico ya hace tiempo que ha resuelto ese problema. Una economía de mercado se caracteriza por la alta densidad del tráfico contractual, con un alto componente del mismo realizado entre personas que no se conocen entre sí, de modo que los inmuebles cambian de mano con relativa frecuencia e, igualmente, son frecuentemente utilizados como garantía crediticia. Coexisten simultáneamente sobre ellos derechos reales de diferente naturaleza como consecuencia de la especialización productiva, no todos ellos susceptibles de posesión.

Se hace, por ello, preciso asegurar que la concatenación intercontractual se corresponde con la concatenación de las titularidades sucesivas. En definitiva, en una economía de mercado pasan a primer plano los efectos que la transacción entre A y B puede tener sobre C; los de las transacciones entre A y B y entre B y C sobre D, los de las transacciones entre A y B, B y C y C y D sobre E y así sucesivamente, así como de las eventuales reclamaciones de terceros sobre cada uno de los adquirentes anteriores—. Es decir, pasan a primer plano las relaciones intercontractuales o *inter tertios*.

El Código civil, de clara tradición romanista en cuanto al sistema transmisivo, no resuelve los problemas referidos, característicos de una economía de mercado, de una manera directa, sino por remisión a la Ley Hipotecaria: a esta corresponde identificar al titular del *ius disponendi* y las cargas preferentes. Esta

era su función, necesaria para poder alcanzar su finalidad: el desarrollo del crédito hipotecario, entonces denominado territorial.

De este modo, entre dos leyes diferentes y complementarias se ensambla un sistema transmisivo inmobiliario completo o integral si el adquirente desea ser propietario no solo frente al vendedor, sino *erga omnes*, momento a partir del cual deviene, en rigor, propietario.

IV. EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL DE LAS TITULARIDADES INSCRITAS COMO SOLUCIÓN.

4.1. EL ARTÍCULO 609 DEL CÓDIGO CIVIL COMO SISTEMA BÁSICO DE TRANSMISIÓN COMPLETADO POR EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN RELACIÓN A LA PROPIEDAD INSCRITA.

La Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales y la denominada fe pública registral, que, en realidad, es una propiedad normativa de la inscripción que cumple ciertos requisitos y que, al igual que la transmisión por endoso en el ámbito cambiario,⁴³ supone una modificación del sistema transmisivo del título y el modo, configurando el sistema de transmisión registral, imprescindible para poder identificar al titular del *ius disponendi*, así como las cargas preferentes a la titularidad que se desea adquirir.

El sistema de transmisión registral, consagrado por el artículo 34 LH, denominado fe pública registral, es necesario para que el Registro pueda identificar al sujeto al que el Estado, a través de la inscripción, reconoce como legitimado para disponer y, en ese sentido, titular del *ius disponendi*. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 justifica su introducción —en realidad, recuperación— del siguiente modo:

“La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles”.

En mi opinión, para determinar la función del sistema de transmisión registral en el vigente sistema registral inmobiliario es necesario tener presente:

1. La voluntariedad de la inscripción y, en consecuencia, la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 referida a *“la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometida a regímenes distintos”* y, a continuación, precisar cuál es el régimen jurídico de cada una de ellas

2. Solo el Estado puede conferir títulos y, en consecuencia, reconocer titularidades *erga omnes*. Para ello es necesario que intervenga de forma directa en el procedimiento transmisivo, pues mientras éste se base en la sola intervención de

los particulares sólo son posibles títulos y, por lo tanto, titularidades, negociales, es decir, privadas. El Registro de la Propiedad es la institución a cuyo través el Estado interviene en el sistema de transmisión inmobiliaria con la finalidad de facilitar al mercado la identificación del titular del *ius disponendi*, reduciendo de este modo costes de información y, por lo tanto, de transacción. Dicha intervención implica una modificación del sistema ordinario de transmisión del Código civil, dando lugar al modo o sistema de transmisión registral.

El sistema de transmisión registral lo introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código Civil, pero le exige tres requisitos complementarios:

1. El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.
2. Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral.
3. Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

El sistema transmisivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica una modificación del sistema transmisivo del Código civil, si bien solamente en relación a la propiedad inscrita y solo para el caso de que se desee una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, reconocida y protegida por el Estado con eficacia *erga omnes*. Mediante dicho sistema transmisivo el Estado, a través del Registro, suministra al mercado al legitimado para disponer, así como las cargas que derivan de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien y que son preferentes al derecho del adquirente, lo que permite reducir incertidumbres y, por lo tanto, facilitar las transacciones sin disminuir la seguridad de los propietarios.

Ciertamente, la Ley Hipotecaria de 1944 no introdujo el denominado contrato real abstracto, pues los contratos siguen siendo necesariamente causales —artículo 1261 del Código civil—, pero sí introdujo la abstracción *inter tertios* o, si se prefiere, las *exceptiones ex iure tertii*, dentro del sistema de transmisión registral del artículo 34 LH⁴⁴.

Tampoco sustituyó la tradición por la inscripción, pero la tradición *ex artículo 609 del Código civil* es un acto o negocio jurídico y, como tal, produce únicamente efectos *inter partes* —artículo 1257 del Código civil—, mientras que la inscripción *ex artículo 34* produce efectos *inter tertios* o *erga omnes*, excepto en relación al propio transmitente, único sujeto en relación al cual se puede afirmar que no es constitutiva *stricto sensu* —confer.: artículo 33 de la Ley Hipotecaria—, lo que no quiere decir que la inscripción a favor del transmitente

no produzca importantes efectos *inter partes*, especialmente si el adquirente no inscribe su adquisición.

Los requisitos de onerosidad y buena fe, entendida como ignorancia de la inexactitud registral, se deben a que la fe pública registral solo opera en relación a los denominados actos de mercado, en los que ambos requisitos deben estar presentes. El primero se basa en la aplicación del principio *qui certat de damno evitando anteponeendus est qui certat de lucro captando*, como expresa la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1944. El segundo se basa en que cabe que en el Registro de la Propiedad haya inexactitudes que, de ser conocidas por el tercero, no debe poder beneficiarse de dicho conocimiento, ni siquiera en perjuicio de un adquirente anterior meramente negocial. Cuestión distinta es cuáles son esas inexactitudes. Abordaré esta cuestión posteriormente.

¿Por qué se exigen los otros dos requisitos? La razón de su exigencia hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos o de tráfico como el español.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

La inscripción es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus* reconocido como tal por el Estado mediante una inscripción dotada de fe pública registral, pues el adquirente negocial no inscrito es sólo eso, un adquirente meramente negocial o privado.

Todo ello justifica la exigencia de que quien pretenda adquirir un bien inmueble beneficiándose de la inversión de las reglas de protección, haya de adquirirlo de un *titular registral*, es decir, de un *titular reconocido por el Estado como tal* y, a su vez, haya obtenido el reconocimiento de su titularidad por el Estado mediante la inscripción.

Ello es así porque si el Estado protegiese al adquirente negocial no inscrito con una regla de propiedad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral del que adquirió a favor de adquirentes que sí solicitaron y obtuvieron una inscripción, entonces estaría desautorizando sus propias declaraciones de reconocimiento de titularidad —inscripciones— y, en consecuencia, se volverían a generalizar las asimetrías informativas preexistentes, y, por lo tanto, las incertidumbres, para cuya eliminación surgió precisamente el moderno sistema inmobiliario registral, lo que pondría en riesgo tanto la seguridad de los propietarios como el comercio jurídico.

Por ello, si un adquirente se ha beneficiado de los costes asumidos por su transmitente de inscribir, en su momento, la titularidad que ahora transmite, en

ese caso, si adquiere de dicho titular y decide no inscribir, debe también asumir los costes de dicha decisión, como consecuencia de la vigencia de la inscripción a favor de su transmitente, que sigue siendo titular registral, lo que mantiene la titularidad del adquirente que no ha inscrito como meramente negocial.

En consecuencia, es eficiente que, en caso de conflicto, venza el segundo adquirente que decidió inscribir porque los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso —*cheapest cost avoider*⁴⁵— evitarlos y ese es el primer adquirente.

En Derecho Romano la *mancipatio* y la *in iure cesio* eran sistemas de transmisión públicos —con intervención de una autoridad pública—, mientras que el sistema de transmisión traditorio, era un sistema de transmisión privado —sin intervención de ninguna autoridad pública—.

Lo relevante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es que *publicifica*⁴⁶ el sistema transmisivo del título y el modo, en el sentido de que introduce en el mismo, si las partes lo desean, la intervención de una autoridad pública, cual es el Registro de la Propiedad, y, por lo tanto, confiere reconocimiento público a la adquisición efectuada, lo que permite identificar, para futuros adquirentes, al titular del *ius disponendi*, reduciendo de ese modo incertidumbres y, por lo tanto, costes de transacción. No introduce, por lo tanto, un sistema de fe pública, sino de reconocimiento estatal de la titularidad del *ius disponendi* a favor del titular registral.

4.2. EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL EL *IUS DISPONENDI* NO SE EXTINGUE CON LA *TRADITIO*, SINO CON LA INSCRIPCIÓN, DOTADA DE FE PÚBLICA REGISTRAL, A FAVOR DEL ADQUIRENTE

Conforme a las reglas básicas del Código civil —artículos 609 y 1095— el *ius disponendi* y, por lo tanto, la titularidad del *dominus* no se extingue por el contrato, sino que requiere, además, la *traditio*, pues el contrato solo genera obligaciones, pero no convierte en propietario al contratante adquirente.

Cabe, por lo tanto, la posibilidad de que el contratante transmitente, antes de realizar la *traditio*, celebre un segundo contrato de finalidad traslativa con un segundo sujeto y, además, se realice la *traditio*. En este caso, en relación al segundo contratante, el transmitente no está transmitiendo una cosa ajena, sino una cosa propia, pues no hubo *traditio* tras el primer contrato, por lo que ha conservado el *ius disponendi*. En relación al primer contratante, ha incumplido con su obligación de realizar el acto traditorio, por lo que este es un adquirente meramente obligacional y, en consecuencia, su titularidad es meramente obligacional y, por lo tanto, protegida por una regla de responsabilidad, por lo que cede

ante una titularidad d mejor derecho, como la del segundo contratante, al haberse consumado la *traditio*.

En este caso, al titular meramente obligacional no se le califica de *verus dominus*, ni siquiera de titular, cuando, sin embargo, es un titular obligacional porque tiene un derecho de crédito consistente en que tenga lugar la *traditio* y, mediante ella, convertirse en propietario civil. En estos casos, nos encontramos ante un conflicto de adquisiciones regulado por el artículo 1473 del Código civil.⁴⁷

En todo caso, interesa destacar en este momento que, en materia de propiedad no inscrita el *ius disponendi* no se transfiere con el contrato de finalidad traslativa, sino con la *traditio*.

¿Sucede lo mismo en el ámbito de la propiedad inscrita y, por lo tanto, de la titularidad del *ius disponendi* reconocida por la autoridad pública? En mi opinión, no. El sistema transmisivo de la propiedad inscrita no es el mismo que el de la no inscrita —como afirma la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944— aunque esté construido sobre este último, por lo que puede sostenerse que en el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, instrumentado en el ámbito inmobiliario por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para que se transfiera el *ius disponendi* con efectos *in rem*, se requiere, además de la *traditio*, la inscripción a favor del adquirente, pues, hasta que no se produzca, el Estado sigue reconociendo como titular del *ius disponendi* al transmitente negocial

De este modo, la situación del adquirente negocial de propiedad inscrita que no inscribe, sería semejante, en relación a un segundo adquirente que sí inscribe, a la del adquirente negocial de propiedad no inscrita pendiente de *traditio*, regulada por el artículo 1473 del Código Civil, y, por lo tanto, más bien a la de un acreedor que a la de un propietario —artículo 1095 del Código civil—. La razón es clara: hasta que no se produce la inscripción ex artículo 34 LH, no hay reconocimiento por parte del Estado —único a quien compete hacerlo— de la titularidad negocialmente adquirida, ni protección de la misma mediante una regla de propiedad.

Así, en materia de propiedad inscrita, una vez que han tenido lugar el contrato y la *traditio*, la extinción del poder de disposición del *tradens* y su traslado *al accipiens* dependen, exclusivamente, de la voluntad de éste, es decir, de que decida inscribir o no y, si opta por lo primero, de que el Registro acepte o no su pretensión. En caso afirmativo, si la inscripción reúne los requisitos necesarios para quedar protegida por la fe pública registral, entonces la titularidad queda protegida por una regla de propiedad, pero no en otro caso.

Ahora bien, una vez que ha tenido lugar la *traditio*, incluso antes, cuando se ha perfeccionado el contrato de finalidad traslativa, pesa sobre el titular registral, pese a conservar el *ius disponendi*, la *obligación de no disponer*, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código

civil, y eventualmente, por las correspondientes normas penales —artículo 248 del Código Penal—, las cuales, si bien pueden castigar a quien ha vuelto a disponer, —vgr.: en caso de estafa—, sin embargo, protegen al tercero cuando “*haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*” —artículo 111 del Código Penal—.

El titular registral que ha dispuesto de su derecho a favor de B solo puede volver a disponer violando la obligación de no disponer mientras sea titular registral, esto es, mientras B no inscriba. Si B inscribe, imposibilita dicho incumplimiento. Mientras B no inscriba su adquisición, si el titular registral vuelve a disponer, dispone de una cosa propia, no de una cosa ajena, por lo que estaríamos ante un supuesto de doble venta, no de venta de cosa ajena.

Si no inscribe y el titular registral vuelve a disponer a favor de C, el cual inscribe, entonces éste:

1. Adquiere *a domino*, porque adquirió de quien seguía siendo el titular reconocido por el Estado, cuyo *ius disponendi* no se extinguió porque B prefirió no solicitar la inscripción de su adquisición.

2. Como consecuencia, en el conflicto entre B y C, vence este último porque el primero es un titular meramente contractual, esto es, con una titularidad *in personam* o protegida solo mediante una regla de responsabilidad, mientras que C tiene una titularidad *in rem*, o protegida mediante una regla de propiedad, y, por definición, dicha titularidad no puede ser alterada por un sujeto privado sin consentimiento del titular.

3. Es eficiente que venza C porque los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso —*cheapest cost avoider*⁹⁷— evitarlos y, con ello, evitar la producción del daño, por lo que es eficiente que, en el conflicto entre ambos adquirentes, el negocio que no inscribe y el que sí inscribe, el derecho del primero quede protegido por una regla de responsabilidad frente al segundo —además de por la acción indemnizatoria y, eventualmente, la acción penal contra su transmitente— y el del segundo por una regla de propiedad frente al primero.

4. La seguridad del tráfico jurídico exige que los costes y beneficios de una acción deben atribuirse siempre a su autor. Del mismo modo que el adquirente cuando inscribe se beneficia de la inscripción, cuando no inscribe debe asumir las consecuencias negativas.

La mayor parte de los autores, sin embargo, considera que la solución legal al supuesto de hecho descrito se basa en una *legitimación extraordinaria* —también denominada *registral*—, esto es, en una legitimación que confiere la ley al titular registral por el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— asigna al asiento⁴⁸. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que, “*desde*

*el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer —que solo corresponde al verdadero dueño—. (...) La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente —y sus causahabientes— es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del Registro, sino también de la buena fe del adquirente”.*⁴⁹

En mi opinión, no es necesario recurrir a una supuesta “*legitimación extraordinaria*” ni a ningún supuesto “*excepcional*” de eficacia de los actos nulos para explicar que prevalezca el segundo adquirente de un titular registral que, a su vez, inscribe: el primer adquirente es, por elección propia, un titular meramente negocial, puesto que decidió no inscribir, con todo lo que ello implica: como consecuencia, su transmitente —el titular registral— no perdió el *ius disponendi* cuando realizó un acto o negocio de finalidad traslativa seguido de *traditio*, sino que solo asumió la obligación de no disponer, cuyo incumplimiento puede ser sancionado civil y aún penalmente, pero en el primer caso, solo por vulneración de una titularidad protegida por una regla de responsabilidad. La posición de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS solo sería consistente si la titularidad del primer adquirente hubiera estado protegida por una regla de propiedad, pero no es así.

Es interesante resaltar que, en el sistema alemán, si el titular registral dispone a favor de alguien que no inscribe y este, a su vez, dispone, está disponiendo o no legitimado, pues el legitimado sigue siendo el titular registral, lo que obliga a la jurisprudencia a recurrir a la ficción de que la *Auflassung* apodera al adquirente para disponer. Como sostiene MARTINEZ VELENCOSO se trata de una construcción artificial pero funcional porque permite colocar en el tráfico la posibilidad de adquirir del receptor de la *Auflassung*⁵⁰.

En el sistema español, el titular registral conserva el *ius disponendi*, si bien con la obligación de no disponer, y si el adquirente que no ha inscrito vuelve a disponer, está disponiendo un legitimado obligacional. Si el subadquirente desea inscribir su adquisición, es necesaria la previa inscripción a favor de su transmitente, por exigirlo el principio de tracto sucesivo: —artículo 20 de la Ley Hipotecaria—. ⁵¹

Todo ello pone de manifiesto que, en materia de propiedad inscrita, la *traditio* equivale a la *Auflassung* del Derecho alemán, en tanto que acto dispositivo, pero que hasta que no se produce la inscripción a favor del adquirente, éste no queda protegido por una regla de propiedad, al igual que en el sistema alemán, por lo que si el titular registral realiza una segunda disposición a favor de un segundo adquirente que inscribe antes que el primero, el segundo adquirente queda protegido por una regla de propiedad en ambos sistemas, siempre que, en

el español, reúna las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, en el caso alemán, las del parágrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, además de haber adquirido a título oneroso como consecuencia de lo dispuesto en el parágrafo 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, según el cual la acción de enriquecimiento puede alcanzar al adquirente a título gratuito.

El *ius disponendi* del titular registral, por lo tanto, no se extingue ni con la *traditio* en nuestro sistema, tratándose de propiedad inscrita, ni con la *Auflassung* en el Derecho alemán, sino, en ambos casos, con la inscripción a favor del adquirente que reúna los requisitos indicados.

V. TRADICIÓN E INSCRIPCIÓN

5.1. INTRODUCCIÓN

En el proceso de adquisición de la titularidad integral, esto es, *inter partes* e *inter tertios*, además del contrato de finalidad traslativa, son necesarias, por lo tanto, la tradición —por exigirlo el artículo 609 del Código civil— y la inscripción, por exigirlo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Esta secuencia transmisiva ha dado lugar a que las relaciones entre tradición e inscripción constituyan uno de los temas clásicos de debate doctrinal en el ámbito del Derecho Hipotecario.⁵²

Antes de abordar las diferentes cuestiones suscitadas es necesario subrayar que el enfoque tradicional o habitual de las relaciones entre tradición e inscripción parte de dos consideraciones básicas:

1. La consideración de que la tradición consiste en la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad en virtud de una justa causa específica, dada la naturaleza causal de nuestro sistema, y que su función principal consiste en dotar de publicidad a las transmisiones inmobiliarias.

2. El sistema registral se limita a ser un sistema de publicidad de transmisiones consumadas extra registralmente que, en el ámbito inmobiliario, concurre con la publicidad suministrada por la posesión, concurrencia no resuelta claramente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, se dice, existen preceptos equívocos que permiten mantener abierta la discusión, si bien reconociendo que el punto débil de la publicidad posesoria, a diferencia de la registral, es que difícilmente manifiesta hacia el exterior los diferentes derechos que pueden concurrir en una misma cosa⁵³, a los que habría que añadir que no manifiesta aquellos derechos que no conllevan posesión.

Este enfoque, basado en dos premisas que, a mi juicio, son erróneas, está en el origen de que las relaciones entre tradición e inscripción se hayan adentrado en el terreno de la confusión.

La función de la *traditio* como acto, dentro del sistema transmisivo traditorio, es la de transmitir al adquirente el *ius disponendi*, que es la facultad que confiere el control jurídico efectivo y, en este sentido, la posesión, si el derecho real que se transmite la conlleva. Si se transmite la propiedad, la *traditio* transmite el *ius possidendi*. Por lo tanto, si el *tradens* carece de *ius disponendi* no puede tener lugar la *traditio* como acto ni, por tanto, consumarse la adquisición por el sistema o modo traditorio, si bien la posesión así transmitida servirá de justo título para la adquisición por usucapión.

En materia inmobiliaria, si la titularidad adquirida mediante contrato más *traditio* se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, necesariamente deberá cumplir los requisitos de forma del artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En el ámbito negocial privado, el título formal es ordinariamente una escritura pública.

La escritura pública equivale a la tradición en los términos del artículo 1462 II del Código civil y, por lo tanto, en esos propios términos, su otorgamiento regular conlleva la transferencia del *ius disponendi* y, consecuentemente, del *ius possidendi*, al *accipiens*, si el derecho real transmitido conlleva posesión. Por ello, no es obstáculo para que la escritura pública cumpla su función traditoria que el transmitente no tenga la posesión de hecho.

Por lo que se refiere a la inscripción, reitero lo expuesto al tratar de la misma: es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si se dan los requisitos exigidos por el sistema registral. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, mientras no se declare su inexactitud —artículo 1 III de la Ley Hipotecaria— e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquiera que lo perturbe — artículo 41 de la Ley Hipotecaria—

Conviene, finalmente, precisar que, si bien los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles —artículo 5 de la Ley Hipotecaria—, sin embargo, la inscripción conlleva la presunción de que el titular registral tiene el *ius possidendi* —artículo 38 de la Ley Hipotecaria—.

Partiendo de estas consideraciones, abordaré algunas de las cuestiones planteadas clásicamente por la doctrina en relación a las relaciones entre tradición e inscripción.

5.2. ¿SUSTITUYE LA INSCRIPCIÓN A LA TRADICIÓN?

Por lo que se refiere a la cuestión de si la inscripción sustituye a la tradición, existe en nuestro ordenamiento jurídico supuestos en los que así se establece

expresamente. Así, por ejemplo, el del artículo 11.1, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual:

*“La inscripción o registro de la transmisión en el sistema de anotaciones en cuenta o en el sistema basado en tecnología de registros distribuidos, según corresponda, a favor del adquirente, producirá los mismos efectos que la entrega de los títulos.”*⁵⁴

Si la inscripción produce los mismos efectos que la tradición, entonces es una forma de tradición, pues en Derecho, cuando no hay diferencia de efectos no hay diferencia.

La razón hay que buscarla en que, en relación a los títulos valores representados mediante anotaciones en cuenta, la inscripción es explícitamente constitutiva, según resulta del artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual:

“1. Los valores negociables representados por medio de anotaciones en cuenta, o por medio de sistemas basados en tecnología de registros distribuidos, se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro de la entidad encargada del registro contable y desde entonces quedarán sometidos a las disposiciones de este Capítulo.

*Los valores negociables representados por medio de sistemas basados en tecnología de registros distribuidos se constituirán como tales mediante su primer registro en dichos sistemas, en favor del emisor o de los suscriptores de los valores.”*⁵⁵

Ello es así porque en aquellos casos en los que la inscripción es explícitamente constitutiva, desempeña también las funciones de la tradición *inter partes* y, por lo tanto, el legislador prescinde de ésta como trámite separado. Así, lo mismo puede afirmarse en el caso de v.gr.: la hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria, como de la prenda sin desplazamiento de la posesión, pues en estos casos la inscripción es explícitamente constitutiva —artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión respectivamente—.

Ello lleva, inevitablemente, a plantear la cuestión de por qué, en estos casos, no hay tradición, en su sentido tradicional y usual, pero sí inscripción explícitamente constitutiva, esto es, sustitutiva de la *traditio*. La respuesta para ambas cuestiones es la misma: porque se trata, en los dos primeros casos, de derechos que no conllevan *ius possidendi* y no lo conllevan porque no son susceptible de posesión ni, por lo tanto, de publicidad posesoria, y en el tercero porque no hay desplazamiento de la posesión.

En efecto, ni las anotaciones en cuenta ni la hipoteca conllevan posesión en sentido material y, por lo tanto, respecto de ellos, no cabe la tradición entendida como entrega material de la posesión con ánimo de transmitir el *ius disponendi*.

Y, dado que no cabe, la forma más apropiada de transmisión del *ius disponendi* es la inscripción, por lo que esta desempeña una función traditoria, como reconoce explícitamente el artículo 11.1 de la Ley del Mercado de Valores para el caso de las anotaciones en cuenta.

Probablemente, las razones que han llevado al legislador a adoptar esta solución se hallen relacionadas con las expuestas anteriormente. Sin embargo, no es conceptualmente necesario acudir a ellas para adoptar esta decisión. Además, el hecho de que, en estos casos, la inscripción cumpla explícitamente funciones traditorias suple con ventaja a la tradición ordinaria o no registral, pues hace que la misma, esto es, la tradición registral, surta efectos dispositivos sustantivos no solo *inter partes* sino también *erga omnes*.

5.3. ¿ES UNA FORMA DE TRADICIÓN LA INSCRIPCIÓN?

Con ello, se da respuesta, parcialmente, a la segunda cuestión: en efecto, la inscripción es, en ocasiones, una forma de tradición que sustituye a las formas tradicionales o no registrales de tradición. Eso es lo que sucede cuando así lo establece la ley expresamente o cuando la inscripción es explícitamente constitutiva, lo cual lleva a plantear la cuestión de qué es lo que sucede en los demás casos.

Me refiero a los casos ordinarios en los que la inscripción no es explícitamente constitutiva ni la ley afirma que la inscripción tiene los mismos efectos que la tradición.

En estos casos, la doctrina hipotecaria ha mantenido, clásicamente, diversas posiciones.

Así, ROCA SASTRE⁵⁶ sostiene que la inscripción requiere la previa tradición como requisito esencial. En sentido contrario, se pronuncia SANZ FERNANDEZ,⁵⁷ el cual sostiene que el Registro de la Propiedad español es un Registro de títulos y, como tal, se inhibe de la tradición. HERMIDA LINARES⁵⁸, por su parte, sostiene que no se requiere tradición para practicar la inscripción, pero su falta impide que la inscripción produzca sus efectos, salvo en relación al tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues, respecto de él, la inscripción opera como modo de adquirir prescindiendo de la tradición.

DE LA RICA Y ARENAL⁵⁹ distingue entre propiedad inscrita y no inscrita. En relación a esta última rige el Código civil y, por lo tanto, la teoría del título y el modo, y en relación a la inscrita rige la Ley Hipotecaria y la inscripción es el único modo de adquirir.

RAMOS FOLQUES⁶⁰, por su parte, no distingue entre propiedad no inscrita y propiedad inscrita, sino entre tradición, que tiene efectos *inter partes*, e inscripción, que produce efectos *erga omnes*, prevaleciendo esta sobre aquella.

En opinión de GARCÍA GARCÍA⁶¹, la tradición es requisito necesario para la práctica de la inscripción, pero solo la tradición instrumental derivada exclusivamente del otorgamiento de la escritura pública, conforme a lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1462 II del Código civil, pues la tradición derivada de la posesión real o efectiva sólo es factible en el ámbito extra registral o cuando haya sido reconocida en virtud de sentencia o resolución judicial.

En mi opinión, en estos casos —esto es, en los casos en los que la ley no establece expresamente que la inscripción produce los efectos de la tradición y en aquellos otros en los que la inscripción no es explícitamente constitutiva—, para practicar la inscripción, se requiere que haya habido tradición previamente, pues no hay ninguna norma que la exceptúe, tanto si se trata de propiedad inscrita como si se trata de propiedad no inscrita.

Ahora bien, tratándose de propiedad inscrita, normalmente, la tradición será instrumental, porque el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige, como regla general, escritura pública para la inscripción en el ámbito negocial privado. Pero, tanto si se trata de propiedad inscrita como de no inscrita, la tradición solo produce efectos en relación al transmitente, pues, aunque tenga carácter dispositivo, la tradición es un negocio jurídico y, en consecuencia, solo produce efectos *inter partes* —artículo 1257 del Código civil—.

Por ello, en el ámbito de la economía de mercado, plena de incertidumbres y con la posibilidad de que el titular, si no lo era el transmitente, pueda ejercitar una acción reivindicatoria contra el adquirente, la limitación de los efectos de la tradición al ámbito de las partes contratantes constituye una grave limitación para la seguridad de las adquisiciones posteriores basadas en una *traditio* anterior, pues no existe certeza de haber adquirido del *verus dominus*.

En efecto, si se trata de propiedad no inscrita y el adquirente no inscribe, corre ese riesgo, pues la *traditio* solo produce efectos *inter partes* y, por lo tanto, estrictamente obligacionales. Si inscribe, quedará protegido por el efecto combinado de los artículos 606 y 1473 del Código civil, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Si se trata de propiedad inscrita, esto es, si se adquiere de un titular registral, opera el sistema de transmisión registral regulado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, sometido a sus requisitos.

En este caso, la *traditio* ordinaria, normalmente instrumental —artículo 1462 II del Código civil y 3 de la Ley Hipotecaria—, operaría solo *inter partes*, pero no *inter tertios*. En este ámbito el titular registral sigue siendo el titular y, por lo tanto, el titular del *ius disponendi*, si bien con la obligación de no disponer, mientras el adquirente no inscriba, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código civil y, eventualmente, por las correspondientes normas penales —v.gr.: artículos 111 y 248 del Código Penal—.

Para que el *ius disponendi* se extinga *inter tertios* se requiere la inscripción de la adquisición, para lo que se necesita la voluntad del adquirente, aunque no basta con ella, pues se requiere que supere las exigencias del procedimiento registral, a fin de asegurar que en el proceso de adquisición negocial no se han vulnerado normas imperativas ni prohibitivas. En esta línea GOMEZ GALLIGO⁶² sostiene que “*la inscripción se erige así en modo público o cuasi constitutiva, pues sin ella no se adquiere plena oponibilidad erga omnes del derecho real.*”

En todo caso, esto es, tanto si se trata de propiedad inscrita como no inscrita, para que se produzca un efecto traditorio integral, esto es, la transmisión del *ius disponendi* al adquirente tanto *inter partes* como *inter tertios*, se requieren dos actos traditorios: el acto traditorio ordinario o extrarregistral, normalmente el otorgamiento de escritura pública, que solo produce efecto *inter partes* y el acto traditorio registral, esto es, la inscripción dotada de fe pública registral en el caso de adquirir de un titular registral, la cual produce efecto *inter tertios*.

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto que en el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias, la inscripción no sustituye conceptualmente a la tradición. La *traditio* del artículo 609 del Código civil surte efectos *inter partes* y lo que podríamos denominar la *traditio* registral surte efectos *inter tertios*. Sin embargo, no habría inconveniente alguno en que la Ley Hipotecaria atribuyese a la inscripción efectos traditorios *inter partes*, al igual que hace la Ley del Mercado de Valores en relación a las anotaciones en cuenta y, por lo tanto, convirtiese la inscripción en explícitamente constitutiva, prescindiendo de la necesidad de una previa tradición *inter partes*, como sucede en Derecho alemán.

5.4. ¿SERÍA PREFERIBLE QUE SE PRESCINDIESE DE LA TRADICIÓN COMO ACTO SEPARADO DE LA INSCRIPCIÓN?

Ello plantea la cuestión de si sería preferible que se prescindiese de la tradición como acto separado de la inscripción. En mi opinión, el sistema vigente y tradicional ofrece claras ventajas.

A diferencia de lo que sucede en el sistema alemán, en el español, el adquirente, aunque no inscriba, no se halla en una situación que pueda considerarse, en cierto sentido, irregular o pendiente de ser completada, sino, simplemente, en un distinto escalón de protección de su titularidad. En realidad, el sistema alemán, al regular en el parágrafo 185 BGB la denominada *Kettenuflassung* o disposición en cadena —que incluye los actos dispositivos realizados por adquirentes que no han inscrito— está admitiendo que existe un cierto número de adquirentes que, tras la *Auflassung*, no solicitan la *Eintragung*, por las razones que fueren, entre otras, para, v.gr., ahorrarse el coste de la misma. Esta situación implica una cier-

ta irregularidad —a diferencia de lo que sucede en el sistema español— puesto que el único legitimado para disponer sigue siendo el titular registral. Ello obliga a recurrir a la artificiosa construcción de que el receptor de la *Aufflassung* dispone solo en tanto que apoderado del titular registral.⁶³

El sistema vigente hace surgir la cuestión de qué sucede si de la propia escritura resulta que no equivale a la tradición, lo cual tiene como consecuencia que no tiene efectos traditorios *inter partes* y, por lo tanto, falta uno de los requisitos exigidos por el artículo 609 del Código civil —la tradición— para que se consumme la traslación del *ius disponendi* al adquirente. Dado, además, que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria habla de títulos traslativos y no solo de finalidad traslativa, parece exigir que se trate de títulos con efecto traditorio.

La tradición carece de una regulación autónoma en el Código civil y las diferentes formas de *traditio* que enumera son simplemente *ad exemplum*, debiendo entenderse que tiene carácter traditorio todo comportamiento del que derive un consentimiento tácito o expreso de las partes para que tenga lugar la traslación del *ius disponendi* al adquirente. Desde esta perspectiva, cabe entender que la presentación del documento formal que contiene el acto o negocio de finalidad traslativa en el Registro es una forma de *traditio* y, por tanto, cabe la inscripción de la titularidad así adquirida.⁶⁴

Adicionalmente, otra cuestión estrechamente relacionada con la tradición instrumental es la de si es necesaria la condición de poseedor en el *tradens* para que el otorgamiento de la escritura pública equivalga a la tradición. A efectos de no extenderme innecesariamente, me remito a lo expuesto al tratar de la tradición instrumental. Baste recordar que, conforme a lo allí expuesto, en mi opinión no es necesaria salvo que el objeto de la transmisión sea la posesión, lo que, desde la perspectiva del procedimiento registral es irrelevante puesto que los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles —artículo 5 de la Ley Hipotecaria—⁶⁵

5.5. EL ARTÍCULO 1473 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL

En materia de bienes inmuebles, el artículo 1473 del Código civil sienta un criterio prioritario —la propiedad se atribuye a quien sea primero en la inscripción— y dos subsidiarios —posesión y, en su defecto, título de fecha más antigua—. Para que operen los criterios subsidiarios se exige buena fe, al igual que para resolver el conflicto de adquisiciones cuando el bien es mueble.

No obstante, el artículo 1473 II del Código civil no exige buena fe para la operatividad del criterio prioritario —inscripción— cuando el bien es inmueble, a diferencia de los demás casos. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina⁶⁶ y

la jurisprudencia sostienen que también es necesaria la buena fe del segundo adquirente que inscribe primero para que venza en este conflicto de adquisiciones, pero esa exigencia no consta en el artículo 1473 II del Código civil, lo cual debe ser subrayado.⁶⁷

El artículo 1473 II del Código civil es de una elegante simplicidad. Lo que dice, sencillamente, es: “*Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*”. El precepto no exige buena fe a diferencia del artículo 1141 *del Code* tras la reforma operada por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, cuya derogación propone el Informe de la Comisión de Reforma de la publicidad inmobiliaria francesa de 12 de noviembre de 2018, reduciéndola al caso de fraude.⁶⁸

En mi opinión, conforme al artículo 1473 II del Código civil, en el caso de un conflicto de adquisiciones inmobiliarias entre dos titulares que adquieren de un titular no inscrito porque el inmueble no se halla inmatriculado, prevalece el adquirente que primero inscribe, con independencia de que la primera venta se hubiese consumado por la tradición o no —pues tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 el precepto es aplicable tanto a la doble venta como a la venta de cosa ajena⁶⁹— y con independencia de que el segundo adquirente tuviese conocimiento de la misma o no.

A la hora de perimetrar el ámbito de aplicación de este artículo no debería olvidarse que la inscripción en España es voluntaria —uno de los grandes aciertos del sistema registral— y que la función de artículos como el 32 de la Ley Hipotecaria o el 1473 del Código civil —ninguno de los cuales exige buena fe— es hacer prevalecer, en caso de conflicto entre titulares de propiedades no inmatriculadas, al que primero inscriba como método de incentivar de este modo la inscripción y conseguir que, en algún momento, toda la propiedad esté inscrita.

Creo que ya ha llegado ese momento porque la propiedad que queda por inscribir es meramente residual y, en todo caso, la menos valiosa. Una vez inscrita toda la propiedad, los conflictos de titularidades se plantearían entre adquirentes de titulares inscritos, mediata o inmediatamente, y esos conflictos los resuelve el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este precepto regula un procedimiento de transmisión registral que, entre otras cosas, sirve para resolver esos conflictos. En ese nuevo contexto, una vez cumplida su función, dichos preceptos carecen de utilidad —se ahí la usencia de inoponibilidad en el sistema registral alemán—, si bien el artículo 1473 del Código civil solo en relación a los conflictos entre titularidades inmobiliarias sobre fincas inmatriculadas.

La regla contenida en el artículo 1473 II del Código civil es, así, consistente con las contenidas en los artículos 606 del mismo Código y 32 de la Ley Hipotecaria, asunto este de la mayor importancia, pues el artículo 1473 del Código civil se halla ubicado en el Título IV del Libro Cuarto, dedicado a la compraventa. Y,

en esa sede, el artículo 1537 del Código civil dispone: “*Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria*”.

No se puede sostener, por lo tanto,⁷⁰ que, mientras el artículo 1473 del Código civil regula un conflicto de adquisiciones, sin embargo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula una adquisición a *non domino* —en el mismo sentido, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007—. En su opinión, ambos supuestos constituyen un límite a la teoría del título y el modo como sistema transmisivo.

Ciertamente, ambos casos constituyen un límite a la aplicación de la citada teoría, pero ambos regulan un conflicto de adquisiciones. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria sólo conlleva una adquisición a *non domino* cuando protege a un tercer adquirente como consecuencia de un fallo del sistema registral —v.gr.: no detecta una suplantación de personalidad del titular registral que no fue detectada por el notario—. En los demás casos regula un conflicto de adquisiciones cuando dispone un titular registral a favor, primero, de un adquirente que no inscribe y, posteriormente, a favor de otro adquirente que sí inscribe. En estos casos, no regiría el artículo 1473 del Código civil, sino el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como consecuencia de la remisión a la Ley Hipotecaria del artículo 1537 del Código civil.

VI. CONCLUSIONES

I. La esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* y, mediante el mismo, el *tradens* transmite el *ius disponendi* y, con él, las demás facultades que integran el dominio. De ahí que si se carece de *ius disponendi* el acto traditorio es ineficaz y, por lo tanto, no puede consumarse la adquisición por el modo o sistema traditorio.

La tradición instrumental a la que se refiere el artículo 1462 II del Código civil no conlleva un traspaso posesorio real o efectivo, sino que consiste en el otorgamiento de la escritura pública.

La tradición consiste así en la transferencia de los instrumentos que permiten el control jurídico efectivo sobre el bien cuya titularidad se transmite. De ello se deduce que el hecho de que el *tradens* no sea poseedor no desvirtúa el carácter traditorio del acto del otorgamiento, lo cual rige también, por las razones expuestas, en el caso del propietario despojado de la posesión contra su voluntad —artículo 460.4 del Código civil—. Solo es exigible la posesión en el *tradens* cuando sea esta el objeto de transmisión. De lo contrario, es decir, de exigir la

posesión en todo caso en *el tradens* sería inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor.

Por ello, cuando el *tradens* no es poseedor, el otorgamiento de escritura pública puede ser la única forma posible de tradición como acto traslativo porque la tradición instrumental es siempre posible, lo que permite que todos los derechos reales, incluidos los no susceptibles de posesión, puedan ser objeto de transmisión traditoria.

II. El problema no resuelto por el Derecho romano era cómo identificar al titular del *ius disponendi*, esto es, a la persona legitimada para realizar una *traditio* traslativa, así como a los titulares de *iura in re aliena* preferentes al derecho del adquirente.

Este problema tampoco lo resuelve el Código civil directamente, sino mediante diferentes remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente las del artículo 608 del Código civil y, en materia de compraventa de inmuebles, la del artículo 1537 del mismo.

La Ley Hipotecaria regula un sofisticado y elegante sistema de transmisión *inter tertios* o, si se prefiere, regula los requisitos que deben integrar, en materia de bienes inmuebles, el sistema transmisivo *inter partes* regulado en el Código civil para que también opere *inter tertios*, competencia esta exclusiva de la Ley Hipotecaria, como ya dijera la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y confirma el Código civil.

Conviene subrayar que, para entender adecuadamente la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo inmobiliario, es necesario entender que tal sistema transmisivo *inter tertios* implica necesariamente una modalización del sistema transmisivo *inter partes* regulado por el Código civil. De otro modo, no es posible suministrar al mercado la identidad del titular del *ius disponendi*.

III. El sistema de transmisión registral, consagrado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, denominado fe pública registral, es necesario para que el Registro pueda identificar al sujeto al que el Estado, a través de la inscripción, reconoce como legitimado para disponer y, en ese sentido, titular del *ius disponendi*. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 justifica su introducción —en realidad, recuperación— del siguiente modo:

“La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles”.

IV. El sistema de transmisión registral lo introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código Civil⁷¹, pero le exige tres requisitos complementarios:

1. El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.

2. Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral.

3. Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

El sistema transmisivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica una modificación —en rigor, una *publicación*— del sistema transmisivo del Código civil, si bien solamente en relación a la propiedad inscrita y solo para el caso de que se desee una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, reconocida y protegida por el Estado con eficacia *in rem*. Mediante dicho sistema transmisivo el Estado, a través del Registro, suministra al mercado al legitimado para disponer, así como las cargas que derivan de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien y que son preferentes al derecho del adquirente, lo que permite reducir incertidumbres y, por lo tanto, facilitar las transacciones sin disminuir la seguridad de los propietarios.

V. En el proceso de adquisición de la titularidad integral, esto es, *inter partes* e *inter tertios*, además del contrato de finalidad traslativa, son necesarias, por lo tanto, la tradición —por exigirlo el artículo 609 del Código civil— y la inscripción, por exigirlo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta secuencia transmisiva ha dado lugar a que las relaciones entre tradición e inscripción constituyan uno de los temas clásicos de debate doctrinal en el ámbito del Derecho Hipotecario. De entre los aspectos debatidos destaca el de si, en materia de propiedad inscrita, la inscripción sustituye a la tradición.

VI. En el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias, la inscripción no sustituye conceptualmente a la tradición. La *traditio* del artículo 609 del Código civil surte efectos *inter partes* y lo que podríamos denominar la *traditio* registral surte efectos *inter tertios*. Sin embargo, no habría inconveniente alguno en que la Ley Hipotecaria atribuyese a la inscripción efectos traditorios *inter partes*, al igual que hace la Ley del Mercado de Valores en relación a las anotaciones en cuenta y, por lo tanto, convirtiese la inscripción en explícitamente constitutiva, prescindiendo de la necesidad de una previa tradición *inter partes*, como sucede, v.gr.: en Derecho alemán.

VII. Ello plantea la cuestión de si sería preferible que se prescindiese de la tradición como acto separado de la inscripción. En mi opinión, el sistema vigente y tradicional ofrece claras ventajas.

A diferencia de lo que sucede en el sistema alemán, en el español, el adquirente, aunque no inscriba, no se halla en una situación que pueda considerarse, en cierto sentido, irregular o pendiente de ser completada, sino, simplemente, en un distinto escalón de protección de su titularidad. En realidad, el sistema alemán, al

regular en el parágrafo 185 BGB la denominada *Kettenauflassung* o disposición en cadena —que incluye los actos dispositivos realizados por adquirentes que no han inscrito— está admitiendo que existe un cierto número de adquirentes que, tras la *Auflassung*, no solicitan la *Eintragung*, por las razones que fueren, entre otras, para, v.gr., ahorrarse el coste de la misma. Esta situación implica una cierta irregularidad —a diferencia de lo que sucede en el sistema español— puesto que el único legitimado para disponer sigue siendo el titular registral. Ello obliga a recurrir a la artificiosa construcción de que el receptor de la *Auflassung* dispone solo en tanto que apoderado del titular registral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil III-1º*, ed. Bosch, Barcelona, 1983
- ALBALADEJO M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VIII, vol. 1º, EDESA, Madrid, 1987
- ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.); GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009
- ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En CARRASCO PERERA, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013
- BADOSA COLL F. “El poder de disposición en el Dret civil català”, en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009
- BERCOVITZ ÁLVAREZ G., *Tradición instrumental y posesión*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999
- CALVO SORIANO A., *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 2ª, Vol. 1º, Madrid, 1962
- CASTILLO MARTÍNEZ C.C., *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008*, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373.
- CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996,
- CUENA CASAS M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la venta de cosa ajena llevada a cabo por el titular registral”, en YZQUIERDO TOLSADA M (Dir.), *Comentarios a la unificación de doctrina civil y mercantil (2005-2007)*, ED.: Dykinson, Madrid,

- CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) vol. I* (2005-2007), Madrid, Dykinson
- CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI. Núm. 722,
- DE LA RICA Y ARENAL R., “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario,” conferencia pronunciada en 1950. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008
- DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019
- D’ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989
- GARCÍA CANTERO G., Comentario al artículo 1462 del Código civil, PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.). *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, 1991
- GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T. I, ed. Civitas, Madrid 1988
- GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993
- GIMÉNEZ ROIG E., *El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código civil*, RCDI, 2003, núm. 677
- GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784,
- GÓMEZ GÓMEZ M., En *Inscripción y Tradición*, RCDI, 1958
- GONZÁLEZ J. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de enero de 1943, titulada *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013
- GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicitaria de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica ADC*, 2001
- GORDILLO CAÑAS A. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007*, en CCJC, núm. 75, 2008
- IHERING R., *La posesión*, Madrid, 1926.
- HERMIDA LINARES M., *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles*, RCDI, núm. 457,
- JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, CORPME, Madrid 2004
- LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IIº 3ª, ed. Bosch, Barcelona, 1979
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz *Modos de adquirir*, T. XVI, ed. Seix, Barcelona 1990

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002
- LASSO GAITE M., *Crónica de la Codificación española*, Vol.I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970
- MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI, n.º: 703
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017
- MIQUEL J., *Derecho Privado Romano* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992
- MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009
- MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I —PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)—, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- MIQUEL GONZÁLEZ J. M^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1
- PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175–176, 1985
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999
- PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002
- PETIT SEGURA M. A, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990
- RAMOS FOLQUÈS R., *La tradición y el modo en Curso d conferencias de 1951 —sobre Derecho Inmobiliario Registral—*, ed. CORPME, 1951
- ROCA SASTRE R. *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1968
- ROCA SASTRE R. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, TII, 7^a ed. Bosch, Madrid, 1979
- ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1995
- SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, T.III, ed. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900,
- SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario* TI, ed. Reus, Madrid, 1947
- SCHÄFER H.B y OTT C. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, págs.: 332-333. ed. Tecnos, Madrid, 1986
- SCIALOJA V. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931
- YU-CHIENG CHANG, “The Economy of concept and possession”, en YU-CHIENG CHANG (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, 2015,

NOTAS

¹ Así, por ejemplo, para ALBALADEJO M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VIII, vol. I^o, EDESA, Madrid, 1987, pág. 3, el artículo 609 del Código civil es inútil, inexacto e incompleto. Inútil porque el Código civil regula después cada modo de adquirir, aun cuando le reconoce el mérito de incorporar la teoría del título y el modo. Es inexacto porque incluye la ley entre los modos de adquirir, pero los derechos reales se adquieren y transmiten por ciertos hechos que establece la ley, como por ejemplo ciertos contratos —entre los que la donación— mediante tradición. Por lo que se refiere a la ley, MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 609” en *Comentario al Código Civil, Tomo I*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1543-1544 precisa que si bien la mención de la ley puede ser inútil, sin embargo, sirve para recordar supuestos en que la adquisición se produce, incluso sin el conocimiento del adquirente, sin requerir una declaración de voluntad de este, o, si se quiere, supuestos de hecho a los que el legislador les atribuye esta eficacia independientemente del conocimiento de los interesados. Por lo que se refiere a la donación, LALAGUNA E, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz *Modos de adquirir*, T. XVI, ed. Seix, Barcelona 1990, pág. 557, critica la posición de ALBALADEJO y otros sobre la donación como modo de adquirir: “Al excluir la consideración de la donación como modo de adquirir se incurre en una petición de principio. Se puede sostener que la donación es contrato, pero el hecho de que el legislador la considere como modo de adquirir en el mismo cuerpo legal en que habla de los contratos para lograr su finalidad traslativa requiere del acto de la tradición, obliga al intérprete a preguntarse si en esta referencia a la donación como modo de adquirir existe o no un designio legislativo de considerar un contrato de finalidad traslativa de naturaleza diferente a aquellos otros ciertos contratos que necesitan de la tradición para adquirir el derecho”.

² Precisamente por ello, DURÁN y BAS consideraba innecesario el artículo 609 del Código civil, puesto que cada modo de adquirir es regulado posteriormente. LASSO GAITE M., *Crónica de la Codificación española*, Vol. I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 603.

³ La teoría del título y el modo también es recogida por el Código civil de Cataluña según resulta del artículo 531,1 y 3 del Libro V. En el Preámbulo se afirma explícitamente: “regula la tradición en concordancia con los títulos de adquisición configurando el sistema transmisor-adquisitivo de acuerdo con la teoría del título y del modo vigente tradicionalmente en el ordenamiento jurídico catalán”.

⁴ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246, se expresa en este mismo sentido, si bien con la matización de que la regulación referida debe entenderse como regulación de la tradición como modo de adquirir.

⁵ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.); GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 143 y 144, señala que la entrega desempeña (1) una función traslativa si funciona como elemento de la tradición (2) solutoria cuando funciona, además, con la finalidad de cumplir una obligación contraída y (3) de transmisión o restitución posesoria, Con base en ello, afirma que hay una incorrección evidente en el artículo 531-2 del Libro V del Código civil de Cataluña, cuando afirma que “la tradición consiste en la entrega de la posesión de un bien”, pues ello significa que considera a la tradición como una *datio possessionis*, que es característica de la entrega como elemento constitutivo de la tradición. Lo cual entra en contradicción con el artículo 531-1 del mismo cuerpo legal que valora la tradición, correctamente, como modo de transmitir y adquirir la propiedad y demás

derechos reales, realizada como consecuencia de una justa causa o “determinados contratos”. No es aceptable confundir la tradición, como modo adquisitivo y traslativo, con la entrega como cesión posesoria.

⁶ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246.

⁷ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 132 y 133. Según este autor, la razón por la cual no cabe la tradición abstracta en nuestro sistema radica en que el Código civil no acoge la distinción romana entre el título *pro soluto* y el título *pro emptore* porque sigue la teoría del título y el modo, la cual solo acoge este último.

⁸ D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 221-222.

⁹ MIQUEL J., *Derecho Privado Romano* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 186-187.

¹⁰ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 199, pág. 174.

¹¹ BADOSA COLL F. “El poder de disposición en el Dret civil català”, en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193 realiza un estudio exhaustivo sobre esta figura en el Derecho civil catalán, aplicable, en sus fundamentos conceptuales, al ordenamiento jurídico español en su conjunto.

¹² CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 256.

¹³ SCIALOJA V. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 124.

¹⁴ Como ha señalado YU-CHIENG CHANG, “The Economy of concept and possession”, en YU-CHIENG CHANG (Ed.), *Law and Economics of Possession*, pág. 108, Cambridge University Press, 2015, pág. 108, el común denominador que define a la posesión es el control real. Esta definición permite explicar por qué hay razones económicas sustantivas para imponer cargas o conceder beneficios a quien ostenta el control real. En su opinión es el común denominador de la concepción de la posesión en diferentes códigos civiles como los de Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, España, Portugal, Austria, Japón, Corea del Sur y Taiwan.

¹⁵ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 133. Resalta MIQUEL que mantiene esta posición, que comparto, frente a la totalidad de la doctrina.

¹⁶ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, T.III, ed. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, págs. 198-200.

¹⁷ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho ca-*

talán y otros sistemas jurídicos, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 177.

¹⁸ Por el contrario, la venta mediante documento privado no equivale a la tradición: v.gr. seentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997 y 13 de octubre de 2004.

¹⁹ CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 263.

²⁰ En este mismo sentido JERÓNIMO GONZÁLEZ: “...en el fondo de todos estos problemas yace una confusión entre las formas legales de tradición y el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida. El Código francés, que no admite aquel modo de adquirir, contiene preceptos que han sido la base de nuestro articulado como resulta de la comparación de los artículos 1604 y siguientes de aquel con los artículos 1462 del Código Civil español, y parece desprenderse de las palabras empleadas por los que intervinieron en la redacción de los últimos que hay una perfecta analogía entre el cumplimiento de la obligación de entregar y la transferencia por medio de la tradición.

El Tribunal Supremo, en cambio, no ha tenido más remedio que distinguir la tradición propiamente dicha de la posesión o tenencia material de la s fincas”. En *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, T. I, ed. Civitas, 2009, pág.439. Es una colección de escritos y conferencias del autor. La cita corresponde a una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de enero de 1943, titulada *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*.

² Por el contrario, el artículo 621.1 del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, dispone: “La compraventa es el contrato por el que el vendedor se obliga a entregar un bien conforme al contrato y a transmitir su titularidad, ya sea del derecho de propiedad o de los otros derechos patrimoniales, según su naturaleza, y el comprador se obliga a pagar un precio en dinero y a recibir el bien.”.

²² Los artículos citados por la sentencia son todos del Reglamento Notarial. Los artículos. 193 y 195 han sido modificados por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

²³ GARCÍA CANTERO G. sostiene, en el comentario al artículo 1462 del Código civil, que la tradición instrumental opera no solo en el caso de escritura pública notarial, sino también judicial (STS 11 de diciembre de 1904 y 30 de noviembre de 1939), así como el auto aprobatorio de la adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1963), aunque tratándose de cosas muebles el criterio es más restrictivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1946). También en el caso de los documentos administrativos. En PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.). *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, 1991, pág 912.

²⁴ ROCA SASTRE sostiene que si el transmitente no tiene la posesión el otorgamiento no equivale a la tradición, puesto que esta implica la entrega de la cosa. Si se hubiera practicado una inscripción puede ser rectificada, salvo que hubiera surgido un tercero protegido por la fe pública registral, ROCA SASTRE R. *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 249-265.

²⁵ GARCÍA GARCÍA critica la solución ROCA SASTRE de porque no es una solución para las situaciones normales —pues, a juicio de este autor, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo contempla una adquisición a *non domino*—. GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 644.

²⁶ LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IIº 3ª, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 145-146.

²⁷ ALBALADEJO GARCÍA., el artículo 1462 II no establece una presunción *iuris tantum* de tradición real sino que configura la tradición instrumental como otra forma de tradición, estableciendo que el otorgamiento conlleva una presunción *iuris tantum* de tradición instrumental, no de entrega de la posesión. ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil III-1º*, ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 143.

²⁸ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 644.

²⁹ GIMÉNEZ ROIG E., *El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código civil*, RCDI, 2003, núm. 677, págs. 1463-1536. La posición de este autor es criticada por JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, CORPME, Madrid 2004, págs. 53-56, la cual argumenta dos fallos: 1.—Prescinde del título y el modo, lo que no es admisible tratándose de la transmisión *inter vivos* de derechos reales. El artículo 1526 del Código civil puede estimarse aplicable a estos supuestos, pero no para regular la transmisión del derecho real sino con vistas a la protección del tercero. 2.—Impone al comprador el resultado a través del artículo 1186 del Código civil aun cuando hubiera querido comprar una cosa y no la acción reivindicatoria. Suscriben el primer argumento GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 670, GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicitaria de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica ADC*, 2001, págs. 179-180, o BERCOVITZ ÁLVAREZ G., *Tradición instrumental y posesión*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 184.

³⁰ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 666.

³¹ JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 68 y 69.

³² Son contrarios a esta posición los autores que conciben la tradición como una entrega posesoria. Además de los citados, entre otros HERMIDA LINARES M., *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles*, RCDI, núm. 457, 1966, pág. 420.

³³ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 269. Señala esta autora que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que la expresión “*de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*” se refiere al hecho posesorio, es decir, que de la misma escritura no se deduzca la voluntad contraria a la transmisión de la posesión real o material, lo que conduce a interpretar el artículo 1462.2 como una presunción de entrega real o material, que puede destruir acreditando la posesión de la cosa por un tercero (STS de 31 de octubre de 1951 o 17 de noviembre de 1992), pág. 272.

³⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999, pág. 107.

³⁵ Como afirma CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 282: “*La consideración de la tradición instrumental como una forma de traditio que no requiere la condición de poseedor en el tradens permite la aplicación sin excepción del artículo 609 cuando señala expresamente que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten...por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

³⁶ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 220.: “El Código civil equipara los derechos reales no susceptibles de posesión a los derechos personales o de crédito a los efectos de su transmisión, salvo lo que dispone el artículo 1526 cuando dichos derechos reales sean sobre inmuebles. El Código engloba unos y otros bajo la rúbrica “transmisión de créditos y demás derechos incorporales” y emplea igualmente para los derechos reales el concepto de cesión, como acto dispositivo por el solo consentimiento, es decir, *solo consensu*”.

³⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “equivaler” significa, en su acepción primera: “Dicho de una persona o de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia”.

³⁸ En este mismo sentido, GÓMEZ GÓMEZ M., En *Inscripción y Tradición*, RCDI, 1958, pág. 242, para quien la tradición instrumental es una verdadera forma de tradición a los efectos del artículo 609 del Código Civil.

³⁹ CALVO SORIANO A., *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 2ª, Vol. 1º, Madrid, 1962, pág. 463, sostiene que la entrega a la que se refiere el artículo 1462.2 del Código civil es la tradición del artículo 609 del Código civil y no la entrega posesoria.

⁴⁰ En un moderno Estado de derecho los ciudadanos no pueden hacer uso de la fuerza para ejercer o proteger sus derechos, salvo el de la propia vida usando su derecho a la legítima defensa. En los demás casos, el uso de la fuerza es un monopolio del Estado, que puede ejercitar una vez que el sistema judicial haya adoptado la decisión que legitima dicho uso.

⁴¹ Así lo expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 28 de junio de 1961, que consideran irrelevante que unos testigos declaren que no hubo entrega. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999, pág. 105, matiza acertadamente que el Tribunal Supremo entiende que la tradición instrumental conlleva también la presunción de la transmisión de la posesión en concepto de dueño y que dicha presunción cede ante la prueba de que el poseedor era una persona distinta al vendedor o transmitente. La escritura, aunque, en esos casos, no implique transmisión de la posesión equivale también a la entrega a efectos de transmitir el dominio, citando las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912, 6 de diciembre de 1983, 7 de febrero de 1985, 29 de mayo de 1997.

⁴² Por esa razón, el Código civil solo puede suministrar un sistema seguro de adquisición de una titularidad *erga omnes*: la usucapión, cuyos requisitos temporales y procedimentales son incompatibles con las exigencias de una moderna economía de mercado. Adicionalmente, la adquisición por usucapión solventa el problema de seguridad en la titularidad de quien ha adquirido por esa vía, pero no sirve para asegurar a quien pretende adquirir de quien adquirió por usucapión que este siga siendo el titular del *ius disponendi*.

⁴³ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI, n.º: 703, año 2007.

⁴⁴ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, pág.34. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI, n.º: 703, año 2007.

⁴⁵ SCHÄFER H.B y OTT C. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, págs.: 332-333. ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág.49. CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996. CUENA CASAS M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo

de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la venta de cosa ajena llevada a cabo por el titular registral”, en YZQUIERDO TOLSADA M (Dir.), *Comentarios a la unificación de doctrina civil y mercantil (2005-2007)*, ED.: Dykinson, Madrid, págs. 351-380. CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI. Núm. 722, págs. 2909-2948.

⁴⁶ Esta intervención del Estado implica la publicación del sistema transmisivo en un doble sentido: (1) creación de títulos y de titularidades de alcance erga omnes reconocidos por el mismo mediante su intervención en el sistema transmisivo a través del Registro de la Propiedad, introduciendo un sistema transmisivo registral y (2) acceso público al conocimiento de tales títulos y titularidades para quien tenga interés legítimo en ello, lo que elimina las incertidumbres al respecto. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 69 ss. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, págs. 116-136.

⁴⁷ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 es pertinente destacar, en este punto, que, a partir de 1989, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que el artículo 1473 del Código civil solo se refiere a los supuestos de doble venta, excluyendo los supuestos de venta de cosa ajena, válida en nuestro derecho al seguirse un sistema transmisivo que la permite, a diferencia del sistema francés de *solo consensu*. A diferencia de la venta de cosa ajena, la doble venta se caracteriza porque, en ella, el primer adquirente no ha consumado su adquisición mediante la *traditio*, por lo que la cosa aún no le pertenece —no es propietario— sino que se le debe —es acreedor—, y, por lo tanto, tiene una titularidad meramente negocial u obligacional, protegida tan solo mediante una regla de responsabilidad. Ello es así porque al no haber tenido lugar la *traditio*, el *tradens* sigue conservando el *ius disponendi*. A esta sentencia corresponde el mérito de señalar que el artículo 1473 del Código civil incluye ambos supuestos, el de doble venta y el de venta de cosa ajena. Como afirma GORDILLO CAÑAS A. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007*, en CCJC, núm. 75, 2008, pág. 1441.: “La doble venta lleva, en efecto, a la venta de cosa ajena aunque no toda venta de cosa ajena se produce por efecto de la doble venta, su tratamiento es el correspondiente a esta específica hipótesis”.

⁴⁸ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T. I, ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 274, el cual cita a LADARIA CALDENTY J., *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona 1952, págs. 39 ss.

⁴⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 546.

⁵⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 88 ss.

⁵¹ El artículo 208 de la Ley Hipotecaria regula el expediente para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. El artículo 312 del Reglamento Hipotecario, por su parte, regula el procedimiento para la inscripción de derechos reales sobre finca no inscrita.

⁵² GARCÍA GARCÍA enumera acertadamente las cuestiones planteadas por la doctrina: 1.— ¿Sustituye la inscripción a la tradición?, 2.— ¿Es una forma de tradición la inscripción?, 3.— ¿Cómo operan la tradición y la inscripción respecto de terceros?, 4.— ¿Es requisito previo para poder inscribir que se dé o exista la tradición?, 5.— ¿Cuál sería el efecto de la falta de tradición respecto a un derecho inscrito en el Registro?, 6.— ¿Qué valor hay que dar a la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1462 del Código civil?. GARCÍA

GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 640.

⁵³ En este sentido MORALES MORENO A.M., en el “Prólogo” a la obra de JEREZ DELGADO C. *Tradición y Registro*, ed. CORPME, 2004, págs. 18 y 20.

⁵⁴ Con anterioridad a la reforma disponía: “I. La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos.”

⁵⁵ Con anterioridad a la reforma disponía: “Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro de la entidad encargada del registro contable y desde entonces quedarán sometidos a las disposiciones de este capítulo.”

⁵⁶ ROCA SASTRE R. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, TII, 7ª ed. Bosch, Madrid, 1979, pág. 222.

⁵⁷ SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario* TI, ed. Reus, Madrid, 1947, pág. 251.

⁵⁸ HERMIDA LINARES M, *La inscripción y la tradición en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales*, RCDI, 1966, págs. 1401 ss.

⁵⁹ DE LA RICA Y ARENAL R., “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario,” conferencia pronunciada en 1950. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976, págs. 427 ss.

⁶⁰ RAMOS FOLQUÉS R., *La tradición y el modo en Curso d conferencias de 1951 —sobre Derecho Inmobiliario Registral—*, ed. CORPME, 1951, págs. 37 ss.

⁶¹ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 670.

⁶² GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, Marzo-Abril 2021, pág. 979.

⁶³ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 126-127.

⁶⁴ En opinión de GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 670, sin embargo, si de la misma escritura resulta que no se ha querido otorgar la tradición instrumental, el documento no es inscribible, por no tratarse de un tratarse de un título traslativo ni constitutivo de derecho real, salvo el caso de condiciones suspensivas en que, por imperativo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, cabe la inscripción en esa forma condicional.

⁶⁵ DE LA RICA Y ARENAL R. “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario”, conferencia pronunciada en 1950, pág. 126. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976, ha sostenido que tradición y Registro de la Propiedad son incompatibles porque son incompatibles Registro y posesión y que, por tanto, en materia de propiedad inscrita la inscripción debería sustituir a la tradición.

⁶⁶ Entre otros, PETIT SEGURA M. A, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, pág.123, MIQUEL GONZÁLEZ J. Mª, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1, págs. 45 a 61. GORDILLO CAÑAS A, *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC, 2001, fascículo 1, pág.202, LALAGUNA

DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002, núm.:671, págs. 847-873. MOLINA GARCÍA A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, RUBIO GARRIDO C, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999*. CCJC, 2000, núm.52, págs. 65 y 71, PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, pág.202.

⁶⁷ Tampoco sus precedentes más inmediatos exigían buena fe. Como señala PETIT SEGURA M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, págs. 24 y 25, tales precedentes los hallamos en el Proyecto de Código civil de 1851, concretamente:1.— Artículo 1396:”Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 892.” 2.-Artículo 892:” Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le correspondía, según lo dispuesto en la Sección 3 de este título”. 3.— Artículo 1859: Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título”. 4.— “La preferencia entre los acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualquiera otros derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles, se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público”. No debe olvidarse que el Proyecto de Código civil de 1851 introducía un sistema registral de mera oponibilidad, similar al francés, que no exigía buena fe. Esa es la razón, a mi juicio, por la que tampoco la exige el artículo 1859 del Proyecto ni el vigente artículo 1473 del Código civil, que procede del mismo.

⁶⁸ *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia el 12 de noviembre de 2018, pág.84. Puede consultarse en <https://www.bing.com/search?q=Comission+de+%C3%A9forme+de+la+publicit%C3%A9+fonci%C3%A8re,+Pour+une+modernisation+de+la+publicit%C3%A9+fonci%C3%A8re,&form=APMCS1&PC=APMC>.

⁶⁹ Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha seguido la misma línea hermenéutica, con la excepción de las sentencias de 13 de noviembre de 2009 y 13 de mayo de 2013. En el ámbito doctrinal, sin embargo, hay dos posiciones. Una de ellas sostiene que en el artículo 1473 del Código civil sí cabe la venta de cosa ajena, v.gr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp 10426 ss, mientras que otros autores sostienen que sólo cabe la doble venta, v.gr. ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En Carrasco Perera, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 864 ss.

⁷⁰ CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del título y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*. RCDI, nº 780, págs. 1995 a 2036, pág. 2016.

*Trabajo recibido el 26 de agosto de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre de 2025*

La protección registral del tercero hipotecario en los casos de doble inmatriculación

The land registry protection of the third party in cases of double registration

por

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

*La verdad es lo que es,
y sigue siendo verdad aunque se piense al revés.*
Antonio Machado

RESUMEN: La doble inmatriculación de un inmueble presenta notorias dificultades cuando afecta a diferentes sujetos que discuten sobre su titularidad dominical. El artículo 209 LH establece un expediente, a cargo del registrador, para intentar solucionar la duplicidad de asientos y, de no poder hacerlo, habrá de acudir al proceso declarativo correspondiente.

La jurisprudencia acogió la doctrina de la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio fuere de mejor condición conforme al Derecho Civil puro, con suspensión de todos los principios hipotecarios, pues dos personas aparecían como titulares registrales del mismo inmueble. La cuestión a resolver consistía en si era posible aplicar el principio de fe pública cuando sólo uno de los litigantes tenía la condición de tercero del artículo 34 LH.

La tesis negativa alega que si se considerara de mejor condición la inscripción del tercero del artículo 34 LH, los restantes titulares registrales perderían definitivamente su derecho aunque sus títulos inscritos fueran civilmente preferentes, lo que iría contra la seguridad de todo titular inscrito.

Frente a ello, la tesis afirmativa se quiso consolidar en la STS de 19 de mayo de 2015 que estableció que la neutralización recíproca de los principios hipotecarios, entre ellos del de fe pública registral del artículo 34 LH, y la aplicación del Derecho Civil puro, no procede cuando la cualidad de tercero hipotecario se reconozca en uno sólo de los titulares registrales en liza, y ello en orden a la seguridad del tráfico inmobiliario registral.

ABSTRACT: The double registration of a property presents notable difficulties when it affects different subjects who dispute its ownership. The article 209 of the Mortgage Law (LH) establishes a proceedings, in charge of the registrar, to try to resolve the duplication of registry entries and, if this cannot be done, the corresponding declaratory process must be used.

The jurisprudence adopted the doctrine of the prevalence of the registration of the property whose ownership was in better condition according to pure Civil Law, with suspension of all mortgage principles, since two people appeared as registered owners of the same property. The question to be resolved was whether it was possible to apply the principle of public trust when only one of the litigants had the status of third mortgage of article 34 LH.

The negative thesis claims that if the registration of the third mortgage of article 34 LH were considered to be in better condition, the remaining registered holders would definitively lose their right, even if their registered titles were civilly preferential, which would go against the security of all registered holders.

In contrast, the affirmative thesis was intended to be consolidated in the Supreme Court judgment (Civil Chamber) of May 19, 2015 that established that the reciprocal neutralization of mortgage principles, including that of public trust in the Land Registry of article 34 LH, and the application of pure Civil Law, cannot be applied when the quality of third party mortgage is recognized in only one of the registry holders in dispute, and this is in order to the security of the registered real estate traffic.

PALABRAS CLAVE: Registro de la Propiedad. Doble inmatriculación. Fe pública registral.

KEYWORDS: Land Registry. Double registration. Registry public trust.

SUMARIO: I. LA DOBLE INMATRICULACIÓN: PRELIMINAR: 1. DEFINICIÓN Y CAUSAS DE SU CONCURRENCIA. 2. LA VIGENTE REGULACIÓN DE LA MATERIA EN EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL: EL EXPEDIENTE REGISTRAL DEL ARTÍCULO 209 LH. 3. LA TRADICIONAL SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN: NEUTRALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES, ENTRE ELLOS, EL DE FE PÚBLICA REGISTRAL Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL PURO.—II. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA

PROTECCIÓN EXCLUSIVA DEL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 34 LH SI SÓLO UNO DE LOS CONTENDIENTES INSCRITOS LO ES. 1. LA TESIS NEGATIVA. 2. LA POSICIÓN AFIRMATIVA: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STS DE 19 DE MAYO DE 2015.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DOBLE INMATRICULACIÓN: PRELIMINAR

1. DEFINICIÓN Y CAUSAS DE SU CONCURRENCIA

La figura de la doble inmatriculación tiene lugar cuando una misma finca aparece inmatriculada en el Registro de la Propiedad en dos folios diferentes, bien a nombre de un mismo titular registral, bien a favor de personas distintas. Como entiende la RDGSJFP de 13 de septiembre de 2023, «la doble inmatriculación es el hecho por el cual una misma finca, o porción de territorio delimitado por su pertenencia a un titular, está inmatriculada dos o más veces en el Registro de la Propiedad, por estar descrita en folios registrales independientes entre sí». También sucede cuando una de las fincas ha sido integrada en la otra, fenómeno que tiene lugar cuando una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto de la otra. Por tanto, hay situaciones que no son estrictamente inmatriculaciones, sino que se trata de inscripciones posteriores que se efectúan a través de modificaciones físicas de la finca —segregaciones, agregaciones, agrupaciones, etc.—, donde el Registro al menos refleja dos folios en los que aparecen inscripciones que dan como resultado una doble inscripción de parte de una finca. De cualquier forma, la doble inmatriculación de inmuebles plantea un claro supuesto de desconexión entre el Registro inmobiliario y la realidad jurídica extrarregistral, que puede provocar, en su caso, una apariencia jurídica protegible, a pesar de la irracionalidad de la publicidad registral en este contexto. Las fincas procedentes de esta inexactitud registral pueden coincidir total o parcialmente, por mucho que su descripción —superficie, extensión, linderos, etc.—, difiera, desfigurándolas y haciéndolas parecer diversas. Las razones por las que puede producirse la doble inmatriculación pueden ser variadas, voluntarias o no, entre otras, el error en la descripción de los predios registrados doblemente, el propósito cierto de defraudar, haciendo figurar como propios los inmuebles ajenos, el convencimiento de ser el verdadero dueño de una finca ya inmatriculada a favor de persona con la que no se tiene relación alguna¹, etc.². Ahora bien, en la actualidad, cuando en la finca inscrita ya consta expresamente la referencia catastral, la posibilidad de la doble inmatriculación será, ciertamente, más difícil, pero sigue habiendo fincas sin referencia catastral que en el

Registro de la Propiedad aparecen vivas y los problemas que ello plantea son indudables.

Como afirma la STS de 6 de mayo de 2008, el «fenómeno de la doble inmatriculación resulta frecuente en nuestro derecho inmobiliario registral precisamente por la propia facilidad de los medios de inmatriculación y se produce cuando dos fincas registrales son idénticas entre sí, aun cuando sus respectivas descripciones estén hechas de modo diferente, y también cuando una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto de otra» [criterio acogido, por ejemplo, entre otras muchas, por la SAP de Cáceres (Sección 1ª Civil) de 15 de noviembre de 2010, la SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª Civil) de 7 de marzo de 2011, la SAP de Almería (Sección 3ª Civil) de 9 de octubre de 2012, la SAP de Islas Baleares (Sección 3ª Civil) de 15 de octubre de 2012 y la SAP de Albacete (Sección 1ª Civil) de 20 de abril de 2016]. La STS de 2 de junio de 2011, añade que es «una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número» [igual la SAP de Murcia (Sección 4ª Civil) de 17 de mayo de 2012 y la SAP de Valencia (Sección 7ª Civil) de 29 de abril de 2013 y la RDGRN de 21 de diciembre de 2015 y las RRDGSJFP de 3 de septiembre de 2020, de 17 de agosto de 2022 y de 10 de julio de 2024 —que habla de «situación patológica, puramente registral, de la doble inmatriculación»—]. Por su parte, la SAP de Sevilla (Sección 6ª Civil) de 3 de febrero de 2025 indica que la «doble inmatriculación supone una irregularidad registral consistente en que una misma finca, por entero, o una misma finca y parte de ella, constan inmatriculadas dos veces en el Registro de la Propiedad»; y la SAP de Madrid (Sección 11ª Civil) de 31 de marzo de 2025 expone que el «concepto de inmatriculación es inscribir por primera vez un bien inmueble en el Registro de la Propiedad y el inmueble ya está correctamente inscrito». Por todo ello, como subraya la SAP de Murcia (Sección 1ª Civil) de 10 de abril de 2025, «lo cierto es que lo primero que debe de ser probado para que pueda apreciarse dicha doble inmatriculación es que ambas fincas constan doblemente inscritas».

Más extensamente, la STS de 12 de febrero de 2008 —como también hizo ya, por ejemplo, la STS de 1 de marzo de 1997—, consideró que la «doble inmatriculación se produce cuando una misma finca aparece inscrita en dos folios diferentes e independientes uno del otro, de modo que ambas inscripciones reflejan dos fincas absolutamente idénticas o una de ellas se encuentra superpuesta respecto de la otra. La existencia de tal situación de inmatriculación plural, que resulta fácilmente subsanable cuando se trata de inscripciones extendidas a favor del mismo titular, presenta notorias dificultades cuando afecta a diferentes sujetos que discrepan sobre la titularidad dominical del terreno doblemente inmatriculado» [criterio recogido literalmente por la citada SAP de Guipúzcoa

(Sección 2ª Civil) de 7 de marzo de 2011]. Obsérvese que el conflicto de la inmatriculación plural puede limitarse sólo a los dos inmatriculantes diferentes o englobar igualmente al adquirente o adquirentes de aquéllos. En definitiva, puede concluirse que no es posible la compatibilidad de dos historiales distintos, ni la simultaneidad de dos titularidades diferentes que sobre la misma finca registral cada uno de los folios reales abiertos y dedicados a ella publican. Por consiguiente, la incongruencia irreductible que se produce en estos supuestos de inscripciones contradictorias afecta a la propia eficacia protectora del Registro de la Propiedad, que puede, en su caso, suspenderse hasta que se recupere la necesaria coherencia entre la realidad jurídica extrarregistral y la registral por la cancelación o rectificación de una de las inscripciones practicadas³.

En el concreto supuesto resuelto por la fundamental STS de 19 de mayo de 2015, se trata de una finca inmatriculada por vez primera en el año 1894 (finca NUM002) y que está sujeta a un legado fideicomisario —dentro de los límites legales permitidos— a favor de los descendientes de la testadora, titular registral. Pues bien, inscrita la extinción del usufructo de que disfrutaba el último de los fiduciarios, la madre de la fideicomisaria —que habría de consolidar finalmente dominio y usufructo del predio registrado—, vendió la finca en escritura pública, dando lugar esta transmisión onerosa, erróneamente, a una nueva inmatriculación del predio (finca NUM003) en el año 1924, por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (LH) —a través de la denominada inmatriculación por título público—. Pues bien, la finca originaria (finca NUM002) fue permutada en el año 2004 en su mitad indivisa a una sociedad —que cumplía todos los presupuestos del tercero hipotecario contenidos en el art. 34 LH, regulador del principio de fe pública registral—, mientras que la finca erróneamente inmatriculada (finca NUM003) se transmitió *mortis causa* a favor del heredero del titular registral en el año 1957.

2. LA VIGENTE REGULACIÓN DE LA MATERIA EN EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL: EL EXPEDIENTE REGISTRAL DEL ARTÍCULO 209 LH

El artículo 313.3ª del Reglamento Hipotecario (RH), hoy derogado implícitamente⁴, contenía una exigua y única regulación de la materia estableciendo que cualquiera de los interesados «*podrá acudir al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique físicamente la finca, para que, con citación de los interesados y siempre que se pruebe la identidad de la finca, dicte auto ordenando que se extienda nota expresiva de la posible existencia de doble inmatriculación al margen de ambas inscripciones, pudiendo exigir la caución que estime adecuada para asegurar los perjuicios que se pudieran derivar. En el auto se*

reservarán a los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente». Como entendió la notable y analizada STS de 19 de mayo de 2015, este precepto reglamentario «no contempla un criterio de solución del conflicto, sino que se dirige a facilitar un medio de publicidad o toma de razón del propio hecho de la irregularidad de la doble inmatriculación de la finca en dos folios diferentes e independientes uno del otro», por tanto, no se regula de forma íntegra la doble inmatriculación, sino que —como también subraya la STS de 13 de mayo de 2011—, sólo se «contempla la situación» y se limita a fijar un cauce para dejar constancia tabular de la contradicción entre los diversos folios registrales⁵. Detectada, pues, la anomalía de la doble inmatriculación, la nota marginal extendida sobre los folios abiertos simultáneamente a la misma finca ponía sobre aviso a eventuales terceros y les impedía apoyar en los mismos una confianza protegible, en particular, se evitaba la virtualidad del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. Además, se suscitaba una incertidumbre acerca de la situación jurídica del inmueble doblemente registrado que, en defecto de acuerdo entre los interesados —que no suele darse en la práctica—, sólo era posible solventar recurriendo al juicio declarativo correspondiente.

Esta falta de una normativa específica fue suplida por el artículo 209 LH que vino a regular la cuestión tras la reforma operada por la Ley 13/2015⁶: «*1. La subsanación de la doble o, en general, múltiple inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales distintos tendrá lugar a través de expediente que se tramitará con sujeción a las reglas siguientes:*

Primera. Será competente para su tramitación y resolución el Registrador del distrito hipotecario en que radique la finca doblemente inmatriculada. Si la superficie de la finca se extendiese sobre territorio de dos o más Registros, la competencia vendrá determinada por el historial registral más antiguo, y si todos fueran de la misma fecha, corresponderá al Registrador del distrito donde se sitúe la mayor parte de la superficie de la finca.

Segunda. El expediente se iniciará de oficio por el Registrador; o a instancia del titular registral de cualquier derecho inscrito⁷ en alguno de los diferentes historiales registrales coincidentes, en los cuales deberán hacerse constar, en los términos prevenidos reglamentariamente, los datos personales del solicitante y un domicilio para la práctica de notificaciones.

Tercera. Si el Registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en su propio archivo, incluido el examen de las representaciones gráficas de que disponga, y recabados los datos pertinentes del Catastro Inmobiliario, apreciara la coincidencia de las fincas y, en consecuencia, la posibilidad de doble inmatriculación⁸, total o parcial, notificará tal circunstancia a los titulares de los derechos inscritos en cada una de las fincas registrales o a sus causahabientes,

si fueren conocidos, en la forma prevenida en esta Ley, dejando constancia de ello mediante nota al margen de la última inscripción de dominio extendida en el folio de cada uno de los historiales coincidentes.

Cuarta. Cuando el dominio sobre la finca aparezca inscrito en los distintos folios registrales en favor de una misma persona, si los mismos estuviesen libres de cargas o fueran estas exactamente las mismas y estuviesen inscritas siguiendo el mismo orden, de modo que no puedan producirse perjuicios para terceros, la contradicción se salvará con el consentimiento de los interesados, practicando al final del historial registral más reciente un asiento de cierre o cancelación del mismo, haciendo referencia a este hecho, mediante la oportuna nota al margen en el historial más antiguo.

Quinta. Si fueren distintos los titulares del dominio o de las cargas inscritas o siendo coincidentes no guardasen idéntico orden, el Registrador convocará a los interesados a fin de lograr el acuerdo que determine las titularidades que han de recaer sobre la finca y la prelación registral entre ellas.

Sexta. Si todos comparecieran y unánimemente convinieran las rectificaciones que, a su juicio, hayan de realizarse, el Registrador, siempre que estimase legalmente procedentes las operaciones así convenidas, hará constar documentalmente el acuerdo, que firmará con los interesados, y procederá a cancelar el historial de la finca registral más moderna y, en su caso, rectificar la más antigua, en la forma acordada.

Séptima. Si alguno de los interesados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición en cualquier fase de la tramitación, el Registrador dará por concluido el expediente, dejando constancia documental de dicho extremo y también por nota al margen de la última inscripción de dominio practicada en cada uno de los folios reales coincidentes.

En tal caso, el promotor del expediente podrá entablar demanda en juicio declarativo contra quienes no hubieran comparecido o hubiesen formulado oposición ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca.

Fuera de los supuestos de oposición, frente a la denegación de la constatación de la doble inmatriculación por parte del Registrador podrán los interesados interponer los recursos previstos en esta Ley para la calificación negativa; quedando siempre a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

Octava. Las notas marginales de doble inmatriculación practicadas en los folios de las fincas afectadas caducarán a los seis meses de su fecha, salvo que dentro de dicho plazo se practique anotación preventiva, como consecuencia de la presentación en el Registro de la demanda interpuesta en el procedimiento judicial correspondiente.

En todos los casos, se aplicarán al asiento de presentación y, en su caso, a la anotación preventiva practicada las normas sobre prórroga o mantenimiento de vigencia prevenidas para el caso de interposición de recurso frente a la calificación del Registrador:

Novena. En todos los demás supuestos, siempre que se entable juicio declarativo ordinario relativo al dominio o cualquier otro derecho inscribible, relativo a la misma finca, se dará inmediatamente por concluso el expediente...»⁹.

Como puede observarse, el procedimiento de subsanación del problema de la doble inmatriculación está recogido en este citado artículo 209 LH —que se trata de «un expediente de jurisdicción voluntaria» (RRDGSJFP de 3 de septiembre de 2020 y de 4 de marzo de 2021)—, pero se menciona en distintos preceptos, ya que es consecuencia palpable de la falta de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro. Así, se resalta en el artículo 199.1º.4ª y 5ª LH que el registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca si coincidiera con otra base gráfica inscrita (RRDGSJFP de 11 de abril de 2024 y de 8 de mayo y de 8 de julio de 2025), pues, como se expone en estas dos últimas Resoluciones citadas, «en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación», con lo que el promotor podrá optar por el deslinde¹⁰. También, en el artículo 205 LH, en el expediente de inmatriculación, el registrador podrá denegar la anotación solicitada por el notario cuando tenga dudas fundadas sobre la coincidencia de la finca con otras inmatriculadas; y de igual modo, actuará en el artículo 206 LH referido a la inmatriculación mediante certificación de dominio. Eso sí, debe tenerse presente que, «considerando la existencia de una norma especial reguladora de la legitimación para este concreto procedimiento de doble inmatriculación (art. 209 LH), no resulta pertinente acudir a la norma general que para la rectificación de errores en el Registro se contiene en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria» (citada RDGRN de 22 de noviembre de 2016), a no ser que no exista tal inmatriculación múltiple, en cuyo caso, si procede, la «rectificación del Registro debe realizarse por los cauces previstos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria» (RDGSJFP de 7 de mayo de 2025). Asimismo, como destaca la SAP de Ciudad Real (Sección 1ª Civil) de 26 de mayo de 2022, en estos casos de posible doble inmatriculación de una finca, «la decisión de suspender una inscripción por existir defectos que, apreciados por el registrador lo impiden, no supone una suspensión *sine die* del procedimiento, sino una nota de calificación negativa o desfavorable con carácter suspensorio de la inscripción».

La RDGRN de 26 de julio de 2016 —precedida, respecto de la aplicación del art. 313.3ª RH, por la RDGRN de 26 de febrero de 2013, y confirmada, por ejemplo, por las RRDGRN de 22 de noviembre de 2016, de 5 de diciembre de 2018 y de 6 de agosto de 2019 y las RRDGSJFP de 20 de octubre de 2020, de

1 de febrero de 2022, de 8 de marzo de 2023, de 10 de mayo de 2023, de 8 de noviembre de 2023, de 30 de enero de 2024 y de 10 de julio de 2024—, advirtió que el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación, lo que puede hacer de oficio, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma operada en el artículo 209 LH por la mencionada Ley 13/2015. Es más, «si un registrador aprecia la posibilidad de doble inmatriculación, lo que debe hacer es actuar de oficio como le ordena el artículo 209 LH» (RDGSJFP de 27 de julio de 2022). Por consiguiente, mientras no exista una acreditación indiciaria de la posible doble inmatriculación —con la aportación por el interesado de las representaciones gráficas de dichas fincas inscritas—, no procederá la iniciación del expediente (citada RDGSJFP de 4 de marzo de 2021 y RDGSJFP de 4 de junio de 2025), esto es, si el registrador «aprecia que no se ha cumplido el requisito objetivo de la doble inmatriculación, es decir, la inmatriculación de una sola franja de terreno en dos folios registrales diferentes, puede denegar el inicio del expediente» (mencionada RDGSJFP de 10 de julio de 2024).

De este modo, en primer término, la concurrencia de doble o múltiple inmatriculación requiere que exista «identidad de las fincas doblemente inscritas» [AAP de Murcia (Sección 5ª Civil) de 13 de abril de 2011, SAP de Alicante (Sección 6ª Civil) de 2 de diciembre de 2014 y SAP de Albacete (Sección 1ª Civil) de 24 de marzo de 2025]. «A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo, que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (*vid.* Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras)» (RRDGRN citadas de 5 de diciembre de 2018 y de 6 de agosto de 2019 y RRDGSJFP de 3 de septiembre de 2020, de 14 de octubre de 2020, de 6 de marzo de 2023, de 8 de marzo de 2023, de 30 de enero de 2024 y de 11 de abril de 2024). De este modo, «la conclusión de que no existe verdadera doble inmatriculación, ha de ser debidamente fundamentada por el registrador, a los efectos de que pueda ser susceptible de recurso en los términos que prevé el propio artículo 209.1 en su regla séptima, último párrafo» (mencionada RDGSJFP de 3 de septiembre de 2020). Por consiguiente, establecida por el Centro Directivo la arbitrariedad y falta de fundamento de la negativa del registrador, debe «procederse a la tramitación del expediente para completar, previa audiencia de las partes, la resolución del mismo y sin prejuzgar el resultado del mismo» (indicada RDGSJFP de 10 de mayo de 2023). Así, la RDGSJFP de 4 de junio de 2025 revocó la nota de calificación del registrador, «pues existen indicios de la existencia de una posible doble inmatriculación, por lo que debe procederse a tramitar el expediente del artículo 209

de la Ley Hipotecaria para lograr un posible acuerdo entre los interesados y, en su defecto, para que el promotor del expediente pueda promover la acción para un juicio declarativo frente a quienes se opongan a la inscripción que solicita».

Una vez que el registrador considere esta posibilidad de inmatriculación múltiple, deberá efectuar las necesarias notificaciones (RDGSJFP de 30 de enero de 2025) y extender la nota marginal que ordena hoy el mencionado artículo 209 LH, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del referido precepto legal¹¹. Ahora bien, no se hace legalmente referencia alguna al cierre del Registro de la Propiedad a inscripciones durante la tramitación del citado expediente, pues lo único que se establece es la práctica de notas marginales de doble inmatriculación, que no impiden el correspondiente asiento de inscripción, por lo que dichas notas marginales únicamente tienen efectos informativos (RDGSJFP de 24 de febrero de 2025). Asimismo, en el caso de que el registrador suspenda el inicio del procedimiento por no apreciar la existencia de la doble inmatriculación, no resulta procedente la práctica de esta nota marginal, que tiene como único objeto advertir de la tramitación del procedimiento para evitar que pueda surgir un tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 LH (RDGSJFP de 21 de mayo de 2024), criterio este último aplicado, por ejemplo, por la más reciente STS de 27 de febrero de 2025.

De otro lado, una muestra del aumento de control del registrador en estos casos de doble inmatriculación es que el acuerdo entre las partes, que sean titulares diferentes, no es por sí válido, sino que requiere una calificación registral para estimar procedentes las operaciones convenidas. Se sustituye, así, la exigencia de escritura pública por el control del registrador competente. Por otra parte, en el supuesto de que «el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo 209 LH, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuación de la tramitación,... (de manera que) el registrador, dentro del limitado marco de actuación que le corresponde, no puede ser instado por un particular para que inicie tal expediente de oficio sin acreditar que es titular de derecho real alguno sobre las fincas afectadas...» (mencionada RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021); de manera que «para combatir la doble inmatriculación de una finca, aparte de su identificación [SAP de Huelva (Sección 2ª Civil) de 25 de septiembre de 2024], sea preciso que el actor tenga algún derecho real inscrito sobre la finca» litigiosa [SAP de Cádiz (Sección 2ª Civil) de 19 de enero de 2011 y citadas RDGRN de 6 de agosto de 2019 y RDGSJFP de 20 de octubre de 2020]. Finalmente y en todo caso, lo que es destacable en este expediente de subsanación es la evidencia de que el registrador carece de atribuciones legales para decidir por él mismo cuál de los dos asientos practicados debe ser preferente¹², en tanto que dicha función

decisoria sigue correspondiendo a los órganos jurisdiccionales (RDGRN de 19 de julio de 2018). Por ello, de existir una sentencia recaída, por ejemplo, en un juicio declarativo de dominio, no procede «que se inicie el procedimiento del 209 de la Ley Hipotecaria... (sino) inscribir directamente la sentencia declarativa de dominio, una vez que se acredite su firmeza... porque de conformidad con el principio de cosa juzgada, no cabe plantear ahora un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre un asunto que ya ha sido resuelto en un procedimiento contencioso» (RDGSJFP de 24 de octubre de 2023).

Por consiguiente, hay que indicar que a pesar que el artículo 209 LH es el elemento clave para la determinación de las reglas sobre la tramitación del procedimiento registral para la subsanación de la doble inmatriculación, ciertamente, de este precepto únicamente se deriva una mera referencia al ámbito procedimental, de forma que esta regulación no es más que un mero expediente de jurisdicción voluntaria, con un mayor nivel de intervención de los registradores, pero sin ofrecer una solución preferente en el caso de la existencia de controversia entre las partes. De esta manera, de no concluir satisfactoriamente este expediente de subsanación de la doble inmatriculación, la solución a esta importante controversia registral deberá tomarse en un proceso judicial declarativo, esto es, como indica la mencionada RDGSJFP de 4 de marzo de 2021, cabe «la posibilidad de ejercitar la demanda en juicio declarativo para el caso de que no se esté de acuerdo con el resultado del expediente». Igualmente, en la jurisprudencia menor, por ejemplo, la SAP de Alicante (Sección 6ª Civil) de 13 de enero de 2025 destaca en esta sede «la posibilidad de rectificar la doble inmatriculación, bien en sede registral (art. 209 LH), bien en sede jurisdiccional (arts. 348 CC y 40 LH)».

Como recogen, por ejemplo, la RDGRN de 10 de octubre de 2019 y las RR-DGSJFP de 4 de marzo de 2021, de 8 de septiembre de 2021, de 17 de agosto de 2022, de 20 de octubre de 2022, de 12 de diciembre de 2022, de 10 de mayo de 2023, de 13 de septiembre de 2023, de 12 de febrero y de 10 de junio de 2025, tal «y como resulta del artículo 209 de la Ley Hipotecaria, cuando el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por dicho artículo, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble». En este proceso se dictaminará cuál de los titulares registrales tiene el mejor derecho sobre el inmueble, esto es, deberá declararse quién es el propietario definitivo, de manera que la doble inmatriculación se resolverá con la determinación judicial del verdadero dueño entre los contendientes implicados [SAP de Gerona (Sección 2ª Civil) de 11 de febrero de 2022 y SAP de Granada (Sección 4ª Civil) de 19 de noviembre de 2024, que da por buena la resolución que, sobre esta controversia de inmatriculaciones contrarias, se dictó

en la primera instancia]. Por supuesto, como advierte el más reciente AAP de Asturias (Sección 7ª Civil) de 2 de abril de 2025, cabría en el juicio correspondiente, «excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero», que se produjera «una transacción judicial».

Partiendo de que ninguna norma de nuestro ordenamiento establece unos criterios claros para determinar la prevalencia de alguno de los historiales registrales en conflicto (RRDGSJFP de 30 de octubre de 2020 y de 1 de febrero de 2022), para dilucidar judicialmente esta cuestión dominical existen dos posturas esenciales y contrarias. Así, un sector doctrinal y jurisprudencial sostiene que habría de acudir, exclusivamente, a las normas del Derecho Civil puro, porque la coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina, necesariamente, la quiebra de todos los principios rectores del sistema tabular; mientras que, para otra posición antípoda —en la que me incluyo—, en estos supuestos podría tener una gran virtualidad la aplicación del cardinal principio de fe pública registral del artículo 34 LH y la adquisición *a non domino* o *ex lege* que dicho postulado fundamental supone¹³.

3. LA TRADICIONAL SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN: NEUTRALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES, ENTRE ELLOS, EL DE FE PÚBLICA REGISTRAL Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL PURO

Como ya se ha apuntado, cuando existe una doble inmatriculación, dos personas aparecen como titulares registrales de la misma finca, de manera que la protección estática de la inscripción ampararía, en principio, a dos sujetos diversos. Aunque civilmente no es posible que dos personas sean propietarias exclusivas de un mismo bien en un mismo momento —salvo en el caso de comunidad o copropiedad—, el Registro de la Propiedad podría llevar a proteger a dos personas diferentes si aparecieran como titulares registrales del mismo inmueble inscrito. Esta protección contradictoria de los titulares registrales implicados en la doble inmatriculación conllevaría la neutralización recíproca de todas las presunciones que nacieran de la inscripción registral, esto es, de todos los principios hipotecarios que pudieran aplicarse, entre ellos, principalmente, el primordial postulado de la fe pública registral recogido en el citado artículo 34 LH. Tampoco sería aplicable, obviamente, el postulado de legitimación registral recogido en el artículo 38.1º LH¹⁴, pues en los supuestos de doble inmatriculación de inmuebles falla la justificación del dominio por desaparecer el hecho básico de la presunción *iuris tantum* que tal norma reconoce, y deja de tener virtualidad, significativamente, el principio básico de presunción de exactitud del Registro de

la Propiedad. De esta manera, la existencia de la doble inmatriculación suspende la eficacia de las inscripciones contradictorias y anula los efectos *ad extra* de los folios registrales implicados, por lo que para la determinación del mejor derecho es indispensable acudir al «Derecho Civil puro».

Pues bien, respecto de la aplicación del Derecho Civil «puro», el «Código Civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa, en los artículos 609 y 1095, en la teoría del título y el modo, por lo que la propiedad se transmite por la perfección del contrato y por la tradición, estando previsto en cuanto a la entrega de la cosa vendida en el artículo 1462, párrafo segundo, del Código Civil, que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» [citada SAP de Islas Baleares (Sección 3ª Civil) de 15 de octubre de 2012]. Además, entre esas normas civiles aplicables ocuparía un lugar preferente la regla *prior tempore, potior iure*, que «atiende a la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior (Sentencia de 29 de mayo de 1997), ya que, en los casos en que la propiedad haya tenido un titular anterior único, en la transmisión que sea segunda en el tiempo el transmitente carecerá de poder de disposición sobre la cosa en cuanto la misma habrá sido adquirida antes por otro como consecuencia del precedente negocio... También cuenta la prioridad de la propia inscripción cuando, como sucede en los casos de doble venta (artículo 1473 del Código Civil), la norma aplicable, según lo dicho, supedita a ella la decisión del conflicto entre los compradores» [STS de 11 de octubre de 2004 y SAP de Madrid (Sección 9ª Civil) de 14 de octubre de 2010, mencionada SAP de Cáceres (Sección 1ª Civil) de 15 de noviembre de 2010 y SAP de Valencia (Sección 6ª Civil) de 3 de mayo de 2011]. También es destacable en esta sede la «concurrency de prescripción adquisitiva» o usucapion consumada [SSTS de 25 de enero de 2012 y de 19 de noviembre de 2012] y SAP de Segovia (Sección 1ª Civil) de 28 de septiembre de 2012, SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 6 de octubre de 2016 y SAP de Badajoz (Sección 3ª Civil) de 22 de marzo de 2017], pues «la preferencia entre los titulares debe ser determinada en el juicio declarativo correspondiente y de acuerdo con las reglas del derecho civil puro, aplicándose la preferencia a favor de la parte que ha poseído con las condiciones y durante el tiempo suficiente para adquirir el dominio por prescripción» adquisitiva o usucapion consumada [citada SAP de Almería (Sección 3ª Civil) de 9 de octubre de 2012]. Por su parte, en las hipótesis de doble venta, esto es, cuando una misma finca se enajena a varios titulares distintos, se aplicaría el artículo 1473.2º CC, que concede la propiedad definitiva a quien primero inscribió de buena fe, sin que sea obstáculo el que el otro adquirente tuviera ya la posesión de hecho de la finca, pues, a tenor también de lo dispuesto en el precepto civil antedicho, la posesión sólo cobra virtualidad traslativa, pre-

cisamente, a falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de buena fe. El artículo 1473.2º CC puede referirse también a las inscripciones contradictorias de los adquirentes, a las inscripciones duplicadas a título de dominio, por lo que, según su primer criterio de solución, debe protegerse a quien registró su derecho con anterioridad [STS de 14 de octubre de 2000].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acogió en esta sede de doble inmatriculación la doctrina de la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio fuere de mejor condición conforme al Derecho Civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, originaba la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. En este sentido, entre otras muchas, las SSTs de 12 de mayo de 1983, de 30 de noviembre de 1989, de 8 de febrero de 1991, de 30 de diciembre de 1993, de 30 de septiembre de 1994, de 25 de mayo de 1995¹⁵, de 29 de mayo de 1997¹⁶, de 12 de marzo de 1999, de 14 de octubre de 2000, de 18 de diciembre de 2000, de 11 de octubre de 2004 —la existencia de doble inmatriculación «genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos... La coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular»—; de 30 de abril de 2008, de 13 de mayo de 2011, de 2 de junio de 2011, de 23 de septiembre de 2011 —al «haberse producido la doble inmatriculación probada, no se producen todos los efectos que derivan de la inscripción y por tanto, cuando existe una colisión entre dos folios registrales, o entre varios como ocurre en el caso presente, la preferencia entre los titulares debe ser determinada en el juicio declarativo correspondiente y de acuerdo con las reglas del derecho civil puro»—, de 25 de enero de 2012, de 18 de mayo de 2012 —citada como paradigmática en esta sede por la RDGRN de 2 de diciembre de 2014—; de 19 de noviembre de 2012 —«el debate sobre la titularidad dominical no puede resolverse mediante la aplicación de las normas hipotecarias»—; de 31 de mayo de 2013 —«la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular... (lo que) excluye la resolución del conflicto mediante la aplicación de principios y normas hipotecarias, debiendo ser decidida la cuestión por la preferencia que se derive de la aplicación de las normas de Derecho civil puro»—; de 29 de octubre de 2013 —en esta sede, el principio de legitimación registral supone «la inaplicación, en todo caso, del artículo 34 LH, circunscrito a los supuestos de adquisición *a non domino*»—, etc.¹⁷.

En la jurisprudencia menor también se parte de que en los supuestos de doble inmatriculación ha de resolverse la pugna conforme al Derecho Civil puro, con exclusión u omisión de las normas de índole hipotecaria contenidas en la Ley de esa materia y con suspensión de todos los principios hipotecarios, incluido el de fe pública registral del artículo 34 LH: p.e., SAP de Alicante (Sección 9ª Civil) de 19 de enero de 2010, SAP de Las Palmas (Sección 4ª Civil) de 4 de marzo de 2010¹⁸ —para resolver la pugna entre asientos contradictorios habrá de acudirse «a las reglas del Derecho Civil puro, con exclusión de los preceptos hipotecarios, sin posible aplicabilidad del art. 34 LH»—, SAP de Las Palmas (Sección 4ª Civil) de 30 de marzo de 2010 —«la teoría mayoritaria se inclina por la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al derecho civil»—; SAP de Jaén (Sección 3ª Civil) de 16 de abril de 2010 —«la resolución del problema de la doble inmatriculación, deberá realizarse con aplicación de la normativa de derecho Civil»—, SAP de Murcia (Sección 1ª Civil) de 10 de mayo de 2010 —«debe acudirse a la normativa de Derecho Civil para resolver el conflicto de autos»—, SAP de Cáceres (Sección 1ª Civil) de 15 de noviembre de 2010, SAP de Valencia (Sección 6ª Civil) de 3 de mayo de 2011, SAP de Cádiz (Sección 2ª Civil) de 28 de junio de 2011, SAP de Murcia (Sección 5ª Civil) de 22 de noviembre de 2011, SAP de León (Sección 2ª Civil) de 2 de febrero de 2012, SAP de Murcia (Sección 4ª Civil) de 17 de mayo de 2012, SAP de Segovia (Sección 1ª Civil) de 28 de septiembre de 2012 —«la Jurisprudencia de la última década es mayoritaria al descartar la aplicación de los principios rectores del sistema tabular, art. 34 LH incluido»—, SAP de Islas Baleares (Sección 3ª Civil) de 15 de octubre de 2012, SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 26 de octubre de 2012 —«en los supuestos de doble inmatriculación el conflicto de titularidad ha de ser dilucidado con arreglo a las normas generales del Derecho Civil a favor del mejor derecho acreditado, debiendo valorarse cuál de los títulos concurrentes merece ser calificado como preferente»—; etc.

Incluso, tras la fundamental STS de 19 de mayo de 2015, que consagraba una doctrina contraria, la sorprendente STS de 1 de marzo de 2016 sigue diciendo que esta «Sala tiene declarado que los supuestos de doble inmatriculación han de resolverse conforme al derecho civil puro, con exclusión u omisión de las normas de índole hipotecaria contenidas en la Ley de esa materia, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de publicidad, legitimación y prioridad... (así) la aplicación de los principios y normas de derecho civil determina que el dominio sobre una cosa se pierde cuando otro lo gana en virtud de prescripción adquisitiva o usucapión (artículo 609 CC) con cumplimiento de los

requisitos establecidos en el propio código...»; y la STS de 11 de noviembre de 2024 confirma que en «el litigio entre los dos titulares inscritos, la jurisprudencia de la sala ha reiterado que, en los supuestos de doble inmatriculación, los efectos de la fe pública registral no despliegan efectos, y el conflicto debe resolverse conforme a las reglas ordinarias de Derecho civil».

También en la jurisprudencia menor, tras la comentada y relevante STS de 19 de mayo de 2015, siguen manteniendo la aplicación del Derecho Civil puro a los supuestos de existencia de doble inmatriculación, por ejemplo, la SAP de Albacete (Sección 1ª Civil) de 20 de abril de 2016, la SAP de Valencia (Sección 11ª Civil) de 20 de julio de 2016 —«la protección a uno de los titulares (registrales) supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad, con lo que la solución de pleito no puede apoyarse en la fecha de acceso al Registro, pues ello entrañaría la contradicción de resolver la cuestión por norma registral cuando se dice que ha de aplicarse el derecho civil puro»—; la SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 6 de octubre de 2016 —«no prevalece el derecho del tercero hipotecario y la misma se resuelve según la preferencia que se ostente conforme a las normas de derecho civil... (pues) la eficacia ofensiva de la inscripción, resulta trascendente en los supuestos a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de anulación o resolución posterior del derecho del transmitente por causas que no consten en el mismo Registro, que no acontece en este caso» de doble inmatriculación—; la SAP de Asturias (Sección 6ª Civil) de 31 de marzo de 2017, la SAP de Las Palmas (Sección 5ª Civil) de 21 de mayo de 2018, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª Civil) de 28 de enero de 2019 —«A falta de una normativa sobre ello, se ha mantenido por doctrina y jurisprudencia la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición conforme al Derecho civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria, y, subsidiariamente, la prevalencia de la más antigua»—; la SAP de Valencia (Sección 11ª Civil) de 20 de enero de 2020 —«estando ante una doble inmatriculación y ante el ejercicio de dos acciones contradictorias de dominio, se han de tener como criterios sentados por la jurisprudencia (S.s. T.S. 30-11-89, 30-12-93, 9-12-97, 18-12-00, 9-5-03...), para resolver este tipo de problemas los siguientes: a) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho Civil pero, es decir, abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales; b) el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo; y c) el de respetar al tercero hipotecario del art. 34 de la L.H.»—; la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª Civil) de 29 de mayo de 2020 —«el transferente en el caso de la doble inmatriculación, no está plenamente legitimado y ello puede comprobarse con la simple consulta de ambos folios registrales. Esta doctrina

debe aplicarse también en el caso, como es el actual, en que los litigantes podrían ser considerados como terceros de buena fe en sus respectivos folios»—; la SAP de Tarragona (Sección 3ª Civil) de 11 de junio de 2020, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª Civil) de 24 de julio de 2020 —«se trata de una situación de inscripción contradictorias (doble inmatriculación) que no puede ser resuelta en el marco del procedimiento entablado (ni en uno de precario), pues ambos titulares merecerían la misma protección con base en el mismo principio de legitimación registral que dan fundamento a este procedimiento con su tutela específica; por ello deben discutir en el juicio ordinario correspondiente cuál de los dos derechos debe prevalecer»—; la SAP de Castellón (Sección 3ª Civil) de 11 de enero de 2021 —«nos encontramos ante una doble inmatriculación que debe resolverse por las normas del derecho civil puro, como ha declarado la doctrina jurisprudencial»—; la SAP de Madrid (Sección 8ª Civil) de 30 de diciembre de 2020 —«La colisión de titularidades que la doble inmatriculación conlleva debe ser resuelta en el ámbito del Derecho Civil»—; la SAP de Almería (Sección 1ª Civil) de 25 de mayo de 2021 —«la protección que al tercero hipotecario confiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria afecta únicamente, en determinadas condiciones, a la anulación o resolución del derecho de su transmitente pero no se extiende al amparo de datos de hecho como tampoco le confiere por sí mejor derecho frente a una doble inmatriculación»—; las SSAP de Huesca (Sección 1ª Civil) de 12 de abril de 2022 y de 29 de junio de 2022, «con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2016»; la SAP de Ciudad Real (Sección 2ª Civil) de 28 de julio de 2023, a pesar de conocer la existencia de la fundamental STS de 19 de mayo de 2015 que establece una doctrina jurisprudencial contraria; la SAP de Alicante (Sección 9ª Civil) de 29 de febrero de 2024, que igualmente recuerda la inaplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH para la defensa de las circunstancias físicas de la finca; la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª Civil) de 13 de junio de 2024 —«de modo prácticamente unánime, la más moderna jurisprudencia precisa que ese conflicto debe ser resuelto en el proceso declarativo conforme a las normas del derecho civil y no por aquellas del derecho hipotecario que, en otro caso, serían aplicables»—; la SAP de Almería (Sección 1ª Civil) de 3 de septiembre de 2024, la SAP de Las Palmas (Sección 4ª Civil) de 13 de septiembre de 2024, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª Civil) de 18 de diciembre de 2024, las SSAP de Granada (Sección 3ª Civil) de 7 de enero y de 7 de abril de 2025 que, partiendo de la doctrina jurisprudencial contenida en la notable y mencionada STS de 11 de noviembre de 2024, concluyen que, en los supuestos de existencia de doble inmatriculación de fincas, «los efectos de la fe pública registral no despliegan efectos, y el conflicto debe resolverse conforme a las reglas ordinarias de derecho civil» puro; la SAP de Gerona (Sección 2ª Civil) de 17 de febrero de 2025 —«la demanda en juicio declarativo correspondiente,...

se resolverá por las normas del derecho civil al disfrutar ambos titulares de la seguridad jurídica que les da la inscripción registral»—; la SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 24 de febrero de 2025, la SAP de Huelva (Sección 2ª Civil) de 30 de abril de 2025, etc.

La propia y destacada STS de 19 de mayo de 2015, entiende que, en los supuestos de existencia de doble inmatriculación, dada la repetida registración de derechos reales a favor de titulares diferentes, «la denominada tesis de la neutralización recíproca de los principios registrales responde, conceptualmente, a las propias limitaciones que presenta el principio de fe pública registral en el desarrollo lógico-jurídico de la protección que dispensa tanto a favor del titular inscrito, con la presunción de exactitud y la legitimación registral, como en la protección a terceros, mediante la inoponibilidad de lo no inscrito (32 LH) y la plena eficacia del principio, conforme al artículo 34 de la citada Ley». No obstante, como se analizará, detalladamente, en el apartado siguiente, ello no supondrá la imposibilidad del juego del indicado postulado de la fe pública registral del artículo 34 LH cuando únicamente uno de los titulares registrales reúna los taxativos requisitos exigidos por el precepto hipotecario, a saber, adquisición de quien aparece como titular registral, con poder de disposición, a título oneroso y de buena fe, y con posterior inscripción de lo adquirido en el propio Registro de la Propiedad.

Ciertamente, a mi juicio, esta neutralización de los principios hipotecarios y la aplicación del Derecho Civil puro tiene sentido cuando se trata de varios inmatriculantes puros, en cuanto que respecto de ninguno de ellos puede darse el presupuesto de adquisición de un anterior titular registral. A ello se refieren, por ejemplo, la SAP de Badajoz (Sección 3ª Civil) de 22 de marzo de 2017 —«ambos litigantes son inmatriculantes, de modo que no tienen la condición de terceros a efectos de la protección registral que establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria... Esto quiere decir, ni más ni menos, que en caso de doble inmatriculación, se “anulan” ambos asientos y se aplica la legislación civil pura y dura en materia de prescripción»—; la SAP de Navarra (Sección 3ª Civil) de 23 de diciembre de 2019 —la doble inmatriculación «implica que desde el punto de vista registral podrían existir teóricamente en tal caso dos “terceros hipotecarios”, uno por cada inscripción, lo que lleva necesariamente a que la protección conferida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no pueda desarrollar su eficacia en estos supuestos, como ocurre igualmente en los de inexactitud física de la inscripción, ya que la aplicación de dicha norma tiene como efecto la subsanación para el “tercero” de los problemas del título de su transmitente en cuanto tal, pero no los problemas que afectan a la descripción o a la propia existencia de la finca objeto de la transmisión» (criterio asumido, textualmente, por la SAP de Sevilla (Sección 6ª Civil) de 3 de febrero de 2025)—; la SAP de Navarra (Sección 3ª Civil)

de 4 de mayo de 2020 —«la doble inmatriculación, no solo total, sino también parcial (STS de 30 de noviembre de 1989) neutraliza la protección registral que a los respectivos titulares dispensan las inscripciones contradictorias»—; y la SAP de Málaga (Sección 4ª Civil) de 13 de septiembre de 2021 —como «la inscripción registral beneficia igualmente a ambas partes que en principio son titulares del mismo bien, la cuestión ha de ser resuelta por aplicación de las normas de derecho civil puro atendiendo a los títulos de los contendientes y confrontando los respectivos derechos»—, seguida por la SAP de Málaga (Sección 6ª Civil) de 23 de diciembre de 2024. En cambio, tratándose de un adquirente de uno o varios inmatriculantes, aquí sí que podría darse la oportuna aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH a favor del tercero hipotecario, neutralizándose, eso sí, su virtualidad cuando dicha cualidad concurre en todos los adquirentes.

Obsérvese, finalmente, que a la misma solución civil de proteger al que primero inscribe de buena fe en el Registro de la Propiedad se llegaría desde el ámbito de los principios registrales, en concreto, del postulado de prioridad registral, aunque con el añadido inexcusable de la buena fe. De este modo, partiendo de la regla clásica *prior tempore potior iure*, el postulado de prioridad registral implica que, en el caso de derechos opuestos o incompatibles otorgados por o a nombre del titular registral, o sea, tratándose de títulos por los que se transmite la propiedad del mismo inmueble, el que primero inscribe cierra el Registro a los demás (*ex art. 17 LH*). La prioridad opera frente a cualquier otro título incompatible aunque sea de fecha anterior; pero si el título es de fecha posterior, el cierre se produciría por el también principio registral de tracto sucesivo (*ex art. 20 LH*). Ello pone de manifiesto que el envío en general al Derecho Civil como mecanismo decisorio no debe entenderse rígidamente o como expresivo de la absoluta exclusión de toda norma o principio hipotecario, porque el Derecho Hipotecario es tan Derecho Civil como el contenido en el propio Código Civil.

II. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA PROTECCIÓN EXCLUSIVA DEL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 34 LH SI SÓLO UNO DE LOS CONTENDIENTES INSCRITOS LO ES

1. LA TESIS NEGATIVA

Para un sector doctrinal era evidente que en el caso de que el principio de fe pública registral pudiera ser de aplicación a sólo uno de los contendientes en los casos de doble inmatriculación, determinados titulares registrales quedarían desprotegidos, a pesar de la presunción de legitimación derivada del citado artículo 38.1º LH, uno de los pilares fundamentales del sistema registral español¹⁹, a cuya

virtud se presume *iuris tantum* la pertenencia del predio al patrimonio del titular registral. En efecto, lo dispuesto en el artículo 38.1º LH es un *prius* necesario, fundamental e indiscutible sin el cual no se puede construir la fe pública. De este modo, si se considera de mejor condición la inscripción del tercero hipotecario del artículo 34 LH, los titulares registrales que no lo fueran perderían su derecho de una forma sumaria y definitiva, sin que pudieran defenderse aunque sus títulos inscritos fueran civilmente preferentes²⁰. Respecto de esta relación entre la legitimación registral y el principio de fe pública registral, ya la importante STS de 3 de julio de 1981 destacó que: «... si efectivamente el llamado principio de fe pública, ampara y protege en sus adquisiciones a los terceros adquirentes a que se refiere el citado art. 34 LH, es sobre la base de la fuerza de presunción de la exactitud del registro establecido en el meritado art. 38, párr. 1º de la misma Ley, elevando una inicial presunción *iuris tantum* al carácter de *iuris et de iure* en favor del tercero y para el supuesto de situación provocada entre finca inscrita y no inscrita, pero no, como en el presente caso ocurre, entre fincas inscritas, en que solamente entran en juego las normas de Derecho civil puro».

Este criterio fue acogido por las SSTS de 12 de diciembre de 2005 —la parte demandada no puede «verse perjudicada en su derecho, también adquirido con anterioridad al de los actores (que tienen la condición de terceros hipotecarios del art. 34 LH), por la simple razón de que su acceso a la propiedad se haya producido a título gratuito» [criterio acogido, por ejemplo, por la citada SAP de Cáceres (Sección 1ª Civil) de 15 de noviembre de 2010]—, de 23 de septiembre de 2011 —«Como afirma la doctrina más autorizada, la protección del artículo 34 LH no llega a “[...] despojar a quien también aparece en el Registro con facultades para transferir”, por lo que el transferente en el caso de la doble inmatriculación, no está plenamente legitimado y ello puede comprobarse con la simple consulta de ambos folios registrales. Esta doctrina debe aplicarse también en el caso... en que los litigantes podrían ser considerados como terceros de buena fe en sus respectivos folios»— y de 18 de mayo de 2012 (calcada posteriormente por la de 4 de abril de 2013²¹) —«la protección que al tercero hipotecario confiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria afecta únicamente, en determinadas condiciones, a la anulación o resolución del derecho de su transmitente pero no... le confiere por sí mejor derecho frente a una doble inmatriculación, por lo que no cabe invocar en el caso infracción alguna de lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»—. También se encuentran en esta misma línea doctrinal las SSTSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 28 de abril de 2008 y de 9 de diciembre de 2014: «... se neutralizan los efectos positivos de la publicidad registral que pudieren derivarse de cualquiera de los asientos registrales, entre otros los correspondientes al artículo 34 de la Ley Hipotecaria y... (se acude) para resolver el conflicto a las normas del derecho civil pues, como lo mantienen las Sentencias del Tribunal

Supremo de 20 de abril de 1.950, 17 de junio de 1.963 y 31 de octubre de 1.978, solamente son las normas y reglas del derecho común las que han de determinar quien (*sic*) tiene el título de dominio más antiguo».

Por tanto, se dice, en los supuestos de doble inmatriculación no puede concluirse, necesariamente, que un titular registral tiene el mejor derecho al inmueble por ser el único que cumple con los presupuestos del aludido artículo 34 LH. La protección que el Registro dispensa a través del principio de legitimación a todos los titulares registrales (*ex art.* 38.1º LH) implica que cuando dos personas aparezcan como titulares registrales de la misma finca se produzca una protección contradictoria que hace que los efectos de ambas inscripciones queden en suspenso hasta que se esclarezca cuál de ellas recoge el mejor derecho y se ordene la cancelación de la otra. Por tanto, la consecuencia que se deriva de la suspensión de la eficacia de las inscripciones contradictorias es la imposibilidad jurídica de acudir a la fe pública registral porque los folios registrales implicados, aunque subsisten, están inhabilitados. De este modo, la coherencia del ordenamiento jurídico exige la exclusión de la fe pública registral de la doble inmatriculación por una serie razones estrechamente relacionadas entre sí²².

Un primer argumento sería que el Registro de la Propiedad es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica de las relaciones inmobiliarias inscritas, esto es, dota de seguridad a quienes inscriben en él sus derechos. La seguridad del sistema tabular se obtiene a través de la protección de los titulares registrales, a los que se presume titulares civiles hasta que por una sentencia se declare la inexactitud de lo inscrito (*ex art.* 38.1º LH). En efecto, el principio de legitimación del artículo 38.1º LH reconoce una protección *iuris tantum* al titular inscrito admitiendo, salvo prueba en contrario, la exactitud y vigencia de los asientos registrales. En cambio, el artículo 32 LH tutela a quien inscribe frente a quien pudiendo haberlo hecho no ha inscrito haciendo, en tal caso, inoponible la situación jurídica extrarregistral²³. Esto supone que la colisión que se produce entre dos folios registrales antagónicos abiertos para el mismo inmueble hace que ni tan siquiera pueda surgir la figura del tercero hipotecario especialmente protegido por el Registro de la Propiedad en el artículo 34 LH. En efecto, se dice, el supuesto de hecho del artículo 34 recoge las hipótesis de colisión entre un adquirente *a domino* no inscrito en el Registro, frente a un tercero que no adquiere de su transmitente por carecer éste de poder de disposición, pero que cumple las exigencias del indicado precepto. Es decir, se resuelve el conflicto entre la realidad extrarregistral —donde existió adquisición del dominio— y la registral —donde no existió— a favor de ésta última con base en la seguridad del tráfico jurídico por la publicidad que otorga el Registro. Sin embargo, en la doble inmatriculación no es esto lo que sucede, ya que los folios registrales publican ambas titularidades, se confrontan dos realidades registrales, y por ello la inmatriculación plural

no se encuentra resuelta en el artículo 34 LH. De ahí que resulte más adecuado acudir a las normas de Derecho Civil general para determinar la adquisición de la propiedad, suspendiendo la eficacia de los principios registrales que nos conducirían a decidir mediante la publicidad del error registral. Por consiguiente, por la protección que merece toda propiedad inscrita, sólo deberá tener virtualidad el principio de fe pública cuando no haya doble inmatriculación. De lo contrario, se alega, habría inscripciones de distinto valor en función de la existencia de un tercero hipotecario, lo que conduciría a que el Registro de la Propiedad no protegiera todas las inscripciones sino sólo algunas, y únicamente se considerarían seguras y firmes las adquisiciones realizadas al amparo de los requisitos del repetido artículo 34 LH²⁴.

Una segunda razón de esta tesis negativa se basa en que la aplicación del principio de fe pública en los supuestos de doble inmatriculación supondría desconocer la naturaleza de la cuestión, pues la protección del artículo 38.1º LH sería contradictoria, ya que se presumiría que dos personas distintas serían propietarias y poseedoras exclusivas del mismo inmueble en el mismo período de tiempo. Por tanto, y por razones de seguridad jurídica, la doble inmatriculación produce la anulación recíproca de todas las presunciones registrales. El rechazo a la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH en estas hipótesis protegería a todo propietario, titular registral, que, sin necesidad de ser tercero hipotecario, podría confiar en la protección que el Registro de la Propiedad otorga. Si el Registro protege a quienes inscriben sus derechos es porque la inscripción implica la oponibilidad absoluta de los derechos reales inscritos, precisamente porque impide la aparición de terceros hipotecarios²⁵. Como consecuencia, el asiento registral del propietario civil será siempre oponible al que reúna los requisitos del artículo 34 LH. Por tanto, el asiento del tercero hipotecario en la doble inmatriculación no debe gozar de preferencia porque no elimina la vigencia del asiento contradictorio que subsiste en otro folio registral a pesar la inscripción del tercero y, por ello, sigue gozando de las presunciones de exactitud y vigencia. En definitiva, el error registral es la principal consideración para rechazar la aplicación de los principios registrales ante una duplicidad de inscripciones, ya que ésta exige la rectificación del Registro y la enervación —en el sentido de suspensión— de los principios registrales, porque no se debe admitir la posibilidad de determinar la adquisición *a non domino* de un tercero que cumpla con las exigencias del susodicho artículo 34 LH.

Un tercer argumento consiste en que la inscripción del título de propiedad en el Registro supone para el titular registral, que sea propietario civil, una firme confianza en la protección de su derecho. El derecho del titular civil ha sido inscrito y el asiento que lo reconoce subsiste, pues de lo contrario no habría conflicto entre folios. La exclusión del principio de fe pública registral del ar-

título 34 LH en los casos de doble inmatriculación es consecuencia directa de la necesaria protección de toda propiedad inscrita, de manera que, producida la registración de derechos reales, se elimina la necesidad de cualquier actividad de vigilancia por parte del adquirente para evitar privaciones inconsentidas, pues la inscripción protege siempre al derecho real inscrito²⁶. La defensa de la inscripción es una consecuencia lógica del sistema registral y constituye el fundamento del éxito del Registro de la Propiedad que no se limita a dotar de publicidad a los derechos reales inmobiliarios sino que asocia a la inscripción una serie de ventajas que defienden la posición de los titulares registrales. Estos beneficios de la inscripción ni son uniformes, ni derivan necesariamente de la fe pública sino que tienen su propio ámbito de aplicación y sus requisitos específicos. En consecuencia, la mejor manera de proteger al titular inscrito frente a actuaciones ajenas, que escapan a su control, es garantizarle que no es posible que un tercero hipotecario adquiriera *a non domino* su derecho real ya inscrito, porque la fe pública protege a ciertos terceros frente a vicios en el título del transmitente porque el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir.

Finalmente, una última explicación de esta posición mantiene que quien se acoge a la publicidad registral no puede verse desamparado por ella, de manera que quien inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad no puede ser después vencido por un tercero hipotecario del artículo 34 LH. De lo contrario, el titular registral quedaría indefenso y no habría diferencias entre un inmatriculante y un titular civil que no ha inscrito su derecho, pues ambos perderían su finca por la adquisición *a non domino* del tercero hipotecario del artículo 34 LH. La inscripción en el Registro de la Propiedad constituye un medio que, de por sí y frente al solo titular civil, debería resultar suficiente para blindar el derecho real inscrito del titular registral.

En definitiva, el sistema registral debe proteger a todos los titulares que deciden voluntariamente inscribir sus títulos y no únicamente a los que reúnen los requisitos del artículo 34 LH. Admitir la adquisición *a non domino* en los supuestos de doble inmatriculación implica la privación injustificada de un derecho real inscrito que subsistía sin cancelación ni alteración alguna en otro folio. Por consiguiente, en una situación de doble inmatriculación en la que sólo uno de los titulares registrales cumpla los presupuestos del artículo 34 LH, no es posible imputar las consecuencias de la incapacidad del Registro para evitar esta contradicción al que sea sólo inmatriculante o adquirente a título gratuito. Todas las inscripciones tienen la misma condición y merecen idéntica protección, por lo que la existencia de dos asientos contradictorios debe generar la pérdida de los efectos tabulares en ambas hojas registrales. El papel central que desempeña el

principio de legitimación determina que si su eficacia jurídica queda en suspenso también se anulan los demás efectos que en él se fundamentan. La fe pública registral puede amparar al tercero hipotecario de los vicios de la titularidad del transmitente frente a derechos y adquisiciones anteriores no registradas, pero no frente a las adquisiciones paralelas que hayan sido inscritas en otros folios registrales. Aunque la fe pública es la más intensa protección que el sistema de publicidad tabular puede conceder no es la única vía de defensa del titular inscrito y, además, tiene un ámbito de aplicación que le es propio, de modo que si no acaece el supuesto de hecho concreto no ha lugar a la aplicación del artículo 34 LH²⁷.

2. LA POSICIÓN AFIRMATIVA: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STS DE 19 DE MAYO DE 2015

Ya en la doctrina se manejaba la tesis de la protección del tercero hipotecario en las situaciones de doble inmatriculación en las que quedaba demostrado que sólo uno de los litigantes reunía los requisitos del artículo 34 LH²⁸. En consecuencia, procedería la virtualidad del principio de fe pública registral cuando fuera un tercero hipotecario quien adquiriese de alguno de los dos titulares inmatriculados y cumpliese todos y cada uno de los presupuestos del artículo 34 LH, por supuesto, incluida la buena fe exigible hasta el momento mismo de la inscripción²⁹. El hecho de que la finca litigiosa constase también en el Registro de la Propiedad a nombre de un sujeto distinto del transmitente o ejecutado judicialmente —en los supuestos de venta judicial del inmueble—, no sería obstáculo para la protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH, cuando esta circunstancia no constase expresamente en el folio registral de la finca adquirida, mediante la nota marginal correspondiente establecida conforme al tácitamente derogado artículo 313.3ª RH, hoy artículo 209 LH. De este modo, la defensa del tercero hipotecario sería una exigencia legal derivada del reconocimiento tácito de las adquisiciones a *non domino* en el artículo 609 CC y de la fundamental e importantísima defensa del tráfico jurídico inmobiliario, finalidad última del sistema registral español, consagrada esencialmente en el susodicho artículo 34 LH. Esto implica que la figura del tercero hipotecario es, en todo caso, preferente en el caso de doble inmatriculación, salvo que el otro litigante goce también de la protección del mismo artículo 34 LH o haya logrado usucapir *contra tabulas*.

También el Tribunal Supremo, Sala 1ª Civil, acogió y sustentó esta tesis de la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH en los supuestos de doble inmatriculación en numerosas sentencias, como, por ejemplo, y entre otras, las de 30 de diciembre de 1993, de 1 de marzo de 1997 —«sólo en el caso de que ninguno de los dos titulares registrales reúna la expresada condición

habrá de resolverse el conflicto conforme a las normas de Derecho civil puro»—, de 9 de diciembre de 1997, de 9 de mayo de 2003 —«...la cuestión primera a resolver consiste en resolver si, en los casos de doble inmatriculación registral, tiene o no preferencia la inscripción en favor del tercero protegido por la fe pública registral, a cuyo respecto ha de estarse a lo declarado en S de 9 de diciembre de 1997 en el sentido de que *el conflicto ha de resolverse, conforme a los principios hipotecarios, en favor del tercero protegido por la fe pública registral*»—; de 28 de julio de 2003 —«... a la situación debatida no es aplicable la normativa de la doble venta, sino que constituye un caso de doble inmatriculación de las dos edificaciones en litigio, que debe ser resuelto atendiendo en primer lugar a la condición de tercero hipotecario de alguno de los dos titulares»—; de 20 de marzo de 2007, de 30 de junio de 2008 —debe protegerse al tercero hipotecario del art. 34 LH, pues se trata de «una finca en la que no figuraba en el Registro Nota Marginal alguna que hiciese dudar de la titularidad de la finca por la transmitente, y sin que sea dable obligar a los adquirentes a realizar un análisis exhaustivo del origen del derecho de quien les vende para fundamentar su buena fe, bastando la comprobación de la finca en el Registro para adquirir su titularidad en los mismos términos en los que aparezca inscrita y sin que les sean oponibles realidades jurídicas no recogidas en el Registro»—, de 5 de noviembre de 2009 —«En todo caso, el supuesto de doble inmatriculación se resuelve a favor del tercero hipotecario, como dice la sentencia de instancia... ya que la sociedad demandante es un claro tercero hipotecario y los demandados no son terceros hipotecarios...» conforme al art. 34 LH—, etc.

También en la jurisprudencia menor, por ejemplo, la SAP de Zaragoza (Sección 4ª Civil) de 3 de diciembre de 2004, siguiendo a las mencionadas SSTs de 9 de mayo y de 28 de julio de 2003, resolvió «la situación de doble inmatriculación de la aludida finca conforme a los principios de derecho hipotecario derivados del artículo 34 de la LH, manteniendo al tercero hipotecario, el hoy actor, en su adquisición» definitiva, frente a quien no reunía tales circunstancias; la indicada ya SAP de Valencia (Sección 7ª Civil) de 29 de abril de 2013 determinó que debía «resolverse el supuesto doble inmatriculación con sujeción a las normas de derecho hipotecario y no por las de derecho civil puro como sostiene la Abogacía del Estado, por cuanto sólo la demandada ostenta la condición de tercer hipotecario a los efectos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; la SAP de Vizcaya (Sección 3ª Civil) de 24 de octubre de 2014 que concluyó que, en principio, se reserva «la resolución del contencioso al derecho civil puro, con lo que la cuestión pasa a ser un mero problema dominical extrarregistral y de derecho civil que exige el ejercicio de una acción declarativa de dominio o reivindicatoria (S. 29-5-1997), salvo en el caso de que uno de los titulares registrales reúna la condición de tercero hipotecario y no el otro, pues, en tal caso, el conflicto deberá ser

resuelto a favor del tercero protegido por la Fe Pública, conforme a los principios hipotecarios y especialmente, al art. 34 LH...»; etc.

Pues bien, esta doctrina jurisprudencial se consolidó en la relevante STS de 19 de mayo de 2015. Parte la resolución del Alto Tribunal de la idea de que la doctrina de la neutralización recíproca de los principios registrales, en los supuestos de inmatriculación plural, no puede ser «aplicada de un modo absoluto o dogmático, esto es, como condicionante *ab initio* (desde el inicio) de la vigencia del propio principio de la fe pública registral, sino sólo en atención a las limitaciones que presente su desarrollo lógico-jurídico en el curso o recorrido que se proyecte, de acuerdo con las circunstancias y datos registrales del caso objeto de examen. Cuestión que, entre otros extremos, podrá llevar a que en determinados casos su recorrido resulte agotado cuando la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de varios titulares registrales que ostenten la condición de tercero de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH. Pero igualmente, su curso o recorrido no quedará agotado en aquellos supuestos, como el caso que nos ocupa, en donde la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de un titular registral frente a otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultando preferido éste último...». Por tanto, en esta sede de doble inmatriculación, la neutralización del principio de fe pública registral sólo procederá cuando ambos contendientes reúnan todos los requisitos del tercero hipotecario del artículo 34 LH, pero no, como sucede en la hipótesis resuelta por la susodicha STS de 19 de mayo de 2015, cuando es reconocida «la condición de tercero del artículo 34 LH a uno sólo de los titulares registrales en liza».

Además, sigue diciendo esta estudiada STS de 19 de mayo de 2015 que a favor de esta solución de la aplicación del principio de fe pública registral no sólo juega, como se ha indicado, «la *vis atractiva* que en el plano conceptual, como todo principio, tiene el principio de la fe pública registral (del artículo 34 LH), sino también la posición central que ocupa este principio en orden a la seguridad del tráfico inmobiliario registral en su conjunto». Esto es, el postulado de fe pública registral del artículo 34 LH tiene tal trascendencia en la regulación del sistema registral español, en la resolución de conflictos que esta normativa pretende realizar que, de concurrir tal principio en sólo uno de los litigantes, debe prevalecer indudablemente como principio hipotecario cardinal que es, «como eje del sistema registral» que supone [SSTS de 5 de mayo de 2008 y de 20 de julio de 2010], y como piedra angular en el que se asienta el sistema registral inmobiliario español. De este modo, el Registro de la Propiedad es un instrumento o cauce ideado por la Ley Hipotecaria para favorecer la seguridad jurídica de las relaciones inmobiliarias. Por este motivo, el Registro ampara a quienes inscriben en él sus derechos reales. Esta defensa del titular registral se fundamenta en la presunción de validez derivada del empleo de titulación pública para la inscrip-

ción y de la calificación a través de la cual el registrador se cerciora de la validez formal y material de los títulos presentados. Por ello, la seguridad del tráfico inmobiliario protege a los que actúan conforme a la apariencia jurídica legítimamente generada, de tal modo que proporciona al tercero que inscribe en el Registro un nuevo título con el que justificar su adquisición y permite, a lo más, que el antiguo propietario despojado sea compensado económicamente. Se trata, por tanto, del anhelo de protección de los terceros de buena fe que ha fundamentado el desarrollo de los modernos Registros de la Propiedad³⁰.

Por último, no puede olvidarse que, como también mantiene esta notable STS de 19 de mayo de 2015, para «la determinación del titular dominical con mejor derecho no parece que puedan excluirse las normas hipotecarias de contenido material que, como tales, deben considerarse desarrollos del Derecho civil, casos, entre otros, del citado artículo 34 ó (*sic*) de los artículos 35 y 36 de la LH, que regulan la adquisición del dominio y de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva (usucapión) en relación con el Registro de la Propiedad». De este modo, la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, cuando proceda para solventar los supuestos de doble inmatriculación, también supone resolver la cuestión a través de las normas sustantivas del Derecho Civil. En efecto, el envío en general al Derecho Civil puro como mecanismo decisorio de la cuestión debatida no debe entenderse rígidamente o como expresivo de la absoluta exclusión de toda norma o principio hipotecario, porque debe tenerse en cuenta que el Derecho Hipotecario es tan Derecho Civil como el contenido en el propio Código Civil³¹.

Posteriormente, nuestro Tribunal Supremo, Sala 1ª Civil, partiendo de la protección del tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH, ha admitido a trámite los recursos de casación en esta materia por infracción de la doctrina jurisprudencial sentada por la estudiada STS de 19 de mayo de 2015, tratándose de sentencias de Audiencias Provinciales que, en materia de doble inmatriculación, seguían aplicando la doctrina sobre la neutralización de los principios registrales y la aplicación del Derecho Civil puro en los supuestos en los que concurría un único titular registral que cumpliera los presupuestos del artículo 34 LH: así, por ejemplo, en los AATS de 20 de julio de 2020, de 26 de octubre de 2022 y de 21 de febrero de 2024.

En la jurisprudencia menor, por ejemplo, la SAP de Cuenca (Sección 1ª Civil) de 11 de diciembre de 2018 aplica esta misma doctrina jurisprudencial fijada por la analizada STS de 19 de mayo de 2015: «El principio de doble inmatriculación y la consecuencia de la aplicación del “derecho civil puro” por contra a la legislación tabular, se aplica entre dos títulos en el que ambos adquirentes ostentan la condición de “tercero” o acceden al Registro con títulos similares, en el que dichos títulos compiten. Por el contrario, no es el supuesto... (del demandado)

quién (*sic*) accede al Registro en virtud de su propio título que no ha sido atacado nunca de nulidad, y al que el artículo 34 LH protege». En igual sentido, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 1ª Civil) de 30 de noviembre de 2020 expone que esta «doctrina es aplicable al caso al existir un conflicto entre una titularidad de la actora amparada por la fe pública registral, al haberse adquirido de buena fe, a título oneroso y con justo título, respecto de aquella adquirida a título gratuito por la demandada, por lo que ante el presente caso de doble inmatriculación registral la adquisición que ha de ser protegida es la de la actora»; la SAP de Las Palmas (Sección 5ª Civil) de 26 de julio de 2021 entiende aplicable el Derecho Civil puro únicamente «cuando la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de varios titulares registrales que ostenten la condición de tercero de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH»; la SAP de Madrid (Sección 11ª Civil) de 12 de mayo de 2022 mantiene que en estos supuestos prevalecerá «quien es tercero hipotecario sobre quien no lo sea (STS 1ª 144/2015) fijando doctrina»; la SAP de Las Palmas (Sección 3ª Civil) de 17 de octubre de 2024 confirma que resulta «de aplicación la anterior doctrina jurisprudencial que considera que en estos casos la doble inmatriculación no puede resolverse con la neutralización de los principios registrales y la aplicación de las normas de Derecho Civil puro, sino que ha de protegerse a quien ostenta la condición de tercero del art 34 LH conforme a la vigencia del principio de fe pública registral. Y la adquisición de los demandados, titulares registrales... que tienen la condición de terceros hipotecarios debe ser protegida..., como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015»; y la SAP de Las Palmas (Sección 3ª Civil) de 13 de febrero de 2025 concluye que únicamente cuando los terceros no tengan la condición «de terceros del artículo 34 LH», es cuando «el título de dominio de los actores deba prevalecer conforme a las normas de derecho civil puro».

III. CONCLUSIONES

I. La doble inmatriculación tiene lugar cuando una misma finca o parte de ella está registrada, voluntaria o erróneamente, dos o más veces en el Registro de la Propiedad, lo que planteará notorias dificultades cuando afecta a varios inmatriculantes o a los adquirentes de estos.

II. Derogado tácitamente el artículo 313.3ª RH, el vigente artículo 209 LH fija un expediente de jurisdicción voluntaria, a cargo del Registrador de la Propiedad, para intentar enmendar la duplicidad de los asientos incompatibles, recurso legal que no cierra el Registro ni concede al encargado del Registro capacidad decisoria sobre la definitiva titularidad dominical, de modo que, terminado sin acuerdo, habrá de acudir al proceso declarativo correspondiente.

III. La jurisprudencia y la doctrina defendían la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio fuere de mejor condición conforme al Derecho Civil puro, con suspensión o neutralización de todos los principios hipotecarios. Ciertamente, esto tenía sentido cuando se trataba de varios inmatriculantes puros, en cuanto que respecto de ninguno de ellos podía darse el presupuesto de adquisición de un titular registral. En cambio, tratándose de adquirente o adquirentes de uno o varios inmatriculantes, aquí sí que podría darse la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH respecto del posible tercero hipotecario, neutralizándose, eso sí, la virtualidad del postulado cuando dicha cualidad concurriera en todos los diversos adquirentes.

IV. Si, como consecuencia de una doble inmatriculación, sólo uno de los titulares registrales tiene la cualidad de tercero hipotecario del artículo 34 LH existen dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales:

1ª. La tesis negativa, que razona que si se considerara preferente la inscripción de quien fuera tercero hipotecario según el artículo 34 LH, los restantes titulares registrales —el que fuese sólo inmatriculante o el adquirente a título gratuito de un inmatriculante— perderían definitivamente su derecho aunque sus títulos inscritos fueran civilmente prevalentes, lo que vulneraría la seguridad de todo titular inscrito (*ex art. 38.1º LH*).

2ª. La tesis afirmativa, que se consolidó en la relevante STS de 19 de mayo de 2015, que determina que la neutralización recíproca de los principios hipotecarios, entre ellos el de fe pública registral del artículo 34 LH, y la aplicación del Derecho Civil puro, no tiene lugar cuando la condición de tercero hipotecario únicamente concurre en uno de los titulares registrales en litigio, y ello en orden a la fundamental seguridad del tráfico inmobiliario registral.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sala Primera del Tribunal Supremo

- STS de 27 de febrero de 2025 (JUR 2025/34629)
- STS de 16 de enero de 2025 (JUR 2025/6494)
- STS de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024/433934)
- ATS de 21 de febrero de 2024 (JUR 2024/648603)
- ATS de 26 de octubre de 2022 (JUR 2022/342611)
- ATS de 20 de julio de 2020 (JUR 2022/2572903)
- STS de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016/927)
- STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/2612)
- STS de 29 de octubre de 2013 (RJ 2013/7067)
- STS de 31 de mayo de 2013 (RJ 2013/4964)

- STS de 4 de abril de 2013 (RJ 2013/3489)
- STS de 19 de noviembre de 2012 (RJ 2013/1246)
- STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 2012/6357)
- STS de 25 de enero de 2012 (RJ 2012/3657)
- STS de 23 de septiembre de 2011 (RJ 2012/3376)
- STS de 2 de junio de 2011 (RJ 2011/4263)
- STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011/3858)
- STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/6561)
- STS de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2009/7282)
- STS de 30 de junio de 2008 (RJ 2008/3317)
- STS de 6 de mayo de 2008 (RJ 2008/2825)
- STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/5502)
- STS de 30 de abril de 2008 (RJ 2008/2684)
- STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/1398)
- STS de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007/1849)
- STS de 12 de diciembre de 2005 (RJ 2006/193)
- STS de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004/6643)
- STS de 28 de julio de 2003 (RJ 2003/6586)
- STS de 9 de mayo de 2003 (RJ 2003/3892)
- STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10397)
- STS de 14 de octubre de 2000 (RJ 2000/7730)
- STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999/2145)
- STS de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8731)
- STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997/4327)
- STS de 1 de marzo de 1997 (RJ 1997/1634)
- STS de 25 de mayo de 1995 (RJ 1995/4127)
- STS de 30 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7142)
- STS de 30 de diciembre de 1993 (JUR 1993/4940)
- STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991/1155)
- STS de 30 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7934)
- STS de 12 de mayo de 1983 (RJ 1983/2686)
- STS de 3 de julio de 1981 (RJ 1981/3043)

Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas

- STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 4 de octubre de 2016 (JUR 2016/233340)
- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 9 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6741)
- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 28 de abril de 2008 (RJ 2009/306)

- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 14 de junio de 2005 (RJ 2005/4964)

Audiencias Provinciales

- SAP de Huelva (Sección 2ª Civil) de 30 de abril de 2025 (JUR 2025/248281)
- SAP de Murcia (Sección 1ª Civil) de 10 de abril de 2025 (JUR 2025/154720)
- SAP de Granada (Sección 3ª Civil) de 7 de abril de 2025 (JUR 2025/208927)
- AAP de Asturias (Sección 7ª Civil) de 2 de abril de 2025 (JUR 2025/163549)
- SAP de Madrid (Sección 11ª Civil) de 31 de marzo de 2025 (JUR 2025/149223)
- SAP de Albacete (Sección 1ª Civil) de 24 de marzo de 2025 (JUR 2025/238008)
- SAP de León (Sección 1ª Civil) de 5 de marzo de 2025 (JUR 2025/110559)
- SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 24 de febrero de 2025 (JUR 2025/90391)
- SAP de Gerona (Sección 2ª Civil) de 17 de febrero de 2025 (JUR 2025/904706)
- SAP de Las Palmas (Sección 3ª Civil) de 13 de febrero de 2025 (JUR 2025/1272065)
- SAP de Sevilla (Sección 6ª Civil) de 3 de febrero de 2025 (JUR 2025/180162)
- SAP de Alicante (Sección 6ª Civil) de 13 de enero de 2025 (JUR 2025/87510)
- SAP de Granada (Sección 3ª Civil) de 7 de enero de 2025 (JUR 2025/615425)
- SAP de Málaga (Sección 6ª Civil) de 23 de diciembre de 2024 (JUR 2024/547388)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª Civil) de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024/566611)
- SAP de Granada (Sección 4ª Civil) de 19 de noviembre de 2024 (JUR 2024/516940)
- SAP de Las Palmas (Sección 3ª Civil) de 17 de octubre de 2024 (JUR 2024/5633975)
- SAP de Huelva (Sección 2ª Civil) de 25 de septiembre de 2024 (JUR 2024/5122655)

- SAP de Las Palmas (Sección 4ª Civil) de 13 de septiembre de 2024 (JUR 2024/491074)
- SAP de Almería (Sección 1ª Civil) de 3 de septiembre de 2024 (JUR 2024/451960)
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª Civil) de 13 de junio de 2024 (JUR 2024/3719945)
- SAP de Alicante (Sección 9ª Civil) de 29 de febrero de 2024 (JUR 2024/1805436)
- SAP de Ciudad Real (Sección 2ª Civil) de 28 de julio de 2023 (JUR 2023/4076046)
- SAP de Huesca (Sección 1ª Civil) de 29 de junio de 2022 (JUR 2022/2763896)
- SAP de Ciudad Real (Sección 1ª Civil) de 26 de mayo de 2022 (JUR 2022/2876166)
- SAP de Madrid (Sección 11ª Civil) de 12 de mayo de 2022 (JUR 2022/2297395)
- SAP de Huesca (Sección 1ª Civil) de 12 de abril de 2022 (JUR 2022/2253576)
- SAP de Gerona (Sección 2ª Civil) de 11 de febrero de 2022 (JUR 2022/1400936)
- SAP de Málaga (Sección 4ª Civil) de 13 de septiembre de 2021 (JUR 2022/516716)
- SAP de Las Palmas (Sección 5ª Civil) de 26 de julio de 2021 (JUR 2021/3895086)
- SAP de Almería (Sección 1ª Civil) de 25 de mayo de 2021 (JUR 2024/434008)
- SAP de Castellón (Sección 3ª Civil) de 11 de enero de 2021 (JUR 2021/1645296)
- SAP de Madrid (Sección 8ª Civil) de 30 de diciembre de 2020 (JUR 2021/1316766)
- SAP de Barcelona (Sección 1ª Civil) de 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021/9762)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª Civil) de 24 de julio de 2020 (JUR 2020/3492136)
- SAP de Tarragona (Sección 3ª Civil) de 11 de junio de 2020 (JUR 2020/220816)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª Civil) de 29 de mayo de 2020 (JUR 2020/2794516)
- SAP de Navarra (Sección 3ª Civil) de 4 de mayo de 2020 (JUR 2020/3652646)

- SAP de Valencia (Sección 11ª Civil) de 20 de enero de 2020 (JUR 2020/2065806)
- SAP de Navarra (Sección 3ª Civil) de 23 de diciembre de 2019 (JUR 2020/103920)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª Civil) de 28 de enero de 2019 (JUR 2019/2351866)
- SAP de Cuenca (Sección 1ª Civil) de 11 de diciembre de 2018 (JUR 2019/362956)
- SAP de Las Palmas (Sección 5ª Civil) de 21 de mayo de 2018 (JUR 2018/2681626)
- SAP de Asturias (Sección 6ª Civil) de 31 de marzo de 2017 (AC 2017/1018)
- SAP de Badajoz (Sección 3ª Civil) de 22 de marzo de 2017 (JUR 2017/101307)
- SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 6 de octubre de 2016 (JUR 2016/257421)
- SAP de Valencia (Sección 11ª Civil) de 20 de julio de 2016 (JUR 2016/226503)
- SAP de Albacete (Sección 1ª Civil) de 20 de abril de 2016 (JUR 2016/111689)
- SAP de Alicante (Sección 6ª Civil) de 2 de diciembre de 2014 (JUR 2015/93771)
- SAP de Vizcaya (Sección 3ª Civil) de 24 de octubre de 2014 (JUR 2015/14837)
- SAP de Valencia (Sección 7ª Civil) de 29 de abril de 2013 (JUR 2013/254319)
- SAP de La Coruña (Sección 3ª Civil) de 26 de octubre de 2012 (JUR 2012/374109)
- SAP de Islas Baleares (Sección 3ª Civil) de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012/372073)
- SAP de Almería (Sección 3ª Civil) de 9 de octubre de 2012 (JUR 2013/134947)
- SAP de Segovia (Sección 1ª Civil) de 28 de septiembre de 2012 (JUR 2012/377235)
- SAP de Madrid (Sección 25ª Civil) de 18 de mayo de 2012 (AC 2012/483)
- SAP de Murcia (Sección 4ª Civil) de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012/232288)
- SAP de León (Sección 2ª Civil) de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012/66273)
- SAP de Murcia (Sección 5ª Civil) de 22 de noviembre de 2011 (JUR 2011/426137)

- SAP de Cádiz (Sección 2ª Civil) de 28 de junio de 2011 (JUR 2011/325301)
- SAP de Valencia (Sección 6ª Civil) de 3 de mayo de 2011 (AC 2011/1400)
- AAP de Murcia (Sección 5ª Civil) de 13 de abril de 2011 (JUR 2011/215592)
- SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª Civil) de 7 de marzo de 2011 (JUR 2014/180689)
- SAP de Cádiz (Sección 2ª Civil) de 19 de enero de 2011 (JUR 2011/244179)
- SAP de Cáceres (Sección 1ª Civil) de 15 de noviembre de 2010 (JUR 2011/37289)
- SAP de Madrid (Sección 9ª Civil) de 14 de octubre de 2010 (JUR 2011/17750)
- SAP de Murcia (Sección 1ª Civil) de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010/240009)
- SAP de Jaén (Sección 3ª Civil) de 16 de abril de 2010 (JUR 2010/217862)
- SAP de Las Palmas (Sección 4ª Civil) de 30 de marzo de 2010 (AC 2010/1576)
- SAP de Las Palmas (Sección 4ª Civil) de 4 de marzo de 2010 (JUR 2011/13146)
- SAP de Alicante (Sección 9ª Civil) de 19 de enero de 2010 (JUR 2010/114368)
- SAP de Cantabria (Sección 4ª Civil) de 12 de mayo de 2005 (JUR 2005/277293)
- SAP de Zaragoza (Sección 4ª Civil) de 3 de diciembre de 2004 (JUR 2005/35022)

Resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado

- Resolución de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019/4758)
- Resolución de 6 de agosto de 2019 (RJ 2019/4142)
- Resolución de 5 de diciembre de 2018 (RJ 2018/5923)
- Resolución de 3 de octubre de 2018 (RJ 2018/4322)
- Resolución de 19 de julio de 2018 (RJ 2018/3173)
- Resolución de 22 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6120)
- Resolución de 26 de julio de 2016 (RJ 2016/5257)
- Resolución de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6601)
- Resolución de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6725)
- Resolución de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2136)

Resoluciones de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- Resolución de 28 de julio de 2025 (JUR 2025/313822)

- Resolución de 24 de julio de 2025 (JUR 2025/313298)
- Resolución de 8 de julio de 2025 (JUR 2025/212901)
- Resolución de 23 de junio de 2025 (JUR 2025/212833)
- Resolución de 10 de junio de 2025 (JUR 2025/177635)
- Resolución de 4 de junio de 2025 (JUR 2025/175781)
- Resolución de 8 de mayo de 2025 (JUR 2025/145506)
- Resolución de 7 de mayo de 2025 (JUR 2025/141664)
- Resolución de 24 de febrero de 2025 (JUR 2025/46522)
- Resolución de 12 de febrero de 2025 (JUR 2025/23610)
- Resolución de 30 de enero de 2025 (JUR 2025/17531)
- Resolución de 10 de julio de 2024 (JUR 2024/240780)
- Resolución de 21 de mayo de 2024 (JUR 2024/208448)
- Resolución de 11 de abril de 2024 (JUR 2024/120586)
- Resolución de 30 de enero de 2024 (JUR 2024/73152)
- Resolución de 8 de noviembre de 2023 (JUR 2023/426387)
- Resolución de 24 de octubre de 2023 (JUR 2023/417599)
- Resolución de 13 de septiembre de 2023 (JUR 2023/385952)
- Resolución de 25 de julio de 2023 (JUR 2023/362564)
- Resolución de 10 de mayo de 2023 (JUR 2023/347759)
- Resolución de 8 de marzo de 2023 (RJ 2023/4039)
- Resolución de 6 de marzo de 2023 (RJ 2023/1621)
- Resolución de 12 de diciembre de 2022 (RJ 2023/5440)
- Resolución de 20 de octubre de 2022 (RJ 2023/5354)
- Resolución de 17 de agosto de 2022 (RJ 2023/5311)
- Resolución de 17 de agosto de 2022 (JUR 2022/443537)
- Resolución de 27 de julio de 2022 (RJ 2023/573)
- Resolución de 1 de febrero de 2022 (RJ 2022/4534)
- Resolución de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4696)
- Resolución de 4 de marzo de 2021 (RJ 2021/1546)
- Resolución de 30 de octubre de 2020 (RJ 2020/5466)
- Resolución de 20 de octubre de 2020 (JUR 2020/375251)
- Resolución de 14 de octubre de 2020 (RJ 2020/4305)
- Resolución de 3 de septiembre de 2020 (JUR 2020/375007)

V. BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA SEVILLA, L. J. (2018). La subsanación de la doble inmatriculación, en *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*, García García, J. A. (Coord.), Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 309-328.

- (2016). Comentario a la Sentencia de 19 de mayo de 2015. Doble inmatriculación, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 100, 383-416.
 - (2012). Comentario a la Sentencia de 23 de septiembre de 2011. Doble inmatriculación registral. Modificación de la descripción tabular de fincas registrales. Tercero hipotecario. Usucapción ordinaria. Accesión, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, 509-536.
 - (2009). *La doble inmatriculación registral*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
 - (2009). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapción: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, núm. 47, 183-201.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a. (1994). El principio registral de legitimación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 2311-2388.
- CLEMENTE MEORO, M. (2007). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V. (2016). Doble inmatriculación por error y tercero hipotecario: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2013 (1829/2013), en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil*, Mariano Yzquierdo Tolsada (Dir.), Vol. 6, Madrid: Dykinson, 569-582.
- FABRE LAFUENTE, I. (2021). El tratamiento de la doble inmatriculación en la actual normativa hipotecaria española. Nuevas perspectivas: la coordinación Catastro-Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, 3305-3368.
- GARCÍA GARCÍA, A. (2024). Apuntes sobre doble inmatriculación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 801, 133-168.
- GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, J. (1965). El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación, *Revista de Derecho Privado*, 845-876.
- GÓMEZ PERALS, M. (2022). Panorama de la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario y su posible reflejo reglamentario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 845-904.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2008). El principio de fe pública registral (II), *Anuario de Derecho Civil*, núm. 61, 3^o, 1057-1216.
- JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J. I. (1999). Algunas consideraciones en torno a la doble inmatriculación, en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 825-836.
- LÓPEZ MEDEL, J. (1999). La doble inmatriculación y los efectos de la informatización, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 655, 2413-2422.
- PAU PEDRÓN, A. (2005). Los rasgos del moderno Derecho hipotecario, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 579-608.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, Madrid: Centro de estudios Registrales.
- ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, T. IV, Barcelona: Bosch.

- RODRÍGUEZ MÉNDEZ, F. J. (2021). Aproximación al concepto de la doble inmatriculación, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 91, 65-105.
- ROGEL VIDE, C. (2008). *Derecho de Cosas*, Madrid: Reus.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017). La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales: (al hilo de la búsqueda de coordinación entre Registro y Catastro), *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, núm. 4 (octubre-diciembre), 87-122.
- (2008). *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- SÁNCHEZ CORONADO, C. A. (2023). Tutela de la propiedad inmueble en casos de doble inmatriculación, *THĒMIS-Revista de Derecho*, núm. 83, 185-202.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2005). Resolución de conflictos en las adquisiciones inmobiliarias: venta de cosa ajena y doble inmatriculación. Comentario a la STS de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6643), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 15, 393-400.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1973). *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid: Montecorvo.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2025). ¿En qué momento debe concurrir la buena fe del tercero hipotecario del artículo 34 LH en sede de ventas judiciales inmobiliarias? A propósito de la reciente STS (1ª Civil) de 16 de enero de 2025, *Diario La Ley*, núm. 10707, 1-18.
- (2015). Doble inmatriculación y principio de fe pública registral. A propósito de la STS de 19 de mayo de 2015, *Diario La Ley*, núm. 8668, 14-19.
- (2009). *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.

NOTAS

¹ Cfr. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ (1999, pp. 825-826), ROGEL VIDE (2008, pp. 76-77), ROCA SASTRE (2008, p. 75) y RODRÍGUEZ MÉNDEZ (*BCRE*, 2021, pp. 68-69). En cambio, GORDILLO CAÑAS (*ADC*, 2008, p. 1208), entiende que no debe tratarse como un supuesto de doble inmatriculación el caso «en que el primero o anterior comprador de un mismo vendedor lograra irregularmente inmatricular la finca pretendidamente adquirida cuando ésta ya figuraba inscrita o cuando fue anteriormente inmatriculada por otro comprador posterior a él pero que se le adelantó en la inmatriculación. Esta inscripción del primer comprador no puede desvirtuar por sí sola la preferencia que la ley concede al causahabiente de un mismo vendedor que es primero en la inscripción. Mantener lo contrario sería tanto como negar frontalmente la ventaja que la ley atribuye a la prioridad en la inscripción, tanto cuando ésta actúa al interior del principio de fe pública registral como cuando lo hace fuera de él y en sintonía con el principio de inoponibilidad (art. 1473, II CC)». Para una visión general de este tema de la doble inmatriculación y su relación con el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, *vid.* VELA SÁNCHEZ: *Diario La Ley*, 2015, pp. 1 y ss.

² Así, por ejemplo, la SAP de León (Sección 1ª Civil) de 5 de marzo de 2025 expone, acertadamente, que: «Como ha declarado la Dirección General de los Registros (Resoluciones de 1 de junio de 2017 y 17 de enero de 2018, entre otras), la razón de la intervención de los colindantes en el proceso inmatriculador, o en el de rectificación de los datos descriptivos de una finca inscrita, es evitar que puedan lesionarse sus derechos y evitar asimismo que puedan tener acceso registral situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación; de ahí que su intervención sea esencial, pues son ellos, los colindantes, los más interesados en que la nueva realidad que se pretende reflejar en el Registro no se haga a costa de sus fundos». Recientemente, confirman esta doctrina mantenida por el Centro Directivo las RRDGSJFP de 23 de junio y de 24 y de 28 de julio de 2025.

³ LÓPEZ MEDEL (*RCDI*, 1999, p. 2420) defendía la mecanización informatizada como medio idóneo para obtener descripciones suficientemente precisas de las fincas registrales, junto a una correcta base catastral. Con ello, el problema de la doble inmatriculación quedaría a extinguir, quedando «el residuo de los casos de falsedad, o fraude documental, errores singulares...»; en igual sentido, GARCÍA GARCÍA: *RCDI*, 2024, p. 139. «Los asientos del Registro pueden estar en contradicción con la situación real, bien por referirse a titularidades que nunca han existido válidamente, por hacerlas constar de forma diversa a la verdadera o por no haber constatado su extinción, y lo mismo cabe decir de los títulos que sirven de base a la inscripción» [mencionada SAP de Almería (Sección 3ª Civil) de 9 de octubre de 2012].

⁴ «... el régimen jurídico del tratamiento de la doble inmatriculación respecto de dos o más fincas o partes de ellas cambia sustancialmente tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, pues ahora es objeto de una novedosa regulación, y además, con rango de ley, debiendo por tanto entenderse tácitamente derogado el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015» (RRDGRN de 21 de diciembre de 2015, de 22 de noviembre de 2016, de 3 de octubre de 2018, de 5 de diciembre de 2018 y de 6 de agosto de 2019 y RRDGSJFP de 3 de septiembre de 2020, de 14 de octubre de 2020, de 8 de septiembre de 2021 y de 30 de enero de 2024).

⁵ *Vid.* ARRIETA SEVILLA (*RJN*, 2009, pp. 193-194), quien advertía que esta «mención, a pesar de su claridad, resulta algo confusa y vaga porque ni establece en qué momento se debe determinar el mejor derecho, ni excluye ningún medio de adquisición para remediar la doble inmatriculación». Además, la función del registrador era meramente preventiva, en tanto que

producida la doble inmatriculación, «ni puede practicar de oficio la nota marginal... ni puede rechazar la inscripción de las transmisiones que efectúen los titulares registrales». La jurisprudencia mantuvo durante un tiempo el criterio de la preferencia de la hoja registral de la finca cuya inmatriculación fuera más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo, pero esta doctrina —como resalta la STS de 18 de diciembre de 2000—, fue abandonada por lo simple de la cuestión, ya que, de ser admisible, hubiese bastado que el legislador así lo hubiese recogido expresamente y haberse ahorrado la remisión a un juicio ordinario declarativo, «cuando la cuestión estaba resuelta con el mero examen de las hojas registrales».

⁶ Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. *Vid.* FABRE LAFUENTE (*RCDI*, 2021, pp. 3305 y ss.) y GÓMEZ PERALS: *RCDI*, 2022, pp. 845 y ss.

⁷ «Siguiendo la doctrina de esta Dirección General para la regulación anterior a la Ley 13/2015 (cfr. Resoluciones de 26 de febrero de 2013 y 2 de diciembre de 2014), la expresión legal de esta regla, así como la de la regla sexta, puede entenderse comprensiva no sólo de los titulares de derechos inscritos, sino también anotados, entendiendo la inscripción en sentido amplio y por tanto no sólo comprensiva de las inscripciones propiamente dichas, sino también de las anotaciones preventivas» (citadas RDGRN de 22 de noviembre de 2016 y RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021).

⁸ «A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras)» (RRDGSJFP de 8 de septiembre de 2021 y de 8 de marzo de 2023).

⁹ Esta regulación supone «la exigencia de un control registral mayor del que hasta ahora se determinaba en el art. 313 RH. Este control se refleja en dos momentos. El primero cuando es el propio registrador el que advierte la existencia de la doble inmatriculación. Esto es resultado de la derogación necesaria del principio registral de rogación en este caso. El expediente podrá iniciarse de oficio por parte del registrador, cuestión que solventa en gran medida los problemas prácticos que hasta ahora venían sucediéndose cuando el registrador apreciaba la doble inmatriculación, pero la rigurosa aplicación del principio de rogación impedía su actuación de oficio. La novedosa regulación de este procedimiento afecta como vemos a este principio registral, al suspender su aplicación o adecuarlo al caso de apreciación de doble inmatriculación» (SABORIDO SÁNCHEZ: *RDC*, 2017, p. 108).

¹⁰ *Vid.* ARRIETA SEVILLA: 2018, pp. 390-311. Como indica la ya citada SAP de Cáceres (Sección 1ª Civil) de 15 de noviembre de 2010, siguiendo a la STS de 12 de mayo de 1980, la acción de deslinde «viene instaurada en nuestro Ordenamiento Jurídico como un específico remedio de alcanzar las respectivas delimitaciones de fincas colindantes, pero con indubitada independencia dominical y tan sólo discrepancia en las respectivas superficies, y no para decidir sobre cuestiones de prevalencia dominical en favor de determinado titular». Por otra parte, la RDGSJFP de 25 de julio de 2023 entiende que la existencia de indicio de doble inmatriculación conflictiva es motivo suficiente para suspender la tramitación del expediente recogido en este comentado artículo 199 LH.

¹¹ «El registrador, en el ejercicio de su función calificadora, debe comprobar la existencia de la doble o múltiple inmatriculación a través de las investigaciones pertinentes practicadas en los libros del Registro, en la aplicación informática para el tratamiento registral de bases

gráficas y en la cartografía catastral, máxime cuando junto con la instancia se indican cuáles son las fincas afectadas y la parcela catastral a que se corresponden» (citada RDGSJFP de 14 de octubre de 2020). Por su parte, la RDGSJFP de 10 de junio de 2025 expuso que, una vez efectuada la notificación del inicio del expediente, ante «la incomparecencia de la recurrente, ha sido correcta la actuación de la registradora dando por concluso el expediente, quedando expedita la vía judicial... Eso sí el registrador deberá reflejar por nota marginal el cierre del expediente y las actuaciones hasta entonces realizadas».

¹² CLEMENTE MEORO: 2007, p. 27.

¹³ Que dice: *«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».*

¹⁴ Que establece que: *«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».*

¹⁵ Esta STS resume los criterios que deben tenerse en cuenta para la resolución de los supuestos de doble inmatriculación: «1º No se pueden dar fórmulas genéricas aplicables a todos los casos; 2º Procede atender primeramente a las normas de Derecho Civil, con prevalencia sobre las de Derecho Hipotecario, dando preferencia a la titulación material sobre la formal; 3º La preferencia entre dos títulos inscritos debe buscarse en el título civil originario de la adquisición, es decir, alguno de los enumerados en el artículo 609 del Código Civil; y 4º Sólo cuando no pueda determinarse la preferencia con arreglo a la norma de derecho civil, se acudiría a los principios registrales, que puedan servir para completar o reforzar las titulaciones, añadiendo un soporte suplementario».

¹⁶ «Entre esas normas aplicables ocupa un lugar la reflejada en la regla prior tempore, potior est iure, que atiende a la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior, ya que, en los casos en que la propiedad haya tenido un titular anterior único, en la transmisión que sea segunda en el tiempo el transmitente carecerá de poder de disposición sobre la cosa en cuanto la misma habrá sido adquirida antes por otro como consecuencia del precedente negocio».

¹⁷ En igual sentido, p.e., la STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 14 de junio de 2005 («... con arreglo a una constante y reiterada jurisprudencia, (la doble inmatriculación) al originar la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular (S. 30 diciembre 1993, del Tribunal Supremo) neutraliza la protección registral que a los respectivos titulares dispensan las inscripciones contradictorias (SS. 16 diciembre 1988, 17 febrero y 27 mayo 1992 y 28 enero 1997, del Tribunal Supremo) y ha de ser resuelto con arreglo a las normas de Derecho Civil puro, excluyendo la consideración de las de índole hipotecaria (SS. 8 febrero 1991, 4 octubre y 30 diciembre 1993 y 25 mayo 1995, del Tribunal Supremo)») y la STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 4 de octubre de 2016 (no puede «afirmarse que el principio de exactitud privilegie a un titular registral sobre otro, sino que la doble inmatriculación convierte en ineficaz el principio de presunción exactitud registral y así los asientos contradictorios quedan neutralizados, de manera que el problema debe solventarse por la vía del derecho civil puro»). Vid. ARRIETA SEVILLA (CCJC, 2012, pp. 509-510) y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (RADP, 2005, pp. 393-394).

¹⁸ Esta resolución judicial añade que: «En el campo del derecho Civil, son dos los criterios sentados por la doctrina de esta Sala (1ª Civil):

a) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al derecho Civil, es decir, abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales.

b) El de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo».

¹⁹ Cfr. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *RCDI*, 1994, pp. 2338-2339. Para este autor la legitimidad es el eje central del Registro «porque supone el reconocimiento técnico de la eficacia sustantiva de la publicidad (...), de modo que la inoponibilidad y la fe pública son efectos reflejo de la misma». Igualmente, VALLET DE GOYTISOLO (1973, p. 344), entiende que la «fe pública tiene como premisa necesaria la legitimación; es decir, su base es la presunción legal *iuris tantum* de exactitud del registro, o sea, la titularidad del transferente».

²⁰ GARCÍA-MONGE Y MARTÍN: *RDP*, p. 876. ARRIETA SEVILLA (*CCJC*, 2016, p. 387) advierte que la doble inmatriculación «supone en todo caso una excepción al artículo 34 LH. La justificación de dicha afirmación requiere redescubrir la eficacia general del principio de legitimación registral como fundamento conceptual de la fe pública y reconocer que es necesario compaginar la protección dinámica que el principio de fe pública registral formula con la estática de la inscripción».

²¹ Comentada por DOMÍNGUEZ CALATAYUD: 2016, pp. 569 y ss.

²² Vid. ARRIETA SEVILLA: *RJN*, 2009, pp. 195-199 y La doble..., 2009, p. 47. Por su parte, SABORIDO SÁNCHEZ (*RDC*, 2017, p. 109), entiende también que la «repetición en la descripción de una finca como base de dos diferentes folios registrales exige necesariamente la rectificación del Registro, y la enervación (en el sentido de suspensión) de los principios registrales. De lo contrario, cabría la posibilidad de determinar la adquisición a non domino de un tercero que cumpla con las exigencias del art. 34 LH, frente al verdadero adquirente extrarregistral que también se halla inscrito en el Registro»; criterio que ya había mantenido: 2008, pp. 45-46.

²³ «... la necesidad de prescindir de las normas registrales sólo estaría justificada cuando quienes pretendan la declaración de dominio a su favor sobre la misma finca doblemente inscrita ostenten la cualidad de titulares registrales que les permita hacer valer la presunción de legitimidad del artículo 38 LH, obligando al carente de inscripción a promover la nulidad del título adquisitivo del dominio del titular inscrito. Únicamente entonces podría darse la igualdad de rango y naturaleza en los asientos tabulares, y la contradicción e incompatibilidad neutralizadora de la protección registral, pues sólo hay mutua exclusión cuando ambos pueden hacerla valer. En definitiva, quien no tiene inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad se encuentra frente al principio de presunción de integridad o inoponibilidad recogido en el artículo 32 LH, que protege al titular inscrito de quien no tenga debidamente inscrito su derecho, obligando a éste a acreditar la incorrección tabular» [SAP de Madrid (Sección 25ª Civil) de 18 de mayo de 2012].

²⁴ SABORIDO SÁNCHEZ (*RDC*, 2017, p. 110) y SÁNCHEZ CORONADO (*T-RD*, 2023, p. 189). Por ello, ya PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001, pp. 115 y ss.) entendía este supuesto de la doble inmatriculación como una de las excepciones a la protección del principio de fe pública registral del artículo 34 LH a los terceros hipotecarios.

²⁵ PAU PEDRÓN: *ARAJL*, 2005, p. 587.

²⁶ En este sentido, p.e., la SAP de Cantabria (Sección 4ª Civil) de 12 de mayo de 2005 señala que ningún «adquirente según uno de los folios registrales puede oponer contra los inscritos en otro su condición de tercero protegido por la fe pública registral, ni aunque ese otro

titular registral sea el primero en el correspondiente folio, esto es, la persona que inmatriculó la finca».

²⁷ ARRIETA SEVILLA (RJN, 2009, pp. 198-199 y *CCJC*, 2016, p. 389), quien añade en su primer estudio indicado que en «la medida en que la doble inmatriculación produce una situación sumamente patológica y anómala que hace que el Registro tenga un contenido contradictorio, no es conveniente acudir a la figura del tercero hipotecario y a la protección del tráfico jurídico para solucionarla. Si el propio sistema tabular ha sido negligente o insuficiente para evitar que una persona inmatricule una finca que no es de su propiedad o un terreno que ya está inmatriculado, el propio Registro no puede, de repente, constituirse en la herramienta para la protección del tercero hipotecario frente al propietario-titular registral. El tercero no puede, por tanto, apoyarse en la conducta irregular del Registrador que tenía que haber denegado la segunda inmatriculación con base en los artículos 198 y 199 LH».

²⁸ Cfr., p.e., CLEMENTE MEORO (2007, pp. 52-94) y VELA SÁNCHEZ (2009, pp. 209-210 y *Diario La Ley*, 2015, pp. 5 y ss.).

²⁹ La más reciente STS de 16 de enero de 2025 confirma la doctrina de que la buena fe del tercero hipotecario, a efectos de la aplicación del artículo 34 LH, debe apreciarse en el momento en que se consuma su adquisición. Frente a esta posición este autor alega que la «absolutividad o eficacia *erga omnes* irreivindicable de los derechos reales adquiridos ex artículo 34 LH exige su publicidad, su inscripción, como medio fáctico para conseguir una virtualidad oponible. Una adquisición a *non domino* según el Registro de la Propiedad requiere la necesaria inscripción del título del adquirente, último presupuesto exigido para la protección registral, por lo que el momento decisivo de la adquisición no debe ser el de la conjunción de título y modo (ex art. 609 CC), sino el de la inscripción, debiendo mantenerse la buena fe hasta entonces» (VELA SÁNCHEZ: *Diario La Ley*, 2025, p. 1).

³⁰ ARRIETA SEVILLA (*CCJC*, 2016, p. 395), quien agrega que la «defensa del tráfico jurídico se asocia con el creciente interés que en el ámbito inmobiliario ha despertado el análisis económico del Derecho como corriente jurídica que examina las normas, conflictos y decisiones judiciales desde los presupuestos de la teoría económica. En Derecho inmobiliario, el análisis económico centra su estudio en los costes de transacción que tiene que asumir un adquirente para asegurar la adquisición y el mantenimiento de su derecho».

³¹ VELA SÁNCHEZ: 2009, p. 209.

*Trabajo recibido el 24 de junio de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre de 2025*

DICTÁMENES Y NOTAS

Cesación de alimentos por conductas imputables al alimentista interpretadas desde las causas de desheredación

Termination of alimony support based on the recipient's conduct, viewed through the lens of disinheritance clauses

por

VICENT JOSEP SORRENTÍ COSTA

Profesor de Derecho civil

Universidad Internacional de Valencia

RESUMEN: La extinción de la pensión de alimentos respecto a los hijos mayores de edad es siempre una cuestión controvertida, no sólo en términos jurídicos, sino también desde un punto de vista ético y social. En el estudio que se presenta se analiza una concreta causa de extinción: la prevista en el artículo 152.4º del Código civil en relación al artículo 853.2ª del mismo texto legal, y es que, el Tribunal Supremo, adaptándose a la cambiante realidad social, mantiene una doctrina jurisprudencial clara en el sentido que, si bien interpreta flexiblemente el contenido de esa concreta causa, requiere que su prueba sea rigurosa, resultando acreditada, en suma, que la falta de relación entre padres e hijos sea, de modo principal y relevante, imputable a estos últimos.

ABSTRACT: *The termination of child support for adult children is always a controversial issue, not only in legal terms but also from an ethical and social point of view. The present study analyzes a specific cause for termination: the one provided for in Article 152.4 of the Civil Code in relation to Article 853.2 of the same legal text. The Supreme Court, adapting to the changing social reality,*

maintains a clear jurisprudential doctrine in the sense that, while it interprets the content of this specific cause flexibly, it requires that its proof be rigorous, ultimately proving that the lack of relationship between parents and children is principally and relevantly attributable to the latter.

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos, extinción, desheredación, maltrato de obra, inexistencia de relación personal, carga de la prueba.

KEYWORDS: *Child support, termination, disinheritance, physical abuse, lack of personal relationship, burden of proof.*

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—II. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL. 1. CONCEPTO. 2. FUNDAMENTO. 3. CARACTERES. 4. NACIMIENTO. 5. FIJACIÓN Y MODIFICACIÓN. 6. EXTINCIÓN.—III. LA CAUSA DE EXTINCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 152.4º DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS SUPUESTOS DE DESHEREDACIÓN (853.2ª). 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: LA STS Nº 258/2014, DE 3 DE JUNIO, Y SU CARÁCTER REFLEJO EN LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE DE LA CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL ART. 152.4º CC. 3. ESTADO DE LA CUESTIÓN A RESULTAS DE LA STS Nº. 695/2025 DE 6 DE MAYO DE 2025.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.—ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. NOTAS.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La razón que motiva estas líneas reside en la sentencia nº 695/2025, de 6 de mayo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo¹, relativa a la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad en base a la «moderna» causa de desheredación que tiene cabida en el artículo 853.2 del Código civil, aunque de creación jurisprudencial, a saber: la carencia de relaciones afectivas y de comunicación entre los padres alimentantes y los hijos alimentistas. Nosotros, aprovechando tal pronunciamiento, vamos a examinar el estado de la cuestión desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, pues nadie puede negar que nos encontramos ante una temática ciertamente sensible por sus implicaciones éticas entre los sujetos protagonistas, con unos supuestos de hecho cada vez más diversos que deben obtener la debida respuesta por parte del ordenamiento jurídico o, en su caso, a través de la labor moldeadora de la jurisprudencia². Y es que las normas deben interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC)³, porque el Derecho, en su aspecto funcional, debe ser un medio de ordenación de la conducta humana (ATIENZA RODRÍGUEZ,

2001, 157), siendo la materia que nos ocupa un claro ejemplo de ello, donde la prudencia de los jueces y tribunales como sabiduría práctica para juzgar bien (SANCHO GARGALLO, 2022, 71) resulta esencial.

El esquema a seguir será el siguiente: nos referiremos, en primer lugar, aunque sea a vuelapluma, a la regulación de la pensión del alimentos contenida en el Código Civil, tratando los aspectos más sobresalientes de la misma, en particular, la que trae causa de una relación de filiación; seguidamente, analizaremos el supuesto concreto de extinción al que nos hemos referido con anterioridad, apoyándonos en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, para, de este modo, fijar las bases sobre cómo se encauzan, en la práctica, la resolución de este tipo de conflictos; por último, formularemos unas breves conclusiones que nos ayuden a comprender la materia, fijando con claridad el estado de la cuestión.

II. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL

1. CONCEPTO

El Código Civil regula la pensión de alimentos en el Título VI del Libro I (arts. 142 a 153), con escaso margen de maniobra a la autonomía de la voluntad (SILLERO CROVETO, 2023, 1197). Es el primero de estos artículos el que nos ofrece un concepto jurídico de alimentos, al decir:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

El obligado a satisfacer de los alimentos puede, con carácter general y a su elección, cumplir con su obligación pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al acreedor de los mismos *ex art.* 149 CC, si bien existen excepciones, que fueron introducidas en el precepto a raíz de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Así pues, nos encontramos ante un derecho que puede ser exigido por una o varias personas frente a otra u otras, sus parientes, según el orden de prelación fijado por el Código; el acreedor de los alimentos se llama alimentista; el obligado a darlos, alimentante. Se requiere, por tanto, para su exigibilidad, la concurrencia de una doble situación: un estado de necesidad en la parte acreedora y la suficiencia económica de la parte deudora. Es, como dice el Tribunal Supremo, una «deuda alimentaria»⁴ que no solamente nace de la ley, sino que puede tener su

origen en un contrato o en una disposición testamentaria⁵; además, tiene carácter subsidiario, pues se trata de una institución que operará sólo en los casos que no existan prestaciones sociales reconocidas a favor del necesitado (SILLERO CROVETTO, 2023, 1197)⁶, si bien también puede defenderse el criterio de su complementariedad, máxime en los tiempos que corren, donde esas prestaciones, ayudas públicas y pensiones no son suficientes para cubrir las necesidades básicas del interesado (INFANTE RUIZ, 2021, 36-37).

Por otra parte, ejemplos de la obligación legal de alimentos son los previstos en los artículos 142 y ss. del Código Civil sobre alimentos entre parientes; de igual modo los derivados del artículo 39.3 de la Constitución Española y 154 del Código Civil respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos derivadas de la patria potestad; los alimentos nacidos del acogimiento de un menor ex artículo 173.1 Código Civil, y, por último, los alimentos que sean debidos a la viuda encinta ex art. 964 del mismo texto legal.

Respecto a los alimentos entre parientes, en los que se exige un nexo de parentesco entre acreedor y deudor, están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos, si bien en este último caso de un modo más restringido: sólo los que se consideran vitales y los relativos a su educación (art. 143 CC), como hemos dicho, por el orden de prelación establecido por la ley (art. 144 CC) que puede verse alterado según las circunstancias del caso⁷, y, caso de ser varios los obligados, proporcionalmente según su capacidad económica, salvo que por causas de urgente necesidad los satisficiera uno de ellos reclamando al resto su parte (art. 145 CC).

2. FUNDAMENTO

La obligación de prestar alimentos, como ha dicho el Alto Tribunal, «se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia»⁸. Por tanto, «se considera civilmente como un crédito a exigir y una deuda a satisfacer, por fundamentales razones de interés familiar y social»⁹.

Dicho esto, tenemos que diferenciar entre el deber de alimentos entre parientes, incluyendo en este grupo a los hijos mayores de edad o emancipados, y el que, en favor de los hijos menores de edad o no emancipados, deriva de la patria potestad, que, como responsabilidad parental, según establece el artículo 154 del Código Civil, se ejercerá por los progenitores «en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental»; y de entre los deberes y facultades que la conforman, se encuentra,

naturalmente, el de «alimentarlos»¹⁰. Así pues, los hijos mayores gozan de un régimen jurídico distinto al de los hijos menores de edad; aquellos gozan de un ámbito de protección más reducido al desaparecer el carácter incondicional de la obligación (APARICIO CAROL, 2018, 363); esto resultará esencial por cuanto se establece una modulación en función de que sean unos u otros¹¹; así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en la sentencia 918/1993, de 5 de octubre de 1993¹², al decir:

«Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art. 154-1º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3º— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

3. CARACTERES

En primer lugar, cabe referir que el artículo 1814 del Código Civil establece que los alimentos futuros no pueden ser objeto de transacción, pero sí se permite al obligado al pago (al alimentista) decidir de qué modo satisface la obligación: pagando directamente la pensión o manteniendo en su propia casa al alimentista (art. 149.1 CC).

En segundo lugar, se trata de una obligación personalísima, *intuitu personae*, pues solamente las personas expresamente legitimadas para ello y que estén en situación de necesidad (art. 148.1 CC) pueden exigirla frente a los obligados al pago, por lo que no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho de alimentos (art. 151 CC), siendo una de las causas de extinción, precisamente, la muerte del obligado al pago (art. 150 CC) o del alimentista (art. 152.1º CC). En cambio, sí son transmisibles a los herederos, como créditos o como deudas, las pensiones alimenticias vencidas y no pagadas, al tener la consideración de créditos ordinarios (RODRÍGUEZ MARÍN, 2024, 38).

En tercer lugar, es una obligación recíproca, por cuanto los sujetos que contempla, taxativamente, el artículo 143 del Código Civil, pueden ser, indistintamente, acreedores y deudores unos de otros.

En cuarto lugar, si bien se trata de un derecho que se puede ejercitar en cualquier momento desde que concurren los requisitos para su exigibilidad, el

Tribunal Supremo lo ha condicionado a las exigencias de la buena fe. Así, en la sentencia 634/2018, de 14 de noviembre de 2018¹³, el Alto Tribunal ha dicho:

«El decaimiento del derecho por su falta de uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el derecho se ejercita de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 del Código Civil (...). Como señala la sentencia núm. 769/2010, de 3 diciembre, “según la doctrina, la buena fe “impone que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará”. (...) Es decir, lo que se sanciona en el art. 7 CC es una conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación”».

En quinto lugar, se trata de una obligación parciaria, porque según el artículo 145.1 del Código Civil, «cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo»¹⁴.

Por último, el derecho de alimentos es imprescriptible (si bien la acción para reclamarlos vence a los cinco años *ex art.* 1966.1º CC) e inembargable (art. 607 LEC).

4. NACIMIENTO

Al decir de la STS de 23 de febrero de 2000:

«... dicha “deuda alimenticia” precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista —artículo 143 del Código Civil—, así como una situación socioeconómica suficiente en el primero y deficiente en el segundo —artículo 148 del Código Civil—».

Por tanto, resultará necesario, en primer lugar, que exista una relación de parentesco entre quien reclama los alimentos y quien tiene el deber de prestarlos —como hemos señalado antes, sólo referido, en su doble versión, activa y pasiva, a las personas expresamente contempladas en el artículo 143 del Código Civil—; seguidamente, que exista un estado de necesidad tal en el alimentista que le legitime a peticionar los alimentos, siempre y cuando sea una situación no imputable al mismo por su falta de diligencia (RABANETE MARTÍNEZ, 2025, 4) y, por último, que el alimentante tenga la capacidad económica suficiente para satisfacer los alimentos, pues en caso contrario la obligación ni tan siquiera llegará a nacer¹⁵.

5. FIJACIÓN Y MODIFICACIÓN

Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia deberá tenerse presente el principio de proporcionalidad, que actúa en un sentido doble, tanto en el aspecto pasivo como activo (SILLERO CROVETTO, 2023, 1221), al establecer el art. 146 CC que aquella será «proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». Y así, deberán igualmente reducirse o aumentarse, «proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos» (art. 147 CC). Por tanto, el juzgado, al fijar (y modificar) el importe, deberá llevar a cabo un juicio de proporcionalidad, que corresponde a la instancia, limitando de este modo el objeto del recurso de casación¹⁶.

6. EXTINCIÓN

En cuanto a la extinción de la obligación de alimentos, son los artículos 150 y 152 del Código civil los que señalan la causas, que son las siguientes: i) puesto que se trata de una deuda personalísima, por muerte del alimentante, pues no forma parte del pasivo de la herencia (salvo que se trate de alimentos vencidos y exigibles antes del fallecimiento¹⁷), pudiéndose constituir nuevamente otra pensión de alimentos con algún otro pariente del alimentista si existe el consabido nexo de parentesco y capacidad económica para afrontarlos; ii) por muerte, asimismo, del alimentista; iii) por incapacidad económica del obligado, si bien, tratándose de menores de edad sujetos o no a patria potestad (110 CC) habrá que analizar minuciosamente si concurre verdadera causa de cese¹⁸; iv) por desaparecer la causa de necesidad en el alimentista¹⁹; v) cuando el alimentista, siendo no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación (arts. 852 a 855 CC), que comentaremos en el siguiente epígrafe; y vi) por la mala conducta del alimentista para con su ascendiente, o falta de aplicación al trabajo del alimentista²⁰.

III. LA CAUSA DE EXTINCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 152.4º DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS SUPUESTOS DE DESHEREDACIÓN (853.2ª)

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como se ha dicho anteriormente, una de las causas de extinción de la pensión de alimentos es cuando la conducta del alimentista se alza como pretexto de la meritada consecuencia jurídica, pues debe mostrar respeto al pariente obligado

a proporcionarlos (BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 480), y, en el caso de los hijos, deben siempre respetar a sus padres mientras estén bajo su potestad *ex art.* 155. 1º CC. En relación a ello, así lo dispone el artículo 152.4º del Código civil al decir que cesará la obligación de dar alimentos, entre otras causas, «cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación». Por tanto, tenemos que acudir a lo que establecen los artículos 852 y ss. CC para determinar cuáles son estas causas. Para no desvirtuar el objeto de estudio, nos referiremos, concretamente, a la prevista en el artículo 853.2ª del Código civil, a saber: maltrato de obra o injuria grave de palabra. ¿Cómo interpreta actualmente estos términos el Tribunal Supremo? Responder correctamente a esta cuestión resultará esencial, porque nos servirá de base para llenar de contenido la previsión contenida en el artículo 152.4º del Código civil.

2. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: LA STS N.º 258/2014, DE 3 DE JUNIO, Y SU CARÁCTER REFLEJO EN LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE DE LA CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL ART. 152.4º CC

En líneas generales diremos que el Tribunal Supremo venía interpretando las causas de desheredación de un modo restrictivo debido a su naturaleza sancionatoria²¹. Pero el Alto Tribunal dio un giro de 180 grados con la sentencia de 3 de junio de 2014²², que calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación —si bien algún autor se remonta a la STS de 26 de junio de 1995²³ (GÓMEZ VALENZUELA, 2025, 719)—, adaptándose así a la actual realidad social. Para el Tribunal Supremo:

«...aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen».

Y dice, además:

«... en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determi-

na un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra»²⁴.

Por tanto, se atiende a la cambiante realidad social para interpretar, de un modo mucho más flexible, la causa de desheredación prevista en el artículo 853.2º del Código Civil, incluyendo el maltrato psicológico, si bien, con carácter general, deberían reformularse las causas de desheredación, máxime cuando existe ya cierto debate doctrinal que aboga decididamente por la libertad de estar²⁵, corrigiendo así determinadas desigualdades que actualmente no tienen razón de ser (CABEZUELO ARENAS, 2018, 85).

Dicho lo anterior, cuestión distinta será la relativa a valorar la existencia y prueba de esa concreta causa, pues una cosa es interpretar el precepto para que en él tengan cabida supuestos hasta el momento no contemplados por la jurisprudencia y ahora sí, y otra bien distinta que, para apreciarlos, se exija una prueba sólida, rigurosa y suficiente, en el sentido que la causa de la desheredación sea imputable, exclusivamente, al legitimario. ¿Cómo se relaciona esta doctrina jurisprudencial con el tema que nos ocupa? En palabras del Alto Tribunal en la sentencia 104/2019, de 19 de febrero²⁶:

[dilucidando] «si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose ésta. Si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda de que así será, por aplicación del art. 152.4º CC, en relación con el art. 853.2º CC. Pero la interrogante, a efectos de cese de la obligación alimenticia, es si también aquí se podría acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social».

Y continúa diciendo:

«El CC Cat. (arts. 237-13) prevé como el Código Civil que la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación. Lo que sucede es que, como hemos expuesto anteriormente, entre las causas de desheredación contempla (arts. 451-17 e) “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”. Causa ésta que el Código Civil no recoge»²⁷.

El Tribunal Supremo, después de analizar el fundamento del derecho de alimentos distinguiendo según se trate de hijos mayores o menores de edad, entiende que sí. Por tanto, admite esta causa interpretando flexiblemente las causas de desheredación a efectos de extinción de la pensión alimenticia, pues «la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad».

Admitida, pues, la causa, entramos en el terreno probatorio, y es que, al igual que sucede con el maltrato psicológico, aquella (concretamente, la falta de relación manifiesta) debe ser interpretada restrictivamente, en el sentido que se acredite (prueba rigurosa) que sea «imputable, de forma principal, relevante e intensa al hijo alimentista»; en caso contrario, el cese de la obligación de alimentos no tendrá lugar.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN A RESULTAS DE LA STS Nº 695/2025 DE 6 DE MAYO DE 2025

Expuesta la anterior doctrina jurisprudencial, resulta interesante el supuesto tratado en la sentencia de 6 de mayo de 2025²⁸, que nos ha servido como pretexto para elaborar este artículo. Los hechos, básicamente, son los siguientes.

Se interpone demanda en reclamación de alimentos por hija mayor de edad frente a sus padres, estimándose parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Gijón (600€ mensuales actualizables según el IPC a cubrir entre los dos progenitores). Esta resolución es recurrida en apelación por los codemandados, siendo confirmada en su integridad por la Audiencia Provincial Asturias (Sección 7ª), en sentencia nº 395/2024, de 17 de julio²⁹. Alegan los recurrentes que no procede fijar pensión alimenticia alguna en base al maltrato físico y psicológico que les ha infligido su hija, a lo que hay que sumar una total ausencia de relación personal de esta con aquellos. Para la Audiencia, «la propia sentencia penal [analizada en la instancia y en cuya virtud la actora fue condenada por un delito de coacciones contra su madre] recoge ciertamente insultos de la hija hacia sus padres, pero no lo es menos que también alude a los graves insultos proferidos por estos hacia aquella. Tampoco existe acreditación de malos tratos de obra de la apelada hacia sus padres»; y, respecto a la ausencia de relación, refiere que «la misma no es exclusivamente imputable a la apelada, por lo que no se cumplen los parámetros jurisprudenciales exigidos para que se produzca la causa de extinción de los alimentos. Estamos ante una relación conflictiva que se produce desde que la actora cuenta con quince años de edad y que no sabemos realmente a qué obedece, pero se agrava con el tiempo ..., y son los propios padres quienes deciden poner fin a esta situación obligando a la demandante a salir del domicilio de sus progenitores, por lo que difícilmente puede considerarse que si hay una ausencia de relación, con independencia de cuál haya sido el origen de toda esta situación, no sea querida también por los apelantes».

Interpuesto recurso de casación, se alega por los recurrentes un único motivo: «Infracción de la sentencia recurrida del artículo 152.4 en relación con el art. 155 del Código civil, al existir solo una sentencia la 104/2019, de 19 de febrero de la Sala 1ª que interprete la cesación de alimentos cuando, atendiendo a la

realidad social, se producen conductas en el alimentista culpables que rompen las relaciones de solidaridad paternofiliales, interpretadas desde las causas de desheredación». El mismo se desestima. Para el Alto Tribunal, los recurrentes no pueden «ignorar los hechos que la Audiencia Provincial considera probados», reconstruyendo «un nuevo marco fáctico al margen del fijado en la instancia, como si la sentencia no hubiera declarado probado, entre otras cosas, que las agresiones físicas y verbales no fueron unidireccionales; que la hija fue obligada a abandonar el domicilio familiar; o que el conflicto —en el que las agresiones, ofensas y vejaciones han sido mutuas— se remonta a muchos años atrás sin que pueda determinarse su causa concreta».

Seguidamente, la Sala remarca la doctrina jurisprudencial que hemos tenido ocasión de analizar al referirnos a la sentencia de 19 de febrero de 2019:

«Para apreciar como causa de cesación de la pensión alimenticia incardinable en el art. 152.4 del CC en relación con el art. 853.2, la carencia de relaciones afectivas y de comunicación entre los padres alimentantes y los hijos alimentistas habría de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padres e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos».

Así pues, no se conculca esta doctrina por cuanto el conflicto familiar acreditado no es atribuible exclusivamente a la hija. En definitiva, no se la puede considerar «responsable exclusiva de la situación, ni imputársele una voluntad de romper los vínculos familiares de forma unilateral e injustificada».

En la misma línea, sentencia del Tribunal Supremo nº 865/2025, de 2 de junio³⁰, al decir:

«El recurso se fundamenta en la existencia de una situación de abandono afectivo que generó en el causante un malestar psicológico identificado como maltrato. Ahora bien, para que un comportamiento de tal clase lo podamos elevar a causa legítima de desheredación es preciso, como destaca la jurisprudencia, que sea imputable a un comportamiento reproable e injustificado de los hijos del que sea ajeno el testador, y no fruto de las conflictivas relaciones entre los padres de los demandantes, que provocaron la separación matrimonial y el ulterior distanciamiento entre padre e hijos. Pues bien, en este caso, no se declara probado que la degradación de la relación afectiva fuera vivenciada por el testador como un maltrato psicológico realmente sufrido, cuando declara probado la sentencia de la audiencia que ocultó su paternidad en su historial clínico hospitalario, y además se apresuró a desheredarlos a los tres años de la separación, cuando muere nueve años después, el 10 de mayo de 2017, con lo que la supuesta desatención en su última enfermedad no constituyó la causa real de la desheredación. La conclusión de la audiencia no es en modo alguno irracional en lo concerniente a que ese distanciamiento afectivo era imputable también al

padre, y no solo a sus hijos, así como que no resultó justificado que tal situación le generase un efectivo malestar psicológico constitutivo de maltrato causado por los demandantes».

Siguiendo la estela de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la cuestión y su carácter reflejo en la extinción de la pensión de alimentos, traemos a colación, para finalizar, la sentencia nº 250/2025, de 10 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia³¹ que confirma, a su vez, la resolución de instancia, en el sentido que deniega la extinción de la pensión de alimentos a cargo del padre y en favor de la madre respecto a sus dos hijos mayores de edad (19 y 22 años). La demanda del progenitor se basa en la nula relación entre este y sus hijos, imputable a estos últimos; situación continuada y consolidada. Para la Audiencia, «no ha quedado constatada en los términos exigidos por la doctrina jurisprudencial, que la falta de relación manifiesta sea atribuible única y exclusivamente a los hijos con el carácter de principal, relevante e intensa, por lo que no puede apreciarse que concurra causa de extinción de la pensión alimenticia».

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Concluiremos exponiendo nuestra opinión sobre el tema que nos ocupa.

Como se ha dicho, nos encontramos ante una temática, cual es la relativa a la extinción de los alimentos de los hijos mayores de edad, en la que se entremezclan no sólo cuestiones de índole estrictamente jurídica —a la vista, obviamente, del fuerte vínculo de filiación que se establece entre padres (alimentantes) e hijos (alimentistas)—, sino también —y precisamente por tal motivo—, cuestiones de naturaleza moral.

Ciertamente, al abordar este tipo de cuestiones se conjugan diferentes normas jurídicas que debemos interpretar al unísono para obtener un resultado equitativo respecto al caso concreto. Contamos, en primer lugar, con la regulación propia del derecho de alimentos entre parientes, con un régimen especial tratándose de menores sujetos a la patria potestad de sus progenitores; en segundo lugar, como causa específica de extinción, con las normas relativas a la desheredación, concretamente, la prevista en el artículo 853.2ª del Código civil: maltrato de obra o injuria grave de palabra. La complejidad estriba, por una parte, en llenar de contenido esa previsión legal a la vista de las nuevas realidades sociales, concretamente, sobre si tiene cabida el denominado maltrato psicológico, y, dentro de este y a los efectos de la extinción de la pensión de alimentos, por una carencia de relaciones afectivas y de comunicación entre los padres alimentantes y los hijos alimentistas; por otra, desde un punto de vista probatorio, en exigir una

prueba rigurosa y suficiente sobre la meritada causa, con el fin de no convertirse, en la práctica, en un menoscabo paulatino y silencioso del sistema de legítimas, favoreciendo, *de facto*, una cierta libertad absoluta de testar sin respaldo legal.

Como hemos dicho, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpreta de un modo flexible lo que debemos entender por «maltrato de obra», dando cabida al maltrato psicológico, pero siempre y cuando esta conducta activa vaya más allá del mero distanciamiento que permita justificar una situación de maltrato psicológico reiterado, de un abandono moral o maltrato continuado y grave que se justifique como causa de desheredación, y, con carácter reflejo, como causa de extinción de los alimentos. Dicho en otras palabras: no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador; es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad bastante como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el art. 853.2.^a CC³².

Creemos acertada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues, pese a no contar con una norma expresa a la que asirse, que, como causa de desheredación, si se contempla en el artículo 451-17.2 e) de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, no por ello ignora la realidad social, y concibe extingible la pensión alimenticia cuando resulte indubitado, desde un punto de vista probatorio, que la falta de relación manifiesta entre padres—alimentantes e hijos—alimentistas sea imputable, con el carácter de principal y relevante, a estos últimos. Por supuesto, a efectos de la distribución de la carga de la prueba, habrá que estar a lo que establece el artículo 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondiendo a quien alega la extinción probar tales circunstancias, en el sentido que se pruebe una conducta activa que justifique una situación de maltrato psicológico reiterado y grave imputable, exclusivamente, a los hijos.

Dicho lo anterior, somos conscientes que el debate de fondo es si resulta conveniente o no modernizar las causas de desheredación para adaptarlas a la nueva realidad social. Incluso, si resultaría beneficioso establecer una causa abierta de desheredación de todos los legitimarios sustentada sobre una pretendida solidaridad familiar (BARBA, 2024, 222-223) o el incumplimiento de los deberes familiares, con los riesgos que esto puede suponer y que así se ha advertido, estando de acuerdo en ello: ser un cajón de sastre para la subjetividad, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados que pueden llevar a la inseguridad jurídica, y que pueden tanto ampliar como restringir la libertad de testar, debiendo ser el legislador quien, en última instancia, diseñe el supuesto de hecho de las normas

(GÓMEZ VALENZUELA, 2025, 796-805). Además, no debemos menospreciar el otro gran debate, cual es el de derogar el sistema de legítimas, y que guarda estrecha relación con el de la desheredación, siendo inescindibles, lo que añade más complejidad, si cabe, a la cuestión; prueba de ello es que la Comisión General de Codificación, en su Sección Civil, todavía no se ha pronunciado sobre el informe encomendado respecto a los regímenes sucesorios de legítimas y de libertad de testar, lo cual demuestra que se trata de una materia sumamente sensible, como reconoce la Orden de 4 de febrero de 2019, del Ministerio de Justicia, al decir que nos encontramos ante un «interesante y complejo debate, lleno de matices, que no puede ser resuelto de manera precipitada».

Para finalizar, diremos que pese a no haberse modificado y actualizado las causas de desheredación, no por ello se han dejado de resolver supuestos, desde el prisma de la justicia material, impensables cuando se redactó el Código Civil, a la vista de los mecanismos hermenéuticos previstos en el artículo 3, que se ha demostrado como una herramienta útil y necesaria para la labor interpretativa de los tribunales que pueda paliar el inmovilismo del legislador. Estamos de acuerdo con ZAGREBELSKY (2019, 132) cuando afirma que la jurisprudencia deberá estar al servicio de dos señores: la ley y la realidad, y sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar lo que él denomina la concepción práctica del derecho. Más allá de los debates en torno a la reforma de las causas de desheredación y la revisión del sistema de legítimas en el Código Civil -que deben abordarse con el debido sosiego por tratarse de materias extremadamente sensibles-, creemos que las resoluciones analizadas y el modo en que se han resuelto los conflictos planteados son el testimonio fiel de tan acertado razonamiento.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2025. Número de sentencia: 865/2025. Número de recurso: 710/2020. ECLI:ES:TS:2025:2516.
- STS (Sala 1ª) de 6 de mayo de 2025. Número de sentencia: 695/2025. Número de recurso: 8446/2024. ECLI:ES:TS:2025:2132.
- SAP de Bizkaia (Sección 4ª) de 10 de abril de 2025. Número de sentencia: 250/2025. Número de recurso: 940/2024. ECLI:ES:APBI:2025:700.
- SAP de Asturias (Sección 7ª) de 17 de julio de 2024. Número de sentencia: 395/2024. Número de recurso: 85/2024. ECLI:ES:APO:2024:2615.
- STS (Sala 1ª) de 5 de junio de 2024. Número de sentencia: 802/2024. Número de recurso: 5351/2019. ECLI:ES:TS:2024:3300.

- STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2019. Número de sentencia: 267/2019. Número de recurso: 466/2016. ECLI:ES:TS:2019:1523.
- STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2019. Número de sentencia: 104/2019. Número de recurso: 1434/2018. ECLI:ES:TS:2019:502.
- STS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 2018. Número de sentencia: 634/2018. Número de recurso: 373/2016. ECLI:ES:TS:2018:3868.
- STS (Sala 1ª) de 25 de abril de 2016. Número de sentencia: 275/2016. Número de recurso: 1691/2015. ECLI:ES:TS:2016:1796.
- STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 2016. Número de sentencia: 120/2016. Número de recurso: 1211/2015. ECLI:ES:TS:2016:769.
- STS (Sala 1ª) de 28 de octubre de 2015. Número de sentencia: 603/2015. Número de recurso: 2802/2014. ECLI:ES:TS:2015:4439.
- STS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 2015. Número de sentencia: 55/2015. Número de recurso: 2899/2013. ECLI:ES:TS:2015:439.
- STS (Sala 1ª) de 30 de enero de 2015. Número de sentencia: 59/2015. Número de recurso: 2199/2013. ECLI:ES:TS:2015:565.
- STS (Sala 1ª) de 7 de julio de 2014. Número de sentencia: 372/2014. Número de recurso: 2103/2012. ECLI:ES:TS:2014:2622.
- STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2014. Número de sentencia: 258/2014. Número de recurso: 1212/2012. ECLI:ES:TS:2014:2484.
- STS (Sala 1ª) de 28 de marzo de 2014. Número de sentencia: 165/2014. Número de recurso: 2840/2012. ECLI:ES:TS:2014:1216.
- STS (Sala 1ª) de 8 de noviembre de 2012. Número de sentencia: 678/2012. Número de recurso: 1100/2011. ECLI:ES:TS:2012:7072.
- STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008. Número de sentencia: 1007/2008. Número de recurso: 2698/2004. ECLI:ES:TS:2008:5556.
- STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 2004. Número de sentencia: 599/2004. Número de recurso: 360/2000. ECLI:ES:TS:2004:4528.
- STS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2001. Número de sentencia: 184/2001. Número de recurso: 46/1996. ECLI:ES:TS:2001:1584.
- STS (Sala 1ª) de 23 de febrero de 2000. Número de sentencia: 151/2000. Número de recurso: 433/1995. ECLI:ES:TS:2000:1394.
- STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1997. Número de sentencia: 954/1997. Número de recurso 3056/1993. ECLI:ES:TS:1997:6536.
- STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1995. Número de recurso: 631/1992. ECLI:ES:TS:1995:3711.
- STS (Sala 1ª) de 12 de abril de 1994. Número de sentencia: 326/1994. Número de recurso: 736/1991. ECLI:ES:TS:1994:2382.
- STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1993. Número de sentencia: 918/1993. Número de recurso: 536/1991. ECLI:ES:TS:1993:6585.

- STS (Sala 1ª) de 13 de abril de 1991. Número de sentencia: 267/1991. ECLI:ES:TS:1991:2055.
- STS (Sala 1ª) de 16 de julio de 1990. ECLI:ES:TS:1990:11143.
- STS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 1983. Número de sentencia: 189/1983. Número de recurso: 1712/1982. ECLI:ES:TS:1983:1649.
- STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 1967. RJ 1967, 1239.

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO CAROL, I. (2018). *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español. Problemas y soluciones que se plantean en los pleitos de familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Madrid: Ariel.
- BARBA, V. (2024). Libertad de testar, una idea del sistema italiano. En: Mª. Á. Eguisquiza Balmaseda y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Autonomía privada, familias y herencia*. Madrid: Colex (pp. 205-223).
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 682, pp. 473-520.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P. (2000). *La norma jurisprudencial. (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P. (2024). *A propósito de la doctrina jurisprudencial (o la casación compartida)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2018). *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (ART. 853.2 CC). Análisis crítico y propuesta de reforma*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2023). Derecho de familia y obligación de alimentos. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.). *Derecho civil IV (Derecho de familia)*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2025). La libertad de testar y la función de las legítimas. *Anales 2023-2024 Tomo XXXIII academia sevillana del notariado*, 211-238.
- GÓMEZ VALENZUELA, M. Á. (2025). *La desheredación*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- INFANTE RUIZ, F. (2021). Principios fundamentales de Derecho de familia. En: E. Pizarro Moreno y J. P. Pérez Velázquez (coord.). *Derecho de familia*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 35-41).
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2012). La libertad de testar. Una reforma necesaria. En: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Derecho de la persona, familia y sucesiones* (coord., Lorenzo Prats Albentosa), tomo I. Madrid: Consejo General del Notariado.
- RABANETE MARTÍNEZ, I. J. (2025). La extinción de la pensión de alimentos por causa imputable a los hijos mayores de edad. *Actualidad Civil*, nº 5, La Ley.

- RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2024). El parentesco y el derecho/obligación de alimentos entre parientes. En: F. J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de derecho civil I bis. Derecho de familia*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 27-42).
- SANCHO GARGALLO, I. (2022). *El paradigma del buen juez*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- SERRANO GONZÁLEZ, A. (2000). *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SILLERO CROVETTO, B. (2023). *Comentarios al Código civil. Tomo I (arts. 1 a 267)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERDERA SERVER, R. (2022). *Contra la legítima*. Madrid: Fundación Notariado.
- ZAGREBELSKY, G. (2019). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

NOTAS

¹ ECLI:ES:TS:2025:2132.

² Así, BLASCO GASCÓ, F. DE P. (2000). *La norma jurisprudencial. (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Valencia: Tirant lo Blanch. Y, más recientemente: *A propósito de la doctrina jurisprudencial (o la casación compartida)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

³ Así, los términos empleados por el maestro civilista CASTÁN TOBEÑAS en el ejercicio práctico que le sirvió para acceder a la cátedra y ocupar la plaza en la Universidad Central de Madrid: «El Derecho no sale de la cabeza del legislador hecho y armado de todas las armas; el Derecho tiene que ser elaborado por él que ha de aplicarlo; la ley tiene que ser interpretada, y se la interpreta no solo por aquellos procedimientos lógicos que concebía la escuela histórica, sino también por métodos y procedimientos de significación social, técnico y finalista que nos proporcionen no el sentido que el legislador quiso dar a la ley sino el sentido que la ley objetiva, intrínsecamente, tiene, que nos muestre a la ley no como el legislador quiso que fuera en el momento en que la dictó, sino tal como querría que fuese si legislara al presente». Vid. SERRANO GONZÁLEZ, a. (2000). *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*. Valencia: Tirant lo Blanch. (p. 283).

⁴ STS de 23 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1394): «El referido artículo 148 del Código Civil regula la figura doctrinalmente conocida como “deuda alimentaria”, que puede definirse como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir».

⁵ STS de 13 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2055).

⁶ STS de 7 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2622) sobre alimentos a hijo mayor de edad con un grado de discapacidad superior al 65%: «... es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor».

⁷ SSTs de 2 de diciembre de 1983 (ECLI:ES:TS:1983:1649) y 2 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:769).

⁸ STS de 1 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:1584).

⁹ STS de 2 de marzo de 1967 (RJ 1967, 1239).

¹⁰ A decir de la STS de 8 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7072): «... la obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1º del Código Civil, y de aquellos otros casos en que, conforme al artículo 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia».

¹¹ Como ha dicho el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:439), se ha de predicar un tratamiento diferente «según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención». En relación con los hijos menores, el deber de prestar alimentos se incardina en el propio de la filiación (STS de 25 de abril de 2016; ECLI:ES:TS:2016:1796).

¹² ECLI:ES:TS:1993:6585.

¹³ ECLI:ES:TS:2018:3868.

¹⁴ Según la STS de 12 de abril de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:2382): «Conviene puntualizar que la obligación de prestar alimentos está configurada en el Código como mancomunada y divisible, pues el artículo 145 determina, que cuando recaiga sobre dos o más personas esta obligación, se repartirá entre ellos, pero no por partes iguales, sino en cantidad proporcional a sus caudales respectivos. No es por tanto una deuda de carácter solidario, al no tener expresamente reconocida esta naturaleza, y ser principio general el de no presumirse tal condición. Este carácter no solidario se ve reforzado con el contenido del párrafo 2º del artículo 145 citado, según el cual no se permite entender que el alimentista pueda dirigirse, en todo caso, contra cualquiera de las obligadas para exigirle el pago de la pensión».

¹⁵ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2023). Derecho de familia y obligación de alimentos. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.). *Derecho civil IV (Derecho de familia)*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 22).

¹⁶ Vid. STS de 28 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1216): «La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC “corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 “, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, “entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación” (SSTS de 21 noviembre de 2005; 26 de octubre 2011; 11 de noviembre 2013, 27 de enero 2014, entre otras)».

¹⁷ STS de 28 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4528): «... la sentencia a quo se ha limitado a señalar como periodo de la prestación de alimentos el comprendido entre el 19 de octubre de 1995, fecha de la demanda y el 19 de julio de 1996, fecha de fallecimiento del demandado y obligado al pago de alimentos en su condición de padre biológico de los actores. Se trata de un periodo ya devengado y no satisfecho. Se confunde el motivo, pues no se transmite a los herederos del demandado la obligación de pagar alimentos, sino pagar una deuda concretada en tiempo y cantidad en su condición de heredero del obligado».

¹⁸ Vid. STS de 24 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5556).

¹⁹ Vid. STS de 28 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4439).

²⁰ De igual modo, el progenitor excluido de la patria potestad ex art. 111 CC, por incurrir el adoptante en causa de privación de la patria potestad ex art. 179 CC, o, en definitiva, por desaparecer el vínculo sobre el cual pivota la obligación de alimentos (matrimonio y parentesco).

²¹ Vid. STS de 4 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6536): «... los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre, y no demostrada la causa de la desheredación (artículo 850) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible». En el mismo sentido, STS de 16 de julio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:11143): «... el art. 853.2º, del Código Civil, en cuanto configura las injurias graves de palabra o el maltrato de obra como causa de desheredación, siendo tal causa interpretada taxativa y restrictivamente, como mantiene la jurisprudencia de esta Sala».

²² ECLI:ES:TS:2014:2484. En el mismo sentido, STS de 30 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:565).

²³ ECLI:ES:TS:1995:3711.

²⁴ Esta misma doctrina fue ratificada posteriormente en la Sentencia de 30 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:565): «Se reitera la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en la sentencia de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014), respecto de la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil, con relación al maltrato psicológico». También STS de 13 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1523): «... el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC».

²⁵ Así, MAGARIÑOS BLANCO, trayendo a colación algunas de las situaciones vividas en primera persona como notario en su despacho —y que suponen, según él, un manifiesto rechazo de los testadores a las legítimas en Derecho común por coartar su libertad—, entiende “necesario que se impulse una modificación sustancial del sistema sucesorio, en el que se recoja la libertad de disponer mortis causa, con el complemento de los pactos sucesorios y el testamento mancomunado, y con las limitaciones derivadas del deber de alimentos. Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V. (2012). La libertad de testar. Una reforma necesaria. En: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Derecho de la persona, familia y sucesiones* (coord., Lorenzo Prats Alben-tosa), tomo I. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 690. A mayor abundamiento, vid. VERDERA SERVER, R. (2022). *Contra la legítima*. Madrid: Fundación Notariado. Asimismo, vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2025). La libertad de testar y la función de las legítimas. *Anales 2023-2024 Tomo XXXIII academia sevillana del notariado*, 211-238.

²⁶ ECLI:ES:TS:2019:502.

²⁷ Causa de desheredación expresamente contemplada en el artículo 451-17.2 e) de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».

²⁸ ECLI:ES:TS:2025:2132.

²⁹ ECLI:ES:APO:2024:2615.

³⁰ ECLI:ES:TS:2025:2516.

³¹ ECLI:ES:APBI:2025:700.

³² STS de 5 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3300).

*Trabajo recibido el 20 de junio de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre de 2025*

DERECHO COMPARADO

Influencia del derecho registral inmobiliario en España y Guatemala

Influence of real estate registry law in Spain and Guatemala

por

LESTER MANUEL MEDA RUANO

Asociado Bufete Lex Atlas

Docente Universitario

*Abogado y Notario (Universidad Francisco Marroquín, Cum Laude Programa de Becados),
Magister Artium en Derecho Mercantil (Universidad Mariano Gálvez), pendiente de defensa
de tesis Doctoral de Derecho Constitucional (Universidad Mariano Gálvez)*

RESUMEN: Tanto en España, como en la República de Guatemala, existe una institución encargada de la inscripción de ciertos actos o documentos relacionados al sector inmobiliario. Este es el Registro de la Propiedad. Ello no resulta de la casualidad, sino de una marcada inspiración del derecho registral inmobiliario español en Guatemala, lo cual ha generado similitud en el tratamiento de ciertos criterios y normas básicas. A pesar de eso, existen diferencias, pero estas son mínimas si se considera el vínculo permanente existente desde la época colonial para ambas naciones. El presente escrito busca arrojar un poco de luz a la influencia que el derecho registral inmobiliario de España proyecta sobre Guatemala. Esto permite determinar que los esfuerzos realizados por entes tanto oficiales, cómo académicos por explicar mejor el derecho registral dan sus frutos. La toma de ideas que se han probado funcionales es normal, y refleja la búsqueda de más y mejores formas de brindar servicios de calidad. Sea este un ejemplo de que lo que se hace bien, es visto con gran interés por todos los que buscan hacer las cosas cada vez mejor.

ABSTRACT: *In both Spain and the Republic of Guatemala, there is an institution responsible for the registration of certain acts or documents related to the real estate sector: the Property Registry. This is not the result of chance, but rather of a clear influence of Spanish real estate registry law on the Guatemalan system, which has*

led to similarities in the treatment of certain core principles and regulations. Despite this, differences do exist, although they are minimal when considering the enduring connection between both nations dating back to the colonial period. This paper seeks to shed light on the influence that Spain's real estate registry law exerts over Guatemala. It reveals that the efforts made by both official and academic entities to improve the understanding of registry law are bearing fruit. Drawing from ideas that have proven to be functional is a common and positive practice reflects the pursuit of more effective ways to deliver quality services. Let this serve as an example that well-executed practices are met with great interest by those committed to doing things better.

PALABRAS CLAVE: Registro de la Propiedad, nulidad, vicios del consentimiento, registrador, derecho registral

KEYWORDS: *Property Registry, nullity, defects of consent, registrar, registry law*

SUMARIO: I. INFLUENCIA DEL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO EN ESPAÑA Y GUATEMALA.—II. ACTOS O DOCUMENTOS QUE SE INSCRIBEN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—III. EL FUTURO DEL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO Y CONCLUSIONES.

I. INFLUENCIA DEL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO EN ESPAÑA Y GUATEMALA

Las relaciones entre personas pueden llegar a generar consecuencias jurídicas. Las mismas pueden reflejarse por medio de un contrato (CONTRERAS, 2000). A su vez esos contratos o documentos que se originen deben tener publicidad para darles más certeza jurídica (MUÑOZ, 2012). La publicidad busca “*producir cognoscibilidad. Se hace referencia a cognoscibilidad y no a conocimiento porque siendo su destinatario la persona, el efectivo conocimiento dependerá, en definitiva, de la actitud y de la voluntad del destinatario, en conocer lo que se da a publicidad*” (CORNEJO, 1994, 1)

Además, la publicidad es un filtro de los actos inscritos, porque permite hacer de conocimiento de todos, su contenido. En especial a los interesados les puede ser útil como herramienta para evitar que actos nulos se mantengan vigentes. Sobre la nulidad, cabe recordar como lo expreso OSORIO que ocurre cuando se da “*la carencia de efectos normales en un negocio jurídico. Algunos tratadistas opinan que es un concepto indeterminado del derecho civil, tiene como sinónimos los vocablos inexistencia, invalidez*” (2000, 337)

Aquí entra en escena el derecho registral, como define MOLINARIO es:

El conjunto de principios y normas destinados a reglar la organización y el funcionamiento de los organismos estatales encargados de receptor fundamen-

talmente los actos y documentos concernientes a los derechos reales o a los que afectan, relativos a los inmuebles, así como también las formas y resultados de tales registraciones y, por último, los efectos y consecuencias jurídicas que se derivan de ella (1994, 15)

No se limita esta rama del derecho a la inscripción inmobiliaria, sino que se extiende a otros aspectos legales que van desde lo mercantil, la propiedad intelectual, o los partidos políticos entre muchos otros. En España el Código Civil establece de forma general aquello que se inscribe y que es materia inmobiliaria, y se apoya de normas complementarias como la Ley Hipotecaria.

La revisión de las instituciones jurídicas se logra por medio de una auditoría periódica de las mismas. En la República de Guatemala, parte de la ciencia del Derecho se aprendió a través de la influencia de España, esto por el vínculo nacido durante la época colonial (URREGO, 2017).

En las bibliotecas de las Universidades de Derecho de Guatemala, puede encontrarse literatura jurídica española. Ello demuestra su profunda influencia dentro del modelo legal guatemalteco (<https://biblioteca.ufm.edu/>). Además, la explicación de contratos, obligaciones, y formalidades de los mismos también tiene similitudes (AGUILAR, 2004)

En particular en materia registral, la estructura resulta ser muy similar entre ambos países. El uso de la tecnología por su parte se ha ido fomentando y ya se pueden realizar desde hace un tiempo consultas electrónicas, y ciertas gestiones vía internet (Portal de Registros, España, 2025). En Guatemala, también se ha podido utilizar instrumentos como las firmas electrónicas para facilitar ciertos actos que antes solo podían hacerse de forma presencial (OSORIO, 2000, 107)

La Ley Hipotecaria española del 8 de febrero de 1946, fue una influencia para el Código Civil guatemalteco (1965), esto puede colegirse de que, en la legislación de Guatemala, se sigue una estructura similar en cuanto al funcionamiento del modelo de registro de los inmuebles. En concreto, esa similitud puede rastrearse a ciertos artículos (entre ellos)

Título 1 Ley Hipotecaria de España	Código Civil de Guatemala
Artículo 1. El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles.	Artículo 1124. El Registro de la Propiedad es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables, con excepción de las garantías mobiliarias que se constituyan de conformidad con la Ley de Garantías Mobiliarias.

Título 1 Ley Hipotecaria de España	Código Civil de Guatemala
Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.	

Tabla de elaboración propia

Resulta interesante que la redacción del primer párrafo es muy similar. La alusión a la Ley de Garantías Mobiliarias en el Código Civil data de 2007. En el Registro de la Propiedad en Guatemala, se inscriben:

Artículo 1125. En el Registro se inscribirán: 1. Los títulos que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos; 2. Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles; y los contratos de promesa sobre inmuebles o derechos reales sobre los mismos; 3. La posesión que conste en título supletorio legalmente expedido; 4. Los actos y contratos que trasmitan en fideicomiso los bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos; 5. Las capitulaciones matrimoniales, si afectaren bienes inmuebles o derechos reales; 6. Los títulos en que conste que un inmueble se sujeta al régimen de propiedad horizontal; y el arrendamiento o subarrendamiento, cuando lo pida uno de los contratantes; y obligatoriamente, cuando sea por más de tres años o que se haya anticipado la renta por más de un año; 7. Los ferrocarriles, tranvías, canales, muelles u obras públicas de índole semejante, así como los buques, naves aéreas, y los gravámenes que se impongan sobre cualesquiera de estos bienes; 8. Los títulos en que se constituyan derechos para la explotación de minas e hidrocarburos y su transmisión y gravámenes; 9. Las concesiones otorgadas por el Ejecutivo para el aprovechamiento de las aguas; 10. La prenda común, la prenda agraria, ganadera, industrial o comercial; 11. La posesión provisional o definitiva de los bienes del ausente; y 12. La declaratoria judicial de interdicción y cualquiera sentencia firme por la que se modifique la capacidad civil de las personas propietarias de derechos sujetos a inscripción o la libre disposición de los bienes; 13. Los edificios que se construyan en predio ajeno con el consentimiento del propietario; los ingenios, grandes beneficios, desmotadoras y maquinaria agrícola o industrial que constituyan unidad económica independiente del fundo en que estén instaladas. 14. Los vehículos auto-

motores y demás muebles fácilmente identificables por los números y modelos de fabricación.

Por su parte, en España, en el Registro de la Propiedad se inscriben:

ARTÍCULO 2

En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

Tercero. 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.

Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declaren la ausencia o el fallecimiento o afecten a la libre disposición de bienes de una persona, y las resoluciones a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

En ese caso en la norma guatemalteca se enumeran casos particulares de inscripción, mientras que en la española se prefiere una aproximación general de lo que puede inscribirse. En esencia, son similares, se inscriben derechos reales, y todo lo relacionado con el derecho de propiedad (AGUILAR, 2004).

II. ACTOS O DOCUMENTOS QUE SE INSCRIBEN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La forma que revisten muchos de esos actos que se inscriben es el de un contrato, por lo cual la validez de ese instrumento jurídico es necesario para que pueda darse la certeza jurídica ya aludida con anterioridad (ALVARADO, GRACIAS, 2014). Al respecto PUIG PEÑA estima que *“El consentimiento se considera como la piedra angular de toda la construcción del contrato en su consideración liberal, hasta el punto de que queda identificado con la perfección del mismo.”* (1976, 254)

Esto también aplica para España, que, en su Ley Hipotecaria, establece en donde se deben cumplir ciertos requisitos para que los documentos puedan ser inscritos.

Artículo 3. Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. También podrán ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior en virtud de testimonio del auto de homologación de un plan de reestructuración, del que resulte la inscripción a favor del deudor, de los acreedores o de las partes afectadas que lo hayan suscrito o a los que se les hayan extendido sus efectos.

La voluntad debe estar expresada de forma fiel, y es importante, porque la ausencia de un requisito esencial del contrato da lugar a que se produzca la nulidad o anulabilidad del mismo. En el caso de Guatemala de forma judicial se ha declarado que:

El consentimiento adquiere eficacia jurídica cuando se forma correctamente y cuando existe coincidencia entre el contenido volitivo y su declaración, el primero formado sin vicios, es decir, libremente y sobre una representación exacta de la realidad; la declaración que es el medio por el cual la voluntad tiene una manifestación externa, debería haber exteriorizado fielmente la voluntad de ambos. (Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil. 8 de junio de 2006).

Es decir, es necesario que se cumplan los requisitos fundamentales de un contrato. Al respecto cabe apuntar que: Los contratos, son acuerdo de voluntades y permiten el intercambio de bienes y servicios. En palabras de ORELLANA: *“Es un convenio que se presenta en un acto jurídico bilateral con manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley”* (2006, 158).

En la República de Guatemala, su regulación está contenida en el Código Civil (Decreto Ley 106), el cual (artículo 1517) indica: *“hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”*. Sus modalidades en cuanto a las prestaciones que son objeto del contrato, según el mismo cuerpo normativo son de dar, hacer o no hacer (artículo 1319).

Su carácter es patrimonial, puesto que incluye un libro intercambio entre los interesados. Por su parte el negocio jurídico es genera también consecuencias patrimoniales, y salvo puede ser realizado por una sola persona, sin necesidad de la intervención de otros. El Código Civil de Guatemala, no brinda una definición, sino que establece cuáles son sus elementos, en su artículo 1251. Dichos elementos son objeto lícito, declaración de voluntad sin vicios, capacidad de los contratantes Tiene distintas modalidades puesto que incluso puede ser oral (salvo excepciones puntuales que requieren solemnidades especiales).

En Guatemala entonces, la diferencia general entre el contrato y el negocio jurídico es muy tenue, siendo está que el negocio jurídico puede ser unilateral, y el contrato no —salvo el testamento—. (GRAMAJO). Esa situación provoca que al momento de analizar el tema los nombres de contrato y de negocio jurídico se utilicen de forma casi intercambiable, por lo que no es de extrañar que eso mismo ocurra en este escrito.

Como parte de la seguridad jurídica que se brinda al celebrar un contrato, se requiere del apoyo del Derecho Registral para dejar constancia frente a terceros ciertas anotaciones y asientos registrales:

[...] el principio de seguridad jurídica (vinculado insoslayablemente con el de certeza jurídica) permite que el ejercicio de un derecho que ha sido adquirido por un sujeto determinado se encuentre libre y exento de todo peligro, riesgo o daño, de manera cierta, indubitable e infalible. También, deviene oportuno acotar que el principio de seguridad jurídica se concreta mediante la observancia de otros principios, tales como, el del debido proceso, el de legalidad, de irretroactividad y el de taxatividad, cuyos soportes lo constituyen la cosa juzgada, la prescripción y la caducidad, entre otros. (Corte de Constitucionalidad, Expediente 4833-2013).

En España, eso se aborda gracias a la regulación de la Ley Hipotecaria, donde dispone que:

Artículo 79 Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas: 1. Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de las mismas. 2. Cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado. 3. Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho. 4. Cuando se declare su nulidad por falta de alguno de sus requisitos esenciales, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Al respecto, judicialmente se ha declarado en Guatemala en relación a los vicios y nulidad de los negocios y contratos:

... la nulidad del negocio jurídico ha sido prevista en la ley como una institución jurídica que priva a dicho negocio de sus efectos propios, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales, o haber sido celebrado en violación de las formas o requisitos legales necesarios para su validez, por medio de un procedimiento de impugnación o de un proceso de declaración. Su resultado provoca la ineficacia del acto, impidiendo que el negocio jurídico llegue a producir los efectos a los que estaba dirigido, o bien, deja de producirlos en un momento dado (Expediente 461-2010).

Además, cabe apuntar que como lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad (expediente 1855-2024):

- a) Es necesario que el vicio del documento utilizado para hacer la inscripción sea evidente, es decir, en el trámite del amparo debe quedar claro de forma notoria el defecto sustancial.

- b) Se protege el principio de tracto sucesivo registral, porque preserva a los terceros de buena fe, que se pueden ver engañados por inscripciones viciadas

Este criterio, ha sido sostenido por la Corte de Constitucionalidad, también en los expedientes 2807-2020, 567-2022 y 1239-2023 y 1287-2023 (acumulados) respectivamente, por lo cual ya es doctrina legal aplicable.

Un tema de importancia es que la parte digital gracias a las modificaciones de la Ley 24/2025 del 18 de noviembre, la Ley Hipotecaria puede ser llevado por medios informático (artículo 238) (Vlex), cuestión que en Guatemala se va haciendo de forma tímida. Es un asunto que será objeto de reforma y ampliación en el Registro de la Propiedad de Guatemala (Registro General de la Propiedad).

III. EL FUTURO DEL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO Y CONCLUSIONES.

El tema presentado refleja que existen diversas líneas de contacto entre el derecho registral guatemalteco y español. La influencia reflejada en normas en el punto máximo de un vínculo que como se mencionó es parte de la historia de ambos países. Se puede entonces, tomar las ideas presentadas y arribar a las siguientes conclusiones.

I. La Comisión Nacional Registral, fue creada en Guatemala en 2005, por medio de Acuerdo Gubernativo 30-2005. El mismo es un órgano colegiado que busca la mejora y modernización de los servicios de los registros, y fortalecer la certeza jurídica (Registro General de la Propiedad)

II. Su órgano superior es su junta directiva y está conformada por el Registrador General de la Propiedad, el Registrador Sustitutivo y el Registrador del Segundo Registro de la Propiedad. Sus esfuerzos no sólo han sido internos, sino también se han dedicado a capacitar a los usuarios del registro, sean estos o no abogados.

III. Resulta importante por ejemplo que han emitido “Guías Registrales”, en la cual se hace la compilación de criterios registrales vigente, y se revisa de forma periódica.

IV. Si bien no es lo mismo el caso de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, desde un plano más académico y de mucho prestigio, se ha encargado de difundir el conocimiento del derecho registral y ha intentado hacer de más fácil acceso a todos los interesados.

V. Resulta de particular interés que, existe un cruce constante entre distintas ramas del derecho, porque quien labore con preferencia en el derecho registral, necesita saber también sus mecanismos de defensa y la manera de usarlos. Los

esfuerzos de divulgación hacen posible dicha circunstancia. Se acerca el conocimiento a las personas, y se evitan errores que pueden costar negocios enteros, o dejar indefensos a personas inocentes.

VI. La necesidad de preservar la certeza jurídica, y de proteger la publicidad registral, ha hecho necesaria la participación de todos los grupos involucrados. Desde los abogados, los usuarios, incluso el ejemplo del sistema de justicio citado de forma breve. Toda anotación registral debe buscar la protección de derechos frente a terceros, y también de los propios terceros ante la contratación. Es necesario entonces que se

VII. En la República de Guatemala, se intenta salvaguardar los derechos, y se espera que esto sea una medida cada vez menos necesaria. Ese mismo esfuerzo se sigue en España, donde como se ha citado, existen regulaciones que permiten generar parámetros generales para determinar la validez de los actos a ser registrados.

REFERENCIAS

- AGUILAR, V (2004). *Derecho de obligaciones*. Guatemala: Serviprensa.
- AGUILAR, V. (2004). *El negocio jurídico*. Guatemala: Serviprensa.
- ALVARADO, Ricardo. & GRACIAS GONZÁLEZ, J. A. (2014). *El notario ante la contratación civil y mercantil*. Guatemala: Fénix.
- BARRIOS, O. (2006). *Derecho e Informática Aspectos Fundamentales*. Tercera Edición. Guatemala: Ediciones Mayte, Centro de Estudios de Derecho CEDE.
- CONTRERAS, R. (2010). *Obligaciones y negocios jurídicos civiles*. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CORNEJO, A. (1994). *Derecho Registral*. Buenos Aires: ASTRIA editor.
- MOLINARIO, A. (1971). *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*. Buenos Aires, Argentina.
- MUÑOZ, N. (2012). *La Forma Notarial en el Negocio Jurídico Escrituras Públicas*. Guatemala: Infoconsult Editores.
- OSSORIO, M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- PUIG, F. (1976). *Compendio de derecho civil español*. Madrid: Pirámide.

SENTENCIAS

- Corte de Constitucionalidad, expediente 4833-2013
- Corte de Constitucionalidad, expediente 461-2010
- Corte de Constitucionalidad, Expediente 2751-2020

- Corte de Constitucionalidad, Expediente 1855-2024
- Corte de Constitucionalidad, expediente 2807-2020
- Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 567-2022, 1239-2023 y 1287-2023
- Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil. 8 de junio de 2006
- Gramajo, J. (s.f.) Denominaciones: acto, contrato, etc. <https://jpgramajo.weebly.com/denominaciones-acto-contrato-etc.html#:~:text=Negocio%20jur%C3%ADdico%20es%20todo%20comportamiento,m%C3%A1s%20personas%2C%20con%20consecuencias%20jur%C3%ADdicas.>
- Urrego, M. (2017). La independencia de la Nueva España y la capitania de Guatemala: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-246/la-independencia-de-la-nueva-espana-y-la-capitania-de-guatemala>
- Portal de Registros, España: https://portalregistros.com/?gad_source=1&gad_campaignid=22239005201&gbraid=0AAAAA-xe5SO-pxXft2TuR6-8heYopWFwK2&gclid=CjwKCAjwz5nGBhBBEi-wA-W6XRObBG7LMTkYMJBpBv7obuvnHWbbDD2GF_jRvUegin-Y6oYB82Ez8EnhoCaxsQAvD_BwE
- VLex: https://vlex.es/vid/aprueba-texto-refundido-ley-hipotecaria-126942?from_fbt=1&forw=go&fbt=webapp_preview&addon_version=6.9
- Registro de la Propiedad Guatemala: <https://www.rgp.org.gt/formulario-atencion-virtual>
- Registro de la Propiedad Guatemala: <https://www.rgp.org.gt/ComNacio-Registral/>
- Universidad Francisco Marroquín, portal web Biblioteca <https://biblioteca.ufm.edu/Legislación>
- Peralta, Enrique. (1963). *Código Civil, Decreto Ley número 106*. Guatemala.
- Ley Hipotecaria (1946). España

*Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre de 2025*

Los actos de autoprotección de las personas menores de edad en la reforma al Código civil cubano

The acts of self-protection of minors in the reform of the Cuban Civil Code

por

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
*Profesor Titular de Derecho civil y notarial,
Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana.
Notario*

RESUMEN: La posibilidad de que las personas menores de edad puedan otorgar actos de autoprotección es una realidad en el Derecho civil cubano, venida de la mano de la reforma operada en el año 2022 por el Código de las familias al vigente Código civil. Se potencia así la autonomía prospectiva de infantes y adolescentes que —estén o no en situación de discapacidad— pueden, en previsión de su posible advenimiento, tomar cautelas en este orden al nombrar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de sus derechos y válida conclusión de actos jurídicos, bajo la *conditio iuris* de que tal nombramiento será eficaz a partir de su mayoría de edad. Se trata, sin dudas, de una genuina expresión del reconocimiento de la dignidad del ser humano, fundamento mismo del ejercicio de los derechos —tanto constitucionales como legales—.

ABSTRACT: *The possibility that minors can grant acts of self-protection is a reality in Cuban civil law, coming hand in hand with the reform carried out in 2022 by the Family Code to the current Civil Code. This enhances the prospective autonomy of infants and adolescents who, whether or not they are in a situation of disability, can, in anticipation of their possible arrival, take precautions in this order when appointing supports and safeguards for the exercise of their rights and*

valid conclusion of legal acts, under the conditio iuris that such appointment will be effective as of their age of majority. It is, without a doubt, a genuine expression of the recognition of the dignity of the human being, the very foundation of the exercise of rights —both constitutional and legal—.

PALABRAS CLAVES: Personas menores de edad, autonomía progresiva, edad, actos de autoprotección, apoyos, salvaguardias.

KEYWORDS: *Minors, progressive autonomy, age, acts of self-protection, support, safeguards.*

SUMARIO: I. LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: AUTONOMÍA PROGRESIVA Y EL PRINCIPIO DEL MEJOR INTERÉS.—II. LA CONCLUSIÓN POR SÍ DE ACTOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD POR INFANTES Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: LA POSIBILIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE APOYOS PARA LA CONCLUSIÓN DE DICHOS ACTOS Y EL EJERCICIO DE DICHOS DERECHOS.—III. EL CRITERIO ETARIO RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD PARA EL OTORGAMIENTO DE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN POR PERSONAS MENORES DE EDAD. LAS RAZONES DE ESTA OPCIÓN. 3.1. ¿CÓMO ENTENDER LA EXPRESIÓN “ACTO DE AUTOPROTECCIÓN” CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 29.6 DEL CÓDIGO CIVIL EN LO QUE CONCIERNE A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD?—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA DESIGNACIÓN DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS POR PERSONAS MENORES DE EDAD. 4.1. ¿ES NECESARIO QUE SE TRATE DE UNA PERSONA MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. 4.2. LA *CONDITIO IURIS* DE LA CUAL PENDE LA EFICACIA DE LA DESIGNACIÓN DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS. 4.3. LA POSIBILIDAD DE NOMBRAR COMO APOYOS A PERSONAS MENORES DE EDAD. A MODO CONCLUSIVO.

I. LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: AUTONOMÍA PROGRESIVA Y EL PRINCIPIO DEL MEJOR INTERÉS

Ciertamente el concepto de autonomía progresiva en niños, niñas y adolescentes ha estado vinculado a los derechos inherentes a la personalidad o derechos personalísimos. Su dimensión no deja de ser constitucional y convencional. En efecto, la Convención de los derechos del niño (en lo adelante CDN) hace referencia en varios de sus preceptos a la gradación del ejercicio de los derechos según su madurez,¹ conforme con la evolución de sus facultades, al decir de su artículo 5. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha entrado al campo del Derecho desde la bioética, al hacer alusión a la competencia del niño, la

niña o el adolescente para tomar ciertas decisiones con trascendencia jurídica, y también de la mano de la psicología cognitiva y la evolutiva.

La doctrina argentina que ha estudiado el tema, ha centrado la atención de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos personalísimos vinculados con el cuidado del propio cuerpo, pero también de otros como el derecho a la identidad, a la propia imagen, o a la propia voz.

Nos recuerda PELLEGRINI que “(e)l reconocimiento de la adquisición gradual de las aptitudes y cualidades madurativas de las personas menores de edad se ha instalado como principio rector determinante para asegurar el ejercicio de los derechos en forma directa a su titular; principio denominado ‘autonomía progresiva’”.² Se trata de un principio que hay que interpretarlo desde un enfoque de derechos humanos. En la medida en que se reconoce a las personas menores de edad sujetos de derechos, en el entendido no solo de ser titulares de los derechos, sino de la posibilidad de ejercerlos por sí mismos, el ordenamiento jurídico tiene que habilitar un sistema que les permita gradualmente tal ejercicio, conforme con su grado de madurez,³ su autogobierno personal y su posibilidad de discernimiento y a la vez la propia naturaleza del acto jurídico en que se concreta el ejercicio de ciertos derechos.

“La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica que deriva del campo bioético, de competencia. Este parámetro, claramente independizado de la capacidad civil de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no ostente plena capacidad y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra [...]. Esta evaluación depende de factores que exceden la pauta etaria, y se relacionan con el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar concretamente en cada caso, desarrollo que se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño/a, contorneando así su autonomía progresiva para el ejercicio de derechos”.⁴ La autonomía progresiva ha tenido receptividad a partir de la CDN. Se abandona el modelo simplemente etario para acudir como referente valorativo el grado de madurez del niño, la niña o el adolescente. Como recientemente ha expresado MOLINA DE JUAN, “(e)l respeto por la autonomía progresiva exige diferenciar las competencias entre niños o adolescentes de una misma edad, pero con distinto grado de madurez”. De manera que se busca un traje a la medida en la que la edad no es el único criterio a tomar en cuenta por el legislador. Este vale, pero debe ir acompañado de otras pautas que indiquen el grado de madurez de un niño, una niña o un adolescente, que justifique la validez de un acto realizado por determinado niño o adolescente, que no se comportaría igual respecto de otro, en relación con el cual no sería admisible el mismo acto.

Este carácter progresivo de la autonomía de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de los derechos está vinculado con el grado de competencia y la naturaleza misma del derecho a ejercer o acto a concertar. “En el proceso de madurez inciden factores de tipo biológico, psicológico y social, pues varía conforme la edad, el nivel de estímulos y el marco social y cultural en el cual se desarrolla cada niño. Así, no todos los niños dejan de serlo del mismo modo y a la misma edad, resultando sumamente complejo el concepto de evolución progresiva de las facultades”.⁵

Con la autonomía progresiva se rompe el esquema binario capacidad-incapacidad que por siglos ha primado en la protección de las personas menores de edad. En este esquema, respecto de ella, es esencial el enfoque cronológico. De ahí que la concepción etaria ha sido la imperante, pues con ello se aduce lograr una mayor estabilidad y seguridad jurídica; sin embargo, no hay que olvidar que en relación con niños, niñas y adolescentes, “la edad no mide el desarrollo físico y psíquico [...] sino [...] solo sirve como punto de aproximación y debe necesariamente complementarse con la valoración de sus condiciones de madurez y su aptitud suficiente para determinar su capacidad para ejercer cada acto”.⁶ PELLEGRINI y FAMA nos resumen agudamente las ventajas y desventajas de este sistema, en el que precisamente la seguridad jurídica lleva la mejor parte entre las primeras, al homogeneizar un mismo criterio para determinar la capacidad del sujeto, en este caso el de la edad cronológica, cualquiera sea su madurez psicológica y el grado de discernimiento que tiene para el acto en concreto que pretende realizar. En tanto, entre las desventajas se observa el menosprecio por el nivel de competencia del niño, la niña o el adolescente, impidiéndoles la toma de decisiones solo por razón de la edad, sobre la base de un falso criterio de madurez asociado inexorablemente a aquella; en tanto que irse hacia el otro sitio del péndulo, en el que se suprime toda referencia a la edad cronológica, si supondría que el niño, la niña o el adolescente pueda ejercer sus derechos conforme con su nivel de competencia, pero tal posición “químicamente pura” implicaría a su vez, además de un coste elevado en el orden administrativo y judicial para evaluar el nivel de competencia de cada uno, aumentar también la litigiosidad, ya que las decisiones serían continuamente impugnadas, creando así un alto grado de incertidumbre, contra el sentido común. Por ello la autonomía progresiva no es enemiga del criterio de la edad cronológica. Lo idóneo es saberlos combinar. En tal sentido, lo lógico es que determinada para ciertos actos jurídicos y para el ejercicio de determinados derechos una edad cronológica, quede abierta la posibilidad de validar un acto o el ejercicio de un derecho teniendo en cuenta no solo la edad, sino el nivel de madurez psicológica y de competencia que tiene el niño, la niña o el adolescente. O sea, apartar una concepción abstracta de la niñez y de la adolescencia y desembocar en el tipo concreto. Con ello se admite la adquisición gradual de competencias, y se reconoce que no todos las adquieren simul-

táneamente. No obstante, este modelo también tiene sus riesgos, pues estaría en manos de los representantes legales de niños, niñas y adolescentes el facilitar el acceso a la demostración de una adquisición temprana de las habilidades. Como indican PELLEGRINI y FAMÁ —a quienes sigo en este análisis—, no se puede negar el coste que ello puede suponer para los representantes legales, en la mayoría de los casos los padres y madres, y en consecuencia, el difícil acceso de los infantes y adolescentes carentes de tales recursos.⁷ Aun así, el riesgo hay que asumirlo.

El fundamento de la autonomía progresiva hay que ubicarlo en “la necesidad de que el derecho tome en cuenta los procesos de maduración ligados al patrón biológico, a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. El principio de autonomía progresiva implica flexibilizar el sistema a partir de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento”;⁸ elementos todos que tributan a la individualización de niños y adolescentes. Con ello se busca compatibilizar los mandatos de protección que las Constituciones imponen al Estado y a las familias respecto de las personas menores de edad, a la vez de una participación progresiva de estos en la toma de decisiones y en la validación de actos no solo en la esfera personal, sino, incluso, también patrimonial. “La autonomía progresiva configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que lo facultaría a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo, asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta, e incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad”.⁹

El vigente Código de las familias de Cuba de 2022 introduce en materia de actos de naturaleza familiar y algunos de corte personal la consideración de la autonomía progresiva como baremo a fijar para determinar la validez de los actos concluidos por personas menores de edad. El empleo del criterio de la autonomía progresiva, sin embargo, no desecha el de naturaleza cronológico o etario que también se emplea por el legislador el cual se afina a este último en la búsqueda de afianzar la seguridad jurídica ante el temor de la valoración *ad casum* por las autoridades correspondientes de la madurez necesaria de la persona menor de edad para la conclusión de determinados actos jurídicos. De este modo —en el Derecho cubano aun la impronta de novedad que imprime la legislación familiar— la autonomía progresiva no es ni exclusiva ni excluyente, es un criterio concurrente con el etario para la determinación de la capacidad de obrar de las personas menores de edad.¹⁰ Si bien la opinión del infante o adolescente “*en correspondencia con su capacidad de comprender, la posibilidad de formarse un juicio propio y su autonomía progresiva*” es uno de los parámetros que sitúa el legislador para que los operadores del Derecho “*puedan determinar el interés superior de una niña, un niño o adolescente en una situación concreta en el entorno familiar*” [artículo 7.2 a)], el propio legislador asume también el criterio

etario —si bien flexibilizado— al introducir edades especiales, o sea, inferiores a los 18 años, edad que el Código civil establece para adquirir la “*plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos*”. De esta manera, el legislador mina el sistema establecido en el Código civil, con edades especiales para tomar ciertas decisiones y concertar determinados actos como la prevista en el artículo 29.6 del propio Código civil —reformado por la disposición final primera del Código de las familias— de los 12 años para otorgar testamento y determinados actos de autoprotección.

¿Qué supone la introducción tanto del criterio de la autonomía progresiva como determinadas edades especiales, inferiores a la mayoría de edad? Como ya se apuntaba es innegable la necesidad de abrir cauces a la posibilidad de actuación de las personas menores de edad en la medida en que evolucionan sus facultades intelectivas y estas pueden formarse un juicio propio que habilitan la posibilidad de su autogobierno, lo cual sin dudas debe ser equilibrado o moderado.¹¹ No es posible abrir el diapasón sin más. Se hace necesario mantener en pie la protección de los niños, niñas y adolescentes como sujetos en situación de vulnerabilidad, pero a la misma vez ir abriendo el cauce que les haga a estos protagonistas de ciertos actos jurídicos que pueden concluir antes de arribar a la mayoría de edad, incluso de naturaleza patrimonial, como los contratos de escasa cuantía a que hace referencia el artículo 176 del Código de las familias. Algunos autores defienden la aplicación de “el principio de gradualidad, que en su plasmación legal quiere decir que a medida en que la capacidad natural aumenta, el menor de edad debe poder tomar válida y eficazmente más decisiones (aspecto cuantitativo) y decisiones más importantes (aspecto cualitativo)”.¹² Esa gradualidad debe ser cónsone con la madurez que se predica en el Código de las familias, esencialmente para actos de naturaleza familiar, pero que también alude el Código civil en el artículo 29.4 en esta ocasión para otros actos permitidos por el ordenamiento jurídico con alcance general, pues la norma no alude al ordenamiento jurídico civil, aunque después, de modo enunciativo aluda a los actos relativos al ejercicio de los derechos inherentes de la personalidad.

II. LA CONCLUSIÓN POR SÍ DE ACTOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD POR INFANTES Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: LA POSIBILIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE APOYOS PARA LA CONCLUSIÓN DE DICHOS ACTOS Y EL EJERCICIO DE DICHOS DERECHOS

La reforma venida de la mano del Código de las familias al vigente Código civil cubano, ha abierto cauces insospechados en materia de ejercicio de los de-

rechos inherentes a la personalidad en infantes y adolescentes quienes, conforme con lo previsto en el artículo 139.2 a) del Código de las familias pueden concluir válidamente actos relativos al ejercicio de tales derechos u otros, conforme con su edad, condiciones y madurez. El legislador establece en dicho apartado excepciones a la regla de la representación legal derivada del ejercicio de la responsabilidad parental que corresponde a sus titulares. Si bien la regla está contenida en el apartado 1 de dicho artículo, el apartado 2 prevé las excepciones entre las cuales en su inciso a) cuenta la que se ha hecho referencia. La naturaleza de los derechos inherentes a la personalidad justifica la excepción misma que se construye como una habilitación *ad hoc* al titular de tales derechos para su ejercicio y la conclusión de actos vinculados a ellos, sin que sea necesaria su representación y, ni siquiera, su asistencia. Se trata de actos concluidos por las personas menores de edad por sí solos. Llama la atención que la mencionada habilitación se extiende también a otros actos, distintos de aquellos, pero sin dudas, de similar naturaleza, o sea, actos relativos a derechos personales que la ley admite a pesar de que estamos frente a personas menores de edad, como por ejemplo: el reconocimiento de un hijo en relación con el que es suficiente haberlo engendrado y tener discernimiento (artículo 64 del Código de las familias), para lo cual el legislador toma como presupuesto la autonomía progresiva, o sea, el poder de decisión que tiene la persona —aún su minoría de edad— resultando la edad un factor a tener en cuenta, pero también el grado de madurez, de discernimiento, de autonomía y de cognoscibilidad de los efectos jurídicos del acto que pretende concluir. En tales circunstancias el legislador no hace prevalecer un criterio de edad cronológica, sino el nivel o grado de autonomía y discernimiento que tiene el sujeto que hace que se pueda tomar en cuenta su voluntad. De este modo, en la medida en que el legislador habilita a la persona menor de edad a concluir válidamente actos y ejercer derechos, si está en situación de discapacidad para la conclusión de tales actos, respecto de los cuales el Derecho le ha habilitado, como los relativos al ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad, cabe entonces que pueda nombrar apoyos que le asistan en el ejercicio de los derechos, apoyos en el entendido del artículo 30.3 del Código civil.

Analicemos detenidamente la opción legislativa. No se trata de habilitar a las personas menores de edad en situación de discapacidad para que —con efectos inmediatos y alcance general— puedan nombrar apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. No se olvide que su condición de personas menores de edad les lleva a estar sujetas a un régimen de responsabilidad parental con el contenido que su ejercicio supone (artículo 138 del Código de las familias) o supletoriamente a un régimen de tutela (artículo 398 del Código de las familias). El legislador es consecuente con la posición que asume, las personas menores de edad conforme con su autonomía progresiva pueden ejercer ciertos derechos

y concluir válidamente determinados actos jurídicos. En tal sentido —según el principio de igualdad y no discriminación— la situación de discapacidad no puede ser una limitante para el ejercicio de los derechos. Si la persona menor de edad está en situación de discapacidad puede también ejercer sus derechos, la autonomía progresiva no le es vetada —aunque de tratarse de personas menores de edad en situación de discapacidad intelectual o psicosocial, la autonomía progresiva pudiera en algunos casos verse frenada precisamente por no poderse calibrar la madurez, evolución de sus facultades intelectivas o la formación de un juicio propio—, y a partir de ella pudiera concluir válidamente los actos a los que hace referencia el artículo 139.2 a) del Código de las familias en igualdad de condiciones que los demás infantes y adolescentes. Por ello, la norma habilita en el artículo 29.4 del Código civil la posibilidad de que las propias personas menores de edad nombren apoyos en sede notarial o no, para el ejercicio de tales derechos y la conclusión de dichos actos, sin que el nombramiento de los apoyos coincida con sus representantes legales. Más discutido resulta que ese nombramiento se judicialice pues si se trata de apoyos más intensos por la falta de discernimiento, de lo que se colige la imposible apreciación de la autonomía progresiva en la persona menor de edad, la existencia de representantes legales (sean o no los titulares de la responsabilidad parental o los tutores) a mi juicio, resulta suficiente para una representación legal de aquellos y no unos apoyos que le asistan en el ejercicio de los derechos, pues el criterio que toma en cuenta el legislador para la habilitación a las personas menores de edad de la válida conclusión respecto de ciertos actos es el de la autonomía progresiva y no el etario. *Ergo*, de no comprobarse dicha madurez, no estarían *ex lege* habilitadas para concluir *per se* el acto o negocio jurídico en cuestión.

Es dable aclarar que la previsión contenida en el artículo 29.4 del Código civil se aplica para todos los actos que, conforme con su autonomía progresiva, el infante o el adolescente puede concluir por sí mismo como los contratos de escasa cuantía a que ya se ha hecho referencia o la expresión del “*consentimiento para la obtención, almacenamiento y tratamiento de los datos personales*” según las prescripciones del artículo 13.1 de la Ley de protección de datos personales, a modo de ejemplo. De tratarse de una persona menor de edad en situación de discapacidad podría nombrar apoyos que le faciliten la conclusión de tales actos, siempre que tal nombramiento —a mi juicio— opere en sede extrajudicial, o aún con pérdida sobrevenida del discernimiento el nombramiento de los apoyos se anticipó, ello siempre que a juicio del notario —si el nombramiento fue por escritura pública—, la persona menor de edad tenía el discernimiento y la madurez necesaria como para formarse un juicio propio que le habilitara tal nombramiento de apoyos. Y también de salvaguardias, pues aunque a ellas no se refiere el artículo 29.4 del Código civil, dada la naturaleza de las salvaguardias

y desde un lenguaje convencional y de derechos humanos es un absurdo que el nombramiento de la persona menor de edad en las circunstancias a que se refiere el mencionado artículo se constriña únicamente al nombramiento de apoyos.

De lo que vengo explicando caben entonces dos escenarios:

1°. Que se nombre apoyo por la propia persona menor de edad en situación de discapacidad, en razón del acto o derecho que se pretende ejercitar, coetáneamente.

2°. Que se haya nombrado apoyo para el ejercicio de los derechos o conclusión de los actos, y que al momento de tal ejercicio ya el discernimiento se haya perdido, tratándose de un avance precoz de la enfermedad diagnosticada. En este segundo escenario, no creo que resulte ineficaz el nombramiento de los apoyos, todo lo contrario, se actuaría conforme con sus voluntades y preferencias y el criterio de la mejor interpretación.

En todo caso, eso sí —tal y como se ha explicado— el nombramiento de los apoyos se limitaría a la conclusión de actos o al ejercicio de derechos a que alude el artículo 29.4 del Código civil, si bien no se limita exclusivamente a aquellos vinculados con el ejercicio de derechos inherentes a la personalidad, dado que la norma da cobertura a la válida conclusión de *“los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”* a las personas menores de edad.

III. EL CRITERIO ETARIO RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD PARA EL OTORGAMIENTO DE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN POR PERSONAS MENORES DE EDAD. LAS RAZONES DE ESTA OPCIÓN

También prevé el artículo 29 del Código civil en su apartado 6 —tal y como se ha anticipado— la posibilidad de que las personas menores de edad puedan otorgar actos de autoprotección.

El derecho de autoprotección —como opinan RAJMIL y LLORENS en la doctrina argentina— es aquel “derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno”.¹³ Este derecho —al decir de LANZÓN desde la propia doctrina del país austral— “con sólidas raíces constitucionales, permite al sujeto decidir y disponer sobre su vida, su persona, sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento, y se ejerce fundamentalmente a través de actos escritos donde dicha voluntad permanezca inalterable”¹⁴ por cuya razón toman vida los actos de autoprotección, conceptuados por RAJMIL y LLORENS como aquellos en el cuales “una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el

supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma”.¹⁵

Como expresa la profesora PEREIRA PÉREZ, se trata de “un término genérico en el cual se incluye cualquier manifestación de voluntad de una persona con discernimiento para ello o incluso en situación de minoridad con emancipación, en la que se toman medidas para asegurar, cautelar, prever, anticipar, la situación u orden en que pueda encontrarse la persona o su patrimonio ante circunstancias futuras en las que pueda resultar imposible tomar sus propias decisiones incluso con provisión de apoyos, o sea, son previsiones tomadas en presente y eficaces tan solo bajo la *conditio iuris* de que sobrevenga una situación de discapacidad que conlleve por ejemplo la provisión de apoyos”.¹⁶ En esta tesitura la reforma operada en el año 2022 en el Código civil cubano en materia de capacidad jurídica deja en manos de la propia persona en situación de discapacidad el diseño del escenario en el que desea se desenvuelva su vida cuando la pérdida del discernimiento le pueda sobrevenir y aún en los casos en que no se careciere de este pero fuere sensible su disminución, ello como traje a la medida, para lo cual los actos de autoprotección se convierten en la herramienta más útil, siempre sobre la base del respeto a las voluntades, deseos y preferencias, erigido en principio cardinal (*vid.* artículos 30.4 y 31.2 del Código civil), de modo que la mejor interpretación de la voluntad se convierte en brújula norteadora para quienes interpreten los actos de autoprotección instrumentados, o en ausencia de estos, construyan la voluntad hipotética de la persona según el catálogo o guía orientativa que habilita el cumplimiento de este criterio de interpretación de la voluntad, según lo prevén las normas contenidas en el Código civil.¹⁷

Ahora bien, llama la atención en el caso de la reforma cubana que se permita a las personas menores de edad la posibilidad de otorgar ante notario actos de autoprotección, pues resulta un tema que cae en terreno cenagoso, sobre todo en el Derecho comparado. Así, voces autorizadas en la doctrina —esencialmente argentina— han defendido la posibilidad de que las personas menores de edad, a partir de cierta edad en que se consideran que son competentes, puedan otorgar directivas anticipadas en materia de salud al ser expresión de los derechos que aquellas tienen sobre su propio cuerpo e integridad física, argumentando para ello la necesidad de aplicar el criterio de madurez en el adolescente e incluso el respeto a determinadas decisiones en el caso de niños y niñas que conforme a la evolución de sus facultades intelectuales pudieran calificarse de personas que ya tienen formado un juicio propio sobre actos vinculados con su salud y la disposición del propio cuerpo.¹⁸ Ello a tono con la Observación General No. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más nivel posible de salud (artículo 24), CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013 del Comité de los derechos del niño que en su párrafo 21 deja dicho que el referido Comité “reconoce que las capacidades

cambiantes del niño repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan a su salud. Observa también que, a menudo, surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerla. En consecuencia, es fundamental disponer de políticas de respaldo y proporcionar a los niños, los padres y los trabajadores sanitarios orientación adecuada basada en derechos con respecto al consentimiento, el asentimiento y la confidencialidad”.¹⁹

En tal sentido, el legislador cubano asumió el criterio etario. Prefirió apostar por la seguridad jurídica, de modo que estableció una regla de alcance general, presumiendo una madurez y cognoscibilidad de los efectos jurídicos del acto alcanzable en los adolescentes a partir de los 12 años de edad, criterio “dotado de mayor seguridad y facilidad de comprobación”²⁰ que “proporciona un reflejo indirecto e indiciario, pero como regla suficiente, de la capacidad natural”.²¹ Ello supone que cualquier adolescente de 12 años puede interesar de un notario el otorgamiento de una escritura de autoprotección. Se trata de un supuesto de comparecencia por sí, sin necesidad de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica por los titulares de la responsabilidad parental. Compete al notario tan solo comprobar que está presente en el sujeto tanto el discernimiento como la intención y la voluntad para el acto que pretende concluir válidamente, sin que sea posible asumir el criterio de la madurez pues preceptivamente se habilita a todo adolescente de 12 años para otorgar el acto.

La determinación de esa edad y no otra, quizás más elevada como los 14 años, es un criterio convencional del legislador —criticable o no—. Sin embargo, esta edad (o sea, la de 12 años) ha sido después prevista como el inicio de la adolescencia por el Código de la niñez, adolescencias y juventudes aprobado por el Parlamento en julio de 2025 y que en su artículo 3.1 c) considera adolescente a las personas comprendidas desde los 12 y hasta cumplir los 18 años de edad. No quiere decir que ello justifique la anticipación del legislador del Código de las familias al establecer los 12 años cumplidos como la edad propicia para otorgar actos de autoprotección, pero ciertamente se hace coincidir con el criterio que se ha manejado en la multidisciplina como edad a la que se arriba a la adolescencia. No obstante, los resquemores que se pueda tener ante la posibilidad de manipulación e influencias indebidas sobre un adolescente que pretenda otorgar un acto de autoprotección. Los mismos que pueden tenerse frente a personas adultas mayores o en situación de discapacidad intelectual o psicosocial, más propicios también para el otorgamiento de escrituras de esta naturaleza y en relación con los cuales nunca se ha establecido un límite de edad para el otorgamiento no solo de actos de autoprotección, sino de acto jurídico alguno. Así, por ejemplo, se sabe que las personas adultas mayores, cuando su edad es muy avanzada, pudieran

intensificarse la dependencia, la vulnerabilidad y la fragilidad, lo cual no le limita ni le priva del otorgamiento de actos jurídicos para lo que el Derecho le impone a los Estados herramientas de control, evitando interferencias ajenas, como las salvaguardias, una de las cuales pudiera ser el propio notario autorizante.

En fin, la opción establecida por el legislador es la de establecer edades especiales como la contenida en el artículo 29.6, coincidente también con la *testamentifactio* activa.²²

3.1. ¿CÓMO ENTENDER LA EXPRESIÓN “ACTO DE AUTOPROTECCIÓN” CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 29.6 DEL CÓDIGO CIVIL EN LO QUE CONCIERNE A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD?

Ya se ha hecho referencia a lo que se define como actos de autoprotección o actos autorreferentes. En efecto, ha sido tradicionalmente la doctrina científica quien ha estudiado, clasificado y compendiado los llamados actos de autoprotección, no así el Derecho positivo, pues aunque el Código civil en su artículo 29.6 se refiere a “*cualquier acto de autoprotección*”, deja en manos del interprete qué entender por tales, a los que precisamente se permite su realización a personas mayores de 12 años de edad. Sin embargo, este vacío ha resultado temporal pues la Ley No. 175 de 19 de diciembre de 2024, “Ley del notariado” ha dedicado la Sección octava del Capítulo IV, regulador de los documentos públicos notariales, a las escrituras públicas relativas a negocios de autoprotección, en tanto en el artículo 121 se alude a las negociaciones relativas a la autorregulación de la protección futura, conforme con el artículo 426 del Código de las familias que en ocasión de regular los derechos de las personas adultas mayores prevé precisamente este derecho, o sea, el atinente a la autorregulación de la protección futura.²³

Entre estos actos de autoprotección prevé el legislador notarial en el apartado 2 del mencionado artículo 121:

“a) Mandatos concretos o declaraciones de valores, de conciencia que incluye principios morales y éticos, formas de vida;

b) designación de medidas de apoyos, ajustes razonables y salvaguardias;

c) declaraciones médicas dirigidas a orientar al profesional de la salud, según proceda;

d) voluntades anticipadas;

e) poderes preventivos;

f) declaraciones post mortem, que incluyen actuaciones una vez fallecida la persona, como el destino de órganos o modos de inhumación;

g) manifestaciones de voluntad relativas a proporcionar datos personales sensibles;

- h) *designación de ejecutores de la voluntad;*
- i) *disposiciones patrimoniales, administración de bienes, conservación del patrimonio;* y,
- j) *cualquier otra de origen lícito y posible”.*

En principio, la regla general para la válida concertación de actos jurídicos es la contenida en el artículo 29.3 del Código civil que habilita la edad de 18 años, o sea, la mayoría de edad, como aquella en que se tiene plena capacidad jurídica *“para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos”*. Las habilitaciones previstas en los apartados 4 y 6 del mismo artículo a favor de personas menores de edad son excepciones a la regla. En materia contractual, por ejemplo, la posibilidad de concertación por personas menores de edad de acuerdo con el criterio de la madurez y la autonomía progresiva de los contratos de escasa cuantía —regulados en el artículo 176 del Código de las familias— es también una excepción, pues la regla en sede contractual en aras del principio de seguridad del tráfico jurídico y los intereses de terceros en materia de contratación es sustraer a las personas menores de edad de la posibilidad de concertar por sí mismos los contratos dada la inmadurez o irreflexión que pueda primar en ellos, sumado al riesgo que supone la obligatoriedad o intangibilidad contractual que hace del contrato —en principio— un vínculo indestructible, para lo cual será necesario que actúen a través de sus representantes legales y no solo ello sino también previa autorización judicial, si se trata de actos de disposición (*vid.* artículo 173 del Código de las familias).

A partir de esta tesis sería discutible en Derecho cubano si las personas menores de edad, mayores de 12 años, pueden concertar —por ejemplo— un contrato de alimentos, dado que en la doctrina cubana se considera dicho contrato como manifestación concreta de los actos de autoprotección. Si partimos de la regla de que la ley especial prima sobre la de carácter general en virtud de lo *sui géneris* de su contenido, tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional de Perú (Expediente No. 018-2003-AI/TC) *“... una ley especial —de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional— se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad. Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas indiferenciadas, comunes o genéricas. Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general [...]”*. Ello aplicado a nuestro caso supondría que la posibilidad de otorgar actos de autoprotección por las personas menores de edad, mayores de 12 años, es una regla especial frente a la general contenida en el apartado 3 del artículo 29 del

Código civil que habilita tan solo a las personas mayores de edad, o sea, mayores de 18 años a poder concertar válidamente todo acto jurídico y ejercer los derechos, pues solo con esa edad se adquiere la plena capacidad jurídica. *Ergo*, la regla prevista en el apartado 6 del mismo artículo es una excepción que establece el legislador por el propio matiz que tienen los actos de autoprotección a favor de la persona que los otorga, en previsión esencialmente de una pérdida ulterior del discernimiento. Y para más el propio legislador puntualiza que las personas mayores de 12 años pueden otorgar válidamente “*cualquier acto de autoprotección*”, de modo que pudiera invocarse a su favor también el principio que aduce que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, a cuyo tenor si la ley no hace distinción respecto de la aplicación de una norma, no le compete al interprete crear la distinción, por lo que si la ley alude a cualquier acto de autoprotección, no hay por qué entonces distinguir entre unos y otros. Desde ese análisis las personas mayores de 12 años pudieran otorgar entonces todo acto que conforme a Derecho sea un acto de autoprotección. Por lo cual, el siguiente paso de este análisis nos remite a determinar si el contrato de alimentos es realmente un acto de autoprotección, ahí esta la cuestión —tal y como lo hubiera dicho Hamlet—.

Para PUENTES GÓMEZ, quien ha estudiado con mayor profundidad la figura en el Derecho cubano, “(e)n el contrato de alimentos, como mecanismo de autoprotección jurídica, la relación contractual está basada en una relación de confianza y familiaridad, por lo que en la mayoría de los casos se escoge a una persona para convivir y garantizar el cuidado y la protección, elementos que predominan en el ámbito familiar. Por tanto, se tiene el afecto como elemento valorable jurídicamente; el propósito del contrato es que se brinde al anciano el entorno familiar favorable, de forma tal que la afectividad constituya el epicentro”.²⁴ Reafirma la autora que “(l)as concepciones tradicionales de la autonomía privada traídas a los paradigmas actuales en el tratamiento de la discapacidad y las situaciones de dependencia resaltan tipologías diversas, como la autonomía preventiva, que validan al autogobierno como pilar del financiamiento personal de la dependencia, y al mismo tiempo se comportan como un principio sustentador de mecanismos de autoprotección jurídica como el contrato de alimentos”.²⁵ Con énfasis también expresa que “(l)a autoprotección se manifiesta a partir de diferentes instrumentos, y el contrato de alimentos se configura como uno de estos; por ello incursionar en su naturaleza jurídica y en sus elementos esenciales conduce a una diferenciación sustancial del negocio con otros mecanismos”.²⁶ Igualmente le denominan y le tratan en la doctrina patria como un mecanismo de autoprotección PEREIRA PÉREZ²⁷, GONZÁLEZ HERNÁNDEZ²⁸ ÁLVAREZ-TABÍO ALBO.²⁹ Posición que también he llegado a asumir.³⁰ Sin embargo, a mi juicio, tal tratamiento no es técnicamente el mejor, porque como bien exponen los propios autores citados en este trabajo como LLORENS y RAJMIL y la misma PEREIRA PÉREZ,³¹ los actos de

autoprotección son actos autorreferentes o sea, otorgados por una persona respecto de sí misma, con naturaleza *inter vivos* y unilaterales en su conformación, sustentados en una autonomía prospectiva, o sea, en previsión del futuro y con ello los efectos que una posible pérdida del discernimiento puede llevarle en el ámbito, tanto personal como patrimonial. Y precisamente en esta concepción no cabe atribuirle al contrato de alimentos la consideración de negocio de autoprotección. No se niega que en esta figura contractual esté presente la confianza y la afectividad, que tenga una función asistencial, que se busque protección y que como insiste PUENTES GÓMEZ, se base en una “relación de confianza y afectividad existente entre los sujetos, las características propias de cuidado que asume el alimentante, y la protección patrimonial, seguridad jurídica y estabilidad emocional del alimentista, quien en la mayoría de los casos es una persona en situación de dependencia o que prevé encontrarse en estas circunstancias”.³² Pero ello no condice con los negocios de autoprotección. Puede concebirse como una figura tuitiva de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, como la previsión en un contrato de donación que el donante —muchas veces una persona adulta mayor o en situación de discapacidad— hace de reservarse el derecho de usufructo a su favor (artículo 376.2 del Código civil), o la condición impuesta por el testador en su testamento de que el heredero le asista o le cuide a él o a sus familiares más cercanos como lo prevé hoy día el artículo 481.2 del Código civil en sede de institución de heredero. Todas estas figuras jurídicas tienen en común la protección patrimonial de las personas adultas mayores o en situación de discapacidad, pero no son actos autorreferentes o de autoprotección como los que alude el artículo 29.6 del Código civil.

No deja de tener razón en este orden —como sucede en otros en los que incursiona— la profesora PEREIRA PÉREZ cuando en su afán de atribuir el nombre más propicio expresa:

“Ya en la actualidad la voz autoprotección se asocia con la autorregulación, y así, la ‘autorregulación de la protección’ se franquea como una posibilidad o poder inherente al individuo, que describe una situación, cualidad o potestad, en relación con el ejercicio de la autonomía privada, no para el presente, sino para el futuro; de ahí su vínculo conceptual con la autonomía preventiva o prospectiva, con la particularidad de que en el momento en que han de ser observadas las estipulaciones manifestadas, ya la persona no cuenta con la aptitud para expresarse válidamente, al menos no en los términos en que lo hizo en el pasado”.³³

Sin dudas, tal diseño de los actos de autoprotección o relativos a la autorregulación de la protección, no se aviene en el orden técnico al contrato de alimentos, ni a otra figuras como la hipoteca inversa y sí, por el contrato, a las directivas anticipadas o instrucciones previas, poderes preventivos y designación de apoyos y salvaguardias. De ahí que no esté equivocado el legislador de la Ley

del Notariado cuando en el artículo 126 —tal y como se ha explicado— alude a las escrituras pública relativas a los negocios de autorregulación de la protección futura y en su apartado 2 enuncia qué tipos de negocios estarían comprendidos en ellos, entre los que no sitúa el contrato de alimentos. Ni tampoco se equivoca el legislador del Código civil cuando en definitiva en su artículo 29.6 construye una regla especial a favor de las personas menores de edad, mayores de 12 años, para que puedan otorgar válidamente cualquier acto de autoprotección, entre los cuales sí habría que entender incluidas las directivas anticipadas —según lo previsto en el artículo 17.1 inciso p) en relación con el apartado 2 de la Ley de salud pública— en tanto este último apartado remite a la legislación civil en el supuesto de personas menores de edad lo concerniente al ejercicio del derecho a emitir voluntades anticipadas, pero nunca el contrato de alimentos.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA DESIGNACIÓN DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS POR PERSONAS MENORES DE EDAD

Como ha quedado expuesto, el Código civil en su artículo 29.6 consagra la posibilidad de que los adolescentes, mayores de 12 años, puedan otorgar válidamente cualquier acto de autoprotección, entre ellos la designación de apoyos y salvaguardias, fijando una franja etaria sustentada en la presunta evolución de las facultades intelectivas de los adolescentes que les habilita para desarrollar la autonomía prospectiva encauzada a diseñar el modo en que quieren aquilatar el ejercicio de su capacidad jurídica cuando al arribar a la mayoría de edad, la representación legal que tienen los titulares de la responsabilidad parental, tutores u otros, cesa, por lo que competiría únicamente a ellos, a partir de ese momento, el ejercicio de sus derechos, de modo que ante una eventual pérdida del discernimiento en el futuro, el Derecho les habilita para que sean ellos mismos y no otras personas o instituciones, los que previsoramente puedan determinar quiénes serían sus apoyos, de qué modalidades de apoyos quisieran hacerse asistir, cómo organizar el régimen de actuación de los apoyos, en caso de pluralidad de apoyos de naturaleza personal, así como su duración, y de la misma manera la provisión de las salvaguardias necesarias para evitar conflicto de intereses con los apoyos o influencias indebidas de estos.

Se trata de un acto prospectivo, como el que pueden otorgar las personas adultas mayores, estén o no, en el momento en que lo prevean, en una situación de discapacidad. Igual acontece con las personas menores de edad, el legislador no les compele a acreditar la existencia de tal circunstancia (la situación de discapacidad) en el momento del otorgamiento de los actos de autoprotección. En todo caso, la previsión del nombramiento de apoyos y salvaguardias por las personas

menores de edad, mayores de 12 años, supone el otorgamiento de una escritura pública en la que se comparece por sí, en tanto la ley les habilita, para lo cual se ha de reforzar la labor de asesoramiento del notario³⁴, en el entendido de que se trata de un acto cuya eficacia depende de la *conditio iuris* del arribo a la mayoría de edad (18 años), esté o no en situación de discapacidad intelectual o psicosocial que le impida el discernimiento en ese ulterior momento³⁵, motivo por el cual y ante tal eventualidad se permite que personas con 12 años cumplidos, siempre que en ese momento tengan el discernimiento a tal fin, puedan dibujar de manera prospectiva la posibilidad de ejercitar derechos y concluir válidamente actos jurídicos en un escenario en que ya se ha extinguido la responsabilidad parental que respecto de ellas existía, asistidas de los apoyos voluntarios que designen, en el período fijado a tal fin y con las demás previsiones establecidas (artículo 30.5 del Código civil).

De lo que he venido exponiendo cabe entonces precisar que en la provisión de apoyos por personas menores de edad el legislador toma en cuenta dos escenarios diferentes:

1º. El primero en el que las personas menores de edad en situación de discapacidad, pueden —conforme con su edad y el grado de madurez suficiente—, valorado por el notario a partir del juicio de discernimiento, concluir por sí mismas actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico y ejercer los derechos inherentes a la personalidad, para lo cual pueden ellas mismas nombrar sus apoyos, ya sea por escritura pública notarial, o por vía informal. Supuesto en el cual no se trataría de la designación voluntaria de apoyos en previsión del advenimiento de la pérdida del discernimiento, sino que en razón de la situación de discapacidad que ya tiene, la propia persona menor de edad designe los apoyos que le asistan en el ejercicio de tales derechos y en la válida conclusión de actos jurídicos al amparo del artículo 29.4 del Código civil. Debe tomarse en cuenta que en este supuesto —como ya se ha explicado— el legislador supedita la válida conclusión del acto a la madurez suficiente, lo que supone una evolución de las facultades intelectivas de la persona menor de edad, muchas veces acompañada con la edad, pero no necesariamente, cuya apreciación descansaría en la autoridad pública que autoriza el acto, en el supuesto de que este se concluya ante una autoridad de esta naturaleza, pues tratándose de derechos inherentes a la personalidad pudiera ejercerse por sí mismo sin más formalidades. No cabe negar que entre estas autoridades públicas se sitúa el notario en el supuesto de que el acto a concluir se invista de solemnidad notarial, ya sea como forma *ad constitutionem* o al menos probatoria (forma *ad probationem*).

2º. El segundo escenario —que es el que se analiza en este ocasión— ofrece la posibilidad de que las personas menores de edad, ahora sí, tomando en consideración un criterio etario, o sea, siempre que sean mayores de 12 años, y por

supuesto tengan el discernimiento necesario, aun cuando cumplan con el requisito de la edad, puedan otorgar actos de autoprotección, o sea, la circunstancia genérica que se ha venido explicando en la que la eficacia de tales actos se supedita a la *conditio iuris* mencionada *ut supra*. A diferencia del primer supuesto, en este caso el legislador no exige que la provisión de apoyos se haga por una persona en situación de discapacidad, pues como acto prospectivo, ella podría sobrevenir, sin que necesariamente se viva tal situación en tiempo presente por la persona menor de edad, otorgante de la escritura pública.

4.1. ¿ES NECESARIO QUE SE TRATE DE UNA PERSONA MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD?

Como ya se ha anticipado, no es necesario que la persona menor de edad esté en situación de discapacidad³⁶. El legislador abre la puerta a la autonomía prospectiva. El mayor de 12 años de edad puede otorgar válidamente cualquier acto de autoprotección aun cuando no esté en situación de discapacidad alguna, incluso aun cuando al arribar a la mayoría de edad la pérdida de discernimiento —eventualmente tenida en cuenta— no haya sobrevenido. Al adolescente a partir de los 12 años se le habilita la posibilidad de nombrar apoyos, y también salvaguardias, para lo cual es aconsejable contar con la asistencia técnica de un notario. El acto de otorgamiento de los apoyos es plenamente válido. Suficiente con probar el discernimiento y la edad requeridos. La situación de discapacidad es solo eventual, esta se erige en un hecho *incertus an incertus quando*. No se exige la inminencia actual de la situación de discapacidad sino su eventualidad futura, esencialmente cuando se arrije a la mayoría de edad, que impida tomar decisiones por sí mismo.

4.2. LA *CONDITIO IURIS* DE LA CUAL PENDE LA EFICACIA DE LA DESIGNACIÓN DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS

Debe reiterarse que la eficacia del nombramiento del apoyo o de la salvaguardia depende no de que sobrevenga la situación de discapacidad, sino de su mayoría edad. Si sobreviene la situación de discapacidad en un período en que todavía no se ha alcanzado la mayoría edad, la persona menor de edad estará sujeta a la responsabilidad parental de sus padres y madres, a la tutela u otro régimen de guarda y protección por su incapacidad de obrar y, en consecuencia, actuará a través de quien o quienes ostente(n) la representación legal de su persona, de modo que en nada podrán ser asistidos por los apoyos designados, cuya eficacia siguen pendiendo. Si sobreviene la mayoría de edad, entonces los apoyos

podrán asistirle por supuesto si los necesita tras el advenimiento de la situación de discapacidad y en dependencia de la naturaleza de la situación de discapacidad, así será el sentido que se le atribuiría a la función de los apoyos.

4.3. LA POSIBILIDAD DE NOMBRAR COMO APOYOS A PERSONAS MENORES DE EDAD

En relación con la posibilidad de que los apoyos nombrados sean personas menores de edad se requiere valorar cada caso. En principio, nada obsta para que una persona menor de edad, con la madurez suficiente y el discernimiento para actuar pueda fungir como apoyo o asistencia en el ejercicio de los derechos o en la válida conclusión de actos jurídicos por personas en situación de discapacidad. Conforme con el artículo 30.3 del Código civil —tras la reformas operadas por la disposición final primera del Código de las familias— los apoyos tienen por cometido, como formas de asistencia, facilitar el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad *“incluyendo la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien lo requiere”*. Ergo, si una persona menor de edad conociere la lengua de señas o la vía a través de la cual se puede comunicar una persona diagnosticada con una enfermedad neurodegenerativa, nada priva que pudiera ser apoyo en el otorgamiento del acto, por supuesto a partir de valorarse su edad, grado de madurez y evolución de sus facultades intelectivas, además de la facilidad de comunicarse que tiene con la persona en situación de discapacidad. Igualmente, nada privaría que pudiera firmar en sustitución de dicha persona, cuando su situación de discapacidad le impida a aquella estampar la firma en un documento público, para lo cual además se tomarían —si fuera posible— sus huellas dactilares. Empero, más complejo sería admitir una persona menor de edad que asista a una persona en situación de discapacidad intelectual o psicosocial en la toma de decisiones, en la formación misma de su voluntad, pues aquí se exige del apoyo una asistencia, digamos “reforzada”, sería prácticamente un apoyo más intenso, dado el comprometimiento que pudiera tener el discernimiento de la persona en situación de discapacidad que aun existente estaría mucho más comprometido. Igualmente, juega aquí la apreciación por parte del notario o de otra autoridad competente respecto de la autonomía progresiva de la persona menor de edad en su posible condición de apoyo. Sin dudas, la seguridad del tráfico jurídico y con ello la protección de los derechos de terceros harían aconsejable que para estos supuestos no se nombraren apoyos a personas menores de edad, cuya madurez de las facultades intelectivas aún no está completada, motivo por el cual pudiera no resultar certera la asistencia que a su vez debería brindar a otras personas en situación de discapacidad intelectual

o psicosocial que ameritan experiencia y conocimientos de quienes se nombren apoyos.

Otra cuestión diferente sería que, en el supuesto previsto en el artículo 29.6 del Código civil, se pueda nombrar apoyos a personas menores de edad que al momento en que se de la *conditio iuris* de la que depende la eficacia de dicho nombramiento (mayoría de edad de la persona que nombra los apoyos) ya hayan alcanzado dicha mayoría de edad. En este supuesto se trataría del nombramiento como apoyo de una persona menor de edad que nunca podría asistir a la persona requerida de apoyos hasta tanto esta alcance la mayoría de edad, fecha en la cual también tendría mayoría de edad la persona nombrada como apoyo, por ser de la misma edad o mayor que la persona requerida de apoyos.

A MODO CONCLUSIVO

La reforma al Código civil cubano de 1987 en materia de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, introducida por el Código de las familias de 2022, constituye un parteaguas en la regulación normativa de este tema. La norma familiar y el Código de la niñez, adolescencias y juventudes, han generado un verdadero tsunami en el sistema legal relativo a la toma de decisiones de las personas menores de edad al potenciar el principio del respeto a su autonomía progresiva, centrándose su atención en su madurez intelectual y en la posibilidad de formarse sus propios juicios, con independencia de su edad cronológica. La reforma introducida en el Código civil gravita de un criterio a otro, si bien se refuerza la autonomía progresiva, lo cual supone el análisis de cada caso con el lente del principio de realidad familiar, no deja atrás el criterio etario, que también tiene trascendencia, creándose capacidades especiales a edades inferiores a la que el legislador establece como mayoría de edad. Estas franjas etarias ofrecen cierta seguridad jurídica de la cual las nuevas normas no quieren desprenderse.

Desde este enfoque, la posibilidad de otorgar válidamente cualquier acto de autoprotección por personas menores de edad es una realidad en el Derecho cubano. Si bien como excepción y no como regla, el legislador diseñó los dos escenarios en que ello es posible, estableciendo las pautas de actuación, asumiendo para cada uno de ellos un criterio disímil respecto a la determinación de la capacidad de obrar de la persona menor de edad; en un caso el de la autonomía progresiva asociada a la madurez y en el otro el etario. Aun así, el paso dado por el legislador —sin dejar de ser riesgoso— está dotado de novedad, actúa conforme con los dictados de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada en Naciones Unidas en 1989, y las normas constitucionales cubanas que reconocen en la persona menor de edad, su condición de persona en desarrollo y

en consecuencia la de ser pleno sujeto de derecho al hilo del artículo 86, segundo párrafo, de la Carta Magna de 2019. Admitir la posibilidad de otorgar actos de autoprotección a las personas menores de edad es una genuina expresión del reconocimiento de la dignidad del ser humano, fundamento mismo del ejercicio de los derechos —tanto constitucionales como legales—.

NOTAS

¹ Según el Comité de los derechos del niño en su Observación General No. 12, relativa al derecho del niño de ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, el término “‘Madurez’ hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño” (párrafo 30), disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>, consultado el 27 de junio de 2025.

² PELLEGRINI, María Victoria, “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad”, *Revista de Derecho de familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, no. 42, abril 2009, pp. 85-97 (p. 85).

³ Explica HERRERA que “el grado de madurez, desde el punto de vista sociológico, es receptado en la legislación civil contemporánea a través del principio de autonomía progresiva y la consecuente flexibilidad que se deriva de ella al dejar de centrarse en la edad como elemento objetivo y pético, y, por el contrario, aceptar un sistema abierto mediante el reconocimiento de un elemento subjetivo y poroso como lo es el de grado de madurez. Es innegable que ambos —objetivo y subjetivo— tienen vasos comunicantes, siendo que la edad constituye un fuerte requisito o primera e importante aproximación para desentrañar el grado de madurez”. *Vid.* Herrera, Marisa, “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”, *La Ley* 19/06/2019, 1, cita online: AR/DOC/1803/2019.

⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial* 2014 (noviembre), 25, cita online: AR/DOC/3834/2014.

⁵ PELLEGRINI, M. V., “Contactos entre la autonomía progresiva...”, cit., p. 86.

⁶ HERRERA, Sabrina, “1 rol jurídico de los menores en la actualidad, 7-jun-2019, MJ, SYD, cita: MJ-DOC-14931-AR | MJ14931, microjuiris.com

⁷ *Ibidem*, pp. 6-7. FAMÁ, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 20/10/2015, 1 – LA LEY2015-F, 463, cita online: AR/DOC/3698/2015.

⁸ GROSSMAN *cit. pos* VÁZQUEZ ACATTO, Mariana, “La incidencia del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el régimen de responsabilidad parental del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Familia*, no. 72, 16/11/2015, 31, cita online: AR/DOC/5382/2015.

⁹ SOLARI *cit. pos* ASSANDRI, Mónica y Julia Rossi, “El cuidado del propio cuerpo por el niño, niña o adolescente”, *Revista de Derecho de Familia*, no. 87, 09/11/2018, 41, cita online: AR/DOC/3550/2018.

¹⁰ A lo que en el Derecho español llama el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, “reconfiguración” del sistema legal sobre la capacidad de toma de decisiones de las personas menores de edad. A su juicio, en el contexto español los cambios operados “han ido en la línea de reconocer a los menores mayor autonomía, a través de diversas vías, que han afectado a los criterios conforme a los cuales se determina esa autonomía, de forma que al criterio clásico de la edad se ha sumado el de la madurez concreta”. *Vid.* Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, “El sistema legal sobre la capacidad de toma de decisiones del menor de edad: configuración,

desconfiguración y reconfiguración”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 3, mayo-junio 2024, pp. 21-49, p. 21.

¹¹ Como se ha dicho desde el Comité de los derechos del niño en la ya citada Observación General No. 12, “Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso” (parágrafo 29).

¹² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El sistema legal sobre la capacidad...”, cit., p. 46.

¹³ *Vid.* RAJMIL, Alicia B. y Luis R. Llorens, “Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas”, en *MJ-DOC-6019-AR | MJD6019*, 17 de octubre de 2012.

¹⁴ LANZÓN, Patricia Adriana, “Directivas anticipadas de las personas menores de edad”, en *Derechos e integración*, Revista del Instituto de Derecho e integración, No. 14, año X, 2019 (pp. 11-25), p. 18.

¹⁵ RAJMIL, A. B. y L. R. Llorens, “Derecho de...”, cit.

¹⁶ PEREIRA PÉREZ, Joanna, *El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, p. 17.

¹⁷ Contenido en el artículo 30.4 del Código civil, a saber:

- a) la trayectoria de vida de la persona,
- b) las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos,
- c) la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona a apoyar,
- d) sus deseos, preferencias,
- e) cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Sobre el tema, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Apoyos, ajustes razonables y salvaguardias en la dinámica de un nuevo Derecho para las personas en situación de discapacidad”, en *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023 (pp. 15-44), pp. 32-34.

¹⁸ *Vid.* al respecto, CÓRDOBA, María M., Natalia A. ECHECURY, Marianela R. GRAIZZARO, Romina A. RAJMIL, “Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida”, en *Revista del Notariado*, Colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires, No. 926, octubre-diciembre 2016, pp. 51-64; CARRANZA, Gonzalo Gabriel, Claudia Elizabeth ZALAZAR, “La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 36, 2019, pp. 29-55, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417559424002>, consultado el 26 de junio de 2025; CHAVAÑO, Asunción, Alesandro DE PIAZZA, Aimaré GIMÉNEZ, “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, en *Revista Enlace Jurídico*, No. 1, 2024, pp. 56-89; LANZÓN, P. A., “Directivas anticipadas...”, cit., pp. 11-25.

¹⁹ Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/coment/crc/2013/es/96127>, consultado el 27 de junio de 2025.

²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El sistema legal sobre la capacidad...”, cit., p. 46.

²¹ *Ibidem.*

²² Sobre este preciso tema en el Derecho cubano, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad. La solución dada en el artículo 29.6 reformado del Código civil”, en *Las recientes reformas al Código civil*

cubano (*A propósito de la Ley No. 156/2022, Código de las familias*), Leonardo B. Pérez Gallardo, coordinador, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, pp. 135-150.

²³ Artículo 426. “Derecho a la autorregulación de la protección futura. Las personas adultas mayores tienen derecho a configurar el sistema de protección que ha de regir al concurrir circunstancias que les dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, sobre la base de sus voluntades, deseos y preferencias, que prevalecen respecto a las adoptadas por la autoridad judicial”.

²⁴ PUENTES GÓMEZ, Anabel, *El contrato de alimentos en el Derecho cubano*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 79.

²⁵ *Ibidem*, p. 81.

²⁶ *Idem*, p. 91.

²⁷ PEREIRA PÉREZ, Joanna, “Nuevos horizontes para la autonomía de las personas en situación de discapacidad: la autorregulación de la protección futura a partir de la reforma civil y familiar en Cuba”, en *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023 (pp. 61-85), p. 70.

²⁸ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Amanda, “Apuntes sobre la autoprotección económica de las personas en situación de discapacidad en Cuba”, en *Las personas en situación de discapacidad...*, cit. (pp. 161-167), p. 162.

²⁹ ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “El acogimiento familiar de personas mayores de edad en el Código de las familias: una alternativa viable a la institucionalización de los adultos mayores en Cuba”, en *Las personas adultas mayores: perfiles desde el Derecho civil y familiar*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2024 (pp. 323-345), p. 337.

³⁰ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Personas adultas mayores y relaciones familiares: cavilaciones al filo del nuevo Código de las familias de Cuba” en *Las personas adultas mayores...* cit. (pp. 117-163), pp. 148 y 157.

³¹ *Vid. supra* 3.

³² PUENTES GÓMEZ, A., *El contrato de alimentos...*, cit., p. 136.

³³ PEREIRA PÉREZ, J., “Nuevos horizontes para la autonomía de las personas en situación de discapacidad: la autorregulación de la protección futura a partir de la reforma civil y familiar en Cuba”, en *Las personas en situación de discapacidad...*, cit. (pp. 61-86), p. 74

³⁴ En una reflexión que comparto, RAJMIL, Alicia B. y Luis R. LLORENS, “La persona menor de edad y la actuación del escribano frente a autorizaciones judiciales para disponer de sus bienes”, en *Derechos e integración*, Revista del Instituto de Derecho e integración, No. 13, año IX, 2018 (pp. 39-58), p. 57, afirman que “(s)in duda, la participación de niñas, niños y adolescentes en sede notarial cobrará cada vez mayor presencia hasta naturalizarse, como la de las demás personas (...). Es un camino ya sin retorno que el escribano debe asumir con toda la responsabilidad que le cabe como garante de los derechos fundamentales de las personas, especialmente los de aquellas de mayor vulnerabilidad, en un necesario equilibrio entre protección y autonomía

³⁵ No hay dudas, no obstante, de que la posibilidad o eventualidad de la pérdida del discernimiento al arribar a la mayoría de edad es lo que más impulsa al legislador a habilitar la validez del otorgamiento del acto de autoprotección en una edad inferior a los 18 años.

³⁶ Aunque no lo interpreta así el legislador del Código de la niñez, adolescencias y juventudes cuando en su artículo 27.2 restringe solo a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad la posibilidad de “nombrar los apoyos necesarios que les permitan tomar decisiones sobre todos los asuntos que les atañen, cuando se trate de actos relativos al ejerci-

cio de los derechos inherentes a la personalidad y otros actos permitidos por el ordenamiento jurídico”, remitiendo tal particular a la regulación contenida en el artículo 29.4 del Código civil, sin tomar en cuenta que el apartado 6 del mencionado artículo del Código civil permite a la persona mayor de 12 años, sin más, otorgar actos de autoprotección, entre los cuales se sitúa el nombramiento de apoyos y salvaguardias.

*Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre 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 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Alcaraz.

TÍTULO FORMAL: TESTIMONIO POR EXHIBICIÓN.

No pueden ser considerados título hábil para la inscripción del acta de la comunidad de propietarios porque no se cumplen por tanto las exigencias de titulación pública del artículo 3 de la Ley Hipotecaria

La categoría de los instrumentos públicos implica fe pública, que no es más que el valor y la eficacia jurídica que en la normalidad de la vida jurídica y en el proceso tienen por sí mismo los documentos públicos. El documento público es un documento privilegiado, en el proceso y fuera de él, como consecuencia de la intervención notarial. El instrumento notarial es título inscribible en registros públicos. Uno de los efectos sustantivos fundamentales de la escritura pública es su condición de título inscribible en los registros públicos: artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio. Caso especial es la elevación a escritura pública de un documento privado, en el que el notario convierte en público un documento privado por medio de una escritura, con lo cual debe diferenciarse de la simple legitimación de firmas o del acta de protocolización.

En cuanto a los testimonios, el artículo 17 de la Ley del Notariado se limita a indicar que «el Notario (...) expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones», sin precisar más. Se trata pues de una categoría «residual» que comprende distintas actuaciones notariales de carácter heterogéneo. La falta de incorporación al protocolo siempre ha sido una característica de los testimonios, estos circulan en original, frente a todos los instrumentos anteriormente citados; si bien, la reforma reglamentaria del año 2007 ha robustecido el Libro Indicador

que cobra un nuevo papel e importancia. En definitiva, los testimonios por exhibición, no generan los efectos que los instrumentos públicos, sean actas notariales, escrituras públicas, pólizas, copias autorizadas o testimonios del Libro Registro. Por eso no pueden ser considerados título hábil para la inscripción del acta de la comunidad de propietarios porque no se cumplen por tanto las exigencias de titulación pública del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 1.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS.

La concesión del NRUА requiere cumplir las ordenanzas municipales sobre la materia.

Para la resolución del presente recurso —y en este trámite— únicamente se ha de tener en cuenta la calificación emitida y el recurso presentado; no otros documentos o alegaciones, de supuestos terceros o interesados, que se pudieran haber hecho llegar directamente a esta Dirección General.

En el presente caso la calificación no objeta obstáculo alguno que pudieran derivarse derivado de acuerdos de la junta de propietarios o normas estatutarias; sí, tan solo, la falta de aportación de la declaración de conformidad del Ayuntamiento de Salamanca y la no firmeza de la resolución judicial aportada. No es ocioso, por tanto, traer a colación (en tanto que soporte de la calificación), las previsiones de la Ordenanza Municipal reguladora de los apartamentos y las viviendas de uso turístico en Salamanca. A la vista de estos preceptos, la calificación ha de ser confirmada y no puede estimarse se haya extralimitado ni del ámbito general del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ni del específico delimitado, en este caso, por el citado artículo 10 del Real Decreto 1312/2024 («[...] En esta calificación se comprobará toda la documentación presentada de acuerdo con el artículo anterior, asegurando la no existencia de elementos obstativos para ella, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso [...]»).

Como tampoco puede acogerse la alegación del recurrente afirmando que, si bien la sentencia aún no ha adquirido firmeza, se trata de una resolución judicial ejecutiva, susceptible de ejecución provisional conforme al artículo 104 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con plenos efectos frente a actos administrativos contradictorios o posteriores. Y es que podrá desplegar sus efectos en el ámbito administrativo y tales efectos habrán de ser apreciados por la administración competente (Ayuntamiento de Salamanca en este caso); mas no en el ámbito registral, pues, como hemos declarado reiteradamente, es principio esencial y general de la legislación hipotecaria que, a salvo los supuestos de admisibilidad de anotaciones preventivas respecto de resoluciones no firmes, se precisa la firmeza de aquella resolución que pueda servir de título para la práctica del correspondiente asiento registral.

Resolución de 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 1.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS.

La concesión del NRUA requiere cumplir las ordenanzas municipales sobre la materia.

Para la resolución del presente recurso —y en este trámite— únicamente se ha de tener en cuenta la calificación emitida y el recurso presentado; no otros documentos o alegaciones, de supuestos terceros o interesados, que se pudieran haber hecho llegar directamente a esta Dirección General.

En el presente caso la calificación no objeta obstáculo alguno que pudieran derivarse derivado de acuerdos de la junta de propietarios o normas estatutarias; sí, tan solo, la falta de aportación de la declaración de conformidad del Ayuntamiento de Salamanca y la no firmeza de la resolución judicial aportada. No es ocioso, por tanto, traer a colación (en tanto que soporte de la calificación), las previsiones de la Ordenanza Municipal reguladora de los apartamentos y las viviendas de uso turístico en Salamanca. A la vista de estos preceptos, la calificación ha de ser confirmada y no puede estimarse se haya extralimitado ni del ámbito general del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ni del específico delimitado, en este caso, por el citado artículo 10 del Real Decreto 1312/2024 («[...] En esta calificación se comprobará toda la documentación presentada de acuerdo con el artículo anterior, asegurando la no existencia de elementos obstativos para ella, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso [...]»).

Como tampoco puede entrar a valorar las restantes alegaciones y juicios de valor de la recurrente en orden a una eventual ilegalidad, tanto de la Ordenanza Municipal como del Decreto 1312/2024. Cuestiones, todas ellas, cuya apreciación y enjuiciamiento es materia reservada a los tribunales y no a esta Dirección General.

Resolución de 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Caldas de Rei.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS.

La concesión del NRUA requiere que se identifique con claridad la finca registral.

La descripción de la finca siempre ha de ser clara y unívoca (cfr. Resolución esta Dirección General de 6 de septiembre de 2013), habiendo proclamando también la de 2 de noviembre de 2018 que el principio de especialidad, o determinación, exige que los títulos que vayan a acceder al Registro contengan de manera precisa todos los contornos del objeto de inscripción, de tal forma que quien adquiera el derecho —o en el caso de los alquileres vacacionales lo disfrute—, lo haga confiando que los pronunciamientos tabulares contienen toda la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito.

En consonancia con este principio de determinación y especialidad, el propio Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, en su artículo 9.2 (sobre el procedimiento de inscripción y solicitud de número de registro) exige expresar en la solicitud: «a) Para cada unidad: 1.º La dirección específica de la unidad, el Código Registral Único y su referencia catastral».

Resolución de 10-7-2025

BOE 6-8-2025

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.

Para resolver el presente recurso debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 12 de las normas estatutarias, que permitiría el uso de vivienda, tanto para los propietarios como los arrendatarios (no el ejercicio de cualquier actividad comercial). Concepto, el de arrendamiento de vivienda —no se olvide— 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». Ciertamente es que, en este caso, la prohibición contenida en los estatutos de la comunidad no alude literalmente a las viviendas de uso turístico, 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).

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. Es también criterio general que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictiva, algo igualmente predicable respecto del derecho de propiedad, siendo clara y constante la jurisprudencia al respecto.

No obstante, y pese a que sea posible que en ninguna reunión previa de la junta de propietarios haya tomado acuerdo expreso al respecto; tal como hemos señalado anteriormente, las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, que consten de manera expresa; y para tener eficacia frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad. Y esto es precisamente lo que

sucede en este caso, al constar inscrita la norma estatutaria que prohíbe dicho uso, siendo dicha prohibición es eficaz frente a terceros al estar inscrita en el correspondiente Registro de la Propiedad. Y es que, como conclusión final, 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 10-7-2025

BOE 6-8-2025

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.

Para resolver el presente recurso debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 12 de las normas estatutarias, que permitiría el uso de vivienda, tanto para los propietarios como los arrendatarios (no el ejercicio de cualquier actividad comercial). Concepto, el de arrendamiento de vivienda —no se olvide— 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». Ciertamente es que, en este caso, la prohibición contenida en los estatutos de la comunidad no alude literalmente a las viviendas de uso turístico, 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).

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. Es también criterio general que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictiva, algo igualmente predicable respecto del derecho de propiedad, siendo clara y constante la jurisprudencia al respecto.

No obstante, y pese a que sea posible que en ninguna reunión previa de la junta de propietarios haya tomado acuerdo expreso al respecto; tal como hemos señalado anteriormente, las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, que consten de manera expresa; y para tener eficacia frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad. Y esto es precisamente lo que sucede en este caso, al constar inscrita la norma estatutaria que prohíbe dicho uso, siendo dicha prohibición es eficaz frente a terceros al estar inscrita en el co-

respondiente Registro de la Propiedad. Y es que, como conclusión final, 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 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS.

La concesión del NRUA requiere cumplir los requisitos administrativos apropiados.

Para la resolución del presente recurso —y en este trámite— únicamente se han de tener en cuenta la calificación emitida (a la vista de la documentación presentada en su momento) y el recurso presentado; sin que el registrador tenga impuesta obligación alguna de dirigirse a los órganos administrativos correspondientes, a fin de que le aporten, o aclaren, documentos exigidos para emitir su calificación, pues han de serle aportados al tiempo de solicitar la asignación del número de registro correspondiente.

En el presente caso la calificación no objeta obstáculo alguno derivado de acuerdos de junta de propietarios o normas estatutarias; sí la falta de aportación de determinados originales de sendos documentos administrativos que se detallan al formular los dos defectos en la nota de calificación. Dicho lo cual y a la vista del contenido del expediente, el primer defecto puesto en la nota ha de ser confirmado por las razones que en ella se indican, por lo que deberá aportarse el original de la resolución administrativa que acredite la inscripción, en el Registro de Turismo de Andalucía, de la vivienda de uso turístico a que se refiere la solicitud calificada; todo ello a fin de que el registrador disponga de los elementos y antecedentes necesarios para poder emitir correctamente su obligada calificación.

E igual confirmación procede respecto del defecto segundo, por lo que deberá igualmente aportarse la «Declaración Responsable de Utilización presentada en la Gerencia de Urbanismo de Sevilla». También por la razón que expresa la nota; que no es otra que acreditar en forma el cambio de uso de la vivienda, que pasaría de tener un uso residencial al de hospedaje de vivienda con fines turísticos (de residencial a terciario).

Resolución de 10-7-2025

BOE 6-8-2025

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 vi-

viendas o locales de que consta el edificio a hogar de sus propietarios o inquilinos; razón por la que se estaría, a efectos de la asignación del número de registro solicitado y a día de hoy, ante una actividad contraria a los estatutos comunitarios.

Como pone de relieve la calificación, los estatutos de la comunidad de vecinos en la que está integrada la finca registral número 52.609, 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 2.º citado. De todo lo expuesto cabría concluir, a la luz de la más reciente jurisprudencia, que la prohibición que se contiene en los estatutos de la comunidad comprende expresamente el alquiler de corta duración, en cuanto considera una actividad económica y la misma está expresamente prohibida.

Resolución de 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

CAMBIO DE USO DE LOCAL A VIVIENDA: REQUISITOS URBANÍSTICOS.

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.

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. 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).

En el caso de este expediente, al resultar claramente de la escritura que el cambio de uso a vivienda cuya inscripción se solicita se realiza por la vía prevista en el apartado 4 del artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo, y a él se

refieren especialmente las Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016, 31 de agosto de 2017, 27 de junio de 2018, 27 de marzo de 2019, 21 de julio de 2021, 7 de julio de 2022 y 25 de marzo, 11 de junio, 9 de julio y 1 de octubre de 2024. 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. Este esquema basado en la norma positiva prevista en el citado artículo 28, apartado 4, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana ha sido aplicado en la práctica en numerosas ocasiones y ha posibilitado que la Administración pudiera tener conocimiento de actuaciones clandestinas y reaccionar en consecuencia.

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. De esta forma, en aquellas Autonomías que no admitan la prescripción de la modificación de uso, la única vía admisible para la inscripción registral de la modificación de la descripción de la finca en cuanto su destino es la acreditación de la oportuna licencia o certificado municipal que acredite su situación consolidada o en fuera de ordenación, al amparo del artículo 28, apartado 1, de la Ley de Suelo, sin que sea posible su inscripción sin acreditar algún título administrativo habilitante.

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. 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.

Respecto al cómputo del plazo de caducidad de cuatro años, establecido en el artículo 195.1 de la Ley 9/2011, del Suelo de la Comunidad de Madrid, la jurisprudencia venía entendiendo que el citado plazo de caducidad se iniciaba cuando las obras, dispuestas para servir el fin o el uso previsto, se demuestran mediante la aparición de signos externos que posibilitasen a la Administración conocer los hechos constitutivos de la infracción. Como puede observarse, este planteamiento resulta plenamente compatible con el procedimiento registral regulado en el artículo 28, apartado 4, de la Ley de Suelo.

En el caso particular del «cambio de uso», tal y como se conoce en el ámbito urbanístico y se refleja habitualmente en los títulos inscribibles, debe insistirse que lo que es objeto de inscripción no es el uso en su sentido urbanístico, que debería ser acreditado por el órgano competente, tampoco en su eventual concepción de hecho como actividad o uso efectivo ajeno al contenido del Registro. El

objeto de la inscripción de que se trata es la modificación de la descripción de la finca en cuanto a una de las cualidades que permiten identificarla —cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 45 del Real Decreto 1093/1997— que al determinar una modificación en la declaración de obra nueva inscrita debe someterse a los requisitos previstos en el artículo 28 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. 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.

Admitida la posibilidad en la Comunidad de Madrid del acceso registral del cambio de uso acreditado por la vía prevista en el artículo 28, apartado 4, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, la cuestión objeto del presente recurso se concreta en determinar si la documentación incorporada en la escritura al efecto es apta para practicar la inscripción del referido cambio de uso de local a vivienda y si concurren el resto de los requisitos exigidos por el artículo 52 del Reglamento sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística aprobado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Dicha documentación está constituida por la certificación de técnico competente según la cual la finca se destina a vivienda desde una fecha anterior al plazo exigido por la legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid para que prescriba cualquier acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y, en consecuencia, en principio, se cumplen dos de los requisitos exigidos por la normativa que regula el acceso al Registro de la Propiedad de estas modificaciones descriptivas de las fincas.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 11 de junio y 9 de julio de 2024 y 25 de junio de 2025), para que opere la prescripción no sólo se necesita acreditar desde cuándo está destinada a vivienda, y cuándo fueron las últimas reformas llevadas a cabo que culminaron la obra, plazo a partir del cual se computa la prescripción; sino que, además, debe acreditarse, como también se ha afirmado, que ese uso no es contrario al planeamiento urbanístico, pues en otro caso no operaría la prescripción.

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 10-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

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 de-

clarados, es necesario acreditar el oportuno certificado del órgano administrativo competente en materia de disciplina urbanística.

De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (Sentencias número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, 661/2018, de 22 de noviembre, y 378/2021, de 1 de junio) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas Resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Cabe recordar que, como ya puso de manifiesto esta Dirección General en Resolución de 11 de mayo de 1998 (vid. también Resoluciones de 13 de febrero y 24 de septiembre de 2024), la regla general es la de que el representante de uno de los herederos no puede actuar en nombre de otro coheredero si no está expresamente autorizado para ello, salvo que, por la forma de actuar del representado (v. gr. cuando en una partición de herencia se adjudican a los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias todos los bienes que componen la misma), resulte haberse resuelto con imparcialidad dicha representación. Esto es lo que ocurre en el presente caso, pues el representante de los herederos no hace sino adjudicar el único bien hereditario por cuotas indivisas según la participación que a cada uno de ellos corresponde según el título sucesorio, siquiera haya corregido la notaria la aplicación de éste por razones de orden público —para impedir discriminación por razón de sexo— conforme al artículo 35 del citado Reglamento europeo de sucesiones [Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012]. Y es que esta corrección es obligada por razones de orden público sin que, por tanto, dependa de la decisión del representante de los interesados.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La asignación del número de registro de alquiler de corta duración exige la previa constancia registral de la terminación de la obra.

Se debate en este recurso la posibilidad de asignar un número de registro de alquiler de corta duración pese a hallarse la edificación inscrita en el Registro como «en construcción». El objeto de comercialización y oferta ha de ser un alojamiento amueblado que pretende ser objeto de alquiler de corta duración. Del mismo modo el identificador número de registro único ha de permitir la identi-

ficación exacta de la unidad en cuestión, como la misma norma establece en su definición. La sujeción al procedimiento registral determina la aplicación a dichos conceptos de los principios hipotecarios.

Por este motivo, el principio de legitimación registral exige que la inscripción en el Registro de la Propiedad deba reflejar de forma precisa y completa la situación jurídica de los bienes inmuebles, evitando errores o inconsistencias que puedan generar dudas o litigios. En esencia, se trata de que el registro sea una imagen fiel de la realidad jurídica de la propiedad. Directamente relacionado estos mismos principios está el de legalidad, a través de la calificación del registrador consagrada en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ya que en un sistema en que los asientos registrales se presumen o reputan exactos y concordantes con la realidad jurídica, es lógica y preceptiva la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a Registro. Los argumentos expuestos justifican plenamente la calificación del registrador objeto de impugnación, de modo que la asignación del número de registro de alquiler de corta duración exige la previa constancia registral de la terminación de la obra.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La asignación del número de registro de alquiler de corta duración exige la previa constancia registral de la terminación de la obra.

Se debate en este recurso la posibilidad de asignar un número de registro de alquiler de corta duración pese a hallarse la edificación inscrita en el Registro como «en construcción». El objeto de comercialización y oferta ha de ser un alojamiento amueblado que pretende ser objeto de alquiler de corta duración. Del mismo modo el identificador número de registro único ha de permitir la identificación exacta de la unidad en cuestión, como la misma norma establece en su definición. La sujeción al procedimiento registral determina la aplicación a dichos conceptos de los principios hipotecarios.

Por este motivo, el principio de legitimación registral exige que la inscripción en el Registro de la Propiedad deba reflejar de forma precisa y completa la situación jurídica de los bienes inmuebles, evitando errores o inconsistencias que puedan generar dudas o litigios. En esencia, se trata de que el registro sea una imagen fiel de la realidad jurídica de la propiedad. Directamente relacionado estos mismos principios está el de legalidad, a través de la calificación del registrador consagrada en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ya que en un sistema en que los asientos registrales se presumen o reputan exactos y concordantes con la realidad jurídica, es lógica y preceptiva la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a Registro. Los argumentos expuestos justifican plenamente la calificación del registrador objeto de impugnación, de modo que la asignación del número de registro de alquiler de corta duración exige la previa constancia registral de la terminación de la obra.

En cuanto al segundo de los defectos alegados, esto es, la constancia registral de una modificación estatutaria consistente en la prohibición de alquileres turísticos, debe notarse que: (i) dicha inscripción se practicó en virtud de escritura otorgada el día 6 de marzo de 2025 y presentada en el Registro el día 14 de marzo de 2025, esto es, con anterioridad al 26 de marzo de 2025, fecha de presentación de la solicitud de asignación de número de registro único; (ii) que en dicha escritura se eleva a público un acuerdo adoptado en la junta general y extraordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el día 6 de noviembre de 2024, y (iii) que la resolución de la Junta de Andalucía se emitió el día 23 de octubre de 2018, en virtud de declaración responsable presentada el día 27 de septiembre de 2018, si bien se modificó mediante resolución de 25 de febrero de 2024, dictada en respuesta a la declaración responsable presentada el día 23 de diciembre de 2024, siendo esta última resolución la que se relaciona en la solicitud de asignación de número de alquiler.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en cuanto al primero de los defectos alegados y estimarlo respecto del segundo.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La asignación del número de registro de alquiler de corta duración exige la previa constancia registral de la terminación de la obra.

Se debate en este recurso la posibilidad de asignar un número de registro de alquiler de corta duración pese a hallarse la edificación inscrita en el Registro como «en construcción». El objeto de comercialización y oferta ha de ser un alojamiento amueblado que pretende ser objeto de alquiler de corta duración. Del mismo modo el identificador número de registro único ha de permitir la identificación exacta de la unidad en cuestión, como la misma norma establece en su definición. La sujeción al procedimiento registral determina la aplicación a dichos conceptos de los principios hipotecarios.

Por este motivo, el principio de legitimación registral exige que la inscripción en el Registro de la Propiedad deba reflejar de forma precisa y completa la situación jurídica de los bienes inmuebles, evitando errores o inconsistencias que puedan generar dudas o litigios. En esencia, se trata de que el registro sea una imagen fiel de la realidad jurídica de la propiedad. Directamente relacionado estos mismos principios está el de legalidad, a través de la calificación del registrador consagrada en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ya que en un sistema en que los asientos registrales se presumen o reputan exactos y concordantes con la realidad jurídica, es lógica y preceptiva la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a Registro. Los argumentos expuestos justifican plenamente la calificación del registrador objeto de impugnación, de modo que la asignación del número de registro de alquiler de corta duración exige la previa constancia registral de la terminación de la obra.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

El alquiler de corta duración no turístico no debe ejercerse en una finca destinada en el Registro a local comercial.

Se debate en este recurso la posibilidad de asignar, en la Comunidad Autónoma de Madrid, un número de registro de alquiler de corta duración a una finca que consta registralmente como destinada a local comercial.

El arrendamiento de corta duración turístico tiene plena cabida como uso comercial, y, por ende, por ende, resulta compatible con el uso de «local comercial» adscrito a la finca en que dicha actividad pretende ejercerse. Puesto que si hospedaría, según la Real Academia Española, es una «casa destinada al alojamiento de visitantes o viandantes, establecida por personas particulares, institutos o empresas», dentro de su contenido semántico tendría cabida la actividad de arrendamiento turístico de corta duración de por la existencia de identidad de razón.

En el caso que nos ocupa, el arrendamiento no es, sin embargo, turístico, por lo que no cabe extrapolar al presente caso las conclusiones expuestas, pues la ratio de las resoluciones citadas parece radicar en el carácter intrínsecamente comercial de la actividad de turismo, aun cuando esta se ejerza por un particular, de modo que, en dicha actividad turística, pese a suponer un alojamiento, el componente comercial se sobrepone al residencial.

En consecuencia, debe confirmarse el criterio del registrador, considerando que el alquiler de corta duración no turístico no debe ejercerse en una finca destinada en el Registro a local comercial. La asignación del número de registro único exige el previo cambio de uso, con todos los requisitos establecidos por la normativa hipotecaria y urbanística aplicable.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

El alquiler de corta duración no turístico no debe ejercerse en una finca destinada en el Registro a local comercial.

Se debate en este recurso la posibilidad de asignar, en la Comunidad Autónoma de Madrid, un número de registro de alquiler de corta duración a una finca que consta registralmente como destinada a local comercial.

El arrendamiento de corta duración turístico tiene plena cabida como uso comercial, y, por ende, por ende, resulta compatible con el uso de «local comercial» adscrito a la finca en que dicha actividad pretende ejercerse. Puesto que si hospedaría, según la Real Academia Española, es una «casa destinada al alojamiento de visitantes o viandantes, establecida por personas particulares, institutos o em-

presas», dentro de su contenido semántico tendría cabida la actividad de arrendamiento turístico de corta duración de por la existencia de identidad de razón.

En el caso que nos ocupa, el arrendamiento no es, sin embargo, turístico, por lo que no cabe extrapolar al presente caso las conclusiones expuestas, pues la ratio de las resoluciones citadas parece radicar en el carácter intrínsecamente comercial de la actividad de turismo, aun cuando esta se ejerza por un particular, de modo que, en dicha actividad turística, pese a suponer un alojamiento, el componente comercial se sobrepone al residencial.

En consecuencia, debe confirmarse el criterio del registrador, considerando que el alquiler de corta duración no turístico no debe ejercerse en una finca destinada en el Registro a local comercial. La asignación del número de registro único exige el previo cambio de uso, con todos los requisitos establecidos por la normativa hipotecaria y urbanística aplicable.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SITUACIONES DE HECHO.

A falta de inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal, no es posible imponer dicho acuerdo a los titulares posteriores, ni aun a los actuales que no han concurrido a la junta o no han votado a favor del acuerdo.

Con carácter previo, se hace constar que el escrito de recurso no aparece firmado digitalmente por el supuesto recurrente, don C. A. A., sino por doña M. D. R. P., sin que se acredite el concepto en que interviene su interés legítimo para recurrir la calificación, de conformidad con el artículo 325.a) de la Ley Hipotecaria. Esto determina la inadmisión del recurso por falta de legitimación. Sin perjuicio de ello, y por razón de economía procesal para el caso de subsanación, se procede a su resolución.

En el presente caso, no se pone en duda que las viviendas que forman la comunidad estén gestionadas en la forma que se indica en el recurso, si bien dichas viviendas proceden de diferentes segregaciones de parcelas que se efectuaron de un finca matriz agotándose la superficie de la misma y posterior declaración de obra nueva de cada una por diferentes titulares, por lo que las mismas tienen autonomía propia y no están constituidas en régimen de propiedad horizontal y no consta en ese Registro que tengan ningún elemento común en la que las mismas participen en cuotas de participación: no se puede obligar a futuros adquirentes a normas que se regulan por un régimen interno y que no estén vinculadas a un régimen como es el régimen de propiedad horizontal para lo cual tendrían que constituirse de conformidad a la Ley sobre Propiedad Horizontal y no considerarse de facto en régimen de propiedad horizontal como alega el recurrente por el mero hecho de cumplir las normas que regulan dicho régimen sin la previa constitución del mismo.

A falta de inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal, no es posible imponer dicho acuerdo a los titulares posteriores, ni aun a los actua-

les que no han concurrido a la junta o no han votado a favor del acuerdo, pues no se cumple la fundamental exigencia del principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que dichos titulares no han consentido fehaciente y unánimemente la determinación de tales cuotas ni pueden verse afectados por acuerdos adoptados sin su voluntad en virtud del sometimiento a un régimen especial de comunidad, como es la propiedad horizontal, cuya aplicación tampoco han consentido.

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS.

La concesión del NRUA requiere cumplir los requisitos administrativos apropiados.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento. No le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la verdadera naturaleza de la calificación registral, tal y como viene sosteniendo este Centro Directivo, de conformidad con la legislación hipotecaria, que no ha quedado derogada, superada o aun matizada por el Real Decreto 1312/2024, pues éste no ha creado un registro jurídico diferente al margen del Registro de la Propiedad, como pueda serlo el Registro Público Concursal o el Registro de Titularidades Reales.

Este Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid. Es por ello que debe distinguirse entre la presentación de la declaración responsable (no urbanística), como requisito para la inscripción en el Registro de Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid, frente a la necesidad de obtener licencia municipal para el ejercicio de esta actividad, como modalidad de uso terciario hospedaje. Ambas son cuestiones diferentes y compatibles entre sí, ya que tanto la legislación autonómica como la municipal así lo indican.

La actividad económica de vivienda turística está configurada como una actividad de hospedaje por la legislación de la Comunidad de Madrid desde 2014 y, por tanto, sometida a licencia conforme al artículo 151.1 de la Ley 9/2001, conforme también al criterio expresado en la referida sentencia. Ello determina que la asignación registral del número de registro de alquiler precise dicha conformidad administrativa, en aplicación del artículo 9.2.a).5.º del Real Decreto 1312/2024

y artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, en la redacción dada por el artículo único, apartado siete, del Decreto 29/2019, de 9 de abril. Idéntico criterio debe regir en el presente caso, de modo que procede confirmar la calificación del registrador. La licencia de uso turístico para el municipio de Madrid consiste en un documento, emitido por un técnico competente tras una inspección en la finca, quien certifica que la vivienda cumple con los parámetros del artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, en la redacción dada por el artículo único, apartado siete, del Decreto 29/2019, de 9 de abril («a los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto»).

Resolución de 11-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS.

La concesión del NRUA requiere cumplir los requisitos administrativos apropiados.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento. No le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la verdadera naturaleza de la calificación registral, tal y como viene sosteniendo este Centro Directivo, de conformidad con la legislación hipotecaria, que no ha quedado derogada, superada o aun matizada por el Real Decreto 1312/2024, pues éste no ha creado un registro jurídico diferente al margen del Registro de la Propiedad, como pueda serlo el Registro Público Concursal o el Registro de Titularidades Reales.

Este Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid. Es por ello que debe distinguirse entre la presentación de la declaración responsable (no urbanística), como requisito para la inscripción en el Registro de Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid, frente a la necesidad de obtener licencia municipal para el ejercicio de esta actividad, como modalidad de uso terciario hospedaje. Ambas son cuestiones diferentes y compatibles entre sí, ya que tanto la legislación autonómica como la municipal así lo indican.

La actividad económica de vivienda turística está configurada como una actividad de hospedaje por la legislación de la Comunidad de Madrid desde 2014 y,

por tanto, sometida a licencia conforme al artículo 151.1 de la Ley 9/2001, conforme también al criterio expresado en la referida sentencia. Ello determina que la asignación registral del número de registro de alquiler precise dicha conformidad administrativa, en aplicación del artículo 9.2.a).5.º del Real Decreto 1312/2024 y artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, en la redacción dada por el artículo único, apartado siete, del Decreto 29/2019, de 9 de abril. Idéntico criterio debe regir en el presente caso, de modo que procede confirmar la calificación del registrador. La licencia de uso turístico para el municipio de Madrid consiste en un documento, emitido por un técnico competente tras una inspección en la finca, quien certifica que la vivienda cumple con los parámetros del artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, en la redacción dada por el artículo único, apartado siete, del Decreto 29/2019, de 9 de abril («a los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto»).

Resolución de 14-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1.

HIPOTECA: SITUACIONES DE COTITULARIDAD.

El tipo de titularidad de la hipoteca, proindivisa, colectiva o solidaria, vendrá determinado por el tipo de titularidad del crédito garantizado, parciario (por cuotas), mancomunado o solidario.

Como consideración previa debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado, también exclusivamente en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso, es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no ni tener en considerar otros documentos no presentados al Registro de la Propiedad, y no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura.

En este caso no nos encontramos ante una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, porque, en primer lugar, como queda expuesto en el fundamento de derecho segundo, todos los acreedores han entregado el dinero con simultaneidad al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Y, en segundo lugar, porque la expresión de la estipulación décima relativa a que la hipoteca garantiza «todas las obligaciones de la Prestataria (presentes y futuras, y asumidas mancomunada o solidariamente o de cualquier otro modo)», si se examina el conjunto de la operación crediticia (apartados 9.1, 9.3 y 9.4 de la estipulación novena), se está refiriendo solo a los créditos accesorios y conexos propios de todo préstamo hipotecario cuya garantía se constituyen en seguridad de varias obligaciones, unas

ya constituidas y otras futuras, que son independientes aunque gozan del mismo nexo causal, como el reembolso del principal del préstamo y de los intereses retributivos, y el reembolso eventual de los intereses de demora, de las costas procesales o de los gastos extrajudiciales. En consecuencia, lo que se debe analizar es la relación de las obligaciones pluripersonales, entre la titularidad del crédito y la titularidad del derecho real de hipoteca y, en qué medida, el principio de accesoriedad de la garantía respecto de la obligación asegurada condiciona que esa titularidad deba tener la misma naturaleza o si, por el contrario, la autonomía de la voluntad puede alterar esa determinación natural.

Esta cuestión fue extensamente abordada por la importante Resolución de 8 de junio de 2011 que, aunque resolvía un supuesto de hipoteca flotante, analizó con carácter general, la posibilidad de constituir «una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca de tipo colectivo (créditos sindicados), sin distribución de cuotas, con destino unitario, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras, para lo que se establece un régimen de actuación colectiva, que requiere del acuerdo de todos los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos». La respuesta fue afirmativa.

De lo expuesto en el fundamento de derecho anterior se puede concluir que en un principio el tipo de titularidad de la hipoteca, proindivisa, colectiva o solidaria, vendrá determinado por el tipo de titularidad del crédito garantizado, parciario (por cuotas), mancomunado o solidario, y que solo cuando la hipoteca sea en comunidad proindivisa o por cuotas, como ocurre en este caso, será necesario hacer constar las cuotas en la titularidad de la hipoteca que exige el artículo 54 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, si a pesar de la facultad que tiene las partes contratantes de configurar la garantía como única y su titularidad de forma colectiva, aunque la titularidad del crédito sea por cuotas, las mismas optan por constituir una comunidad romana o por cuotas también sobre el derecho real de hipoteca, ello supone generar a efectos de ejecución tantas hipotecas de igual rango como titulares haya, hipotecas que serán susceptibles de ejecución independiente al amparo y con los efectos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario (vid. Resoluciones de 8 de junio de 2011 y 4 de noviembre de 2019), porque la indivisibilidad de la hipoteca desaparece cuando se pacta la división del crédito garantizado (artículo 122 de la Ley Hipotecaria) o se trata de obligaciones garantizadas independientes.

Si se analiza literal y sistemáticamente la redacción de dichas cláusulas debe llegarse a la conclusión, de que los apartados 11.1 y 11.5 de la estipulación undécima, se refieren al derecho real de hipoteca, el primero se limita a pactar su constitución, y el segundo a determinar su régimen de titularidad e inscripción, concorde con la naturaleza del préstamo garantizado. La expresión del singular «un derecho real de hipoteca» no es contradictoria pues la hipoteca constituida con cuotas no deja de ser una única hipoteca, aunque la operativa de su régimen legal ejecutivo sea semejante al caso de concurrir varias hipotecas del mismo rango, como se ha señalado anteriormente.

Resolución de 14-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Estella-Lizarra, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina sobre la exigencia de documentos públicos y los requisitos exigidos por el art. 205 LH.

Desde la modificación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, para poder practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad se precisará la justificación de haber presentado la autoliquidación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana o la declaración del mismo o la comunicación que el adquirente debe hacer al Ayuntamiento, aun no siendo sujeto pasivo (artículo 110.6.b) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales). Dejando de lado este último supuesto por no ser de aplicación en el presente caso, por tratarse de una transmisión mortis causa (vid. la Resolución de 10 de octubre de 2014), el levantamiento del cierre registral previsto en el apartado primero del artículo 254 de la Ley Hipotecaria exige, en el supuesto de su apartado quinto, la justificación ante el registrador bien de que se ha presentado la oportuna autoliquidación bien de que se ha presentado la oportuna declaración del hecho imponible ante la administración tributaria competente.

En el presente caso, el título presentado lleva un sello del Ayuntamiento de Villamayor de Monjardín, alegando el recurrente que dicho sello acredita la exención del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Sin embargo, dicho sello no acredita debidamente que el documento haya sido objeto de presentación en el Ayuntamiento a los efectos del Impuesto.

Los defectos segundo y tercero, que se refieren a la falta de aportación de copia autorizada del acta de declaración de herederos abintestato y de la escritura complementaria y de adecuación a Catastro otorgada con posterioridad a la división judicial de la herencia, que esté debidamente liquidada, se van a analizar conjuntamente por estar relacionados.

Siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia autorizada de ésta, como las del testamento, el contrato sucesorio, o la declaración judicial de herederos, han de presentarse en el Registro íntegras ya que, aparte de no resultar excepción en ningún sitio, la valoración de los documentos y su contenido, una vez autorizados, cuando se presentan ante otro órgano, corresponde no a quien los expide, sino al funcionario ante quien se pretenden hacer valer, que ha de poder conocerlos en su integridad antes de conceder o no la solicitud que, fundada en ellos, fue cursada por la parte.

En cuanto a la escritura complementaria y de adecuación a catastro, se ha aportado copia simple, por lo que resulta claro que, de acuerdo con el principio de titulación auténtica, es necesario que se aporte copia autorizada. Exige asimismo el registrador en su nota de calificación que la copia autorizada de esta última escritura esté debidamente liquidada de impuesto, siendo de aplicación lo dispuesto en el Fundamento de Derecho segundo. Consecuentemente, no cabe sino confirmar la calificación impugnada respecto a los defectos segundo y tercero.

El último defecto consiste en la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, para la inmatriculación de las tres últimas fincas que se incluyen en el decreto de división de herencia. En concreto señala el registrador que no se acredita haber adquirido la propiedad de las mismas por el causante al menos un año antes también mediante título público. Parece que el recurrente alega en su escrito de recurso que existen dos títulos públicos, por una parte, el documento judicial de división de herencia y, por otra, la escritura complementaria y de adecuación a catastro. Ahora bien, esto no significa como pretende el recurrente que existan dos documentos públicos que cumplan los requisitos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pues esos dos documentos no acreditan dos transmisiones sucesivas.

Resolución de 15-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5.

HIPOTECA: CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN DEL CRÉDITO.

Los pactos de compensación trascienden a la garantía hipotecaria y carecen de eficacia real, al prever formas de pago alternativas a la ejecución de la hipoteca.

Respecto a la no susceptibilidad de inscripción del pacto de compensación de crédito, la Resolución de 10 de noviembre de 2016, que cita la registradora ya señaló que: «No se comparte el criterio del notario recurrente respecto del pacto de compensación de créditos (cuentas, depósitos, etc.), ni con relación a la posibilidad de reclamar el pago de la deuda a otros obligados, ya que se trata de pactos que trascienden a la garantía hipotecaria y carecen de eficacia real, al prever formas de pago alternativas a la ejecución de la hipoteca, por lo que respecto de los mismos debe desestimarse el recurso (...)». Lo anteriormente expuesto hace ocioso entrar a analizar el segundo argumento de la nota de calificación, no obstante, lo cual conviene recordar que en cuanto el ámbito de la calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios viene recogido en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria según el cual: «El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación»; a lo que debe añadirse el cumplimiento de los requisitos que fueren impuestos por la normativa hipotecaria para la inscripción (determinación, etc.).

Resolución de 15-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Pontedeume.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas sobre la identidad de la finca no cabe la inscripción de la base gráfica.

Como cuestión previa, procede analizar en primer término, la aptitud del correo electrónico como medio de manifestar la oposición formulada en el curso del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por un titular colindante. Conforme al artículo 245 de la Ley Hipotecaria, el procedimiento registral se iniciará mediante la presentación presencial o telemática en el Registro de la correspondiente solicitud, en la que figurará una dirección postal o electrónica a efectos de notificaciones y a la que se acompañará el documento que se trate de presentar. El artículo 246 de la Ley Hipotecaria hace referencia a la presentación, física, telemática o por correo. Pero respecto a la admisión de la presentación de documentos por correo, no es admisible la aplicación analógica al correo electrónico. Dicha doctrina es igualmente aplicable a los supuestos de solicitud de publicidad formal remitidas por correo electrónico a la cuenta del Registro de la Propiedad, pues como señaló la Resolución de 23 de mayo de 2022, este Centro Directivo llegó a la conclusión de que es preciso que se utilicen sistemas que extremen la seguridad de los servidores depositarios de la información y que impidan ceder involuntariamente el uso de la cuenta de correo, provocar una suplantación de identidad y el acceso a información confidencial. Y en cuanto al correo electrónico, su uso está indicado preferentemente para la notificación de existencia de actuaciones en la sede, siendo el facilitado por el interesado en el propio portal, con lo cual su designación goza de las mismas garantías de identificación.

Respecto de los documentos privados electrónicos firmados digitalmente, procede analizar si pese a no contar con un código seguro de verificación, cumplen los requisitos de identidad, veracidad e integridad que posibiliten su presentación en el Registro de la Propiedad a los efectos de provocar un asiento registral, en los casos en que se admita tal posibilidad o como documentos complementarios a los títulos públicos cuando sean exigibles. De conformidad con lo expuesto en la resolución de 26 de julio de 2024, la firma electrónica avanzada es un sistema de verificación que permite que una persona firme un documento online con plena validez legal, quedando constancia del registro de la hora, fecha y medios utilizados para la firma. Lo fundamental es que el documento electrónico conserve sus propiedades en cuanto viaje por la misma vía electrónica sin que sufra alteración alguna, de forma que una vez impreso en papel, pierde esas propiedades, pues no puede acreditarse la identidad, integridad y autenticidad del mismo, al no poder comprobarse que la firma es electrónica reconocida. Pero conservando el documento electrónico sus propiedades, debe entenderse que el firmante del escrito está debidamente identificado.

De lo dicho anteriormente debe concluirse que el correo electrónico, aun no siendo cauce idóneo para admitir un escrito de alegaciones de un colindante en el curso del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, en el presente caso, habiéndose comprobado la autenticidad de la firma y la integridad del contenido del documento y teniendo en cuenta que el mismo ha sido aceptado por la registradora, y considerando que el objeto del recurso es el acuerdo de denegación o suspensión de un determinado asiento registral pero no si el cauce para la presentación de alegaciones es el adecuado, procede, por razones de economía procedimental y al objeto de no causar indefensión a los interesados, proseguir con la resolución de este expediente.

Corresponde al registrador valorar la legitimación para intervenir en el procedimiento, sin que proceda en este trámite exigir los requisitos que corresponderían en caso de pretenderse la inscripción de la transmisión de la finca. Por ello, el recurso no puede extenderse a esta concreta cuestión, ya que se limita a la decisión de suspensión o denegación de la inscripción de la representación gráfica (cfr. artículos 199 y 326 de la Ley Hipotecaria).

En el presente caso en que la georreferenciación pretendida no es de aportación obligatoria, sino potestativa, y la registradora ha estimado conveniente la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para lograr una tutela efectiva de colindantes y terceros o disipar dudas de identidad o sobre posible invasión de fincas inmatriculadas, debe entenderse correcta la actuación de la registradora y, en consecuencia, el recurso, en cuanto a este motivo, debe ser desestimado.

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 juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el supuesto de hecho objeto de este expediente, las dudas de la registradora manifestadas en su nota de calificación, deben entenderse justificadas, pese a no contar con un informe técnico o plano georreferenciado que las respalde, cuya conveniencia ha sido puesta de manifiesto por esta Dirección General en Resoluciones de 30 de enero y 5 de junio de 2019 y 23 de febrero de 2023, entre otras.

El reflejo en éste de las alteraciones en la descripción de la finca sólo podrá lograrse por los medios previstos en la legislación hipotecaria. Y en esta no hay precepto alguno que prevea que la georreferenciación catastral resultante de alguno de los procedimientos de incorporación catastral haya de ser vinculante o de obligada inscripción para el Registro de la Propiedad.

Es necesario poner de relieve que conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, lo que debe hacer el registrador es notificar el defecto por él apreciado, a la vista de lo cual el presentante o el interesado podrán solicitar la inscripción parcial del documento, sin perjuicio de su derecho a recurrir en cuanto a lo no inscrito. En esta misma línea, y acorde con el principio registral de rogación, el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria prevé la solicitud del interesado cuando se trate

de inscripción parcial; sin embargo, esta Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular. Y esto es lo que ocurre precisamente en el supuesto de hecho objeto de este expediente, pues la cancelación del referido pacto obligacional en nada condiciona o modaliza la calificación que deba merecer la solicitud de inscripción de la representación gráfica georreferenciada catastral. En consecuencia, debe estimarse el recurso en este punto.

Resolución de 15-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas sobre la identidad de la finca no cabe la inscripción de 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 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 debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el 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, la 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. En el caso planteado, 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.

El reflejo en éste de las alteraciones en la descripción de la finca sólo podrá lograrse por los medios previstos en la legislación hipotecaria. Y en esta no hay precepto alguno que prevea que la georreferenciación catastral resultante de alguno de los procedimientos de incorporación catastral haya de ser vinculante o de obligada inscripción para el Registro de la Propiedad.

Resolución de 15-7-2025

BOE 6-8-2025

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN A ACRREDITADOS POSTERIORES.

La calificación registral del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación en los procedimientos de ejecución directa de bienes hipotecados ha de comprobar que el letrado de Administración de Justicia indique que se han realizado las oportunas notificaciones a los titulares de derechos inscritos y anotados con posterioridad a la hipoteca ejecutada.

Es indudable que la calificación registral del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación en los procedimientos de ejecución directa de bienes hipotecados ha de comprobar que el letrado de Administración de Justicia indique que se han realizado las oportunas notificaciones a los titulares de derechos inscritos y anotados con posterioridad a la hipoteca ejecutada. Tiene razón, no obstante, el recurrente cuando exige que en la calificación se introduzca la matización relativa a las cargas que han ingresado en el Registro con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Por tanto, parece adecuado confirmar la exigencia realizada por el registrador respecto a la necesidad de que el testimonio del decreto y el mandamiento de cancelación expresen que se han realizado las preceptivas notificaciones a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca (notificaciones previstas en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De hecho, según acredita el registrador en su informe, en este caso existe una anotación vigente que se practicó después de inscrita la hipoteca, pero antes de expedir la certificación y practicar la nota marginal.

Resolución de 15-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Navahermosa.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Solo si existen dudas sobre la identidad de la finca no cabe la inscripción de 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 geo-

rreferenciación 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 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 debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Cuando en el curso del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria se formulan alegaciones por parte de un colindante, el registrador podrá requerirle para que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión. Esta justificación gráfica aportada deberá ser objeto de traslado al promotor de la georreferenciación de finca inmatriculada, pues de lo contrario le dejaría en indefensión, al impedirle contraargumentar con detalle gráfico o solicitar la inscripción parcial «recortada» en la medida necesaria para no invadir la georreferenciación que, aun no constando inscrita, se invoque para la finca ya inmatriculada.

En el supuesto de hecho objeto de este expediente, las alegaciones se limitan a señalar que la inscripción solicitada supondría una invasión de las fincas de los alegantes, sin aportar principio de prueba alguna que sirva de apoyo a su oposición. Es más, en alguno de los escritos de oposición, la única documentación aportada consiste, precisamente, en la propia cartografía catastral, la cual, como es lógico, no puede verse alterada por la pretensión de inscripción de otra representación gráfica catastral.

Resolución de 15-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SEGURO DECENAL.

El hecho de que una única vivienda familiar pertenezca en copropiedad a varias personas distintas no impide que puedan ser considerados como autopromotores individuales a estos efectos.

En la escritura presentada, el notario recoge la manifestación de los comparecientes de que la descripción de las edificaciones existentes no es correcta y que es por ello que proceden a rectificarla mediante la correspondiente declaración for-

mal de obra, que se hace conforme el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, al amparo de un certificado técnico que recoge la «antigüedad» de dichas construcciones desde como mínimo 2020. Se cumplen además todos los requisitos que la ley exige para la declaración formal de una obra por antigüedad, sin que sea necesaria una licencia de derribo como tampoco lo es la licencia de obras en este caso, por lo que este defecto no puede ser mantenido.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción a la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, para incorporar una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de caución antes referido, en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Como contra excepción se añade a continuación que, sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo de diez años «el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «inter vivos» sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma». Debe recordarse, sucintamente, que es doctrina reiterada de esta Dirección General que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia.

En suma, el concepto de autopromotor individual ha de interpretarse en contraposición al promotor colectivo que contempla la propia ley. Por ello, la Resolución de este mismo Centro Directivo de 16 de mayo de 2014 llegó a la conclusión de que el hecho de que una única vivienda familiar pertenezca en copropiedad a varias personas distintas no impide que puedan ser considerados como autopromotores individuales a estos efectos atendiendo a la finalidad de la norma. En el supuesto de hecho a que se refiere este recurso, resulta aplicable esta interpretación amplia del concepto de autopromotor para uso propio.

Resolución de 15-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se reitera la posibilidad de usar una georreferenciación alternativa en la inmatriculación ex art. 205 LH.

Esta Dirección General debe reiterar su doctrina en cuanto a la posibilidad de tramitar un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria simultáneamente a la inmatriculación de una finca por la vía del artículo 205 de la ley Hipotecaria para que el registrador pueda disipar las dudas en la identidad de la finca. De igual modo, debe volver a reiterarse la doctrina sobre la admisión de la utilización de

la georreferenciación alternativa en la inmatriculación de una finca, cuando la georreferenciación catastral adolece de cualquier tipo de inconsistencia técnica que no debe obstaculizar el tráfico jurídico de la finca.

Conforme a las anteriores consideraciones el presente recurso no puede ser estimado. En primer lugar, porque ese doble formato GML no fue aportado en el momento de emitirse la calificación registral recurrida, sino en un momento posterior, al interponerse el recurso. Y, en segundo lugar, aunque el registrador no lo indique expresamente en su nota de calificación, por la falta coherencia interna en el título inmatriculador en cuanto a la descripción de la finca, que afirma que tiene una superficie de 129 metros cuadrados cuando la que resulta del propio archivo GML con la corrección del desplazamiento es de 126 metros cuadrados, que son los que debieran comprenderse en el título y, con la correspondiente declaración de voluntad de las parte, solicitar su acceso tabular.

Resolución de 15-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE PISOS O LOCALES.

Se aclara la aplicación coordinada de los arts. 28.4 y 26 de la Ley del Suelo.

Con carácter previo, como ha señalado la doctrina de este Centro Directivo y resulta de los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, el objeto del recurso se ciñe exclusivamente a la revisión de los defectos que el registrador ha expresado en su nota de calificación. No entran dentro de su ámbito otras pretensiones como pueden ser la de subsanar defectos mediante la aportación de documentos complementarios, ni la de valorar la posible nulidad de inscripciones ya practicadas.

De igual forma, este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el sentido de que el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe, toda vez que, si el registrador retrasa la exposición de sus argumentos a dicho informe, el interesado o legitimado para recurrir se ve privado de su derecho, pues desconocerá la razón última de la decisión recurrida y no podrá exponer adecuadamente al órgano competente para conocer de su recurso sus argumentos.

Registralmente no puede admitirse que la superficie de un elemento privativo se exprese mediante el dato de «su superficie con inclusión de elementos comunes», por constituir conceptualmente un contrasentido con el concepto de elemento privativo (artículos 3 y 5 de la Ley sobre propiedad horizontal). Incluso cuando se inscriba la superficie privativa, que es la determinante, debería denegarse cualquier mención registral, aunque fuera accesoria o complementaria, a superficie alguna en elementos comunes que se impute a ese elemento, pues la cuota que un elemento privativo ostenta en los elementos comunes no significa

nunca una superficie concreta, sino un módulo ideal determinante de la participación del comunero en los beneficios y cargas de la comunidad.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Ciertamente, se trata de una doctrina que permite compatibilizar, por un lado, el reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente por los propietarios y, en principio, consolidados desde un punto de vista urbanístico —vid. el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, sobre el fundamento de la reforma del artículo 20 de la anterior Ley de suelo—, con la función preventiva que desempeñan tanto notarios como registradores en el control de legalidad urbanística de los actos de parcelación. Tal labor preventiva se concreta, como se ha expuesto anteriormente, en la acreditación del título administrativo habilitante previsto en la respectiva legislación aplicable para la división o segregación documentada en la escritura, título que será ordinariamente la licencia de parcelación, pero también aquel por el que, sin denegarla, el órgano administrativo competente declare la improcedencia de conceder licencia al acto de segregación por haberse formalizado con anterioridad a la normativa vigente y haber transcurrido los plazos de restablecimiento de la legalidad.

Para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Debe concluirse que únicamente será preceptivo acreditar el oportuno título habilitante urbanístico para actos de división o segregación de fincas, incluida la división horizontal, cuando exista un incremento de sus elementos susceptibles de aprovechamiento independiente respecto a los que, en su caso, consten declarados en la correspondiente inscripción de obra nueva, ya se haya practicado ésta con la oportuna licencia, ya se practique al amparo del artículo 28.4 antes citado.

En resumen, según el esquema expuesto sobre la aplicación del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, en relación con el artículo 26: —cabe aplicar el citado artículo (con prueba basada en certificado técnico, catastral, municipal o acta notarial) para inscribir la declaración de la existencia de un edificio, su ampliación o completar su descripción (en caso de descripción antigua o genérica), con las correspondientes viviendas o locales que lo integren debidamente descritos. —cabe también la división horizontal, por antigüedad, de las viviendas o locales descritos en el edificio declarado por la vía del citado artículo 28.4. El fundamento legal se encuentra en el propio artículo 26.6 de la Ley de Suelo, en la medida que el número y características de los elementos privativos resultantes resulten de la declaración de obra nueva inscrita al amparo del artículo 28.4.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Mérida, número 1.

TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE.

Se reitera la doctrina de la Dirección General sobre la necesidad de elevar a escritura la transacción homologada por un auto judicial.

El demandante no adquiere directamente del titular registral —Consejería de Infraestructuras, Transporte y Vivienda de la Junta de Extremadura— sino, por lo que se entiende (ya que no se aporta al expediente el convenio regulador homologado), del excónyuge de doña M. G. R., como consecuencia de una liquidación en convenio regulador homologado judicialmente, sin que en el procedimiento judicial conste que haya sido demandada la citada doña M. G. R., ni consta que se le haya notificado la demanda al titular intermedio —el citado excónyuge de la misma— para evitar su indefensión conforme al principio de tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24 de la Constitución Española. En definitiva, hay un titular registral demandado, y un demandante que no corresponde con la que se pretende sea adjudicataria de la finca, siendo que en el título judicial presentado no aparece la causa de la adquisición de la que se pretende sea adjudicataria —ya que no consta el convenio regulador en el título ni en el expediente—; por otra parte, no consta que haya sido citado al procedimiento el otro sujeto otorgante del convenio regulador de divorcio. Todo esto ha de ser aclarado, por lo que debe confirmarse el defecto señalado.

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.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe la concesión del NRU si existe cláusula estatutaria que lo prohíbe.

Para resolver el presente recurso debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, esto es, el artículo 7, apartado d), de los estatutos comunitarios que dispone: «los propietarios quedan especialmente obligados a destinar los apartamentos, única y exclusivamente, a vivienda, dada la finalidad esencialmente recreativa y de descanso a que está destinado el complejo residencia (...) y sus elementos comunes: por ende, no se podrán instalar en los apartamentos, industrias, comercios, oficinas, ni en suma, ejercer ninguna actividad o profesión, tanto su titular como cualquier ocupante no propietario».

Es también criterio general que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictiva, algo igualmente predicable respecto del derecho de propiedad. En las precitadas Sentencias —en suma—, se consideró que las respectivas normas estatutarias prohibían el destino turístico de los distintos pisos del edificio, al valorarse que la explotación de aquella actividad económica colisionaba con las disposiciones de tal clase por las que se regía la comunidad vecinal; lo que se argumentó debidamente en cada una de ellas para llegar a dicha conclusión.

Los recurrentes también alegan que ningún artículo de los estatutos prohíbe expresamente el alquiler turístico; y que asimismo ha de quedar amparado por la fe pública registral derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por cuanto los citados estatutos, tal y como consta en el Registro y se recoge por la registradora en la calificación, fueron inscritos en el Registro en fecha 3 de julio de 2008. Razón (esta última fecha) por la que los recurrentes desconocían tal supuesta limitación; tanto al tiempo de adquisición del inmueble (27 de diciembre de 1985), como cuando se solicitó licencia de actividad para alquiler de corta duración para dicho inmueble (en fecha 10 de marzo de 1994). Pero lo alegado por los recurrentes, respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para nada tiene que ver con el caso que analizamos, pues su propio relato de fechas pone de relieve que al adoptarse el acuerdo unitario ya era integrante de la comunidad. Parte y no tercero, por consiguiente.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Barbate.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe la concesión del NRU si existe cláusula estatutaria que lo prohíbe.

Según consta en el artículo 15 de los estatutos de la propiedad horizontal de la finca matriz, registral 14.807 de Barbate “las viviendas se destinarán al fin de hogar familiar para el que han sido construidas, prohibiéndose a todo propietario, dedicarla o cederla total o parcialmente a usos comerciales o mercantiles”, tal y como consta en la inscripción 4.ª de dicha finca, de fecha uno de agosto de dos mil. Ciertamente es que, en este caso, la prohibición contenida en los estatutos de la comunidad no alude literalmente a las viviendas de uso turístico; 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).

En resumen, pues, la posibilidad de asignación de número de registro de alquiler de corta duración, que establece la sujeción a su obtención a lo dispuesto en el citado Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, impone, para su obtención, que no resulte del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles 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, causa impeditiva que sí concurre en el presente caso.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES.

Para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado.

En el procedimiento al que se refiere este recurso la registradora, al analizar si la documentación presentada para subsanar los defectos observados en su calificación es suficiente, ha emitido una nueva nota negativa en la que reproduce en su inciso final el conjunto de recursos que puede interponer el interesado así como el plazo para ello por lo que ha dado pie a un nuevo cómputo del plazo de un mes que no permite ahora apreciar la concurrencia de causa de inadmisión por extemporaneidad (vid., por todas, las Resoluciones de 8 de octubre de 2012 y 19 de junio de 2017).

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles (cfr. artículo 154, párrafo segundo, número 2, del Código Civil), aun cuando éstos se hallen gravados, se someta a determinada condición o limitación el ingreso del bien en el patrimonio del menos, o se constituya el gravamen simultáneamente para garantizar el precio aplazado de la adquisición. Desde el punto de vista del patrimonio a que afectan esos negocios, se ha entendido que sólo es posible la exclusión de la normativa protectora cuando el gravamen que se incardina en el negocio complejo no constituye un acto independiente que comprometa

o arriesgue los patrimonios preexistentes de los menores, incapacitados o personas especialmente protegidas.

También debe ser revocado el segundo de los defectos expresados por la registradora en su calificación, relativo a la existencia de conflicto de intereses. En primer lugar, tiene razón el recurrente al afirmar que, de existir conflicto de intereses (circunstancia que niega), no sería necesaria la autorización judicial (vid. artículo 1060 del Código Civil) sino el nombramiento de defensor judicial. De este modo, para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado.

Concretamente, en cuanto interesa en este expediente, se ha entendido que no existe conflicto de intereses en casos —análogos al ahora analizado— de adjudicación pro indiviso de bienes de la herencia realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes (vid. Resolución de 27 de enero de 1987); o cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos (vid. Resolución de 14 de septiembre de 2004). En el presente caso, habida cuenta del régimen de separación de bienes que existía entre los cónyuges y las adjudicaciones realizadas, no puede confirmarse la objeción opuesta por la registradora.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Algete.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Se confirma la doctrina tradicional de la SG sobre la caducidad de las anotaciones, de acuerdo con lo señalado por el TS.

De lo establecido en el art. 86 LH se extrae la conclusión de que las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.^a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad.

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, dado que la anotación se practicó el día 18 de noviembre de 2019, teniendo en cuenta los efectos la normativa Covid, la caducidad se hubiera producido 88 días después del 18 de noviembre de 2023. Sin embargo, considerando que el día 15 de julio de 2020 se practicó la nota marginal de expedición de certificación, el plazo de cuatro años previsto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, conforme a la doctrina resultante de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2021, debe contarse desde esa fecha, produciéndose la caducidad el día 15 de julio de 2024. Y el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación se presentaron en el Registro después de esa fecha, en concreto, el día 20 de marzo de 2025.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Málaga, número 12.

SENTENCIA JUDICIAL DICTADA EN REBELDÍA: FIRMEZA.

Se confirma la doctrina relativa a las sentencias dictadas en rebeldía.

En primer lugar, y con carácter previo, debe nuevamente este Centro Directivo advertir que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y cualquier modificación exige consentimiento del titular registral o resolución judicial firme en procedimiento seguido contra todos aquellos a quien el asiento registral conceda algún derecho (cfr. artículos 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). En este sentido, el cónyuge que aparece como cotitular registral por haber adquirido con carácter ganancial, tiene derechos sobre la finca que quedan amparados por los principios de legitimación

registral y tracto sucesivo. Todos los actos que afecten a la titularidad sobre la finca requieran su consentimiento (artículos 1377 del Código Civil y 93.2 del Reglamento Hipotecario).

En la sentencia presentada a inscripción, nada consta sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión a que se refieren los artículos 501 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni sobre la forma ni efectividad de las notificaciones a partir de las cuales se cuentan dichos plazos, constando exclusivamente en su antecedente de hecho segundo que, admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada para que compareciera y contestara, no verificándolo en el plazo de veinte días al efecto concedido, por lo que fue declarada en rebeldía. Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 6.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

En relación al cómputo de las anotaciones de embargo, el plazo de vigencia y la posibilidad de ser prorrogadas, se extienden hasta las 24:00:00 horas del día del vencimiento.

En la presentación telemática, lo relevante a efectos sustantivos es la fecha de entrada en el Registro, de ahí la determinación del sellado temporal. Lógicamente, al tratarse de documentos presentados fuera de horas de oficina, no cabe practicar en el momento el asiento de presentación por lo que este se practicará al día siguiente, por el orden y con los efectos sustantivos del sellado temporal determinado en el libro de entrada. Aunque los plazos de calificación y despacho correrán a partir del momento del asiento de presentación, los efectos sustantivos en su caso, ya se habrán producido. La presentación telemática tiene así unas reglas de ingreso distintas de las de la presentación en papel u otros sistemas.

En definitiva, en relación al cómputo de las anotaciones de embargo, el plazo de vigencia y la posibilidad de ser prorrogadas, se extienden hasta las 24:00:00 horas del día del vencimiento. En el caso que nos ocupa, habiendo entrado el mandamiento de prórroga en el Registro, como resulta del Libro de Entrada, antes de las 24 horas del día final de vencimiento, procede practicar la prórroga del asiento de anotación preventiva de embargo, aunque el mandamiento se asiente en el Libro Diario al día siguiente, según la fecha de entrada telemática, y aunque los plazos de calificación y despacho empiecen a correr desde entonces, esto es, desde el asiento de presentación.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 1.

SEGREGACIÓN: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

El control sobre la concurrencia de alguna de las excepciones en materia de unidades mínimas de cultivo corresponde a la comunidad autónoma.

En el ámbito de la legislación andaluza, se regula un procedimiento específico para la obtención de la declaración de asimilado a fuera de ordenación, regulando el contenido y efectos de una particular situación urbanística reconocida en la práctica y jurisprudencia administrativa. Dicha situación urbanística tiene también un específico tratamiento registral en la legislación estatal, en particular en el vigente artículo 28.4 de la Ley de Suelo. Sin embargo, como reconoce expresamente la norma autonómica, en el caso de parcelaciones urbanísticas en cualquier clase de suelo, el asimilado a fuera de ordenación también puede extender sus efectos sobre la parcela en la que se ubica la edificación, posibilitando la autorización e inscripción de escrituras de división o segregación de fincas amparadas en dicha declaración, siempre y cuando la parcela a la que se refiera conste debidamente identificada, siendo equiparable en tal caso a la «acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa» impuesta por el artículo 26.2 de la Ley de Suelo estatal para posibilitar su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Como ha señalado esta Dirección General —cfr. Resolución de 10 de enero de 2023—, desde el punto de vista civil sustantivo, puede decirse que según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias la sanción establecida por el artículo 24 de la Ley 19/1995 es la de la nulidad radical o absoluta (es decir, sin que produzcan efecto alguno) de los contratos en virtud de los cuales se dividan o segreguen fincas rústicas dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. El hecho de que estemos ante una sanción civil de nulidad apreciable de oficio apoyaría la tesis de que la misma fuera calificable directamente por el registrador por afectar a la validez del acto dispositivo. En este caso, sin embargo, se trata de una invalidez que depende de circunstancias de hecho como la naturaleza rústica de la finca, su cualidad de secano o de regadío o los fines constructivos, cuya apreciación el legislador ha previsto que corresponda al órgano competente en materia agraria. Desde el punto de vista registral, como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado —vid. Resolución de 10 de enero de 2017—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurre o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a tal denegación, a que el interesado obtuviera del Ayuntamiento, como administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación, pues como ya ha señalado este Centro Directivo.

Pues si la Comunidad Autónoma, a través de sus órganos competentes, afirma que las segregaciones documentadas son inválidas por no respetarse la prohibición de divisiones y segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo correspondiente, no puede procederse a la inscripción, siendo el procedimiento

administrativo, iniciado mediante la comunicación de la registradora, el cauce adecuado para hacer efectivos los derechos de defensa del interesado en dicho procedimiento.

Por tanto, la escritura por la que una finca registral única de 13.552 metros cuadrados en suelo rustico y que no consta ser de regadío, y en la que existe una única edificación (vivienda con piscina) se pretende fraccionar en una porción segregada de 6.057 metros cuadrados incluyendo la edificación, y otra porción resto de 6.341 metros cuadrados, carece de licencia de segregación para fraccionar tal finca registral, ni específica, ni contenida o implícita en la declaración de asimilado a fuera de ordenación ya vista, y además, siendo tal fraccionamiento inferior a la unidad mínima de cultivo, y no amparado por excepción legal alguna, resulta nulo de pleno derecho, como así resulta además del informe emitido por la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural de la Junta de Andalucía.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Mojácar.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Concurriendo una duda fundada sobre la finca, no cabe inscribir la base gráfica.

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 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. Pero, ello no significa que no pueda el registrador tener en cuenta tales alegaciones para formar su juicio.

Ciertamente, desde un punto de vista formal, la nota de calificación es de parca fundamentación, cuando existen diversas circunstancias con las que el registrador podría haber apuntalado su juicio de identidad sobre la finca. Pero, lo cierto es que el registrador estima las alegaciones del colindante, porque entiende acreditada su alegación, en vista del título, del contenido del Registro y del plano técnico, entendiendo que existe un indicio de posible conflicto judicial latente. Y es que la esencia del juicio registral de la identidad de la finca determinar si el colindante acredita la existencia de un indicio de posible

situación litigiosa, que será suficiente para impedir la inscripción de la georreferenciación.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, por no haber concordancia entre la realidad física extrarregistral y la jurídica registral, al no ser indubitado el trazado de los linderos, lo que impide conocer el auténtico perímetro de las fincas implicadas y, por ende, su superficie, derivando de ello la existencia de un indicio de controversia, que justifica las dudas de identidad del registrador.

Resolución de 16-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Vigo, número 1.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

En los sistemas registrales, como el español, en los que la inscripción por regla general no es constitutiva, es posible distinguir dos realidades: la tabular que resulta de los pronunciamientos registrales, amparada por los principios hipotecarios y salvaguardada por los tribunales, y la realidad jurídica extrarregistral; y cuando estas dos realidades no se encuentran en la misma situación jurídica respecto de una finca o derecho, se produce un supuesto de inexactitud registral.

Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria); y que la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Asimismo, esta Dirección General viene distinguiendo entre rectificación por inexactitud y rectificación por error; a esta última se refiere el artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su letra c), diciendo que, en tal caso, se rectificará el Registro en la forma que determina el Título VII.

En el presente caso, sin embargo, lo que ocurre es precisamente que el negocio jurídico consistente en la compra de la participación indivisa que daba derecho a la plaza de garaje número 3 no tuvo acceso al Registro. Y, dado que no se cumplen los requisitos para la tramitación del expediente de reanudación de tracto (artículo 208 de la Ley Hipotecaria), la rectificación sólo podrá tener lugar mediante la correspondiente resolución judicial que ordene la rectificación, dictada en un procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 1.

HERENCIA: INSTITUCIÓN HEREDITARIA DEL CÓNYUGE CUANDO EXISTE DIVORCIO AL TIEMPO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR.

En los casos de disposición testamentaria en favor del cónyuge que, después deja de serlo por divorcio, no podrá, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, prescindirse del testamento del que deriva la condición de heredero o legatario del excónyuge del causante.

En los casos de disposición testamentaria en favor del cónyuge que, después deja de serlo por divorcio, no podrá, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, prescindirse del testamento del que deriva la condición de heredero o legatario del excónyuge del causante. Y el mismo criterio se ha mantenido recientemente en Resolución de 27 de mayo de 2025 respecto del cese de la situación de unión de hecho. Como puso de relieve la primera de esas Resoluciones, la revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. artículos 738, 739 y 743 del Código Civil).

Del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «esposa» y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código Civil. Pero, además, si se aplicara dicho precepto, necesariamente debería llevar a concluir que aun entendiendo que esa forma de disposición comporta la expresión del motivo de la institución de heredera y ese motivo deviene posteriormente erróneo, debería considerarse dicha expresión como no escrita y, por ende, probarse que del propio testamento resulta que el testador no la habría ordenado si hubiese conocido dicho error.

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre, mencionada por el registrador y citada por los recurrentes, y en la Sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial).

En definitiva, en el supuesto concreto de este expediente, como resulta de los antecedentes de hecho antes referidos, no se ha producido una previa declaración judicial de nulidad de la institución de herederos, sino que, prescindiendo de la misma el notario, considerando que concurre en dicha institución falsedad de la causa, autoriza la escritura de adjudicación de la herencia a favor de los sustitutos vulgares sin intervención del designado heredero. Por tanto, el defecto ha de ser confirmado.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe la concesión del NRUA si no se aporta la resolución administrativa exigida por la legislación autonómica.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento, no le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la competencia que el citado Real Decreto 1312/2024 atribuye a los registradores —como anteriormente ha quedado expuesto— para comprobar el cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración.

En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe la concesión del NRUA si no se aporta la resolución administrativa exigida por la legislación autonómica.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la

existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento, no le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la competencia que el citado Real Decreto 1312/2024 atribuye a los registradores —como anteriormente ha quedado expuesto— para comprobar el cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración.

En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 43.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe la concesión del NRUA si no se aporta la resolución administrativa exigida por la legislación autonómica.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento, no le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la competencia que el citado Real Decreto 1312/2024 atribuye a los registradores —como anteriormente ha quedado expuesto— para comprobar el cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración.

En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad

de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe la concesión del NRUA si no se aporta la resolución administrativa exigida por la legislación autonómica.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento, no le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la competencia que el citado Real Decreto 1312/2024 atribuye a los registradores —como anteriormente ha quedado expuesto— para comprobar el cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración.

En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe la concesión del NRUA si no se aporta la resolución administrativa exigida por la legislación autonómica.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento, no le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la competencia que el citado Real Decreto 1312/2024 atribuye a los registradores —como anteriormente ha quedado expuesto— para comprobar el cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración.

En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe la concesión del NRUA si no se aporta la resolución administrativa exigida por la legislación autonómica.

En el presente caso, el número de registro único se solicita sobre la base de una declaración responsable presentada ante la Comunidad de Madrid, acompañada de su correspondiente inscripción en el registro autonómico. Y aunque la recurrente sostiene que «la actuación del registrador debe limitarse a constatar la

existencia del documento, su autenticidad y su congruencia formal con el contenido del asiento, no le corresponde emitir un juicio sobre la suficiencia material del título, ni puede condicionar la inscripción a una valoración de legalidad urbanística que no le compete», este criterio no se corresponde con la competencia que el citado Real Decreto 1312/2024 atribuye a los registradores —como anteriormente ha quedado expuesto— para comprobar el cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración.

En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe la concesión del NRUA para alquiler de temporada para estudiantes si existe una cláusula que obliga a destinar las viviendas «exclusivamente a domicilio permanente».

En primer lugar, debemos partir de la clara diferenciación que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, establece entre los arrendamientos de vivienda y los destinados a cualquier otro uso distinto del de vivienda. En este sentido, el artículo 3.2 contrapone expresamente, dentro de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, «los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra» frente a «los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren». De esta contraposición parece deducirse que el legislador nacional no considera el arrendamiento de temporada como una actividad comercial, sino que se trata de dos categorías separadas. En particular, se advierte que el arrendamiento por temporada, como pudiera ser el de estudiantes universitario durante el periodo lectivo, que suele abarcar los meses de septiembre a junio (esto

es, menos de un año natural), no queda englobado dentro de la categoría de arrendamiento de vivienda, no porque no pretenda satisfacer una necesidad de vivienda del arrendatario, sino porque no pretende satisfacer una necesidad «permanente».

Se discute si la obligación estatutaria de destinar las viviendas «exclusivamente a domicilio permanente» establecida en el artículo 5 de los estatutos de la propiedad horizontal excluye la posibilidad de celebrar arrendamientos de temporada a estudiantes y, por lo tanto, limita la posibilidad de expedir el número de registro único para las habitaciones de la finca. En este punto, tal y como se ha analizado anteriormente, los arrendamientos de temporada a estudiantes, a pesar de estar destinados a satisfacer la necesidad de vivienda de los arrendatarios, no quedan englobados dentro de la categoría de arrendamiento de vivienda. En consecuencia, debe confirmarse el criterio del registrador.

Resolución de 17-7-2025

BOE 7-8-2025

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Se analizan las diferentes opciones de cancelación por caducidad de una condición resolutoria.

La debida resolución del objeto de este expediente exige, como primer paso, analizar el contenido del Registro y de las obligaciones que en su día quedaron sujetas a las condiciones resolutorias que ahora se solicita cancelar. De la cláusula quinta del contrato de compraventa que consta inscrita en el registro particular de las fincas resulta, en esencia, que el comprador de las parcelas se obliga a solicitar licencia en el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura y a construir en el plazo máximo de cinco años desde la misma fecha. También se obliga a reparar los desperfectos causados en la urbanización como consecuencia de las obras. Dicha obligación no está sujeta a un plazo especial, pero cabe entenderla subsumida en la de construcción y, por ende, en el plazo de cinco años a que se ha hecho referencia por referirse a los posibles daños causados en el proceso de urbanización y edificación. En la cláusula séptima la parte compradora se obliga a no transmitir las fincas sin autorización de la vendedora antes de la finalización de la edificación, y aunque no refiere plazo alguno, resulta con claridad que se refiere al de cinco años contemplado en la anterior cláusula quinta al vincular la duración de la obligación de no transmitir con la de finalización del edificio.

En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas, en ningún caso es de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, referido a la condición resolutoria en garantía de precio aplazado, de estricta y restringida interpretación según reiterada doctrina. El recurrente comparte esta apreciación y afirma que en realidad estamos ante derechos de configuración jurídica por lo que su cancelación procede de conformidad con el primer párrafo del citado artículo 210.1.8.^a.

Con independencia de si la condición resolutoria puede o no ser considerada como un auténtico derecho potestativo (vid. al respecto las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de agosto de 2019 y de 19 de mayo de 2021), es patente que se trata de una facultad del vendedor cuyo ejercicio altera o configura un derecho inscrito por lo que se subsume en la previsión del artículo 210.1.8.^a párrafo primero (confróntese con el supuesto de hecho de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de mayo de 2021).

Como la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, si conjugamos lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 CC, al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones (sobre la base de que no hubiera actos interruptivos de la prescripción), teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtiría efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años: (i) Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de nueva Ley. (ii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de 15 años previsto en la redacción original del art. 1964 CC. (iii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 CC, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020. (iv) Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del art. 1964 CC.»

En consecuencia, habiéndose iniciado el plazo de ejercicio de las acciones para reclamar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en la escritura el día 22 de noviembre de 2012, estando sujeto el plazo de prescripción al plazo de quince años previsto en la redacción anterior del artículo 1964.2 del Código Civil y cumpliéndose el plazo máximo de cinco años de prescripción tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el día 7 de octubre de 2020, esta última fecha constituye el momento inicial en que se ha de computar el plazo de cinco años a que se refiere el artículo 201.1.8.^a, primer párrafo, plazo que en consecuencia vence el día 7 de octubre de 2025. En definitiva, no habiéndose cumplido el plazo a que se refiere el precepto, no procede la cancelación por caducidad solicitada.

Resolución de 23-7-2025

BOE 15-10-2025

Registro de la Propiedad de Altea.

HERENCIA: DERECHO ALEMÁN.

Desde la entrada en aplicación del Reglamento, lo determinante a la hora de pedir o no el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad distinto del español no viene condicionado por el lugar de residencia, por lo que la exigencia puesta de manifiesto en la nota no puede sostenerse.

El objeto del presente recurso es determinar si cabe la inscripción de la escritura calificada (no del «Erbschein», que sería documento complementario de la escritura pública española), valorando si el certificado sucesorio alemán o «Erbschein» a ella incorporado (y sin que se aporte documento del citado Registro Central de Testamentos) es suficiente.

El «Erbschein» no es un certificado sucesorio europeo y, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede ser considerado un acto de Tribunal en el sentido del artículo 3 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, (id. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio 2020, asunto C-80/19) si así es notificado por la autoridad interna, en cuyo caso opera como un acto jurisdiccional lo que no es el certificado sucesorio europeo según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2015 (Albausy). En consecuencia, solo cuando el Estado miembro reconozca como incluida en tribunal la resolución que expide el certificado nacional, puede tener el carácter de resolución judicial a los efectos del artículo 4 del Reglamento (UE) n.º 650/2012. Entre las pruebas que recaba la autoridad judicial a fin de emitir su decisión cabe entender que se encuentra la consulta del Registro Central de Testamentos de la Cámara Federal de Notarios alemán, como así se infiere también del artículo 352 de la Ley de Procedimientos en Materia de Familia y en Materia de Jurisdicción Voluntaria (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [FamFG]).

De lo anteriormente expuesto, ha de concluirse que, con los documentos aportados, y las pruebas practicadas, la autoridad judicial (alemana) competente ha resuelto declarar quienes son los herederos del causante (en el supuesto objeto de la presente, la hija, doña M. C. T.); por lo tanto, no cabe exigir el certificado del Registro de Testamentos de Alemania. En suma, desde la entrada en aplicación del Reglamento, lo determinante a la hora de pedir o no el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad distinto del español no viene condicionado por el lugar de residencia, por lo que la exigencia puesta de manifiesto en la nota no puede sostenerse.

Por último, y por lo que se refiere al primer defecto puesto de manifiesto en la calificación que se recurre (necesidad de acreditar la norma legal o cláusula testamentaria que conduce a declarar un único heredero cuando hay dos hijos) tampoco puede mantenerse. No es precisa dicha aportación pues el título sucesorio alegado y en el que basa su adquisición el compareciente no lo constituyen dichos documentos sino los certificados sucesorios emitidos por el tribunal competente de los que resulta la condición de heredero.

Resolución de 24-7-2025

BOE 15-10-2025

Registro de la Propiedad de Ávila, número 1.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DELIMITACIÓN DE LA FINCA.

En el presente caso se cumple con las exigencias del principio de especialidad a la hora de determinar las edificaciones existentes en las fincas.

El recurso gubernativo no tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, la de reclamar responsabilidades por el trato recibido en la oficina o la aplicación del arancel a las operaciones registrales practicadas, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral y que quedan reservadas a sus oportunos procedimientos. No obstante, el registrador manifiesta en su informe que no recuerda el incidente señalado por el recurrente pero que, en cualquier caso, lamenta lo ocurrido y le pide disculpas.

El principio de legalidad debe prevalecer sobre el de unidad de calificación, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se aprecien, aun cuando su detección sea extemporánea. Además, debe tenerse en cuenta, que cuando el título se presenta nuevamente, después de haber caducado su asiento de presentación, conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario, se inicia de nuevo el procedimiento registral, sin que el registrador pueda verse vinculado por las calificaciones anteriormente efectuadas, aun cuando sean propias, y con mayor razón si se incorporan nuevos documentos a la presentación. Ahora bien, en el presente caso, en tanto que la nueva documentación aportada no incide en el defecto ahora señalado, éste debió ser advertido en la primera calificación emitida por el registrador.

La conjunción de los referidos principios de especialidad y de tracto sucesivo —en su aspecto formal—, impone que, en supuestos de modificación de entidades hipotecarias, como es en este caso la segregación, todas las fincas afectadas queden inequívocamente delimitadas y debidamente descritas, con expresa constancia de sus características físicas. En caso de existir edificaciones, el título inscribible deberá precisar con claridad la finca en la que las mismas quedan ubicadas tras la operación, debiendo existir congruencia entre lo que resulte del título y lo ya inscrito, de modo que, si se pretende la alteración u omisión de alguna construcción, deberá justificarse y acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa aplicable.

Puede concluirse que la situación física de las edificaciones queda suficientemente determinada en el título presentado y en el historial registral de la finca, sin que sea exigible una manifestación adicional sobre la inexistencia de otras construcciones. Como ha quedado expuesto, del propio contenido de los asientos previos se infiere que una de las naves gemelas ahora es la denominada vivienda unifamiliar.

Resolución de 24-7-2025

BOE 15-10-2025

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. El hecho de que un crédito refaccionario sea participativo no impide la anotación preventiva

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.

En cuanto al segundo defecto que ha sido objeto de recurso, el hecho de que el crédito cuya anotación se pretende no puede tener la consideración de crédito refaccionario al haberse pactado como crédito participativo, y en consecuencia no puede ser anotado, este debe ser en cambio revocado.

Considera el registrador que al haberse configurado el crédito como un préstamo participativo, ello impide su anotación como crédito refaccionario, y ello por lo dispuesto en el artículo 20.1.c) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, según el cual los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes, y en el artículo 281.1.2.º del texto refundido de la Ley Concursal, que califica como créditos subordinados los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, incluidos los participativos, habiéndose pactado por las partes en este caso en el contrato, con mención expresa al artículo 20.1.c) del Real Decreto-ley 7/1996 citado, que los derechos de crédito del prestamista serán subordinados a los derechos de crédito de los acreedores comunes del prestatario (cláusula 3.2.).

Sin embargo, de lo expuesto con anterioridad se desprende que el crédito será refaccionario o no en función de su objeto, sin que parezca que el hecho de que se haya instrumentado como un préstamo participativo altere esta calificación. En cuanto a la naturaleza del préstamo participativo, esta especial característica no altera su naturaleza de préstamo. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Civil de 13 de julio de 2011. Como préstamo que es, debería poder ser objeto de garantía real, como la hipoteca, o si se trata de un crédito refaccionario, de anotación preventiva en el Registro. Ninguna norma lo impide.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que impone que las viviendas se destinen a viviendas familiares impide la concesión del NRUA.

En el supuesto de hecho que motiva este expediente, el registrador deniega la asignación de número de registro de alquiler de corta duración por habitaciones sobre una finca integrante de una propiedad horizontal por considerar que dicho arrendamiento de corta duración por habitaciones contraviene el artículo décimo de los estatutos de la comunidad, conforme al cual «los pisos se dedicarán exclusivamente a viviendas familiares de personas de reputación intachable». El recurrente considera que esta interpretación es extensiva, y que la cláusula estatutaria invocada no contiene una prohibición expresa ni específica del alquiler de corta duración, ni por habitaciones, ni del alquiler turístico. Este Centro Directivo no puede sino confirmar la calificación recurrida, a la vista de la definición contenida en el artículo 2 del Real Decreto 1312/2024, letra a. Concepto este de vivienda familiar que, interpretado en sus justos términos, excluye la posibilidad de destinar la vivienda para la que se solicita número de registro a un alquiler de corta duración.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

HERENCIA: DERECHO DE LOS PAISES BAJOS.

En aplicación del derecho neerlandés no se admite la no intervención de una legitimaria.

Hay que recordar que la normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también

extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Conforme a este precepto, los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala, además, que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados. Por otro lado, al igual que en sede judicial, se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del derecho extranjero sino también su vigencia.

En el concreto supuesto de este expediente, la notario hace bajo su responsabilidad una valoración respecto de la Ley extranjera que ha manifestado indagar y conocer; el registrador no señala como defecto que no conste aseveración del notario autorizante sobre el Derecho extranjero, sino que, sintéticamente, afirma que, a su juicio, de lo relatado por la notario en su indagación, no resulta que se pueda prescindir en el Derecho de Países Bajos de la intervención de un legitimario o realizar la partición sin adjudicación alguna en su favor; en contra de las previsiones del testador. Y añade que, más bien al contrario, el Derecho Neerlandés no permite al albacea partir en contra de lo ordenado por el causante en el testamento y cabe el nombramiento de un ejecutor testamentario para administrar el patrimonio y garantizar su distribución según los deseos del difunto; pero lo que no cabe es ejecutar el testamento en contra de las previsiones del testador.

En definitiva, debe confirmarse el criterio del registrador, según el cual la aplicación directa de las normas mencionadas no permite tener por reunidos los requisitos precisos para practicar la inscripción, pues llega a conclusiones absolutamente distintas de las expuestas por la notaria respecto de la intervención de la heredera no interviniente y es aquel criterio el que se ajusta a los preceptos legales aplicables.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la práctica de la inscripción de una base gráfica alternativa si se formula oposición fundada apreciada por el registrador.

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 debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en

todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Cualquier interesado y en particular el recurrente (cfr. Resolución de 3 de octubre de 2024) podrán solicitar certificación registral de las alegaciones de los colindantes, como documento del que el registrador es archivero natural, conforme a lo dispuesto en el artículo 342 del Reglamento Hipotecario.

Resulta evidente la existencia de una controversia latente respecto de la línea de separación entre 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. Y ello porque en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no existe trámite de prueba, dada su sencillez procedimental del expediente, pues su finalidad no es resolver una controversia. Una vez inmatriculada una finca de modo coordinado con el Catastro, y, por tanto, con una determinada ubicación, delimitación y superficie, ya no es procedente iniciar un procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para alterar esa ubicación, delimitación y superficie ya inscritas y pretender sustituirla por otra, pues claramente no se estaría manteniendo la identidad de la finca inmatriculada.

La posibilidad de someter a arbitraje o conciliación la controversia suscitada determina, además, la consecuencia de que lo procedente en casos como el presente es la suspensión de la práctica de la inscripción solicitada y no la denegación, la cual debe reservarse a aquellos casos en que con la inscripción de la representación gráfica propuesta se produzca una invasión de otra base gráfica previamente inscrita o invasión de dominio público.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de La Seu D'Urgell.

HERENCIA: INTERVENCIÓN DE UN GUARDADOR DE HECHO.

Extinguida la patria potestad prorrogada, interviene en una aceptación de herencia de heredero único el guardador de hecho de forma asistencial, no siendo necesaria en este caso la autorización judicial porque la herencia se somete al derecho catalán y a beneficio de inventario ex lege.

Procede analizar dos cuestiones: a) si fallecido el único progenitor que ostenta la patria potestad rehabilitada, en su día decretada judicialmente, es necesario solicitar de la autoridad judicial la revisión de la medida, para adaptarla a la Ley 8/2021 de 2 de junio; o cabría solventar la situación directamente, acudiendo a

las medidas de apoyo establecidas por la Ley 8/2021 citada; concretamente, en el supuesto contemplado, acudiendo a la figura del guardador de hecho. b) la relativa a si el heredero asistido de un guardador de hecho en funciones asistenciales necesita autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario.

A la vista de esta normativa, extinguida la patria potestad rehabilitada judicialmente por fallecimiento de su titular— cabe adoptar no sólo medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad sino también aquellas medidas que tengan consideración de representación legal. Ha de hacerse, no obstante, hincapié en las especialidades que presenta el supuesto de hecho de este expediente, pues se trata de una herencia con heredero único y regida por una legislación distinta de la que se aplicaría a las medidas de apoyo. Heredero que, en aplicación de la ley sucesoria, goza por ley del beneficio de inventario, de lo que se sigue que no se derivarían consecuencias lesivas para él caso de tratarse, hipotéticamente, de una herencia damnosa, pero que, sin embargo, en la escritura la herencia ha sido aceptada pura y simplemente.

Fallecidos los progenitores titulares de la patria potestad prorrogada o rehabilitada la guarda de hecho es una circunstancia sobrevenida por el fallecimiento de los progenitores que no responde a una revisión judicial de la medida adoptada anteriormente; que mientras no se modifique seguirá vigente aun cuando esté vacante la figura del representante legal y será ejercida provisionalmente por el guardador, correspondiendo a la autoridad judicial su suficiencia, idoneidad y permanencia.

En el supuesto contemplado en la Resolución de 19 de enero de 2024 se consideró por este Centro Directivo, confirmado por la Audiencia Provincial de Badajoz, que el guardador de hecho ejercía facultades representativas, puesto que no concurría el discapacitado presentando su consentimiento y el negocio jurídico formalizado excedía del meramente asistencial, en los términos antes expuestos. Sin embargo, en el presente supuesto concurren circunstancias diferentes. Nos encontramos ante un heredero único, por lo que la herencia no precisa partición, siendo el bien de titularidad del causante, por lo que no precisa liquidación de bienes comunes. Dado que la herencia está sujeta al Derecho Civil de Cataluña, conforme al artículo 461-16 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, el heredero puede estar sujeto a una situación de discapacidad susceptible de estar sujeto a curatela.

Por todo ello, en el concreto supuesto de este expediente si el discapacitado es la única persona interesada en la sucesión, que goza del beneficio legal de inventario, pero teniendo en cuenta lo que se dice en los siguientes fundamentos de Derecho, que comparece en la escritura asistido por un guardador de hecho acreditado por acta notarial, y que el negocio jurídico realizado es meramente asistencial y no representativo, no se considera necesario revisar las medidas de apoyo, por lo que este defecto debe ser revocado, en los términos que, a su vez, resultan del siguiente fundamento de Derecho.

Pero como ya hemos indicado, en la escritura se ha omitido toda referencia al citado precepto del Código Civil catalán, de modo que a pesar de que el beneficio de inventario (más bien limitación ex lege de responsabilidad) es claramente aplicable al caso, se ha de rectificar la escritura (se está ante un defecto claramente subsanable), consignando que la aceptación bien se realiza a beneficio de inventario; bien en los términos del artículo 416-16 del Código civil catalán (que sería en realidad lo correcto).

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Górgal.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la práctica de la inscripción de una base gráfica alternativa si se formula oposición fundada apreciada por el registrador.

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 debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Del contraste de las coordenadas georreferenciadas que resultan tanto de la representación gráfica alternativa cuya inscripción se pretende como de las coordenadas incorporadas al informe técnico que acompaña al escrito de alegaciones, se evidencia que no se produce la invasión de la finca del colindante con la inscripción solicitada de la base gráfica que se ha aportado, pareciendo resultar la controversia no ya tanto en una posible invasión de la parcela catastral 7152512WG3075S, sino de aquélla con referencia catastral 7252205WG3075S-0001QA. En este sentido, lo procedente habría sido requerir al colindante para que completara el sentido de sus alegaciones. No fue correcto iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para alterar después la georreferenciación catastral inscrita y sustituirla por otra sensiblemente diferente y con mayor superficie que incluye porciones de terreno adicionales que no estaban en la georreferenciación catastral que constituyó el objeto del título inmatriculador.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: REQUISITOS.

No procede la práctica de anotación preventiva o nota marginal en virtud de una instancia privada que solicita la práctica de dicho asiento, en el que se hagan constar los posibles derechos posesorios y la interposición de acciones legales por el demandante

Se debate en este recurso la posibilidad de practicar anotación preventiva o nota marginal en virtud de una instancia privada que solicita la práctica de dicho asiento, en el que se hagan constar los posibles derechos posesorios y la interposición de acciones legales por el demandante.

Sobre lo que deba entenderse por procedimiento que pueda afectar al contenido del Registro de la Propiedad, esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones en una doctrina que ha ido considerando, frente a una interpretación estricta del precepto que entiende que solo las acciones reales pueden provocar tal asiento, que la anotación de demanda debe practicarse en otros supuestos en los que la acción ejercitada, sin ser estrictamente de naturaleza real, puede producir directa o indirectamente, efectos reales. Una pretensión meramente posesoria, como la que ejercita el demandante no es susceptible de alterar el contenido del Registro y, por ende, no es susceptible de provocar una anotación preventiva de demanda. En este sentido, el artículo 5 de la Ley Hipotecaria es claro cuando establece que «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles».

De lo expuesto se deduce la imposibilidad de practicar la anotación preventiva de demanda pretendida por un defecto de carácter material: la mera protección de los derechos posesorios no puede acceder al Registro. A ello se añade un defecto formal, cual es la naturaleza del documento en cuya virtud se solicita la práctica de dicho asiento. En este sentido, debe recordarse el principio de titulación auténtica consagrado en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento. En el supuesto específico de la anotación preventiva de demanda, este principio implica que la misma debe ordenarse en virtud de documento judicial, y no por una mera instancia del demandante.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Roses, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: OBRA NUEVA PREVIA.

No es posible asignar dicho número a la finca en tanto no conste inscrita la obra nueva de la edificación que será objeto de comercialización.

Aclarada la naturaleza jurídica del procedimiento de asignación del código de registro, es preciso enfatizar la finalidad que persigue dicha asignación: la identificación exacta de la unidad que pretende ser objeto de alquiler de corta duración. Evidentemente en el presente supuesto el objeto de oferta y comercialización no es el solar (situación que consta en el Registro de la Propiedad) sino el alojamiento amueblado que va a ser objeto de alquiler de corta duración y que no consta inscrito. Por este motivo, dado que el número de registro único ha de permitir la identificación exacta de la unidad objeto de arrendamiento, no es posible asignar dicho número a la finca en tanto no conste inscrita la obra nueva de la edificación que será objeto de comercialización.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULO PREVIO.

No es admisible como título previo un documento privado que, aunque tenga fecha fehaciente, no acredita la previa adquisición de la finca.

En el presente caso, el título público de adquisición previa, consistente en escritura otorgada en el año 2024 de elevación a público de un documento privado del año 2002, consta otorgado el mismo día que el título inmatriculador. Por lo tanto, no se cumple el requisito legal de «haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes (...) también mediante título público». La presentación de un documento para su liquidación tributaria dota de fehaciencia, desde esa fecha, a la existencia del documento privado liquidado, pero no dota de autenticidad a las firmas de quienes lo suscriben, ni dota de fehaciencia a la supuesta transmisión dominical que se pretendiera con tal documento privado, la cual, además, no se produce por la simple firma de un documento privado de compraventa, si no va seguida de la tradición o entrega, como exige el artículo 609 del Código Civil, la cual no se presume ni opera por el simple otorgamiento de un documento privado. (artículo 1462 del Código Civil, «a sensu contrario») En consecuencia, no puede decirse que el transmitente haya acreditado mediante título público haber adquirido la propiedad al menos un año antes de la transmisión.

Cuando un particular formula oposición en términos confusos o sin que conste la autenticidad de su identidad, o validez y vigencia de la representación que alegue, o la identificación de cuál es la finca supuestamente invadida y en qué medida concreta, o cualquier otro extremo esencial, el registrador, como trámite para mejor proveer, puede requerirle para que subsane o complete tal escrito de oposición a fin de que el registrador pueda formarse un juicio cabal sobre la efectividad y fundamento de tal oposición y tomar la decisión que corresponda.

Resolución de 24-7-2025

BOE 16-10-2025

Registro de la Propiedad de Roses, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: CANAL TELEMÁTICO ADECUADO.

No es atendible la solicitud electrónica de publicidad hecha a través del canal previsto para la presentación de documentos privados y no por el trámite específico habilitado en la sede electrónica para solicitudes de publicidad formal.

El objeto del recurso se reduce a determinar si es procedente denegar la expedición de la publicidad registral solicitada cuando la petición, aun formalizada electrónicamente, se realiza a través del canal previsto para la presentación de documentos privados y no por el trámite específico habilitado en la sede electrónica para solicitudes de publicidad formal.

La doctrina consolidada de este Centro Directivo —vid. Resoluciones citadas y, especialmente, la de 28 de marzo de 2023— destaca que, si bien la presentación

electrónica de documentos es obligatoria para determinados solicitantes, la digitalización no implica que puedan obviarse los procedimientos y canales específicos previstos. Cada modalidad de trámite exige utilizar el canal oportuno y seguir los cauces tasados, de modo que solo son admisibles las solicitudes formuladas por la vía habilitada en la sede electrónica para la finalidad concreta de publicidad registral. El uso de canales inadecuados vicia el procedimiento y justifica la denegación de la publicidad solicitada.

Resolución de 24-7-2025

BOE 17-10-2025

Registro de la Propiedad de Murcia, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: IDENTIDAD DEL TRANSMITENTE.

El juicio de identidad del vendedor, que alude además a que es quien adquirió en el título que consta inscrito, prevalece sobre las dudas expresadas por la registradora por no constar el DNI del actual titular registral en la inscripción.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente y entrar en el fondo del asunto si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso. En el presente caso la registradora ha expresado que «no existe la certeza de la identidad del vendedor con el titular registral», de acuerdo con el principio de tracto sucesivo, motivándolo en que en el folio registral no consta el documento nacional de identidad del transmitente. El único precepto que lo fundamenta, es, de forma lacónica, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. El defecto parece señalado de forma clara, pero una motivación así, que afecta de forma directa a la función del notario autorizante como identificador del compareciente, en la que se cuestiona su actuación, precisa de mayor fundamentación. La motivación no ha sido suficientemente expresiva de la razón que justifica la suspensión de la calificación en base a esa «falta de certeza», pero la notaria recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa.

En nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (cfr. artículo 23 de la Ley del Notariado). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro. No es que en cualquier caso de discordancia, por ligera que ésta sea, deba acreditarse al registrador la identidad del otorgante, sino que, por el contra-

rio, habida cuenta de la especial eficacia que la Ley atribuye a ese juicio notarial sobre dicha identidad y de los limitados medios que el registrador puede tomar en cuenta al realizar su calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sólo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente consistencia.

En el presente caso, la notaria autorizante no sólo ha dado fe de identificar al otorgante como vendedor, sino que le identifica —bajo su responsabilidad— como la misma persona que formalizó en el año 1978 la compraventa mediante la escritura que se reseña, coincidente con la que figura en los asientos registrales (teniendo en cuenta, al hacerlo, circunstancias determinantes de su debida identificación) y ha emitido no sólo un juicio de identidad de dicho señor sino también un juicio sobre su legitimación como vendedor para formalizar la venta de que se trata. Y sobre tales juicios no puede prevalecer la afirmación de la registradora basada únicamente en que no consta el documento nacional de identidad del vendedor en el folio registral de la finca ni ha expresado la notaria que haya tenido a la vista el título de adquisición.

Resolución de 24-7-2025

BOE 17-10-2025

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: OBRA NUEVA PREVIA.

No es posible asignar dicho número a la finca si en el Registro no constan las mismas habitaciones objeto del alquiler y mientras exista la cláusula estatutaria prohibitiva.

En el supuesto que motiva el presente expediente, debe por tanto calificarse, como efectivamente ha hecho el registrador, la correspondencia entre el número habitaciones que consta en la descripción registral de la finca y el número de habitaciones para que se solicita el número de registro único de alquiler, así como si tal arrendamiento vulnera la prohibición prevista en los estatutos de la propiedad horizontal.

En relación con el primero de los defectos, esto es, la existencia de discrepancias entre el número habitaciones que constan en la descripción registral de la finca (dos) y el número de habitaciones para que se solicita la asignación del número de registro único de alquiler (tres), hemos de partir de la finalidad que persigue dicha asignación: la identificación exacta de la unidad que pretende ser objeto de alquiler de corta duración.

En relación con el segundo de los defectos, para resolver el presente recurso debemos partir la prohibición contenida en las normas estatutarias inscritas en el folio de la finca matriz el día 4 de octubre del año 1975, con anterioridad la obtención del título habilitante o licencia, la cual reza que: «Los apartamentos se destinarán necesariamente a vivienda, no pudiéndose dar uso distinto, ni ejercer por tanto en ellos, industria o comercio o profesión liberal u oficio alguno, así como les queda prohibido a los propietarios y ocupantes actividades dañosas para la finca, inmorales o insalubres y además se prohíbe: 1.º— Instalar círculos académi-

cos, pensiones o asociaciones». No es posible asignar el número de registro único de alquiler y practicar la correspondiente nota marginal en tanto no se modifique dicha prohibición estatutaria de conformidad con el régimen de mayorías previsto en el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal, sin que sea bastante la autorización expresa de la comunidad de propietarios prevista en el artículo 7 de la misma norma, al ser la inscripción de la prohibición estatutaria (4 de octubre de 1975) previa a la obtención de la correspondiente licencia o título habilitante.

Resolución de 24-7-2025

BOE 17-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 40.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO: CANCELACIÓN.

Se analizan los requisitos y plazos para cancelar por caducidad una anotación de crédito refaccionario.

Con carácter previo, respecto de las alegaciones que hacen los recurrentes en su escrito acerca de si procedía o no la práctica de las anotaciones preventivas de crédito refaccionario cuya cancelación ahora se ha solicitado, debe reiterarse la doctrina emanada por este Centro Directivo en relación con el objeto del recurso y si, en su caso, podría extenderse a asientos ya practicados.

Al contrario de lo que interpretan los recurrentes, esta Dirección General consideró en Resolución de 27 de abril de 2010, que al cómputo del plazo de las anotaciones preventivas establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no se rige por lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil sino por lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento Hipotecario, que establece que los plazos señalados por días se computan por días hábiles excepto los establecidos para concursar registros o tomar posesión de los mismos, que se cuentan por días naturales. Este mismo criterio ha de aplicarse por tanto al plazo del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, que en consecuencia debe computarse por días hábiles.

La calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Este 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.

En el supuesto de este expediente, debe tenerse en cuenta, como antes se ha expuesto, que del artículo 93 de la Ley Hipotecaria resulta que el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca «si al expirar el término señalado en el artículo anterior [esto es, el plazo de sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción del artículo 92] no estuviere aún pagado por completo de su crédito» y que de acuerdo con el artículo 95 de la Ley Hipotecaria, las cuestiones que se susciten entre el acreedor y el deudor

sobre la liquidación del crédito refaccionario o sobre la constitución de la hipoteca se decidirán en juicio ordinario y que mientras éste se sustancie y termine, subsistirá la anotación preventiva y producirá todos sus efectos. De los asientos del Registro, del Libro Diario, resulta que se están tramitando estas cuestiones en procedimiento ordinario en el que por decreto de fecha 9 de abril de 2025 se admitió a trámite la demanda del acreedor contra el deudor. De ello resulta por tanto que ha de subsistir la anotación preventiva y que no es posible cancelarla.

Todo ello sin perjuicio de que, como se ha expuesto al examinar el primer defecto, no ha transcurrido aún el plazo previsto en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria y de que, aun cuando no se ha indicado por el registrador en su nota, a pesar de que a la solicitud de cancelación se acompañe un certificado de fin de obra, en el Registro las obras a las que se refiere el crédito refaccionario continúan todavía en construcción.

Resolución de 24-7-2025

BOE 17-10-2025

Registro de la Propiedad de Montoro.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede denegar la inscripción de una base gráfica sin consignar en la calificación la motivación suficiente.

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 juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados. La mera existencia de la alegación no es por sí suficiente para emitir una calificación negativa.

Desde un punto de vista formal, la nota de calificación es de parca fundamentación, pues no indica cual es la causa de la denegación, más allá que la mera oposición, pues siquiera se alude a la posible invasión de finca colindante, existiendo además otras circunstancias con las que el registrador podría haber apuntalado su juicio de identidad sobre la finca. Pero, el registrador estima las alegaciones del colindante, porque entiende acreditada su alegación, sin expresar por qué. El registrador tiene base suficiente para justificar sus dudas de identidad de modo objetivo, lo que no hace en la nota de calificación, declarando si, a su juicio, hay o no controversia, como ha declarado reiteradamente esta Dirección General.

No cumpliendo la nota de calificación recurrida con los requisitos exigidos por la doctrina de esta Dirección General en cuanto a la inexistencia del juicio sobre las dudas de identidad de la finca, tanto desde el punto de vista jurídico, como objetivo, siendo dicha motivación necesaria, por aplicación del principio de prohibición de la indefensión, que resulta del artículo 24 de la Constitución, para que el recurrente pueda conocer el defecto alegado por la calificación en toda su extensión y preparar debidamente el recurso contra el defecto alegado, que ha de poder conocer en toda su extensión, la calificación recurrida no puede ser admitida.

Resolución de 24-7-2025

BOE 17-10-2025

Registro de la Propiedad de Estepa.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe alegar que los colindantes que ahora se oponen antes estaban de acuerdo sin acreditarlo.

Se constata que la escritura calificada, que incluye la representación gráfica en papel de las porciones segregadas y del resto, está otorgada por sí solo por el ahora recurrente, en su concepto de albacea contador-partidor de un causante y de apoderado del albacea contador-partidor de otro. Por tanto, no consta acreditada la afirmación que efectúa de que los ahora opositores hubieran consentido previamente, y menos consta aun que lo hubieran consentido en documento auténtico, las representaciones gráficas a cuya inscripción ahora se oponen. Por lo que esta alegación del recurrente ha de ser también desestimada, y todo ello sin prejuzgar ni analizar aquí, pues no resulta pertinente, cuál sea el alcance que hubiera hipotéticamente hubiera que reconocerse en el seno del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria a la doctrina de los actos propios alegada por el recurrente, ya que no concurre el presupuesto de hecho que se invoca.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 1.

HIPOTECA: ESCRITURA SUBSANATORIA.

Se considera suficiente la escritura subsanatoria aportada.

El hecho de que haya sido resuelto el recurso interpuesto contra la primera calificación y la circunstancia de haber sido inscrita la escritura pendientes dicho recurso y el presente como consecuencia de dichas escrituras complementarias, no exime de la obligación de resolver la cuestión planteada en este expediente. Conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso.

Hecha la anterior precisión, para resolver la cuestión de fondo planteada, debe tenerse en cuenta que la escritura complementaria objeto de la calificación impugnada no es, en puridad y frente a lo que expresa el registrador, de rectificación de la anterior, sino de mera aclaración de su contenido en el sentido de que la manifestación sobre el carácter habitual de la vivienda se realizó por la prestataria a los efectos de lo establecido en los artículos 21 y 129.2 de la Ley Hipotecaria, y no para cumplir con lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil, algo que, por lo demás y como puso de manifiesto este Centro Directivo en la citada Resolución de 6 de junio de 2025, se infería ya claramente de la redacción de la escritura de préstamo hipotecario que se pretendía complementar.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 16.

PROCEDIMIENTO DE. EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

La no existencia de la nota marginal provoca una situación de indefensión a los titulares de cargas. posteriores.

El artículo 688, números 1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige, como trámite esencial del procedimiento de ejecución hipotecaria, la expedición de certificación de dominio y cargas. Siendo el registrador de propiedad quien emite la certificación el funcionario que debe realizar las notificaciones a los citados titulares de inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta, y existiendo la obligación de conservar los justificantes de su realización; el registrador de la propiedad que califique la inscripción de la adjudicación judicial, sea el mismo o sea un sucesor en la oficina, deberá fundamentar la misma en los asientos (nota marginal) y acuses de recibo que obren en el expediente registral, sin que pueda prevalecer la expresión de haberse verificado las notificaciones que conste en el mandamiento de cancelación de cargas, ya derive ésta, bien de una redacción formularia del mandamiento o bien de una errónea información suministrada por el Registro.

Se incorpora al expediente acuerdo de letrado de la Administración de Justicia del Juzgado ante el que se siguió el procedimiento aclarando que, en efecto, consta en el expediente certificación registral en la que se advertía que no se había practicado la nota marginal prevista en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que «no se encuentra incorporada a las actuaciones la certificación de dominio y cargas ex artículo 688.2 LEC». Como muy acertadamente apunta la registradora en su informe, en el presente caso, existen terceros poseedores de la finca, cuyo derecho consta inscrito en el Registro con posterioridad a la hipoteca y que no han sido parte en la ejecución, pues no se le ha practicado notificación alguna, ni pudieron conocer que la hipoteca se encontraba en ejecución ya que no se extendió la nota marginal del artículo 688. Estos terceros no han tenido la oportunidad de participar en la ejecución, lo que es un obstáculo calificable en base al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de Torrox.

DOCUMENTOS JUDICIALES EXTRANJEROS: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO CE 2201/2003.

Se reitera la doctrina sobre la calificación de documentos judiciales autorizados en países de la UE.

Es principio básico de nuestro derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo; en

virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente. Así lo establece el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, según el cual, para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos reales sobre inmuebles, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral (vid. el citado artículo 38.1.º de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando una mitad de la finca transmitida inscrita en el Registro de la Propiedad —y bajo la salvaguardia de los tribunales— a favor de persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria); o sin reflejarse tabularmente la cadena de transmisiones. La presunción *iuris tantum* de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular, o derivados de procedimientos judiciales o administrativos en que el mismo no haya tenido intervención.

El recurrente, centra su argumentación en la no inscripción de unas resoluciones judiciales que en modo alguno consta se hayan presentado al Registro; presentación que daría inicio al procedimiento registral y subsiguiente calificación. Así las cosas, con todo, las resoluciones judiciales que se citan en el recurso son claramente anteriores al vigente Reglamento (UE) de 2019, por lo que no cabría dudar de la aplicación al caso del citado Reglamento (UE) de 2003. El recurrente entiende que, por aplicación directa del Reglamento en cuestión no es exigible ninguna otra formalidad, de modo que la resolución judicial puede acceder directamente a los libros registrales; no obstante hay que reiterar de nuevo que no consta presentación directa alguna de las resoluciones judiciales y solo su mención en la escritura calificada. Es decir, que pretende que la propia escritura calificada actué de vehículo o mecanismo para la inscripción de las citadas resoluciones.

Este Centro Directivo ya tuvo ocasión de pronunciarse, en sus Resoluciones de 27 de julio de 2012 y 20 de junio de 2023, sobre la interpretación del citado Reglamento (CE) número 2201/2003 en relación con el acceso al Registro de la Propiedad de una resolución judicial de origen comunitario sobre declaración de divorcio de dos ciudadanos comunitarios, y que contiene disposiciones relativas al destino de su patrimonio en España, fijando un cuerpo de doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso. Ese reconocimiento directo, en el sentido expresado, no opera de forma automática o «*ex lege*» (de ahí lo impropio de la denominación «reconocimiento automático»), en la medida en que lo que se dispensa es la exigencia de un procedimiento específicamente dirigido a la obtención de la declaración formal de reconocimiento de carácter autónomo, pero sin que ello se traduzca en una ausencia de control de la resolución judicial extranjera, sino en una articulación de los mecanismos de fiscalización más simplificados y sujetos a un régimen de causas tasadas de denegación.

Por lo tanto, el sistema de reconocimiento directo implantado por los instrumentos comunitarios permiten invocar directamente la resolución judicial extranjera ante el registrador español, sin necesidad de un procedimiento previo de reconocimiento a título principal, que es sustituido por el control incidental por parte

del mismo registrador, en virtud del cual deberá determinar con carácter previo a autorizar el acceso al Registro español de la resolución extranjera si ésta reúne los requisitos necesarios para ser reconocida en España (requisitos externos, formales o de autenticidad, y requisitos internos relativos a la no concurrencia de los motivos de denegación antes señalados).

En definitiva, como se ha afirmado por la doctrina científica y por este Centro Directivo (cfr. Resolución de 20 de junio de 2013), la integración del control incidental de la resolución extranjera dentro de la calificación o juicio de legalidad que realiza el registrador, supone que éste deberá realizar tres operaciones sucesivas: primero, verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, en este caso en el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza; segunda, verificar que con arreglo a la normativa comunitaria la resolución extranjera puede ser reconocida y desplegar efectos en España como tal resolución judicial; y, tercero, determinar si, con arreglo a la legislación registral española, aquella resolución extranjera puede acceder a los libros del Registro. Ahora bien, la aplicación de la legislación interna en este punto deberá hacerse, como antes se ha indicado, sin anular el «efecto útil» del Reglamento comunitario.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede. La inscripción de una base gráfica si se. Acreditan. Dudas justificadas sobre la posible invasión de otra.

La interrupción generalizada del suministro eléctrico en todo el territorio peninsular acaecida el 28 de abril de 2025, que ha afectado al normal funcionamiento de infraestructuras y comunicaciones entre otros, ha dado lugar a la declaración de emergencia de interés nacional en el territorio de diversas comunidades autónomas a través de sendas órdenes del Ministro del Interior (Órdenes INT/399/2025 e INT/400/2025, de 28 de abril). Consecuencia, además, de las circunstancias sobrevenidas por la interrupción generalizada del suministro eléctrico, por resolución de esta Dirección General se dispuso el cierre de todos los registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, a todos los efectos (debiendo quedar incluido, en consecuencia, el de la presentación en la oficina del escrito de interposición de recurso) los días 28, desde las 12 de mañana, y 29 de abril. Por lo tanto, debe concluirse que el recurso ha sido presentado dentro de plazo, por lo que procede entrar en el fondo de la cuestión debatida.

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 pú-

blico, 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.

En el concreto caso de este expediente, el registrador funda sus dudas en la alegación de los titulares registrales de la finca colindante por el sur, que muestran su total oposición a la inscripción pretendida por entender que se produce una invasión de su finca, identificando las concretas parcelas con las que se corresponde la finca de su propiedad, las cuáles quedan afectadas por la base gráfica propuesta, de tal modo que la superficie y delimitación gráfica atribuida a la registral 11.538 se hace a costa de la finca de su titularidad, de tal suerte que a través del informe de validación aportado lo que se pretende, en realidad, es crear una parcela catastral ficticia que se coordine con la citada finca, la cual carece de referencia catastral, no siendo siquiera coincidente la cabida inscrita en el Registro con aquella que se atribuye a la finca a resultad de la base gráfica alternativa propuesta.

En el presente expediente tal afectación a parcelas catastrales colindantes no se produce porque la representación alternativa es aportada en un procedimiento de mejora de la precisión métrica o porque se considere que la cartografía catastral de una determinada parcela que se corresponde con una concreta finca, no se adecúa a la realidad, sino que, en principio, no existe parcela catastral que se corresponda con la registral 11.538, por lo que, tal como afirma en registrador en su calificación, en el presente caso la representación gráfica aportada implica una verdadera reordenación de terrenos y no un mero ajuste de delimitación respecto de la organización de la propiedad que resulta del parcelario catastral, el cual, goza, además, de una presunción de exactitud en cuanto a los datos físicos, derivada del artículo 3 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Por tanto, resulta evidente la existencia de una controversia latente respecto de la línea de separación entre fincas colindantes, que por pequeña que sea, provoca la oposición del colindante, sin que puede calificarse de temeraria la calificación registral.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece que los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase impide la concesión del NRUA.

Se ha de partir de la letra e del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, según el cual se excluye del ámbito de su aplicación a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad

lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Por ello, si bien el arrendamiento de vivienda puede considerarse como una actividad económica o comercial, no puede ser prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios, a diferencia del arrendamiento de vivienda para uso turístico. Y ello porque la legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda, dada la exclusión de aplicación [artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos] a los alquileres turísticos.

Por lo expuesto, para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 13 de las normas estatutarias, que dispone: «Los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase». Constando inscrita una prohibición estatutaria como la analizada en el presente expediente, el otorgamiento de un número de registro único de alquiler de corta duración precisa la previa inscripción de la correspondiente modificación de los estatutos referidos, en virtud de escritura pública o resolución judicial, sin que sea suficiente la mera aportación del acta referido.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece que los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase impide la concesión del NRUA.

Se ha de partir de la letra e del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, según el cual se excluye del ámbito de su aplicación a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Por ello, si bien el arrendamiento de vivienda puede considerarse como una actividad económica o comercial, no puede ser prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios, a diferencia del arrendamiento de vivienda para uso turístico. Y ello porque la legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda, dada la exclusión de aplicación [artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos] a los alquileres turísticos.

Por lo expuesto, para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 13 de las normas estatutarias, que dispone: «Los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase». Constando inscrita una prohibición estatutaria como la analizada en el presente expediente, el otorgamiento de un número

de registro único de alquiler de corta duración precisa la previa inscripción de la correspondiente modificación de los estatutos referidos, en virtud de escritura pública o resolución judicial, sin que sea suficiente la mera aportación del acta referido.

Resolución de 28-7-2025

BOE 20-10-2025

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece que los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase impide la concesión del NRUA.

Se ha de partir de la letra e del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, según el cual se excluye del ámbito de su aplicación a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Por ello, si bien el arrendamiento de vivienda puede considerarse como una actividad económica o comercial, no puede ser prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios, a diferencia del arrendamiento de vivienda para uso turístico. Y ello porque la legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda, dada la exclusión de aplicación [artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos] a los alquileres turísticos.

Por lo expuesto, para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 13 de las normas estatutarias, que dispone: «Los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase». Constando inscrita una prohibición estatutaria como la analizada en el presente expediente, el otorgamiento de un número de registro único de alquiler de corta duración precisa la previa inscripción de la correspondiente modificación de los estatutos referidos, en virtud de escritura pública o resolución judicial, sin que sea suficiente la mera aportación del acta referido.

Resolución de 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece que los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase impide la concesión del NRUA.

Se ha de partir de la letra e del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, según el cual se excluye del ámbito de su aplicación a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Por ello, si bien el arrendamiento de vivienda puede considerarse como una actividad económica o comercial, no puede ser prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios, a diferencia del arrendamiento de vivienda para uso turístico. Y ello porque la legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda, dada la exclusión de aplicación [artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos] a los alquileres turísticos.

Por lo expuesto, para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 13 de las normas estatutarias, que dispone: «Los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase». Constando inscrita una prohibición estatutaria como la analizada en el presente expediente, el otorgamiento de un número de registro único de alquiler de corta duración precisa la previa inscripción de la correspondiente modificación de los estatutos referidos, en virtud de escritura pública o resolución judicial, sin que sea suficiente la mera aportación del acta referido.

Resolución de 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece que los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase impide la concesión del NRUA.

Se ha de partir de la letra e del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, según el cual se excluye del ámbito de su aplicación a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Por ello, si bien el arrendamiento de vivienda puede considerarse como una actividad económica o comercial, no puede ser prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios, a diferencia del arrendamiento de vivienda para uso turístico. Y ello porque la legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vi-

vienda, dada la exclusión de aplicación [artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos] a los alquileres turísticos.

Por lo expuesto, para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 13 de las normas estatutarias, que dispone: «Los pisos se destinarán a vivienda y no podrán instalarse en ellos servicios o industrias de ninguna clase». Constando inscrita una prohibición estatutaria como la analizada en el presente expediente, el otorgamiento de un número de registro único de alquiler de corta duración precisa la previa inscripción de la correspondiente modificación de los estatutos referidos, en virtud de escritura pública o resolución judicial, sin que sea suficiente la mera aportación del acta referido.

Resolución de 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: TERMINACIÓN DE OBRA.

Impide la concesión del NRUA el hecho de que no conste la previa terminación de obra.

Dado que el número de registro único de alquiler ha de permitir la identificación exacta del alojamiento amueblado que pretende ser objeto de alquiler de corta duración, no es posible asignar dicho número a la finca en tanto no conste inscrita la terminación de la obra de —al menos— la unidad que pretende ser arrendada. En este sentido, debemos recordar la Resolución de este Centro Directivo de 29 de noviembre de 2017, entre otras, en la que se concretan los requisitos para declarar la terminación de obra de un elemento privativo integrado en una propiedad horizontal.

Resolución de 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de Málaga, número 12.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece prohíbe la actividad de hospedaje impide la concesión del NRUA.

Respecto al primero de los defectos impugnados, la resolución del presente recurso pasa por precisar el sentido y extensión del término «huéspedes» o «pensión». En especial, la actividad de «hospedaje», cuya prohibición se refleja en los estatutos de la comunidad. Ciertamente es que, en este caso, la regulación 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. Por ello, 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, cabría apostillar, en intensidad y extensión). La conclusión que se sigue de lo expuesto es que el concepto de hospedaje y las obligaciones que determina e impone la legislación sectorial abarca también a las viviendas de uso turístico, por lo que la norma estatutaria alegada en la calificación sería aplicable a las mismas. En consecuencia, debe confirmarse el primero de los defectos impugnados.

En cuanto al segundo defecto, notamos que tanto la instancia de solicitud de número de registro único de alquiler como la resolución de inscripción de su vivienda con fines turísticos en el Registro de Turismo de Andalucía aparecen solicitadas por «(...)», que parece ser una comunidad de bienes integrada por los titulares de la finca objeto de este expediente, figura esta carente de personalidad jurídica y en principio no apta para ser titular registral de derechos inscritos. La resolución administrativa referida también aparece concedida a don E. J. R. A. Debe recordarse que el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, debe notarse que el recurso objeto del presente expediente, firmado por el referido don E. J. R. A. fue objeto de subsanación mediante autorización concedida a dicha persona por el titular registral, don J. M. E. R., mediante escrito con firma legitimada ante el registrador el día 30 de mayo de 2025. En dicho escrito, se autoriza a don E. J. R. A. a «realizar las gestiones necesarias para la inscripción de la citada vivienda en el registro único de alquileres de corta duración, así como para poder prestar conformidad o recurrir gubernativamente contra las notificaciones relacionadas con dicha solicitud de número de registro de alquileres de corta duración». Por lo tanto, si bien dicha documentación no pudo tenerse en cuenta por el registrador en su nota de calificación, por ser de fecha posterior a la misma, la amplitud de sus términos resultaría suficiente para considerar acreditada la representación, por parte de don E. J. R. A., de los titulares registrales, a los exclusivos efectos de la asignación del número de registro de alquiler ahora debatido, en caso de que se logre subsanar el primero defecto señalado mediante la correspondiente inscripción de modificación estatutaria.

Resolución de 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de San Vicente de La Barquera-Potes.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

Para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en el presente caso, y asignar el correspondiente número de registro único de alquiler, es necesario tanto el documento acreditativo de presentación de la declaración responsable (artículo 5 del Decreto 225/2019), como el cumplimiento de los requisitos establecidos por la regulación urbanística municipal.

No puede sino reafirmarse la competencia del registrador para calificar si el arrendamiento de corta duración turístico cumple con los requisitos exigidos por la legislación urbanística y sectorial aplicable para la asignación del número de registro único de alquiler que habilitará su comercialización mediante plataformas en línea. En el presente caso, en cuanto a la calificación de los requisitos estableci-

dos por la legislación urbanística y sectorial, hemos de partir de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

En relación con la segundo de los defectos, la recurrente sostiene que el recibo de presentación de la declaración responsable ante la Dirección General de Turismo de Cantabria es título válido y apto para su subsanación a pesar de que ésta adolezca de defectos que el propio organismo autonómico pone de manifiesto en su comunicación. Sin embargo, esta afirmación no puede sostenerse.

La enumeración contenida en el artículo 4.2.27 del Plan General de Ordenación Urbana de Comillas en relación con los usos de hostelería tiene un carácter meramente ejemplificativo, sin ánimo de agotar todos los supuestos en los que puede concretarse tal uso. Prueba de ello es que la enumeración va precedida del término «como». Deben distinguirse los requisitos de establecidos por la normativa sectorial turística, como la presentación de declaración responsable (no urbanística) para la inscripción en el Registro General de Empresas Turísticas de Cantabria, frente a la necesidad de cumplir las limitaciones establecidas por la regulación urbanística municipal para el ejercicio de tal actividad turística. Ambas son cuestiones diferentes y compatibles entre sí, ya que tanto la legislación autonómica como la municipal así lo indican.

En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en el presente caso, y asignar el correspondiente número de registro único de alquiler, es necesario tanto el documento acreditativo de presentación de la declaración responsable (artículo 5 del Decreto 225/2019), como el cumplimiento de los requisitos establecidos por la regulación urbanística municipal para los usos de hostelería (artículo 4.2.28 del Plan General de Ordenación Urbana de Comillas).

Resolución de 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de Calafell.

REPACERLACIÓN URBANÍSTICA: REQUISITOS.

Aportada la georrefrenciación de las fincas iniciales y resultantes y del resto no afectado, no cabe oponerse a la inscripción.

La técnica utilizada de remisión en. Una nota de calificación a otra anterior resulta del todo incorrecta por cuanto, presentado de nuevo un documento, debe realizarse una calificación íntegra del mismo sin remisiones a notas de calificación de asiento de presentación caducados conforme a lo dispuesto en el artículo 19 bis.2 de la Ley Hipotecaria.

Los defectos que alega el registrador de la Propiedad para suspender la inscripción de la reparcelación voluntaria y su subsanación son, en síntesis, que no se ha procedido a la determinación gráfica georreferenciada de la finca resto tras la segregación y que no cabe la modificación de superficie de dicha finca resto tras la aprobación firme en vía administrativa del proyecto de reparcelación. La calificación registral no puede ser mantenida en ninguno de sus extremos. En cuanto al primer defecto, porque constan incorporados al expediente en formato GML las

coordenadas de la finca resto y constan identificadas las parcelas catastrales que la integran, tal y como exigen los artículos 9, 10 y 199 de la Ley Hipotecaria y la Resolución conjunta de la Dirección General de Catastro y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 23 de septiembre de 2020.

En cuanto al segundo de los defectos, tiene razón el notario cuando en su informe alega la inexactitud de la nota de calificación que se refiere a la aportación de la finca 3.439 al proyecto de reparcelación por cuanto que no se aporta dicha finca, sino una porción de la misma, 10.050,51 metros cuadrados, que en ningún momento ha sido objeto de modificación. La modificación de superficie que ahora se pretende no altera en modo alguno el perímetro de la unidad de actuación que fue objeto de aprobación administrativa, por lo que dicha rectificación de superficie no debe ser objeto de nueva aprobación administrativa por el Ayuntamiento de Calafell.

Resolución 28-7-2025

BOE 21-10-2025

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

PACERLACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.

De acuerdo con la legislación autonómica puede haber casos de venta de cuotas indivisas en los que sea exigible directamente licencia de parcelación.

En el caso de Andalucía, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, entró en vigor el 23 de diciembre de 2021. No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía, considerando como tal según su artículo 91.1: «a) En terrenos que tengan el régimen propio del suelo urbano, toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares. b) En terrenos que tengan el régimen del suelo rústico, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en esta Ley y en la legislación agraria, forestal o similar, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos.» La ley mantiene la norma prohibitiva de toda parcelación urbanística en suelo rústico, estableciendo, de modo idéntico al texto anterior, que se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, finca o parcela, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos anteriores, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. No obstante, el apartado quinto señala ahora que la asignación de cuotas en proindiviso resultantes de transmisiones «mortis causa» o entre cónyuges o pareja de hecho no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de Ley.

A la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de par-

celación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. En otro caso, su tratamiento, desde el punto de vista registral, debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

Por su parte, el artículo 139.2 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, desarrolla esta regulación contemplando un supuesto objetivo de negocio equiparado a la parcelación en el que la asignación de cuotas en proindiviso de una finca puede derivar en la existencia de diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble. En concreto, se equipara a la parcelación la transmisión «inter vivos» de cuotas proindiviso de fincas clasificadas como suelo rústico, cuando a cada uno de los titulares corresponda teóricamente una parte de superficie inferior a la mayor de las fijadas en el reglamento y en la ordenación territorial y urbanística vigente, como parcela mínima edificable o divisible, según el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de alteración, el porcentaje que represente cada cuota indivisa enajenada, tal y como acaece en el presente supuesto fáctico.

Al tratarse de un acto «revelador» de una «posible» parcelación urbanística, la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía y su Reglamento someten estos actos a licencia urbanística municipal, que tendrá por finalidad, precisamente, comprobar la existencia o inexistencia de peligro de formación de nuevos asentamientos. La acreditación de la existencia de estos riesgos implicará la denegación de la licencia y, en su caso, el ejercicio de potestades en materia de disciplina urbanística. En caso contrario, la operación podrá ser autorizada en el correspondiente acto de licencia, que habrá de exigirse en todo caso por los notarios en garantía del principio de legalidad como presupuesto imprescindible para el otorgamiento de la escritura pública. No pueden compartirse las alegaciones del recurrente relativa a una vulneración de los principios de legalidad y tipicidad pues, como se ha expuesto, es la Ley autonómica aplicable, desarrollada reglamentariamente, la que, con fundamento en la legislación básica estatal, somete a control administrativo previo determinados negocios jurídicos en los que concurren concretos supuestos objetivos definidos por la propia norma.

Como ya se ha expuesto anteriormente, este Centro Directivo ha sostenido que pueden existir actos o negocios que presenten elementos indiciarios de parcelación que no se traten por la vía procedimental del artículo 79 citado, sino que dichos actos pueden someterse al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. Es lo ocurre en el caso de la legislación andaluza con el citado artículo 91 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre,

respecto a la transmisión de cuotas en proindiviso atendidas las circunstancias concurrentes y, para el suelo no urbanizable, el vigente Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, en su artículo 139.2.

Resolución de 29-7-2025

BOE 24-10-2025

Registro de la Propiedad de Pineda de Mar.

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: DE FINCAS RESULTANTES DE REPARCELACIÓN URBANÍSTICA.

El hecho de que una finca proceda de reparcelación no impide que se pueda inscribir su representación gráfica y rectificar así su superficie.

Como ha declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de diciembre de 2019, aunque la finca proceda de una reparcelación, debe admitirse la rectificación, sin cumplir las exigencias procedimentales de este procedimiento administrativo, cuando no exista duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación. En los historiales registrales de las fincas en cuestión, no consta, como debería, alusión alguna al archivo registral del plano de dicha finca de resultado.

En consecuencia, sentado lo anterior, no puede afirmarse otra cosa que la plena correspondencia entre la finca resultante de la operación de agrupación y la representación gráfica propuesta que, por tratarse de un supuesto de inscripción obligatoria de la base gráfica de la finca, se aporta junto con el título inscribible, determinando que una vez incorporada la representación gráfica a la inscripción, su consecuencia será que su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria.

Resolución de 29-7-2025

BOE 24-10-2025

Registro de la Propiedad de San Javier, número 1.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece prohíbe la actividad comercial de alojamiento de personas impide la concesión del NRUA.

Para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 15.5 de las normas estatutarias inscritas el 24 de enero de 2007, que dispone: «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 de alojamiento de personas, timesharing».

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 comercial de alojamiento de personas y la misma está expresamente prohibida.

Resolución 29-7-2025

BOE 24-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

El alquiler de corta duración no turístico resulta incompatible con la cláusula estatutaria que obliga a destinar las viviendas «exclusivamente a domicilio permanente» e impide la concesión del NRUA.

Se discute si la obligación estatutaria de destinar las viviendas «exclusivamente a domicilio permanente» establecida en el artículo 5 de los estatutos de la propiedad horizontal excluye la posibilidad de celebrar arrendamientos de temporada a estudiantes y, por lo tanto, limita la posibilidad de expedir el número de registro único de alquiler para las habitaciones de la finca. En este punto, tal y como se ha analizado anteriormente, los arrendamientos de temporada a estudiantes, a pesar de estar destinados a satisfacer la necesidad de vivienda de los arrendatarios, no quedan englobados dentro de la categoría de arrendamiento de vivienda, porque no pretenden satisfacer una necesidad «permanente», como exige el artículo 2.

En consecuencia, debe confirmarse el criterio del registrador, considerando que el alquiler de corta duración no turístico resulta incompatible con la cláusula estatutaria que obliga a destinar las viviendas «exclusivamente a domicilio permanente». La asignación del número de registro único de alquiler exige la previa modificación de los estatutos, con todos los requisitos establecidos por la normativa hipotecaria y sectorial aplicable.

Resolución de 29-7-2025

BOE 24-10-2025

Registro de Marbella, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece prohíbe ejercer en ninguna actividad comercial, industrial o profesional impide la concesión del NRUA.

En el supuesto que motiva el presente expediente, debe por tanto calificarse, como efectivamente ha hecho el registrador, la correspondencia entre el número habitaciones que consta en la descripción registral de la finca y el número de habitaciones para que se solicita el número de registro único de alquiler, así como si tal arrendamiento vulnera la prohibición prevista en el artículo 27 de los estatutos de la propiedad horizontal. La identificación de cada unidad de alojamiento con un número de registro no sólo pretende llevar a cabo una contabilización de las habitaciones turísticas ofertadas, sino también, como indica la Exposición de Motivos, «evitar que puedan ser ofertadas viviendas en unas condiciones contrarias a las dispuestas por la normativa de las diferentes administraciones territoriales,

permitiendo a todas ellas llevar a cabo sus labores de inspección y control de forma más eficaz».

En relación con el segundo de los defectos, para resolver el presente recurso, debemos partir del obstáculo puesto de manifiesto en la calificación, el artículo 27 de las normas estatutarias, que dispone: «Las viviendas de los edificios objeto del condominio podrán ser usadas por los propietarios, teniendo presente la configuración de Unidad residencial, siendo, exclusivamente su uso para viviendas.—No podrán ser utilizadas para ejercer en ellas ninguna actividad comercial, industrial o profesional», por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico.

Resolución de 29-7-2025

BOE 24-10-2025

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: DIVISIÓN HORIZONTAL EN SUELO NO URBANIZABLE.

En suelo no urbanizable, la constitución de propiedad horizontal y la división de fincas, incluyendo la división horizontal tumbada, están sujetas a las limitaciones de las unidades mínimas de cultivo y a la normativa urbanística específica de cada Comunidad Autónoma.

Podemos concluir que, en suelo no urbanizable, la constitución de propiedad horizontal y la división de fincas, incluyendo la división horizontal tumbada, están sujetas a las limitaciones de las unidades mínimas de cultivo y a la normativa urbanística específica de cada Comunidad Autónoma. En la Comunidad Valenciana, se establecen unidades mínimas de cultivo de 2,5 hectáreas para secano y 0,5 hectáreas para regadío, según el Decreto 217/1999. La venta de cuotas indivisas con adscripción del uso y disfrute exclusivo de una porción de terreno puede constituir un acto de parcelación, por la posibilidad de la formación de un núcleo de población. Y ello por la concepción amplia y finalista del término parcelación urbanística, que admite la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que alude junto a la división o segregación de una finca, a los supuestos de «enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva». Por tanto, no es solo que el acto que se inscribió en el año 1998 estaba sujeto a licencia sino que, además, pudiera resultar nulo de pleno derecho, por haberse realizado contraviniendo la prohibición legal del artículo 24 de la Ley 19/1995, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. En cualquier caso, excede del ámbito del recurso el enjuiciar la validez de un asiento practicado correspondiendo su conocimiento a los Tribunales —artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria—.

Debe distinguirse en el análisis el cumplimiento de la legislación urbanística en materia de obra nueva y el de la ordenación territorial en materia de parcelación. Respecto a la urbanística el registrador en ningún momento pone en duda

en su nota de calificación la posible inscripción de la obra nueva toda vez que la declaración de obra nueva se realiza por el procedimiento de antigüedad tras la prescripción de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, pues el certificado del técnico acredita que su antigüedad es de entre unos 20 o 25 años. Respecto al cumplimiento de la legislación de ordenación territorial, debe determinarse si la constitución del régimen de propiedad horizontal que se pacta en la escritura está sujeto a licencia. En este caso es de aplicación la legislación vigente conforme a la fecha del otorgamiento de la escritura.

Tiene razón el registrador en que lo que hacen los otorgantes es cambiar la configuración jurídica de la finca que, de una cuota en condominio con adscripción del uso y disfrute exclusivo de una porción de terreno que se describe, se pasa a la configuración de 4 elementos privativos destinados a vivienda, susceptibles de aprovechamiento independiente y tráfico jurídico individualizado, cuyos titulares participan por iguales partes indivisas sobre el elemento común, que es el camino, que se describe de forma individualizada y se aporta una georreferenciación del mismo. Por ello, como dice el registrador en su nota de calificación: «se configuran parcelas de suelo como verdaderos elementos privativos, exclusivos y excluyentes, que implican de facto un fraccionamiento jurídico y funcional de la finca matriz. En definitiva, se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía que ha de entenderse que, no obstante, la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes (división horizontal). nos encontramos, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, ante una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados, por lo que está justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración». Lo que realmente titula la escritura de 17 de febrero de 2025, independientemente del nombre que le den las partes, es constituir un complejo inmobiliario, como se ha dicho anteriormente, describiendo 4 elementos privativos a los que se abriría un folio registral electrónico independiente, con su cuota de participación, atribuyendo una cuota de participación distinta respecto de la finca elemento común destinado a camino. En conclusión, las partes han constituido un complejo inmobiliario, que requiere de licencia administrativa por aplicación de la legislación vigente actualmente.

En el presente caso, existen unos indicios que han de llevarnos a considerar que estamos ante un auténtico acto de parcelación sometido a licencia y no a la simple adecuación del contenido del Registro a la realidad jurídica extrarregistral. En primer lugar, la finca rústica, en suelo no urbanizable e indivisible, se divide horizontalmente en 4 elementos privativos. En segundo lugar, se hace una descripción de los elementos privativos que no se corresponde con las superficies de uso y disfrute exclusivo atribuidas a cada cuota. En tercer lugar, los estatutos de la comunidad de propietarios en el artículo 1 describe genéricamente, como elementos comunes, todos aquellos que ni por naturaleza o destino ni por su afectación estén puestos al servicio o en subordinación de alguna de las viviendas, remitiéndose genéricamente al artículo 396 del Código Civil y enumerándose como comunes el suelo y el vuelo y en especial la zona de paso común de acceso a los cuatro elementos privativos. En el resto de los artículos estatutarios no se hace sino reforzar

la autonomía de cada elemento privativo. En cuarto lugar, la georreferenciación alternativa incorporada a la escritura se compone de cinco georreferenciaciones, cuatro correspondientes a cada uno de los elementos privativos y una quinta referida al camino, con atribución de cuota distinta a la que resulta del régimen de propiedad horizontal.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 2.

HIPOTECA EN FAVOR DE LA AEAT: NOVACIÓN UNILATERAL.

La ampliación de la cantidad garantizada por una hipoteca unilateral de carácter tributario ya aceptada, sustitutiva de medidas cautelares, puede constituirse con carácter unilateral ya se configure como una ampliación novatoria de la hipoteca inscrita, cuando sea posible, ya se instrumentalice a través de una segunda hipoteca.

Respecto de la naturaleza de las hipotecas unilaterales y los requisitos de su novación, cuando su aceptación conste reflejada en el Registro de la Propiedad, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Centro Directivo en las Resoluciones de 16 de mayo de 2005 y 19 de octubre de 2022. Se impone el análisis de las circunstancias concurrentes en el presente expediente, especialmente la naturaleza jurídica de la novación de la hipoteca por ampliación del capital del préstamo o de la cantidad máxima garantizada, para determinar si en este caso es posible la inscripción solicitada.

En un principio, el criterio de esta Dirección General en el caso de ampliación del capital de una hipoteca inscrita, con fijación de nuevos tipos para los intereses ordinarios y los moratorios, era que tal ampliación no puede perjudicar a terceros, por lo que frente a éstos es como si existieran dos hipotecas: una, la inicial (que como preferente le perjudica), y otra, la resultante de la ampliación (que, como posterior que es a su derecho, no puede perjudicarlo); y por exigencias del principio de especialidad, se exigía fijar con precisión las responsabilidades hipotecarias resultantes de la ampliación. Ahora bien, entre las partes se mantiene la obligación inicial (eso sí, ampliando su contenido u objeto), al no existir voluntad novatoria de la hipoteca primitiva. Posteriormente se matizó esta doctrina al señalar que no es posible pretender que, tras la ampliación del capital, la hipoteca funcione como una sola, incluso entre las partes, si no se establece un régimen uniforme y único para toda ella (singularmente, en relación con los intereses y la responsabilidad hipotecaria).

En el supuesto objeto de este expediente, concurren las circunstancias de no existir terceros posteriores a la inscripción de la primitiva hipoteca unilateral, de no haber tenido lugar amortización alguna, al tratarse de una hipoteca de máximo en garantía del resultado de un procedimiento penal por delito fiscal, y de existir un régimen uniforme para todo el capital asegurado; lo que cuadraría con la interpretación de la existencia de una voluntad novatoria de la hipoteca, que es la que refleja la escritura presentada a inscripción. En tal caso, y según la doctrina

de este Centro Directivo anteriormente expuesta, y, como modificación de una hipoteca unilateral inscrita, la novación escriturada requeriría el consentimiento simultáneo del acreedor. Ahora bien, el carácter ambivalente de la ampliación del capital, según las circunstancias concurrentes en cada caso, unida, por un lado, a la regulación tributaria de la materia de los medios de garantía sustitutivos de las medidas cautelares, que viene a configurarlo como otra garantía —hipoteca— suficiente (artículo 81.7.c) de la Ley General Tributaria), y, por otro lado, a que en la certificación administrativa de la concesión de la sustitución de las medidas cautelares se usan indistintamente los términos de «incremento de la actual hipoteca» e «hipoteca adicional», así como el carácter imperativo de la normativa fiscal para deudor; permite concluir que la ampliación de la cantidad garantizada por una hipoteca unilateral de carácter tributario ya aceptada, sustitutiva de medidas cautelares, puede constituirse con carácter unilateral ya se configure como una ampliación novatoria de la hipoteca inscrita, cuando sea posible, ya se instrumentalice a través de una segunda hipoteca.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Torrox.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO PREVIO.

Estando una mitad de la finca transmitida inscrita (y bajo la salvaguardia de los tribunales) en el Registro de la Propiedad a favor de una persona distinta del transmitente y como principio básico registral, no podrá accederse a la inscripción del título calificado, sin que previamente se inscriba la transmisión pendiente de reflejar tabularmente.

Reducido el recurso a la negativa a la inscripción de una mitad indivisa de la finca transmitida, necesariamente ha de ser desestimado; sin que proceda analizar las alegaciones que en él se formulan en torno a la inscripción de determinadas resoluciones judiciales dictadas en el Reino Único, pues la argumentación de la calificación para nada tiene que ver con ellas. Y sí lo ineludible que es que la titularidad del transmitente conste debidamente reflejada en los libros del Registro en su totalidad (recuérdese que solo se ha denegado el acceso respecto de una mitad indivisa de la finca vendida y se ha inscrito en favor de la parte compradora la otra mitad). Para ello, sin duda e imperativamente, deberá acceder al Registro, con carácter previo, el título del vendedor pendiente de despacho (objeto también de recurso).

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: SOLAPE CON UNA BASE GRÁFICA YA INSCRITA.

No cabe inscribir una base gráfica si se comprueba que invade otra previamente inscrita.

Como señala el propio artículo 18, la calificación registral ha de atender, entre otros extremos, «a lo que resulte de los asientos del Registro», y mientras no caduque el asiento de presentación anterior no se puede conocer cuál sea la situación registral vigente resultante para cada finca. En el ámbito de la georreferenciación de fincas, tal principio de prioridad se traduce en la exigencia de comprobar si la georreferenciación pretendida por el segundo asiento de presentación se ve o no afectada, aunque sea en parte, por la pretendida por el primer asiento.

Será necesario culminar la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la registral 11.504, en el cual los colindantes interesados podrán formular las alegaciones que consideren procedentes; bien, proceder a la aportación de nueva base gráfica para la registral 41.688 que se ajuste a la georreferenciación propuesta para la registral 11.504, evitando así la existencia del solape advertido; o, incluso, que por los promotores de ambas inscripciones se llegue a un acuerdo sobre sus respectivas representaciones gráficas, fijando la línea de delimitación de ambas propiedades, bien a través del procedimiento de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, la posibilidad de acudir a un juicio declarativo (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria) o incluso a través de la conciliación registral regulada en el artículo 103.bis de la citada norma.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Huelva, número 1.

PACERLACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.

De acuerdo con la legislación autonómica puede haber casos de venta de cuotas indivisas en los que sea exigible directamente licencia de parcelación.

Sobre el tratamiento registral de aquellos negocios que, sin aparecer formalmente como división o segregación, pueden presentar indicios de posible parcelación urbanística este Centro Directivo ha tenido ocasión de analizar diversos supuestos en el ámbito de la legislación andaluza, nos remitimos a los fundamentos de la Resoluciones de 22 de julio de 2021 y de 20 de noviembre de 2024. En dichas Resoluciones, después de analizar la legislación estatal y autonómica aplicable, se concluyó que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. En otro caso, su tratamiento, desde el punto de vista registral, debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada

en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

En el caso de la legislación andaluza, el artículo 91 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, establece que «se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante (...) asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, finca o parcela (...) puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable» a los supuestos de parcelación urbanística, pero «sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación». Por su parte, el artículo 139.2 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, desarrolla esta regulación contemplando un supuesto objetivo de negocio equiparado a la parcelación en el que la asignación de cuotas en proindiviso de una finca puede derivar en la existencia de diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble.

En el caso del presente expediente, se analiza el caso de la compraventa otorgada por los titulares de dos fincas rústicas sitas en el término municipal de Gibraleón (Huelva) a tres compradores que las adquieren en la proporción de una tercera parte indivisa cada uno de ellos. Las fincas son de secano, colindantes, y cuentan con una superficie de 36 áreas y 89 centiáreas según título, según Catastro, 49 áreas y 46 centiáreas, la descrita en primer lugar, y con 1 hectárea, 74 áreas y 90 centiáreas, la segunda. En dicho municipio la unidad mínima de cultivo que se fija por resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales es, en secano, de 2,50 hectáreas y en regadío de 0,25 hectáreas.

Se observa que, en el presente caso, el resultado de dividir idealmente la superficie total de cada finca entre los distintos compradores en su respectiva proporción determina superficies teóricas inferiores a la unidad mínima de cultivo vigente. Por tanto, puede sostenerse que concurre el supuesto objetivo definido en la ley sustantiva aplicable para justificar la exigencia de previa intervención administrativa en los términos que se han expuesto en los fundamentos anteriores.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: RATIFICACIÓN.

No debe confundirse la ratificación, que no puede perjudicar a tercero, con la aportación al Registro de la ratificación ya otorgada antes de la fecha del asiento de presentación.

De acuerdo a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de mayo de 2013 que, como se verá a continuación, no hace sino reiterar otras anteriores, la ratificación posterior con entrada retrasada en el Registro de la Propiedad no puede perjudicar a los actos presentados con anterioridad de conformidad con el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. La resolución de este Centro

Directivo de 20 de septiembre de 2012 ya afirmó que incluso en los casos en que nuestro ordenamiento admite la ratificación de un negocio con eficacia retroactiva (v.gr. artículos 1259.2 y 1727.2 del Código Civil) tal eficacia se limita al ámbito de las partes contratantes, dejando fuera de la misma todo efecto perjudicial respecto de terceros. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 12 de diciembre de 1989.

Supuesto distinto es aquél en que el documento primeramente presentado no puede inscribirse por adolecer de alguna deficiencia que lo impide como pueda ser la falta de tracto sucesivo en el supuesto del artículo 105 del Reglamento Hipotecario o la falta de acreditación de presentación al pago de impuestos. Como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2016, los interesados podrán subsanar dicha deficiencia durante el periodo de vigencia del asiento de presentación conservando la preferencia alcanzada por este aun cuando con posterioridad se haya presentado otro título distinto compatible o no (artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 97, 111 y 432 del Reglamento Hipotecario).

En el supuesto que da lugar a la presente, esta es la situación que se ha producido. Autorizada la escritura de extinción del condominio el día 28 de septiembre de 2023 y ratificada la representación verbal por escritura de fecha 11 de octubre de 2023, produce todos los efectos propios del negocio realizado desde esta última fecha (artículos 1218 y 1261 del Código Civil). Desde ese momento no se trata de un negocio incompleto, sino de un negocio cuya documentación se integra por las dos escrituras públicas. Presentada la primera de ellas en el Registro de la Propiedad y ganada la prioridad registral en ese momento, la subsanación posterior del defecto observado de falta de consentimiento de una de las personas otorgantes se subsana mediante la aportación de la segunda. Y no puede hablarse ahora de ratificación en perjuicio de tercero, porque la ratificación se produjo con anterioridad a la presentación.

Resolución 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: PROHIBICIONES DE DISPONER.

La prohibición de disponer anotada no obsta a la asignación de un número registro de alquiler de corta duración a la finca.

El registrador emite nota de calificación negativa por constar anotada sobre la mitad indivisa de la finca una prohibición de disponer del Juzgado Central de Instrucción número 5 de Madrid. Sostiene el registrador que «toda vez que el Número de Registro de Alquiler se asigna por tiempo indefinido, y que una vez asignado se considera vigente en tanto no sea revocado, debe entenderse que el alquiler para el que se solicita dicho número de registro constituye un acto de disposición —y no un acto de mera administración—; por lo que tal acto resultaría afectado por la prohibición de disponer, que impediría el alquiler y, consiguientemente, la asignación del número de registro correspondiente».

Como señala la Resolución de 9 de enero de 2020, para determinar cuándo el arrendamiento es un acto de administración o de administración extraordinaria o de disposición, el Código Civil fija como criterio especialmente relevante el que atiende a su plazo de duración. Salvo que el arrendamiento, por su duración, o por sus concretas estipulaciones, exceda de la mera administración y pueda ser considerado acto de disposición o gravamen, algo que esa jurisprudencia había resuelto con base en el criterio del plazo de duración de seis años. Relacionando ahora la naturaleza del arrendamiento con la de la prohibición de disponer, destacamos, según la mejor doctrina, que tales prohibiciones no excluyen «los actos de mera administración (percepción de frutos —incluso civiles mediante el arrendamiento del bien— y demás actos ordinarios de utilización y aprovechamiento)».

Es claro en todo caso que no debe confundirse la naturaleza jurídica del propio arrendamiento con la del número de registro de alquiler de corta duración, que no supone, per se, arrendamiento alguno, sino que implica que la finca o unidad alojativa ha superado un control íntegro de los requisitos urbanísticos, administrativos y aun civiles que deben cumplir los alojamientos de corta duración para su comercialización.

Por tanto, la asignación de número de registro único de alquiler simplemente garantiza que la unidad alojativa en cuestión reúne los requisitos para ser objeto de un arrendamiento de corta duración, pero no determina que dicho arrendamiento de corta duración vaya efectivamente a realizarse. En consecuencia, el criterio sostenido por el registrador no puede mantenerse: la prohibición de disponer anotada no obsta a la asignación de un número registro de alquiler de corta duración a la finca, que figurará como un dato descriptivo más de la misma.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Don Benito.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: DIVISIÓN HORIZONTAL.

Si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística.

Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a ésta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral. La norma sustantiva aplicable, en este caso, el artículo 148 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura. Del precepto citados puede

deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación.

La figura de la propiedad horizontal «tumbada» ha sido objeto de análisis en numerosas ocasiones por este Centro Directivo. Ciertamente, como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación, ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista.

Sin embargo, en línea con las resoluciones judiciales antes citadas, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. En el caso particular de este expediente cabe afirmar que la configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí.

En conclusión, no cabe admitir el acceso al Registro bajo el régimen del artículo 28.4 de la Ley de Suelo estatal de la división horizontal tumbada que se formaliza en la escritura calificada, pues no se puede admitir en este caso la configuración registral independiente de los elementos privativos de la división horizontal sin la oportuna licencia por suponer una división de suelo y no resultar aplicable tal régimen de acceso registral a los actos afectantes al suelo, particularmente en el ámbito de la legislación urbanística extremeña, donde se requiere que se aporte dicha licencia o en todo caso la declaración municipal de su innecesariedad.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Málaga, número 12.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece prohíbe destinar los pisos a casas de huéspedes o pensión impide la concesión del NRUA.

El registrador señala que la finca para la que se solicita dicha asignación procede por división horizontal de la finca matriz 22.047, en cuyos estatutos inscritos consta que «se prohíbe especialmente a los propietarios de viviendas: destinar los pisos a casas de huéspedes o pensión». El concepto de hospedaje y las obligaciones que determina e impone la legislación sectorial abarca también a las viviendas de uso turístico, por lo que la norma estatutaria alegada en la calificación sería aplicable a las mismas.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Málaga, número 12.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

La cláusula que establece prohíbe destinar los pisos a casas de huéspedes o pensión impide la concesión del NRU.

El registrador señala que la finca para la que se solicita dicha asignación procede por división horizontal de la finca matriz 22.047, en cuyos estatutos inscritos consta que «se prohíbe especialmente a los propietarios de viviendas: destinar los pisos a casas de huéspedes o pensión». El concepto de hospedaje y las obligaciones que determina e impone la legislación sectorial abarca también a las viviendas de uso turístico, por lo que la norma estatutaria alegada en la calificación sería aplicable a las mismas.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de Guadarrama-Alpedrete.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LIBRO DE ACTAS.

La existencia de una nota marginal sobre la posible situación de irregularidad urbanística de la división horizontal no impide que se diligencie el libro de actas.

Es objeto de este expediente determinar si puede diligenciarse el libro de actas de una comunidad de propietarios cuando en los folios de los elementos independientes resultantes de la división horizontal figura practicada nota marginal en la que consta, en virtud de certificación librada por el secretario del Ayuntamiento de Guadarrama, con el visto bueno de la concejala delegada, que la Junta de Gobierno Local de dicha Corporación Municipal, acordó la apertura de expediente para la restauración de la legalidad urbanística en la vivienda sita en calle (...), debido a que el único uso admisible es el de vivienda unifamiliar, por lo que no se puede llevar a cabo una división horizontal en una vivienda unifamiliar que aumente el número de viviendas. La finca 2.704 del Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete fue dividida horizontalmente en virtud de su inscripción 15.ª, de fecha 16 de febrero de 2006, pasando a constituir cuatro elementos independientes, fincas número 16.242 a 16.245.

Resulta con claridad la distinción que la Ley de Suelo hace entre los actos que han de hacerse constar en el Registro mediante anotación preventiva, y aquellos otros que pueden hacerse constar por nota marginal, con requisitos, efectos y plazos diversos. En este caso, sin embargo, no consta practicada anotación preventiva alguna, sino una nota marginal, lo cual es lógico, pues de la certificación en cuya virtud se practicó no resultaban las menciones exigidas por la normativa citada para practicar la anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística. Las notas marginales en materia de urbanismo carecen de efectos jurídicos, y cumplen una función de mera publicidad noticia, para dar a

conocer la concreta situación urbanística de la finca o derecho al que se refieren y en una fecha concreta.

La mera indicación del acuerdo adoptado, por nota marginal de las fincas, tiene un efecto informativo, pero en ningún caso puede paralizar ni suspender el tráfico jurídico ni la práctica de asientos posteriores sobre las fincas afectadas. Y si no cierra el Registro a actos posteriores, mucho menos debe impedir la diligencia de un libro.

Resolución de 29-7-2025

BOE 27-10-2025

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Las simples sospechas acerca de la realidad del negocio jurídico incorporado al documento fehaciente que acredita la adquisición anterior del ahora transmitente no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción.

No supone una extralimitación competencial que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «ad hoc» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos. Pero este Centro Directivo, en Resolución de 11 de marzo de 2006, ya señaló que las simples sospechas acerca de la realidad del negocio jurídico incorporado al documento fehaciente que acredita la adquisición anterior del ahora transmitente no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción.

Por la disolución de comunidad se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada. Asumido lo anterior, y a fin de garantizar la objetividad del procedimiento inmatriculador, debe entenderse que lo relevante en estos supuestos es que el título inmatriculable no sea meramente declarativo, que el procedimiento cuente con la concordancia catastral y que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente para producir la inmatriculación. Por esta razón se consideró también como título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria la aportación a la sociedad de gananciales (cfr. Resolución de 19 octubre de 2010), demostrando que caben títulos inmatriculadores en los que no se exige que la finca sea totalmente ajena.

Por otro lado, no hay duda del carácter de título público y adquisitivo de la escritura de aceptación de herencia, complementado con el título sucesorio, el testamento (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria) y demás documentación complementaria. En cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora aportante, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad, entre otras cosas, de evitar la creación de títulos instrumentales para la inmatriculación, se exige que la adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador.

De los documentos presentados a calificación no puede deducirse que se haya realizado en fraude de Ley. El hecho de que el título previo haya sido otorgado el mismo día que el título inmatriculador no es suficiente para destruir la presunción de veracidad que se deriva del mismo conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado, máxime si se tiene presente la necesidad de que medie un año entre los respectivos títulos materiales de adquisición, tras la reforma operada por la Ley 13/2025, de 24 de junio, a la que se ha hecho referencia en anteriores fundamentos.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 1.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

Para la asignación del número de registro de alquiler es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos administrativos exigidos, tanto por la legislación autonómica, como por la municipal.

No puede sino reafirmarse la competencia del registrador para calificar si el arrendamiento de corta duración turístico cumple con los requisitos exigidos por la legislación urbanística y sectorial aplicable para la asignación del número de registro único de alquiler que habilitará su comercialización mediante plataformas en línea.

Es por ello que, tal y como ha reconocido el Centro Directivo en sus Resoluciones de 11 de julio de 2025, debe distinguirse entre los requisitos de establecidos por la normativa sectorial turística, como es la inscripción en el Registro de Turismo de Castilla y León, frente a la necesidad de obtener la declaración de conformidad del Ayuntamiento derivada de la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigibles por la normativa aplicable (artículo 15 de la Ordenanza). Ambas son cuestiones diferentes y compatibles entre sí, ya que tanto la legislación autonómica como la municipal así lo indican.

En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en el presente caso es necesaria tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 35.1 de Decreto 3/2017), como la obtención de la declaración de conformidad del Ayuntamiento de Salamanca derivada la correspondiente comunicación ambiental (artículos 15 de la Ordenanza Municipal y 42 y 43 del Decreto Legislativo 1/2015).

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Málaga, número 4.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: TITULARIDAD DE LA LICENCIA ADMINISTRATIVA.

El hecho de que la vivienda respecto de la que se solicita la asignación del número de registro único de alquiler esté inscrita a nombre de persona distinta de

quien figura como titular en el Registro de Turismo de Andalucía no impide dicha asignación.

Para resolver el presente expediente, debe determinarse si la asignación registral del número de registro único de alquiler requiere ineludiblemente que la licencia esté concedida a favor del actual titular registral de la finca y esta conste inscrita a su favor en el correspondiente Registro Turístico. Sin embargo, el análisis conjunto de la legislación autonómica, de la normativa de bases de régimen local y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo revelan que tal licencia no tiene naturaleza personal, sino real, y, por ello, su validez y eficacia no están vinculadas a las circunstancias personales del titular de la misma, sino a las características objetivas de la vivienda sobre la que recae.

En consecuencia, debe considerarse que la circunstancia de que la vivienda respecto de la que se solicita la asignación del número de registro único de alquiler esté inscrita a nombre de persona distinta de quien figura como titular en el Registro de Turismo de Andalucía no impide dicha asignación.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

La actividad de pisos turísticos en Madrid requiere licencia municipal, que no puede ser sustituida por una declaración responsable.

Se debate en este recurso la posibilidad de asignar, en la Comunidad Autónoma de Madrid, un número de registro de alquiler de corta duración turístico, aunque no se aporte licencia de uso turístico, sino solo declaración responsable. Entiende también la recurrente que el criterio restrictivo esgrimido en la calificación registral supone una alteración material del sistema de fuentes, al subordinar la eficacia de la normativa autonómica sectorial a una supuesta prevalencia del planeamiento urbanístico municipal, que no puede, ni siquiera a través de sus determinaciones sobre usos compatibles, vaciar de contenido una norma sectorial autonómica vigente y plenamente aplicable, salvo que la propia norma turística así lo disponga expresamente. Sin embargo, tal postura no resulta compatible con el criterio de esta Dirección General, ni tampoco con el sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En cuanto al Centro Directivo, a quien la recurrente insta a «corregir este desvío técnico y doctrinal», también se ha pronunciado a favor de la exigencia de conformidad administrativa en el ámbito de los cambios de uso en la Comunidad de Madrid con base en el artículo 159.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística.

Es por ello que debe distinguirse entre la presentación de la declaración responsable (no urbanística), como requisito para la inscripción en el Registro de Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid, frente a la necesidad de obtener licencia municipal para el ejercicio de esta actividad, como modalidad de uso terciario hospedaje. Ambas son cuestiones diferentes y compatibles entre sí,

ya que tanto la legislación autonómica como la municipal así lo indican. En consecuencia, para el ejercicio de la actividad de vivienda turística en la Comunidad de Madrid es necesario tanto la inscripción en el registro autonómico (artículo 17 del Decreto 79/2014), como el otorgamiento de licencia municipal (artículo 151.1 de la Ley del Suelo de 2001 e inciso final del citado artículo 17 del Decreto 79/2014), la cual es exigible desde la entrada en vigor del Decreto 79/2014 de 10 de julio de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, que es cuando se las incluyó por la Comunidad dentro del uso terciario de hospedaje, determinándose con ello la aplicación de los artículos 151 y 159 de la Ley 9/2001, recién citada.

La licencia de uso turístico para el municipio de Madrid consiste en un documento, emitido por un técnico competente tras una inspección en la finca, quien certifica que la vivienda cumple con los parámetros del artículo 17 bis del Decreto 79/2014 («a los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto»). En consecuencia, resulta aplicable el artículo 9.2.a.5) del Real Decreto 1312/2024, en su primer inciso, por hallarse la unidad sujeta a un régimen de título habilitante como la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, lo cual conduce a la necesidad de aportar al Registro el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No puede denegarse la asignación de NRUA a quien obtuvo la autorización administrativa días antes de que la junta de propietarios aprobase la cláusula estatutaria que prohíbe la actividad.

En el presente caso consta inscrita la prohibición de que «ningún inmueble del edificio podrá destinarse al uso o explotación de viviendas o apartamentos turísticos».

La licencia de uso turístico para el municipio de Madrid consiste en un documento, emitido por un técnico competente tras una inspección en la finca, quien certifica que la vivienda cumple con los parámetros del artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid («a los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto»).

En consecuencia, debe considerarse que la prohibición estatutaria adoptada por la comunidad de propietarios no puede perjudicar derechos adquiridos con

anterioridad, y, por lo tanto, no es obstáculo para la asignación del número de registro solicitado por la recurrente, quien obtuvo la correspondiente licencia y conformidad administrativa para el ejercicio de la actividad turística en la finca objeto de este expediente el día 23 de junio de 2022, esto es, cuatro días antes a la celebración de la junta extraordinaria de propietarios en la que se adoptó el acuerdo de prohibición de uso turístico.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No puede denegarse la asignación de NRUA a quien obtuvo la autorización administrativa días antes de que la junta de propietarios aprobase la cláusula estatutaria que prohíbe la actividad.

En el presente caso consta inscrita la prohibición de que «ningún inmueble del edificio podrá destinarse al uso o explotación de viviendas o apartamentos turísticos».

La licencia de uso turístico para el municipio de Madrid consiste en un documento, emitido por un técnico competente tras una inspección en la finca, quien certifica que la vivienda cumple con los parámetros del artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid («a los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto»).

En consecuencia, debe considerarse que la prohibición estatutaria adoptada por la comunidad de propietarios no puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad, y, por lo tanto, no es obstáculo para la asignación del número de registro solicitado por la recurrente, quien obtuvo la correspondiente licencia y conformidad administrativa para el ejercicio de la actividad turística en la finca objeto de este expediente el día 23 de junio de 2022, esto es, cuatro días antes a la celebración de la junta extraordinaria de propietarios en la que se adoptó el acuerdo de prohibición de uso turístico.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No puede denegarse la asignación de NRUA a quien obtuvo la autorización administrativa días antes de que la junta de propietarios aprobase la cláusula estatutaria que prohíbe la actividad.

En el presente caso consta inscrita la prohibición de que «ningún inmueble del edificio podrá destinarse al uso o explotación de viviendas o apartamentos turísticos».

La licencia de uso turístico para el municipio de Madrid consiste en un documento, emitido por un técnico competente tras una inspección en la finca, quien certifica que la vivienda cumple con los parámetros del artículo 17 bis del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid («a los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto»).

En consecuencia, debe considerarse que la prohibición estatutaria adoptada por la comunidad de propietarios no puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad, y, por lo tanto, no es obstáculo para la asignación del número de registro solicitado por la recurrente, quien obtuvo la correspondiente licencia y conformidad administrativa para el ejercicio de la actividad turística en la finca objeto de este expediente el día 23 de junio de 2022, esto es, cuatro días antes a la celebración de la junta extraordinaria de propietarios en la que se adoptó el acuerdo de prohibición de uso turístico.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Calp.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: AUTORIZACIÓN EX ART. 7.3 LPH.

Para eludir la exigencia de aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en defecto de previsión estatutaria al respecto, no basta con haber adquirido la vivienda con anterioridad al 3 de abril de 2025, sino que también se requiere cumplir los dos requisitos adicionales establecidos en la recién citada disposición adicional segunda, esto es, el uso turístico debe estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Ley 1/2025.

Vista la normativa aplicable al presente recurso, su resolución exige precisar el ámbito temporal de aplicación del nuevo artículo 7.3 de la Ley sobre propiedad horizontal. Este artículo determina que el propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el artículo 17.12 y resulta aplicable en defecto de previsión estatutaria prohibitiva del ejercicio de la actividad turística, pues, en este último caso no bastaría la referida aprobación expresa, sino que sería precisa la correspondiente modificación estatutaria que eliminase dicha prohibición. Ahora bien, aunque el citado artículo 7.3 entró en vigor, como ya se ha dicho, el 3 de abril de 2025, su aplicación retroactiva queda limitada, no por el último inciso del artículo 17.12 («estos acuer-

dos no tendrán efectos retroactivos»), al que alude el recurrente en su escrito, sino por la disposición adicional segunda de la Ley sobre propiedad horizontal. En efecto, esta disposición permite que «aquel propietario de una vivienda que esté ejerciendo la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que se haya acogido previamente a la normativa sectorial turística, podrá seguir ejerciendo la actividad con las condiciones y plazos establecidos en la misma».

En consecuencia, la interpretación que realiza el recurrente debe descartarse, de modo que para eludir la exigencia de aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en defecto de previsión estatutaria al respecto, no basta con haber adquirido la vivienda con anterioridad al 3 de abril de 2025, sino que también se requiere cumplir los dos requisitos adicionales establecidos en la recién citada disposición adicional segunda, esto es, el uso turístico debe estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Ley 1/2025. No nos encontramos ante una modificación estatutaria, sino legal: la exigencia de aprobación expresa de la comunidad deriva del nuevo régimen establecido en el artículo 7.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y no de los estatutos. Su publicidad, por lo tanto, es legal, y esta prevalece sobre la registral.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe asignar en NRUA a una finca identificada como local y constando una prohibición estatutaria.

El arrendamiento de corta duración, turístico o no turístico, no queda englobado dentro de la categoría de arrendamiento de vivienda, no porque no pretenda satisfacer una necesidad de vivienda del arrendatario, sino porque no se trata de una necesidad «permanente» de vivienda, como expresamente exige el citado artículo 2. Ahora bien, ambos tipos de arrendamiento de corta duración, a pesar de quedar excluidos de la categoría de arrendamiento de vivienda a los efectos de dicho artículo 2, deben ejercerse en todo caso en una unidad alojativa destinada registralmente a vivienda, pues pretenden satisfacer una necesidad de residencia y por ello requieren que dicha unidad alojativa reúna las características de habitabilidad exigibles a una vivienda. Por este motivo, no es posible asignar un número de registro único de alquiler a una unidad de alojamiento cuyo uso inscrito no sea el de vivienda sino el de local comercial.

Existiendo una cláusula estatutaria inscrita en el Registro de la Propiedad que prohíbe el destino a alquiler de uso turístico, y siendo la fecha de adopción de tal acuerdo anterior a la titulación administrativa [la resolución de la concesión de licencia por el Ayuntamiento de Madrid es de fecha 9 de octubre de 2024 y las comunicaciones de la Comunidad de Madrid acreditativas de la inscripción de la

finca en el Registro de Empresas Turísticas son de fecha 6 de febrero de 2025], no es posible la asignación del Número de Registro de alquiler de Corta Duración, siendo necesario conforme a lo dispuesto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, la pertinente modificación de Estatutos». Si bien el recurrente sostiene que el acta que recoge el acuerdo de la comunidad de 30 de noviembre de 2023 no es válida para acreditar ninguna prohibición y nunca debería haberse elevado a escritura pública lo reflejado en ella ni mucho menos haberse aceptado su inscripción en el registro de la propiedad, esa posible nulidad, del acuerdo o de su inscripción, queda fuera del ámbito de este recurso.

Cuando se obtuvo la licencia administrativa por el recurrente (9 de octubre de 2024) resulta evidente que, en dicha fecha, el propietario ya tuvo o pudo tener conocimiento del contenido de la prohibición, pues esta se adoptó mediante acuerdo de fecha 30 de noviembre de 2023, elevado a público mediante escritura de fecha 27 de febrero de 2024, e inscrito con fecha 5 de abril de 2024, sin que en ningún caso pueda considerarse que el recurrente era entonces un tercero, pues la mención contenida en el citado artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal respecto a los terceros solo es 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.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: SOLAR.

No cabe asignar en NRUA a una finca identificada como solar.

En el presente supuesto el objeto de oferta y comercialización no es el solar (situación que consta en el Registro de la Propiedad) sino el alojamiento amueblado que va a ser objeto de alquiler de corta duración y que no consta inscrito. Por este motivo, dado que el número de registro único de alquiler ha de permitir la identificación exacta de la unidad objeto de arrendamiento, no es posible asignar dicho número a la finca en tanto no conste inscrita la obra nueva de la edificación que será objeto de comercialización.

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Jaca.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe asignar en NRUA si existe una cláusula estatutaria obstativa.

En el supuesto que motiva este recurso, la denegación tiene su base en una prohibición estatutaria respecto del ejercicio de la actividad de vivienda turística. Prohibición derivada de un acuerdo de junta adoptado con anterioridad a la concesión de la titulación administrativa alegada y aportada; razón por la cual la nota

indica que se precisaría, conforme a lo dispuesto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, la pertinente modificación de estatutos.

Respecto de la eficacia del acuerdo adoptado por la comunidad (de la que el recurrente ya era partícipe, pues su escritura pública de adquisición data del año 2013, y continúa siéndolo), es evidente que surte plenos efectos para él; bien desde la fecha (8 de julio de 2020) de adopción del mismo, de haber asistido, bien desde la notificación posterior del acta de dicho acuerdo.

Con base a lo expuesto, cuando se obtuvo la licencia administrativa por el recurrente (15 de enero de 2021) resulta evidente que, en dicha fecha, el propietario ya tuvo o pudo tener conocimiento del contenido de la prohibición (adoptada en acuerdo de 8 de agosto de 2020), sin que en ningún caso pueda considerarse que el recurrente era entonces un tercero, dado que adquirió su finca independiente en el año 2013 y desde entonces forma parte de la comunidad de propietarios, tal y como analizamos a continuación. Por último, hay que reiterar —de nuevo— que una determinada calificación administrativa no prejuzga, ni condiciona, la asignación de número independiente, ni tampoco la calificación registral (conforme las previsiones del Real Decreto 1312/2024).

Resolución de 30-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

NÚMERO DE REGISTRO DE ALQUILER: CLÁUSULA ESTATUTARIA.

No cabe asignar en NRUA si existe una cláusula estatutaria obstativa.

El artículo 8 de las normas estatutarias, que dispone: «Asimismo las fincas procedentes de esta división horizontal no podrán dedicarse a almacén de sustancias explosivas, corrosivas o inflamables, ni ejercer en ellos industrias, comercios, escuelas, academias, ni en modo alguno cambiar su destino de vivienda a locales comerciales». Las respectivas normas estatutarias prohibían el destino turístico de los distintos pisos del edificio, al valorarse que la explotación de aquella actividad económica colisionaba con las disposiciones de tal clase por las que se regía la comunidad vecinal; lo que se argumentó debidamente en cada una de ellas para obtener dicha conclusión.

Resolución de 31-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL REVOCADO: CIERRE REGISTRAL.

Queda así vedado el acceso registral a cualquier transmisión que realice una entidad con el número de identificación fiscal revocado.

El único defecto señalado por la registradora es que, constando el número de identificación fiscal de uno de los otorgantes como revocado, no procede la inscripción. El titular de un número de identificación fiscal revocado podrá soli-

citar la rehabilitación de su número de identificación fiscal a la Administración Tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 147.8. En particular, deberá acreditar que han desaparecido las causas que motivaron la revocación y deberá comunicar, además, quienes ostentan la titularidad del capital de la sociedad, con identificación completa de sus representantes legales, el domicilio fiscal, así como documentación que acredite cuál es la actividad económica que la sociedad va a desarrollar.

En el ámbito del Registro de la Propiedad, el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria dispone que: «No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen».

Queda así vedado el acceso registral a cualquier transmisión que realice una entidad con el número de identificación fiscal revocado (vid., respecto de una venta extrajudicial derivada del ejercicio de la acción hipotecaria, la Resolución de este Centro Directivo de 29 de julio de 2022). Y, precisamente, habida cuenta de los términos en que se establece la prohibición, es aplicable, aunque en el momento del otorgamiento de la escritura estuviera vigente el número de identificación fiscal.

Resolución de 31-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 10.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL FRANCÉS: PUBLICIDAD.

Para poder practicar la inscripción de la compraventa de cónyuges casados en régimen pactado en capitulaciones matrimoniales en Francia será necesario aportar acta o certificado de matrimonio donde conste su celebración y fecha.

Respecto del estado civil de los otorgantes de escrituras públicas que hayan de acceder al Registro de la Propiedad, debe distinguirse claramente entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario acreditar documentalmente dicho estado, y aquellos otros en los cuales, por no darse tales circunstancias y tratarse sólo de completar la identificación de la persona ha de bastar la manifestación del interesado.

La determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral. Además, debe tenerse presente que la entrada en jue-

go 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.

En el presente caso, la compradora manifiesta en la escritura que su estado civil es el de casada con don V. P. E. R. y que el régimen económico de su matrimonio es el de separación de bienes en virtud de capitulaciones nupciales otorgadas en Francia el día 5 de junio de 2024, expresándose en la escritura lo siguiente: «A tales efectos, me entrega documentación relativa a ese régimen. Y yo, el Notario, advierto expresamente que no se ha justificado la autenticidad de dicha documentación». Efectivamente, el principio de titulación pública consagrado en la legislación hipotecaria, (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento), veda el acceso al Registro de la Propiedad a documentos que no tengan tal carácter.

En cuanto a la exigencia de que, en su caso, estén anotadas las capitulaciones en el Registro correspondiente, es cierto que en nuestro ordenamiento el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el Registro de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial, han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil. En cuanto a su publicidad, en Francia no existe propiamente ningún Registro de regímenes matrimoniales o contratos matrimoniales, pero conforme al artículo 76 del Código Civil francés el acta o certificado de matrimonio debe contener la mención acerca de si los cónyuges han celebrado o no un contrato de matrimonio, indicando la fecha del contrato y el nombre y lugar de residencia del notario ante el que se ha otorgado, y en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1394, si el certificado de matrimonio indica que no se ha celebrado ningún contrato matrimonial, se entenderá, frente a terceros, que los cónyuges están casados bajo el régimen económico matrimonial supletorio de comunidad, a menos que, en los actos celebrados con estos terceros, declaren haber hecho un contrato matrimonial. De lo anterior resulta que, en este caso, para poder practicar la inscripción de la compraventa será necesario aportar acta o certificado de matrimonio donde conste su celebración y fecha (vid. Resolución de este Centro Directivo de 6 de noviembre de 2019).

Resolución de 31-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRA EN UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Excediendo la obra del elemento privativo del ámbito propio y afectando a la configuración o elementos comunes, será necesario consentimiento de la comunidad.

Tratándose de un elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique

los derechos de otro propietario. Pero la modificación en la descripción de un elemento privativo, si excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo de la junta de propietarios por la mayoría de éstos que en cada caso proceda de acuerdo con dicha ley (vid. artículos 5 y 17, apartados 4, 6 y 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

En el presente caso, la modificación que se pretende hacer constar en el Registro, con creación incluso de una terraza, excede del ámbito de las alteraciones permitidas según la norma estatutaria transcrita, y requiere el acuerdo de la junta de propietarios.

En relación con el segundo de los defectos expresados en su calificación por el registrador, este Centro Directivo ha puesto de manifiesto recientemente (vid. Resolución de 12 de febrero de 2025) que no es en absoluto indiferente o irrelevante la vía jurídica, de entre las ofrecidas en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, por la que se solicite y obtenga eventualmente la inscripción registral de una edificación terminada. Por eso, es importante dejar claro, 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, 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.

En el presente caso, es indudable que se ha optado por la vía del artículo 28, apartado 4, y se ha acreditado por alguno de los medios previstos en dicho precepto el transcurso del plazo de ejercicio de la acción de restablecimiento de legalidad respecto a las obras declaradas. Y, frente a lo que afirma el registrador en su calificación, no es aplicable la doctrina de esta Dirección General sobre la inscripción del cambio de uso o destino de fincas integradas en edificios ya declarados (vid. Resolución de 11 de junio de 2024, entre otras), pues esta doctrina se fundamenta en que, 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, es necesario exigir, como medio de prueba del carácter consolidado de ese cambio de uso o destino de la finca, el oportuno certificado del órgano administrativo competente en materia de disciplina urbanística (vid. la reciente Resolución de 25 de junio de 2025).

Resolución de 31-7-2025

BOE 30-10-2025

Registro de la Propiedad de Tías.

HERENCIA: INSCRIPCIÓN EN FAVOR DEL EXCUTOR INGLES.

Admitiendo la posibilidad de inscribir los bienes hereditarios en favor del excutor inglés, es necesario cumplir con las exigencias del derecho registral español.

Ante la gran dificultad y la necesidad de facilitar las sucesiones y, con ello, las inversiones de los ciudadanos británicos en países que, como España, tienen un sistema jurídico continental o latino, se introdujo en el citado Reglamento (EU) n.º 650/2012 el actual artículo 29, dirigido a facilitar la coordinación entre ambos sistemas en cuanto a administración de la herencia.

Los ejecutores testamentarios y los administradores de la herencia conforme al Derecho inglés cuentan, como fiduciarios, con muy amplias facultades para gestionar y administrar los bienes hereditarios, enajenarlos o atribuir su propiedad o el rédito de su enajenación o explotación a los herederos. Una vez que se acredita la condición de «executor» a través del «Grant of Probate», aquel tiene como una de las facultades más características la administración y disposición de los bienes (sección 3 de la Wills Act de 1837, y secciones 8 y 32 y siguientes de la Administration of Estates Act de 1925) y en particular la asignación y atribución de los bienes hereditarios a las personas con derechos de cualquier tipo en dichos bienes, especialmente en la adjudicación a título hereditario.

Sentado lo anterior, debe admitirse en nuestro ordenamiento registral una inscripción en favor de estos ejecutores testamentarios, y el hecho de no ser preceptiva la inscripción en favor de ellos según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no excluye la posibilidad de su práctica. Al corresponder a los «executors» una auténtica titularidad (fiduciaria) no les resulta de aplicación la limitación establecida en el citado artículo 20 de la Ley Hipotecaria al disponer que «no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes».

Ahora bien, es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción éste debe reunir los requisitos establecidos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto del Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España. Debe exigirse que dicha inscripción se haga con plena sujeción a los principios registrales entre los que se encuentra el principio de especialidad o determinación registral (cfr. los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), conforme al cual todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Ello supone que deben quedar plena y perfectamente especificadas tanto la determinación de las cuotas sobre el bien adjudicado de forma que no permita duda la atribución del derecho a cada titular (artículo 54 del Reglamento Hipotecario) como las facultades de los titulares fiduciarios en orden a la administración y disposición de los bienes, sin que la expresión «en administración» que se contiene en la escritura de aceptación hereditaria permita entender cumplido este principio.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 10-7-2025.

BOE 6-8-2025

Registro Mercantil de Pontevedra, número I.

ACUERDOS DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

SE CONFIRMA

Los acuerdos de modificación de Estatutos deben constar en escritura pública no bastando el acta notarial (arts. 290,1 LSC y 94.1.2 y 95.1 RRM).

Resolución de 15-7-2025.

BOE 7-8-2025

Registro Mercantil de Burgos.

SOLICITUD DE DESIGNACIÓN DE AUDITOR POR SOCIO MINORITARIO: CELEBRACIÓN DE JUNTA PARA APROBAR LAS CUENTAS ANUALES.

SE CONFIRMA

Teniendo la sociedad conocimiento de la tramitación de expediente de designación de auditor por la minoría, si se celebra junta antes de la emisión del informe de auditor, debe celebrarse nuevamente la junta para aprobar las cuentas anuales y poder proceder a su depósito en el Registro Mercantil. En caso de retraso de los trámites de designación de auditor, un administrador prudente debe abstenerse de convocar junta ante la incertidumbre de si será obligatoria o no la verificación de las cuentas, habida cuenta de las graves consecuencias que de ello pueden derivarse.

De otro modo se vulneraría el derecho del socio minoritario a obtener el informe de auditoría por incidencias que puedan surgir en el procedimiento de nombramiento ajenas a su voluntad.

Resolución de 16-7-2025.

BOE 7-8-2025

Registro Mercantil de Madrid, número XIII.

CERTIFICACIÓN DE NO APROBACIÓN DE CUENTAS POR NO HABER SIDO ELABORADAS SE EVITA EL CIERRE REGISTRAL.

SE REVOCA

Las certificaciones de no aprobación de cuentas por no haber sido elaboradas y formuladas por el administrador evitan el cierre registral, conforme al art.378.5 RRM.

Resolución de 24-7-2025.

BOE 15-10-2025

Registro Mercantil de Madrid, número XIII.

CIERRE DEL REGISTRO (ART.378 RRM). CUENTAS NO APROBADAS POR LA JUNTA GENERAL.

SE REVOCA

Es doctrina consolidada de la DG que, si las cuentas no han sido aprobadas por la Junta General, no hay obligación de depósito, debiendo presentarse la correspondiente certificación acreditativa de la no aprobación en plazo. (RDG de 22 de abril de 2019, RDG de 12 de marzo y de 14 de mayo de 2025).

Resolución de 28-7-2025.

BOE 17-10-25

Registro Mercantil de Sevilla, número III.

CONVOCATORIA JUNTA GENERAL: DERECHO DE INFORMACIÓN CASO DE QUE CONSTE EN EL ORDEN DEL DÍA LA APROBACION DE LAS CUENTAS ANUALES.

SE CONFIRMA

La DG confirma su doctrina consolidada por la que la ausencia en la convocatoria de Junta General de referencia al derecho de información —derecho trascendental— contenido en el art. 272 LSC para el supuesto de convocatoria con orden del día relativo a la aprobación de las cuentas anuales, la deja sin validez.

El derecho de información se concreta no sólo en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día sino también en poner en conocimiento del socio el contenido de su derecho cuando le llama a participar en una junta (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 22 de febrero de 2007).

El recurso ante la DG, tal como tiene declarado nuestro órgano consultivo, no es el medio para subsanar los defectos.

Resolución de 28-7-2025.

BOE 20-10-2025

Registro Mercantil Central, número I.

RESERVA DENOMINACIONES SOCIALES.

SE CONFIRMA

La DG reitera su doctrina en esta materia, en virtud de la cual la identidad de denominaciones no se construye 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 deno-

minaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama “cuasi identidad” o “identidad sustancial”.

Para el caso que nos ocupa se confirma la calificación en cuanto a la denominación CAAE, S.L. porque, aunque existen mínimas diferencias gramaticales existen semejanza gráfica y fonética entre la palabra CAAE y los términos de las denominaciones CAE, S.A, CAHE, S.A.; GAE, S.A. y C.A.E. de España S.A. ya reservadas. (Art. 408.1.3^a)

Resolución de 28-7-2025.

BOE 21-10-2025

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número I.

ACTA NOTARIAL DE JUNTA GENERAL DE SOCIEDAD EN CONCURSO

SE REVOCA

Estando una SL en concurso con administración intervenida no es necesario el consentimiento o intervención del administrador concursal para la renovación o nombramiento de cargos (cese de un consejero, en el caso), pues solo se requiere para actos de contenido patrimonial, ni tampoco se requiere que conste en el acta notarial la declaración del presidente de la junta proclamando el resultado de las votaciones, lo cual no exige la LSC ni el RRM para las circunstancias generales que ha de contener el acta de la junta, ni afecta a la validez del acuerdo ni a su ejecutabilidad

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La mirilla digital como sistema de videovigilancia: límites legales y jurisprudenciales

The digital peephole as a video surveillance system: legal and jurisprudential limits

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*
Profesora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La tecnología ha traído a nuestros domicilios dispositivos como las mirillas digitales, que mejoran la seguridad, pero plantean conflictos jurídicos en propiedad horizontal ya que estas pueden mostrar imágenes en tiempo real o incorporar funciones de grabación, transmisión y almacenamiento. El problema surge cuando se captan zonas comunes, pudiendo afectar al derecho fundamental a la intimidad, regulado en el artículo 18 CE, el cual protege la intimidad personal y familiar, haciéndose eco además de la inviolabilidad del domicilio y la libertad informática. Este derecho debe ponderarse con otros como la seguridad, siempre bajo el principio de proporcionalidad. En la propiedad horizontal, las zonas comunes (portales, pasillos, escaleras) son copropiedad y gozan de protección frente a injerencias indebidas. La LOPDGDD regula la videovigilancia, imponiendo obligaciones como carteles informativos, limitación de ángulos de grabación y conservación máxima de 30 días. La jurisprudencia del TS ha comparado las cámaras con prácticas tradicionales de vigilancia, como la mirilla o el portero, hablando en este momento de la potencialidad de grabación para apreciar intromisión ilegítima, incorporando el criterio de proporcionalidad y consolidando a través de la STS 3579/2025 la doctrina jurisprudencial, considerando ilegítima una mirilla digital por su capacidad desproporcionada de captar imágenes. El conflicto central enfrenta seguridad y privacidad, siendo necesario ponderar ambos derechos.

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

La solución pasa por limitar funciones intrusivas, exigir autorización comunitaria y garantizar el respeto al RGPD y a la LOPDGDD.

ABSTRACT: *Technology has brought devices such as digital peepholes into our homes, which improve security but raise legal conflicts in condominiums as they can display images in real time or incorporate recording, transmission and storage functions. The problem arises when common areas are captured, which may affect the fundamental right to privacy, regulated in Article 18 of the Spanish Constitution, which protects personal and family privacy, also echoing the inviolability of the home and freedom of information. This right must be weighed against others such as security, always under the principle of proportionality. In condominiums, common areas (entrances, corridors, stairways) are jointly owned and enjoy protection against undue interference. The LOPDGDD regulates video surveillance, imposing obligations such as informative signs, limitation of recording angles and maximum storage of 30 days. The jurisprudence of the Supreme Court has compared cameras with traditional surveillance practices, such as peepholes or door entry systems, referring to the potential for recording to assess unlawful interference, incorporating the criterion of proportionality and consolidating case law through Supreme Court Ruling 3579/2025, which considers digital peepholes to be unlawful due to their disproportionate capacity to capture images. The central conflict pits security against privacy, making it necessary to weigh both rights. The solution involves limiting intrusive functions, requiring community authorisation and ensuring compliance with the RGPD and the LOPDGDD.*

PALABRAS CLAVE: Mirilla digital. Derecho a la intimidad. Derecho a la seguridad. Protección de datos.

KEY WORDS: *Digital peephole. Right to privacy. Right to security. Data protection.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD.—III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL ÁMBITO DE LAS ZONAS COMUNES.—IV. MIRILLAS ELECTRÓNICAS EN PUERTAS DE VIVIENDAS: ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS. A. LA MIRILLA ELECTRÓNICA EN LA STS 3579/2025, DE 17 DE JULIO. B. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS SSTs 600/2019, 1399/2024 Y 3579/2025.—V. POSIBLE INTRO-MISIÓN ILEGÍTIMA EN LA ESFERA DE LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD DE LAS PERSONAS.—VI. COMPATIBILIZACIÓN DE INTERESES: SEGURIDAD VS. PRIVACIDAD —VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

El avance y gran desarrollo de la tecnología ha llegado a nuestros hogares con el objetivo de hacer nuestra vida más sencilla a través de dispositivos domóticos orientados a aumentar el confort en nuestra vivienda, aunque también existen soluciones que aplican esta tecnología a la seguridad del hogar. Uno de estos dispositivos electrónicos son las mirillas digitales que consisten en una pequeña cámara

que se coloca en el lugar de la mirilla de la puerta y una pantalla LCD que muestra lo que ocurre al otro lado de la puerta. Este dispositivo puede tener una conexión al teléfono móvil en donde se activa la imagen e incluso puede que grabación cuando la cámara detecta movimiento al otro lado de la puerta.

Desde la existencia y utilización de estos dispositivos, se plantea la relevancia de la instalación de mirillas electrónicas en puertas de viviendas situadas en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal ya que surge una problemática de la posible colisión entre el interés individual en reforzar la seguridad doméstica y el derecho fundamental a la intimidad y privacidad de los vecinos y terceros que transitan por las zonas comunes.

Se nos ocurren algunos ejemplos en los que este tipo de mirilla podría violar diferentes derechos. En primer lugar, teniendo en cuenta que una mirilla digital con grabación permanente capta y almacena las entradas y salidas de un vecino con quien no se tiene relación, revelando sus horarios, visitas y rutinas. Esa información afecta directamente a su vida privada y familiar. Si las grabaciones de la mirilla se difunden sin consentimiento (por ejemplo, mostrando imágenes de un vecino en compañía de una persona y generando rumores), se puede dañar su reputación, vulnerando el derecho al honor. Por otro lado, la cámara capta y almacena, imágenes identificables de vecinos o visitantes en el rellano y si estas se comparten en un grupo de WhatsApp de la comunidad, se estaría violando el derecho a su imagen. Y, no olvidemos que, aunque sea en un espacio común, cada persona conserva el derecho a controlar el uso de su imagen. Si la mirilla tiene un ángulo de visión amplio y llega a grabar el interior de otra vivienda al abrirse la puerta, se estaría vulnerando la inviolabilidad domiciliaria, ya que ese espacio goza de la máxima protección constitucional. Por último, si la mirilla está conectada a la nube y transmite datos de forma insegura, permitiendo que un tercero acceda a imágenes y metadatos (fecha, hora, patrones de movimiento). El vecino pierde el control sobre su información personal, lesionando su libertad informática. Ejemplos ilustrativos de la necesidad de estudio de este tema.

En una *vivienda domotizada* los dispositivos inteligentes aportan comodidad y seguridad, pero también pueden generar colisiones con derechos fundamentales, sobre todo con los del artículo 18 CE (intimidad, honor, propia imagen, inviolabilidad del domicilio y libertad informática). Por ejemplo, los sistemas de videovigilancia y control de accesos ya sea con cámaras interiores/exteriores, mirillas digitales, timbres con cámara (tipo Ring) captan imágenes o audios de vecinos, visitantes o incluso de la vía pública y pueden afectar al derecho a la intimidad, propia imagen e inviolabilidad del domicilio. Los cada vez más utilizados asistentes virtuales y altavoces inteligentes (Alexa, Google Home, Siri) que escuchan permanentemente para activarse por voz, pueden grabar conversaciones privadas y transferirlas a servidores externos, pudiendo ocurrir una vulneración de la intimidad y libertad informática. O, los sensores y dispositivos de monitoreo (sensores de movimiento, detectores de presencia, medidores de consumo energético) tienen el riesgo de que al generar patrones de comportamiento (horarios, rutinas, ausencias del hogar), origina un perfilado intrusivo con el consiguiente riesgo para la intimidad personal y familiar. Por otro lado, las cerraduras y sistemas de acceso inteligentes (cerraduras biométricas, acceso por huella dactilar o reconocimiento facial), almacenan datos biométricos especialmente sensibles pudiendo vulnerarse la libertad informática y

protección de datos. Los electrodomésticos inteligentes conectados a la red (IoT) (como los televisores Smart TV con cámara/micrófono, frigoríficos conectados, robots aspiradores con mapeo) recopilan datos de hábitos de consumo, grabaciones ambientales o mapas del hogar originándose con ello una intromisión en la intimidad y seguridad del domicilio. Por último, los sistemas de control remoto y gestión energética (apps que controlan luces, persianas, calefacción), si se produce un ciberataque puede revelar cuándo una casa está vacía o manipular servicios esenciales afectando a la seguridad personal e inviolabilidad del domicilio. En resumen, los riesgos que generan los dispositivos domóticos pueden entrar en colisión con derechos fundamentales cuando captan, almacenan, transmiten o exponen información personal o del entorno del domicilio sin control suficiente.

Finalmente señalar que el objetivo de este artículo es analizar este conflicto jurídico desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, para ello nos hacemos eco de la reciente STS 3579/2025, de 17 de julio, a través de la cual se busca declarar una intromisión al derecho a la intimidad por utilización de una cámara/mirilla electrónica en una vivienda en un bloque de pisos. El conflicto evidente que se plantea ante el Tribunal es que realmente no hay apreciación ni visualización por parte de los demandados de aspectos de la vida privada de los demandantes, ni concurrencia de expectativa razonable de privacidad en una zona común del edificio como es el rellano al que se dirige la cámara y, por tanto, entienden que no hay existencia de intromisión ilegítima.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD

El término intimidad aparece como una noción básica, pero ha sido objeto de múltiples controversias sobre su significado. Cuando hablamos de intimidad nos referimos a la existencia de ese espacio propio de disfrute de libertad, el cual quiere protegerse contra las intromisiones no deseadas. Aunque para referirnos a este espacio no sólo se utiliza el término intimidad, sino que también se habla de privacidad, vida privada, ámbito íntimo, etc¹.

El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra regulado en el artículo 18 de la Constitución Española, aunque es especialmente importante la labor del Tribunal Constitucional para aclarar las dificultades que conciernen al conjunto de normas y a la definición de este derecho. Esta actuación ayuda a la configuración del derecho de la intimidad y en su coordinación sistemática con otros derechos fundamentales.

Este artículo 18 de la CE fue novedoso a nivel histórico constitucional. En su primer apartado se garantiza el “derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y para desarrollar este primer punto, en los siguientes apartados se especifican alguna de las manifestaciones de estos derechos. En este estudio nos interesa lo mencionado en el apartado segundo donde se indica que “el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial” y el cuarto en donde se indica que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos”.

Dentro del articulado constitucional se prevé en el artículo 20.4 unos límites a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la protección de la juventud y la infancia y estos son la libertad de expresión y el derecho a la información. Evidentemente, también debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 10 CE que fundamenta los derechos en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, además de que estos deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales.

Además de lo contemplado en la Constitución, encontramos referencias a este derecho en otras normas, como ocurre en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en referencia al derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar. Igualmente encontramos la regulación a este derecho en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en donde se incluye dentro de este respeto el domicilio y sus comunicaciones.

La intimidad es un derecho personalísimo, que garantiza a la persona un ámbito propio frente a injerencias externas. Como hemos indicado, es necesario ponderar este derecho con otros, como la libertad de información o la seguridad². Con todo ello, el Tribunal Constitucional lleva tiempo afirmando que el derecho al honor y otros derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE³.

El ámbito de la intimidad y privacidad en la inviolabilidad del domicilio ya que se tienen en cuenta como ámbito protegido de la intimidad, aunque no hace referencia exclusivamente al espacio físico en sí mismo, sino que también se tienen en cuenta lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada. Según todo ello, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y facultades, en las que se comprende vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos⁴.

No sólo es especial el ámbito de la inviolabilidad del domicilio en el caso que nos ocupa, sino que también debemos tener en consideración la libertad informática según lo dispuesto en el artículo 18.4 CE en donde se indica que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal. Este mandato fue cumplido con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que pretende implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información⁵.

Y, por último, debemos referirnos al conflicto de derechos, ya que la colisión entre los previstos en los artículos 18 y 20 CE dio lugar a numerosos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, a partir de los cuales se fue elaborando una sólida doctrina sobre la relación entre el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, y otras cuestiones especiales como la inviolabilidad del domicilio y la libertad informática.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL ÁMBITO DE LAS ZONAS COMUNES

La propiedad horizontal hizo su irrupción en los ordenamientos jurídicos como una modalidad de la comunidad de bienes, aunque con el tiempo se ha ido

separando de la comunidad⁶. En la LPH⁷ confluye el derecho de la propiedad privativa con la copropiedad de los demás elementos comunes, fijando una cuota de participación de cada copropietario que determina la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Esto significa que confluyen elementos privativos con otros comunes a todos los copropietarios de un mismo edificio.

La naturaleza jurídica de los elementos comunes en los edificios residenciales es la de ser una copropiedad inseparable que pertenece a la comunidad de propietarios, no a un solo individuo. Dentro del artículo 3 LPH, apartado b), se refiere a los elementos comunes como instalaciones y servicios, en ocasiones se denominan comunes y en otras generales. Asimismo, el artículo 396 del Código Civil⁸ define los elementos comunes enumerando los siguientes, aunque esta relación no constituye un número cerrado:

- El suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas.
- Elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga.
- Las fachadas con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores.
- El portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo.
- Los ascensores.
- Las instalaciones, conducciones y canalizaciones (hasta la entrada al espacio privativo).
- El desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar.
- Las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos.
- Las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio.
- Las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación.
- Las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles

En el caso que nos ocupa, los elementos comunes que son de nuestro interés son el portal, las escaleras, porterías, corredores y pasos, ya que todos ellos son susceptibles de estar frente a la puerta de una vivienda que podría tener una mirilla digital.

La puerta de la vivienda sería un elemento privativo, entendiendo que los espacios comprendidos dentro de los límites que figuren en el título de propiedad del piso o local. Esta puerta de entrada puede aprovecharse en exclusiva por su propietario y no debe contar con nada ni nadie para su uso y disfrute siempre dentro de los estatutos y conforme a su destino. Es decir, este dispositivo domótico que sería la mirilla digital se encuentra situado entre los elementos comunes y privativos dentro de la propiedad horizontal, aunque instalado en sí en un elemento privativo.

Los copropietarios tienen derecho a utilizar estos elementos comunes, pero siempre sin menoscabar los derechos de otros copropietarios. Esto quiere decir que cada propietario utilizará estas zonas comunes sin interferir con el uso y disfrute que otros tienen sobre las mismas partes del edificio.

La jurisprudencia ha establecido límites estrictos a la instalación de cámaras o sistemas de grabación que puedan afectar a la privacidad de los vecinos en portales, pasillos o rellanos, pero aun así el Supremo avala las cámaras de seguridad en las comunidades. Así podemos comprobarlo en la STS de 23 de octubre de 2024 en donde se aprobó por la comunidad colocar cámaras en cada rellano después de que un vecino sufriera actos vandálicos en su puerta, una de las propietarias impugnó el acuerdo argumentando vulneración de su derecho a la intimidad. En el presente caso se comprobó que las cámaras cumplían con las normas de privacidad ya que sólo podía acceder a las grabaciones el técnico homologado, había carteles informativos avisando de la vigilancia en la comunidad, no se grababa la vía pública ni interiores de viviendas, más allá del umbral de la puerta, y las imágenes se conservaban sólo durante 30 días.

En esta sentencia, el Alto Tribunal confirma que las cámaras solo captaban imágenes de las zonas comunes, aunque menciona que la videovigilancia puede suponer cierta intromisión en la intimidad, pero recuerda que el derecho a la intimidad no es absoluto, tal como hemos indicado anteriormente por la confrontación de derechos, y puede ceder ante fines legítimos si se cumplen los requisitos de proporcionalidad y necesidad. Lo que nos interesa de este asunto es que el TS comparó las cámaras con otros medios tradicionales de control en las comunidades como pueden ser las mirillas o la presencia de un portero, lo cual también puede limitar en parte la intimidad, pero se acepta socialmente en favor de la seguridad y las cámaras son una extensión tecnológica de estas prácticas habituales.

El artículo 22 de la LOPDGGDD⁹ regula el tratamiento con fines de videovigilancia, con el objetivo de preservar la seguridad de personas y bienes, ahora bien, dicha habilitación se acompaña de obligaciones estrictas para proteger la privacidad de los vecinos y visitantes las cuales son:

- Información clara de la existencia de cámaras.
- La comunidad tiene que colocar carteles visibles en los accesos a las zonas videovigiladas indicando que el área está bajo vigilancia.
- Las cámaras sólo pueden grabar las zonas comunes internas de la comunidad, es decir, está prohibido enfocar espacios privados de terceros o áreas públicas más allá de la finca.
- Debe haber un control de acceso a las imágenes y sólo podrán acceder a ellas personas autorizadas, normalmente los técnicos homologados.
- El equipo de grabación debe ubicarse en un lugar seguro o de acceso restringido.
- El visionado de imágenes sólo está justificado ante incidencias de seguridad y nunca para curiosear.
- Se debe cumplir con el plazo de conservación establecido en la ley, determinando que en general no se deben conservar más de 30 días desde su captación, aunque existen excepciones.
- Además de ello, las comunidades deben aprobar correctamente la decisión y cumplir con las garantías de privacidad.

IV. MIRILLAS ELECTRÓNICAS EN PUERTAS DE VIVIENDAS: ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS

Una mirilla electrónica es un dispositivo moderno que reemplaza la mirilla tradicional de una puerta. Este dispositivo consiste en una cámara exterior y una pantalla interior que muestra la imagen de quien está en la puerta, el objeto es mejorar la visibilidad y la seguridad. No todas las mirillas digitales son iguales pero estos dispositivos pueden incluir funciones avanzadas como sensores de movimiento, visión nocturna, conectividad Wi-Fi para ver la imagen en un móvil e incluso la capacidad de grabar vídeos o hacer fotos.

¿Cómo funciona una mirilla electrónica? Hay tres pasos que componen el funcionamiento de estos dispositivos. El primero es la instalación de una pequeña cámara en la puerta para capturar imágenes del exterior; el segundo es que la imagen se proyecta en una pantalla instalada en el interior de la vivienda para poder ver con claridad quién está fuera sin necesidad de acercarse a la puerta; y, el tercero, es la activación de la cámara al llamar al timbre o al detectar movimiento y con ello se muestra la imagen en la pantalla.

Su funcionamiento tiene esos tres pasos básicos, aunque existen en otras mirillas funciones adicionales como pueden ser: conectividad Wi-Fi, lo que permite ver la imagen a través de una aplicación móvil en tu teléfono incluso sin estar en casa; visión nocturna, lo que permite una buena visibilidad incluso en condiciones de poca luz; sensores de movimiento, la cámara automáticamente detecta actividad frente a la puerta; y, grabación, ya que algunos modelos tienen la capacidad de grabar fotos o vídeos de ese movimiento.

En función de lo que ya hemos determinado en los apartados anteriores, así como la legislación y jurisprudencia ya mencionadas, podemos hacer una distinción de la normativa entre mirillas digitales sin grabación y mirillas digitales con grabación.

Si la mirilla digital no almacena imágenes ni vídeos, sino que simplemente muestra lo que ocurre al otro lado de la puerta en tiempo real, se permite su instalación ya que no existe un tratamiento de datos personales, sino que funciona como una mirilla tradicional.

Si la mirilla digital tiene una función de grabación y los almacena en una tarjeta SD, en un dispositivo interno o en la nube, ya estamos hablando de tratamiento de datos personales y entra en juego la normativa relativa a privacidad. Según lo que hemos comentado ya de la STS de 23 de octubre de 2024, existen ciertas obligaciones que se deben cumplir para poder colocar una cámara de videovigilancia, por lo que, si colocas la cámara en tu propiedad, deberás llevar a cabo los mismos requisitos que se exigen a la comunidad de vecinos para grabar las zonas comunes. Entre estos requisitos está el de señalar la zona como videovigilada de forma visible y con la información mínima de quién es el responsable y cómo ejercer los derechos de acceso o supresión; la conservación de las imágenes debe estar limitada a un máximo de 30 días; el ángulo de visión debe ser mínimo, sólo debe estar lo estrictamente necesario frente a la puerta; en el caso de comunidades se debe pedir permiso si se graban zonas comunes; y, si la aplicación sube las imágenes a una nube se deberá proteger el acceso con contraseñas seguras.

A. LA MIRILLA ELECTRÓNICA EN LA STS 3579/2025, DE 17 DE JULIO

En el caso que nos ocupa se presenta una demanda por unos vecinos alegando que existe una intromisión a su derecho a la intimidad, la cuestión llega al TS ante quien se presenta recurso de casación por infracción del artículo 7 de la ley del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁰ y vulneración del artículo 18 CE por instalación de mirilla en puerta de vivienda con funciones de grabación, sin embargo no hay apreciación ni visualización por parte de los demandados de aspectos de la vida privada de los demandantes, ni concurrencia de expectativa razonable de privacidad en una zona común del edificio, por lo que los recurrentes estiman que no hay intromisión ilegítima.

Según estudia el TS, la mirilla instalada no cumple sólo la función de visor, sino que detecta el movimiento y se puede configurar para hacer fotografías y enviar alerta al teléfono o incluso comenzar a grabar el vídeo cuando se detecta el movimiento, esto lo saben porque cuando hay movimiento, los demandantes oyen un “clic” y se enciende el piloto rojo del dispositivo de la mirilla de la puerta de la vivienda de los demandados durante unos segundos. Sin embargo, los demandados consideran que no se concreta qué tipo de escenario familiar o privado se invade con la instalación del dispositivo, ya que no consideran que el rellano de un edificio sea ámbito reservado y además de ello alegan que la instalación de la mirilla sólo tiene como fin la seguridad.

El TS ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la afectación que la instalación de dispositivos electrónicos con capacidad de captar la imagen, e incluso transmitirla o grabarla, puede tener para el derecho a la intimidad. Además, anteriormente han tenido en cuenta la trascendencia del principio de proporcionalidad en la valoración del conflicto que se produce entre el derecho a la intimidad y los intereses que se persiguen con la instalación del dispositivo¹¹. Según lo dispuesto por esta sala, basta con que un dispositivo electrónico tenga la potencialidad de captar o grabar imágenes dentro del domicilio para considerarse una intromisión en la intimidad, sin necesidad de que dicha captación realmente ocurra.

En el caso concreto, el Tribunal Supremo considera que la instalación de un dispositivo con capacidad de captación, transmisión y almacenamiento potencial de imágenes representa una afectación relevante del derecho a la intimidad, ya que se activa cada vez que alguien llega o sale de la vivienda y permite ver el interior de la misma. Por todo ello concluye que dicha afectación no resulta proporcionada en relación con el beneficio que procura a los demandados, por lo que se declara que supone una intromisión ilegítima.

Las cuestiones clave del fallo de la sentencia que nos ocupa son: la potencialidad del dispositivo, ya hemos visto que el Tribunal no exige una captación real, sino que basta con que el dispositivo esté habilitado o el mismo pueda hacer fotografías para invocar el cuidado del derecho a la intimidad; la jurisprudencia previa, la cual ya hemos mencionado pero desarrollaremos a continuación; el principio de proporcionalidad, necesaria para balancear el derecho a la privacidad frente al interés en la seguridad, considerando en este caso el TS que es desproporcionado; y, el resultado concreto del caso que nos ocupa, considerando el TS que existe una intromisión ilegítima puesto que la instalación supera los límites admisibles.

Además de ello debemos considerar que, independientemente de si se graban zonas en las que se puede afectar a la intimidad de otros copropietarios, para poder instalar una mirilla digital en una Comunidad de Propietarios se deben cumplir con determinados requisitos. El primero de ellos es pedir permiso a la misma si se graba cualquier zona común o si puede captar a otros vecinos. El acuerdo debe ser de la junta de propietarios por mayoría de 3/5 partes de las cuotas de participación.

El segundo requisito es que debe cumplirse con la Ley de Protección de Datos y para ello se debe considerar que la mirilla con grabación está sujeta a la misma por el tratamiento de datos; que es obligatorio colocar un cartel de aviso visible que informe de la zona vigilada y los datos del responsable del tratamiento; que el responsable debe llevar un Registro de Actividades de Tratamiento y estar registrado en la Agencia Española de Protección de Datos; y, por último, es que el almacenamiento de las imágenes debe ser seguro y eliminarse en el plazo legal establecido de 30 días.

Y, por último, la exigencia de que debe evitarse la intrusión en la privacidad. Para ello la cámara no debe grabar la vía pública ni las áreas comunes del edificio y tampoco las puertas de los vecinos, como ocurre en el presente caso, y además de ello la grabación debe ser solo para uso personal e individual, no como ocurre en los sistemas de vigilancia de la comunidad.

B. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS SSTs 600/2019, 1399/2024 Y 3579/2025

Como hemos podido comprobar, el Tribunal Supremo ha ido configurando una línea jurisprudencial de protección del derecho a la intimidad domiciliaria, con base en el art. 18.1 CE, como consecuencia de la proliferación de dispositivos electrónicos como son cámaras, mirillas electrónicas, videoporteros avanzados... La cuestión central es si constituiría una intromisión ilegítima la mera potencialidad del dispositivo o se exige captación real de imágenes. Para dar respuesta a ello acudimos a las SSTs 600/2019, 1399/2024 y 3579/2025.

La STS 600/2019, que analizaremos primero por orden de antigüedad, es aquella en la que se instala una cámara que podía captar imágenes del interior de una vivienda colindante. Como sentencia que marca una doctrina inicial determina que basta la potencialidad de captación para considerar la intromisión ilegítima, aunque no se haya acreditado una grabación efectiva ya que un tercero puede observar el interior del domicilio y esto afecta al derecho a la intimidad. En resumidas cuentas, esta sentencia consolida por primera vez la tesis de la “intromisión por potencialidad”, determinando que la potencialidad de grabación del dispositivo, aunque la misma no esté en marcha o no tenga tarjeta SD o conexión con la nube, no garantiza la protección al derecho a la intimidad.

La STS 1399/2024 flexibiliza lo dispuesto en la sentencia anterior, en ella se discute la legitimidad de ciertos mecanismos de control comunitario que se consideran tradicionales. Reconoce que el derecho a la intimidad puede verse limitado por usos sociales aceptados y por justificaciones de seguridad, siempre que la afectación sea proporcional y razonable. Es decir, establece la limitación al derecho a la intimidad y al de la protección de datos personales, pero siempre en favor del

principio de proporcionalidad. Por ejemplo, se considera que una mirilla tradicional podría afectar al derecho a la intimidad, pero, al ser su alcance mínimo y tolerado socialmente, se considera que no constituye una intromisión ilegítima y por tanto es proporcional.

Y, por último, la STS 3579/2025 supone un avance entre el derecho a la intimidad, la protección de datos personales, la protección a la seguridad y el principio de proporcionalidad. El supuesto de dicha sentencia discute la instalación de un dispositivo en la puerta de acceso con capacidad de captar, transmitir y almacenar imágenes. Es decir, se discute sobre la instalación de una mirilla digital con grabación. En este caso se combina la doctrina de las dos sentencias anteriores, ya que determina que la potencialidad de captación es suficiente para considerar una intromisión en el derecho a la intimidad, pero matiza con el criterio de la proporcionalidad que se recoge en la sentencia de 2024.

En este caso, como el dispositivo se activaba cada vez que alguien entraba o salía, permitiendo ver incluso el interior de la vivienda, se consideraba que la afectación a la intimidad era desproporcionada, incluso si grabase lo que ocurre podríamos hablar de afectación a la protección de datos personales, aunque si cumpliese con las medidas para la instalación del dispositivo, consideraría que su uso quedaría justificado en términos de proporcionalidad y usos sociales. El hecho de que se pueda grabar parte del interior de la vivienda es determinante puesto que el domicilio constituye el núcleo más intenso de intimidad y se podría entender que esa instalación fuese una forma de vigilancia encubierta que excede el uso legítimo individual¹².

Según lo dispuesto en la Directiva Europea sobre Protección de Datos, se prohíbe la instalación de una cámara que apunte hacia la vía pública y grabe a los viandantes sin su consentimiento ya que son un dato personal y debe regirse su tratamiento por las leyes relativas a la protección de datos¹³. La sentencia Ryneš contra Úrad del TJUE establece un añadido a la Instrucción al considerar que podrán ser tratados los datos siempre y cuando la finalidad de su captación sea la de proteger los bienes, salud y vida del propietario de la vivienda, local y de sus familiares y ayudará a salvaguardar la prevención, investigación, detección y procesamiento de delitos penales¹⁴, aunque dicha sentencia sea anterior a las ya mencionadas, empieza a introducirse el principio de proporcionalidad a nivel Europeo.

Actualmente existe una doctrina integradora que confirma la potencialidad como criterio decisorio, pero exige una ponderación entre la proporcionalidad y la seguridad, protege el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, pero, debido al avance de la tecnología establece un matiz de proporcionalidad. La AEPD realiza un estudio para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad debe cumplir con tres requisitos: *si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*.¹⁵

Podemos entender por tanto que la STS 3579/2025 supone un punto de equilibrio que reafirma la protección frente a dispositivos con potencial invasivos que además exige ponderar si el uso tiene justificación legítima, como puede ser la seguridad, y si la afectación cumple con el principio de proporcionalidad analizándolo en cuanto a la protección de datos según lo establecido en la Instrucción por la AEPD, y en cuanto a la intimidad, según lo establecido en la doctrina jurisprudencial. En la práctica está consolidado que toda captación potencial de imágenes del interior del domicilio es ilegítima salvo justificación excepcional.

V. POSIBLE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA ESFERA DE LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD DE LAS PERSONAS

Como hemos indicado, la captación de imágenes de pasillos, ascensores o zonas comunes por parte de mirillas electrónicas puede suponer una intromisión ilegítima y para ello acudimos a la jurisprudencia del TC y del TS considera que la intimidad se extiende a la vida privada incluso en espacios compartidos. Esto puede ser como consecuencia de que haya una grabación continua del rellano, que exista un almacenamiento de imágenes de vecinos sin consentimiento o incluso que se utilice la mirilla como una cámara de vigilancia encubierta.

Por ello mismo debemos hablar de intromisión ilegítima, entendiendo por ello la acción que contraviene las disposiciones legales afectando negativamente al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el caso de las mirillas digitales podemos entender que la cámara instalada en la puerta es una cámara simulada, siempre y cuando los propietarios de la cámara no hayan cumplido con las medidas que se fijan con el objetivo de cumplir con la protección a los derechos fundamentales.

Entendemos que aquí pueden existir determinados supuestos problemáticos como que se realice una grabación continua de vecinos y terceros, que se lleve a cabo el almacenamiento y tratamiento de imágenes sin consentimiento, o que se traspase la fina línea entre vigilancia legítima y control abusivo.

La práctica de la instalación de cámaras de videovigilancia y sistemas de seguridad en sus propiedades es totalmente lícita, siempre y cuando los hechos que capten sean únicamente los que tienen lugar dentro del perímetro de su inmueble, por lo que la mirilla digital traspasa ese límite. Hemos establecido ya el amparo en la LOPDPGDD, pero los vecinos que vean sus derechos vulnerados también pueden amparar su protección desde el punto de vista penal, ya que el CP castiga en el artículo 197 al que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen.

Establecido esto, sólo está permitido grabar o hacer fotos de una propiedad privada si los propietarios prestan su consentimiento, y estará permitido hacer fotos o vídeos del inmueble desde el exterior de sus instalaciones mientras no se vulnere ningún derecho. Por ello, antes de proceder a la instalación de cualquier sistema de grabación, como podría ser una mirilla electrónica, se debe pedir autorización a la Comunidad de Propietarios y avisar de que se está grabando.

La imagen de una persona es un dato de carácter personal y cada una de ellas puede decidir sobre su propia imagen y sobre su difusión. La protección de la propia imagen tiene dos facultades: la primera de ellas es decidir qué imagen personal puede tener difusión pública y, la segunda es impedir la reproducción, publicación o captación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada. Sin embargo, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, por lo que existen límites amparados donde se permite el uso de la imagen personal. En conjunto con ello, debemos tener en cuenta que el almacenamiento y tratamiento de imágenes sin consentimiento en España es ilegal y puede acarrear sanciones penales, civiles y administrativas, ya que si esto se realizase se estaría violando el derecho a la propia imagen y a la intimidad de las personas.

Y, otra cuestión que nos planteamos es ¿hasta dónde puede llegar la videovigilancia sin caer en la vulneración de derechos fundamentales? Aquí es donde debemos distinguir entre vigilancia legítima y control abusivo. La LOPDPGDD exige informar previamente sobre la instalación y uso de cámaras, sin embargo, existen excepciones que permiten colocar un cartel visible advirtiendo de la videovigilancia y de quién es el responsable del tratamiento de los datos, como puede ser a nivel de seguridad si se capta de forma flagrante un acto ilícito, o, en el caso de las Comunidades de Propietarios, si de forma previa a la instalación se han cumplido los requisitos de legalidad que comentamos anteriormente. Si se cumplen con los requisitos legales, entendemos que negar el uso de la videovigilancia supondrá limitar injustificadamente el derecho de las personas a actuar conforme a su seguridad.

En conclusión, consideramos que no todo uso de cámaras puede ser válido, pero tampoco todo uso es abusivo, por ello debemos encontrar el equilibrio entre el control y los derechos fundamentales.

VI. COMPATIBILIZACIÓN DE INTERESES: SEGURIDAD VS. PRIVACIDAD

La problemática de las mirillas digitales en el marco de la propiedad horizontal se sitúa en el eje de tensión entre el derecho a la intimidad y privacidad reconocido en el artículo 18 CE y el derecho a la seguridad como protección a la integridad física y patrimonial regulado en el artículo 17 CE, ambos derechos fundamentales pueden verse afectados por los residentes de una Comunidad de Propietarios con esta instalación de una mirilla digital.

Hemos determinado que el principio de proporcionalidad es un criterio de equilibrio para determinar si se vulnera alguno de los derechos fundamentales, por eso tanto el TC como el TS reiteraron que la limitación de un derecho fundamental sólo será legítima si supera un juicio de proporcionalidad valorando la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto como hemos visto en lo dispuesto por la Instrucción de la AEPD, por ello se consideró en la sentencia que analizamos que la capacidad de grabación y transmisión de dicha mirilla supera el límite tolerable de afectación al derecho a la intimidad.

La compatibilización de esta instalación con la protección de ambos derechos puede lograrse mediante condiciones técnicas y jurídicas que reduzcan la intromisión en la privacidad, como deshabilitar funciones de grabación o almacenamien-

to continuo, restricción del ángulo de captación para evitar abarcar más allá del umbral de la propia puerta, autorización comunitaria en casos de dispositivos con potencial impacto en zonas comunes y siempre deberá tenerse en consideración el RGPD y la LOPDGDD en los casos en que la captación o el tratamiento de imágenes exceda del ámbito doméstico. La doctrina insiste en que la protección del domicilio constituye el núcleo esencial de la intimidad y, por tanto, la seguridad debe buscarse sin vaciar de contenido este derecho.

Esta situación exige una ponderación caso por caso, por ello, mientras que el derecho a la seguridad puede justificar el uso de determinados dispositivos electrónicos, el núcleo esencial de la intimidad del domicilio debe prevalecer frente a la invasión a través de dispositivos que realicen un control automático, grabación continua o almacenamiento de imágenes sin consentimiento. Por todo ello, entendemos que la seguridad debe garantizarse como derecho fundamental, pero debe hacerse con medios menos intrusivos y más socialmente aceptados.

VII. CONCLUSIONES.

El desarrollo de dispositivos domóticos como las mirillas electrónicas plantea un nuevo reto jurídico: compatibilizar el interés legítimo en reforzar la seguridad doméstica con la plena garantía del derecho fundamental a la intimidad, reconocido en el artículo 18 CE y en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consolidado que la mera potencialidad de un dispositivo para captar, transmitir o grabar imágenes es suficiente para apreciar una posible intromisión ilegítima, sin necesidad de que se acredite la efectiva captación de datos. Esta doctrina, iniciada con la STS 600/2019, ha sido reafirmada y matizada en las SSTS 1399/2024 y 3579/2025.

El análisis de proporcionalidad —valorando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— constituye el filtro imprescindible para determinar si una limitación al derecho a la intimidad puede considerarse legítima. El Tribunal Supremo, en la STS 3579/2025, ha entendido que las mirillas electrónicas con capacidad de grabación y transmisión automática suponen una afectación desproporcionada al derecho a la intimidad.

En el marco de la Ley de Propiedad Horizontal, las puertas de acceso constituyen un espacio limítrofe entre lo privativo y lo común. La instalación de mirillas electrónicas que puedan captar zonas comunes afecta directamente a la privacidad de los demás copropietarios, por lo que requiere no solo el cumplimiento estricto de la LOPDGDD y el RGPD, sino también la autorización de la comunidad cuando se graban o pueden grabarse zonas comunes.

La captación o almacenamiento de imágenes sin consentimiento en zonas comunes puede constituir una intromisión ilegítima en la intimidad y la propia imagen de terceros, sancionable no solo desde el punto de vista civil, sino también penal (art. 197 CP). La videovigilancia doméstica solo es lícita en el ámbito estrictamente privativo del inmueble y bajo condiciones legales específicas.

La seguridad como derecho fundamental (art. 17 CE) puede justificar la instalación de ciertos dispositivos tecnológicos, pero su ejercicio no puede vaciar de

contenido el derecho a la intimidad. La solución pasa por un equilibrio: medidas técnicas (restricción de ángulo, supresión de grabación continua) y jurídicas (información, consentimiento y cumplimiento normativo) que permitan garantizar ambos derechos en un marco de convivencia vecinal equilibrado.

En definitiva, la jurisprudencia española avanza hacia una doctrina integradora que reafirma la protección de la intimidad frente a intromisiones tecnológicas, pero admite limitaciones justificadas por razones de seguridad si superan el juicio de proporcionalidad. La instalación de mirillas electrónicas con grabación automática en comunidades de propietarios, en la mayoría de los casos, constituye una intromisión ilegítima salvo que concurran circunstancias excepcionales y se respeten estrictamente las garantías legales y comunitarias.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- FAYOS GARDÓ, Antonio: *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, Madrid.
- GALÁN JUÁREZ, Mercedes: *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, Madrid.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José María: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas, 1993, Madrid.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José María: “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, en *AFD*, 2016 (XXXII), pp. 409-430, ISSN: 0518-0872
- MEDINA GUERRERO, Manuel: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant lo Blanch, 2005, Madrid.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: “El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro” en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n°13, 2005. ISSN-e 2951-665X <https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.13.%20Jose%20Luis%20Pinhar%20Manhas.pdf/af141efa-8255-b78a-9d44-d27db07a74e9>
- SEVILLA CÁCERES, Francisco: “Elementos comunes de la Propiedad Horizontal” en *Mundojuridico.info*, 2025 <https://mundojuridico.info/elementos-comunes-de-la-propiedad-horizontal/#:~:text=son%20elementos%20comunes-,Elementos%20comunes%20por%20naturaleza%20y%20por%20destino,portero%2C%20patios%20interiores%2C%20etc>

IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 1982. Número Sentencia: 197/1982. Recurso de amparo 197-1982. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1982. ECLI:ES:TC:1982:73.

- STC, Sala Segunda, de 17 de febrero de 1984. Número Sentencia: 22/1984. Recurso de amparo 59-1983. BOE núm. 59, de 9 de marzo de 1984. ECLI:ES:TC:1984:22.
- STC, Sala Primera, de 26 de noviembre de 1984. Número Sentencia: 110/1984. Recurso de amparo 575-1983. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984. ECLI:ES:TC:1984:110.
- STC, Sala Segunda, de 30 de octubre de 1987. Número Sentencia: 170/1987. Recurso de amparo 383-1986. BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 1987. ECLI:ES:TC:1987:170
- STC, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 1988. Número Sentencia: 231/1988. Recurso de amparo 1247-1986. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988. ECLI:ES:TC:1988:231.
- STC, Sala Segunda, de 12 de noviembre de 1990. Número Sentencia: 171/1990. Recurso de amparo 784-1988. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1990. ECLI:ES:TC:1990:171.
- STC, Sala Primera, de 11 de noviembre de 1991. Número Sentencia: 214/1991. Recurso de amparo 101-1990. BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991. ECLI:ES:TC:1991:214.
- STC, Sala Primera, de 14 de febrero de 1992. Número Sentencia: 21/1992. Recurso de amparo 1821-1988. BOE núm. 66, de 17 de marzo de 1992. ECLI:ES:TC:1992:21.
- STC, Sala Primera, de 9 de mayo de 1994. Número Sentencia: 143/1994. Recurso de amparo 3192-1992. BOE núm. 140, de 13 de junio de 1994. ECLI:ES:TC:1994:143.
- STC, Sala Primera, de 16 de diciembre de 1996. Número Sentencia: 207/1996. Recurso de amparo 1789-1996. BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997. ECLI:ES:TC:1996:207.
- STC, Sala Segunda, de 29 de septiembre de 1997. Número Sentencia 151/1997. Recurso de amparo 3983-1994. BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997. ECLI:ES:TC:1997:151.
- STC, Sala Primera, de 10 de abril de 2000. Número Sentencia: 98/2000. Recurso de amparo 4015-1996. BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000. ECLI:ES:TC:2000:98.
- STC, Sala Segunda, de 5 de mayo de 2000. Número Sentencia: 115/2000. Recurso de amparo 640-1997. BOE núm. 136, de 7 de junio de 2000. ECLI:ES:TC:2000:115.
- STS, Sala Primera, Sección 1, de 10 de diciembre de 2010. Número Sentencia: 799/2010. Número Recurso: 790/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Rios. STS 7549/2010 – ECLI:ES:TS:2010:7549
- STS, Sala Primera, Sección 1, de 7 de noviembre de 2019. Número Sentencia: 600/2019. Número Recurso: 5187/2017. Ponente: Francisco Marín Castan. STS 3505/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3505
- STS, Sala Primera, Sección 1, de 23 de octubre de 2024. Número Sentencia: 1399/2024. Número Recurso: 7493/2023. Ponente: Rafael Saraza Jimena. STS 5075/2024 – ECLI:ES:TS:2024:5075

- STS, Sala Primera, Sección 1, de 17 de julio de 2025. Número Sentencia: 1166/2025. Número Recurso: 5962/2024. Ponente: Rafael Saraza Jimena. STS 3579/2025 – ECLI:ES:TS:2025:3579
- STJUE, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2014. František Ryneš contra Úřad pro ochranu osobních údajů. Asunto C-212/13. Sentencia ECLI:EU:C:2014:2428

X. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española de 1978
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
- Ley de 26 de octubre de 1939 sobre construcción, gravamen y régimen de viviendas de pisos o partes determinadas
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
- 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)
- Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

NOTAS

¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional” *AFD*, 2016 (XXXII), pp. 409-430, ISSN: 0518-0872

² Como indica MARTÍNEZ DE PISÓN “En suma, estas cuestiones, la indefinición y la compleja red que se teje entre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —y habría que añadir el derecho a la libertad informática— obligan a una fina labor del Tribunal Constitucional para sopesar los diferentes elementos, ponderar los bienes jurídicos protegidos y, en definitiva, para elaborar y mejorar la doctrina constitucional sobre estos derechos tan personalísimos.” En MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional” *AFD*, 2016 (XXXII), pp. 409-430, ISSN: 0518-0872

³ Esto ha sido contemplado en el FJ 3 de la STC 21/1992, de 14 de febrero y en el FJ 1 de la STC 214/1991, de 11 de noviembre. Además de ello, estas líneas básicas han sido reiteradas en otras numerosas sentencias: STC 73/1982, de 2 de diciembre, STC 110/1984, de 26 de noviembre, STC 143/1994, de 9 de mayo, STC 207/1996, de 16 de diciembre, STC 151/1997, de 29 de septiembre, STC 98/2000, de 10 de abril, STC 115/2000, de 5 de mayo.

⁴ Esto se indica en el FJ 5 de la STC 22/1984, de 17 de febrero.

⁵ Exposición de Motivos y Título X de Garantía de los derechos digitales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁶ La modificación que introdujo la Ley de 26 de octubre de 1939 en el texto del art. 396 del Código Civil ya significó un avance en ese sentido, toda vez que reconoció la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad, como accesorio, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes. SEVILLA CÁCERES, Francisco: “Elementos comunes de la Propiedad Horizontal” en *Mundojuridico.info*, 2025 <https://mundojuridico.info/elementos-comunes-de-la-propiedad-horizontal/#:~:text=son%20elementos%20comunes-,Elementos%20comunes%20por%20naturaleza%20y%20por%20destino,porte-ro%2C%20patios%20interiores%2C%20etc>

⁷ Así se regula en el artículo tercero de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. En él se especifica por un lado el derecho singular y exclusivo de propiedad, y, por otro lado, la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes.

⁸ El artículo 396 del Código Civil hace referencia a los elementos comunes indicando lo siguiente: “Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elemento de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.”

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.”

⁹ Artículo 22 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: “1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones. [...] 4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.”

¹⁰ Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el que se considera intromisión ilegítima en el ámbito de protección de dicha Ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

¹¹ Así lo abordan las STS 799/2010 de 10 de diciembre; la STS 600/2019, de 7 de noviembre; y, la STS 1399/2024, de 23 de octubre.

¹² PIÑAR MAÑAS, José Luis: “El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro” en Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº13, 2005. ISSN-e 2951-665X <https://www.asambleamadrid.es/documentos/20126/64823/R.13.%20Jose%20Luis%20Pinhar%20Manhas.pdf/af141efa-8255-b78a-9d44-d27db07a74e9>

¹³ El artículo 4 de la Instrucción 1/2006 determina que: 1. De conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, las imágenes sólo serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de las cámaras o videocámaras.

2. Sólo se considerará admisible la instalación de cámaras o videocámaras cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal.

3. Las cámaras y videocámaras instaladas en espacios privados no podrán obtener imágenes de espacios públicos salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquéllas. En todo caso deberá evitarse cualquier tratamiento de datos innecesario para la finalidad perseguida.

¹⁴ La Directiva sobre protección de los datos personales se aplica a la grabación con una cámara de vídeo instalada por una persona en la vivienda familiar y dirigida hacia la vía pública <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140175es.pdf>

¹⁵ Preámbulo de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21648>

1.2. Derecho de familia

La “necesaria revisión” del sistema de protección de los menores en situación de desamparo y el retorno a su familia de origen: en especial, el acogimiento de menores migrantes no acompañados.

The “necessary review” of the protection system for minors in a situation of desert and their return to their family of origin: especially, the reception of unaccompanied migrant minors.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(acreditada a profesor Titular).
Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis del acogimiento y la tutela *ex lege* por parte de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores. Asimismo, en relación con los menores extranjeros no acompañados estudiaremos el Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo y las consecuencia del reparto de menores extranjeros no acompañado; y, con respecto al acogimiento que se regula en el Código Civil la Proposición de Ley de modificación del Código Civil presentada por el Grupo Parlamentario vox en el Congreso de los Diputado para la protección de menores tutelados en situación de desamparo. A tal fin, analizaremos, si resulta necesaria en base a la normativa actual o futura una reforma del sistema de protección de los menores en situación de riesgo y desamparo.

ABSTRACT: *This study will focus on the analysis of ex lege foster care and guardianship by the public entity entrusted with the protection of minors in the respective territory. Likewise, with regard to unaccompanied foreign minors, we will study Royal Decree-Law 2/2025, of March 18, and the consequences of the distribution*

of unaccompanied foreign minors. Regarding foster care regulated by the Civil Code, we will study the Bill to amend the Civil Code presented by the Vox Parliamentary Group in the Congress of Deputies for the protection of minors in care in situations of neglect. To this end, we will analyze whether a reform of the protection system for minors at risk and in situations of neglect is necessary based on current or future regulations.

PALABRAS CLAVE: menores de edad no emancipados, menores de edad extranjeros no acompañados, situaciones de riesgo, situaciones de desamparo, acogimiento familiar y residencial, tutela *ex lege* de la Entidad Pública.

KEYWORDS: *unemancipated minors, unaccompanied foreign minors, risk situations, situations of abandonment, family and residential care, ex lege guardianship of the Public Entity.*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ACOGIMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO. 1. CONCEPTO Y SUPUESTOS DE DESAMPARO. 2. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL. A. Acogimiento familiar. B. Acogimiento residencial. 3. GUARDA PROVISIONAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL. 4. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—III. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO-LEY 2/2025, DE 18 DE MARZO POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA ANTE SITUACIONES DE CONTINGENCIAS MIGRATORIAS EXTRAORDINARIAS.—IV. ESTUDIO DEL REAL DECRETO 658/2025, DE 22 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS MEDIDAS A ADOPTAR EN SITUACIONES DE CONTINGENCIA MIGRATORIA EXTRAORDINARIA PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA.—V. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 743/2025, DE 26 DE AGOSTO, POR EL QUE SE APRUEBA LA CAPACIDAD ORDINARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y TUTELA DE PERSONAS MENORES DE EDAD EXTRANJERAS NO ACOMPAÑADAS DE LAS COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS.—VI. PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La protección del “interés superior del menor” se configura como un importante principio rector de la actuación de los poderes públicos. Así lo reconocen los distintos Tratados Internacionales en la materia —aplicables en nuestro país en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española—, siendo destacable la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 3.1 establece el siguiente mandato: “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”.

Tal obligación se concreta también en nuestra Carta magna. En efecto, el artículo 39.4 de la Constitución Española recuerda que: “Los niños gozarán de la

protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”; previsión que, se recuerda, dada su ubicación constitucional en el capítulo III del título I, termina por erigirse en un genuino mandato, habiendo tal principio de informar “la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos” (ex artículo 53.3 de la Constitución Española).

Todo ello tiene su plasmación normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM) cuyo artículo 2 dispone que “en aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Este principio se ha concretado también en ulteriores normas en la materia, siendo destacable la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia. Por su parte, la regulación de los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Civil, permite que la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente de cada región se realicen mediante resolución administrativa y el acogimiento residencial o familiar.

En este contexto, en los últimos años se ha producido una intensificación de la inmigración procedente del continente africano a la Unión Europea, con especial afectación a las fronteras del sur de la Unión Europea y, por consiguiente, a las españolas.

Dentro de nuestras fronteras, y en lo relativo al desigual impacto del fenómeno migratorio, merece una especial referencia la situación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. En los últimos ocho años, su número ha crecido en España en un 221,4 por ciento.

En los últimos años se ha producido una intensificación de la inmigración procedente del continente africano a la Unión Europea, con especial afectación a las fronteras del sur de la Unión Europea y, por consiguiente, a las españolas.

Dentro de nuestras fronteras, y en lo relativo al desigual impacto del fenómeno migratorio, merece una especial referencia la situación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. En los últimos ocho años, su número ha crecido en España en un 221,4 por ciento.

En relación con las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, se han venido adoptando sucesivos Acuerdos en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, de forma que, en 2022, 2023 y 2024 se ha acordado y producido efectivamente el traslado de un total de 574 personas menores de edad extranjeras no acompañadas procedentes de Canarias y Ceuta. En el seno de la Unión Europea, se ha adoptado un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo en el que destacan las medidas para mejorar la ubicación de los grupos más vulnerables entre los diversos Estados de la Unión Europea, estableciendo mecanismos obligatorios de ayuda recíproca entre ellos, así como ciertas obligaciones de acogida y ubicación.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024 “a fecha de 31 de diciembre 2023, figuraban inscritos un total de 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección, frente a los 11.417 del año 2022, de los cuales 10.570 son niños y 2.308 niñas (...). Durante el año 2023 se han incoado un total de 7.422 Diligencias preprocesales de Determinación de la Edad, lo cual supone un importante incremento respecto a las 4.805 tramitadas durante el 2022 (artículo 35 de la LOex). De ellas, 2.436 han resultado ser mayores,

3.231 eran menores o existían posibilidades de que lo fueran y 1.755 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias”.

Asimismo, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 5 de septiembre de 2025 indica que “mediante Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 27 de septiembre de 2024 se acordó asignar a la Unidad de Menores de la Fiscalía General del Estado las funciones relativas a la coordinación de las actuaciones tendentes a la determinación de la edad de las personas extranjeras indocumentadas y no acompañadas, que hasta entonces había correspondido a la Unidad de Trata de Personas y Extranjería.

Por otro lado, hay que destacar el esfuerzo que, por parte de todas las fiscalías en general y las de Canarias en particular, se ha realizado para acometer el incremento de trabajo que ha supuesto el aumento exponencial de los expedientes de determinación de edad, derivados de la intensificación de entradas de migrantes por la costa, muchos de ellos de mayoría de edad dudosa, situación que comenzó en 2023 y aún continua.

En el año 2024 se mantiene la tendencia al alza de llegada de menores extranjeros no acompañados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles, pasando de 2.375 que llegaron durante el año 2022, 4.865 menores en 2023 y 5.922 en el año 2024. Mayoritariamente son de sexo masculino (5.291), aunque la llegada de niñas se ha triplicado pasando de 238 detectadas en 2023 a 631 en 2024.

Este año, a diferencia del 2023 en el que la nacionalidad predominante de estos menores era Senegal, el mayor número procede de Marruecos (1.834), seguido de Mali (1.190), Argelia (1.006) y Senegal en cuarto lugar con 687 menores. Respecto a las llegadas por vía terrestre a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, la primera ha recibido en su territorio a 2.768 menores irregulares, habiendo recibido Melilla 147.

Se ha duplicado la realización de pruebas de ADN por parte del Cuerpo Nacional de Policía, con el objetivo de establecer el vínculo de filiación de menores acompañados de adultos que manifestaban ser los progenitores sin pruebas fehacientes de ello, ascendiendo de 577 en 2023 a un total de 1.028 pruebas en 2024.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2024, figuraban inscritos un total de 16.041 (2.603 niñas/13.438 niños) cifra que supera con creces los datos de 2023 con 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección y frente a los 11.417 del año 2022. La mayoría de los menores inscritos en este Registro en el año 2024 al igual que en 2023 proceden de Marruecos (4.393), seguidos por Senegal (2.379), Mali (1.794) Ucrania (1.688), Argelia (1.449) y Gambia (1.471)”.

Pese a estas cifras, se señala en esta Memoria “que, de conformidad con la legislación nacional e internacional vigente, sólo se han repatriado 8 menores (4 de Colombia, 3 de Rumanía y 1 de Francia)”.

Ahora bien, en el año 2007 nuestro país y el Reino de Marruecos firmaron un Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. En dicho acuerdo se prevé, tal y como recoge su artículo primero que “las Partes Contratantes cooperarán para: 1. Establecer un marco de trabajo conjunto en materia de preven-

ción de la emigración ilegal de menores de edad no acompañados y de protección y de retorno de dichos menores. 2. Consolidar un diálogo permanente y facilitar el intercambio de datos e información con vistas a tratar de manera eficiente la prevención de la emigración de los menores de edad no acompañados, su protección y su retorno”. De tal modo, se establece como favorable garantizar, como así dictamina el artículo dos “el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social”. Por lo tanto, la tutela indefinida de estos menores por parte de las autoridades españolas y su ingreso en Centros de Acogimiento Residencial de Menores no debe mantenerse como único recurso. Se ha de procurar el retorno de los menores con sus familias.

En relación con este acuerdo se ha pronunciado el Tribunal Supremo al señalar que la devolución de menores desde Ceuta a Marruecos en agosto de 2021 fue ilegal al no seguir el procedimiento previsto en la Ley de Extranjería. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, de 22 de enero de 2024¹ ha confirmado que la devolución de menores marroquíes desde Ceuta a Marruecos llevada a cabo por las autoridades españolas en agosto de 2021 fue ilegal por la “absoluta inobservancia” de las prescripciones de la Ley de Extranjería, que exigen un procedimiento administrativo individual, información sobre la situación de cada afectado, audiencia del mismo si tiene madurez e intervención del Ministerio Fiscal.

Asimismo, la Sala, de acuerdo con la Fiscalía, confirma que se vulneraron los derechos a la integridad física y moral de los menores devueltos a Marruecos, ya que ello sucede cuando se pone a una persona en serio peligro de sufrir un padecimiento corporal o psíquico, lo que no puede negarse que ocurriera en este caso, según el tribunal, cuando la Administración no hizo ponderación alguna del interés de los menores ni mucho menos una comprobación de sus circunstancias individuales.

El Alto Tribunal rechaza los recursos de la Abogacía del Estado y de la Ciudad Autónoma de Ceuta contra las sentencias de un Juzgado de Ceuta y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimaron las razones de la Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Jóvenes y Menores —que actuó en su nombre y en el de ocho menores marroquíes— y establecieron que España incurrió en una vía de hecho al no seguir los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de Extranjería en el retorno de los menores.

Al respecto, comienza destacando que comprende perfectamente la gravedad de lo acaecido los días 17 y 18 de mayo de 2021 en Ceuta, cuando se produjo la entrada masiva e ilegal de unas 12.000 personas, de ellas unos 1.500 menores, y que ello supuso un extraordinario reto tanto para el Estado como para dicha comunidad autónoma.

Sin embargo, señala que el debate del pleito versa sobre si el Acuerdo entre España y Marruecos de 6 de marzo de 2007 era suficiente por sí solo para fundamentar la decisión de retorno de los menores a Marruecos o si, por el contrario, era preceptivo además seguir los trámites establecidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 y en los artículos 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011 (procedimiento administrativo individualizado, información sobre la situación del afectado, audiencia del mismo si tiene madurez e intervención del Ministerio Fiscal).

Para el Tribunal Supremo el citado Acuerdo de 2007 no constituye por sí solo fundamento normativo suficiente para decidir el retorno de los menores, básicamente porque no contempla ningún trámite ni requisito procedimental, por lo que,

como en cualquier otra actuación administrativa, “máxime si puede afectar a los derechos fundamentales de las personas, las autoridades españolas deben encauzar su actuación a través del correspondiente procedimiento administrativo, como garantía de la legalidad y el acierto de su decisión y como salvaguardia de los intereses de los afectados”. En este caso, el regulado en la Ley y el Reglamento de Extranjería.

Además, la sentencia considera que la invocación de circunstancias excepcionales por parte de los recurrentes concurrentes en este caso “resulta abstracta, pues no explica la absoluta pasividad de la Administración: lo que en un primer momento podría resultar comprensible dista de serlo cuando la situación se prolonga en el tiempo. De aquí que no quepa justificar una interpretación laxa de la legalidad, ni menos aún una dispensa de su cumplimiento, invocando circunstancias excepcionales”.

El Alto Tribunal añade que el argumento de la absoluta inobservancia de trámites procedimentales se ve reforzado por otra consideración, que es lo establecido en el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “que establece de manera lapidaria que “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-administrativo resalta que esa norma convencional ha sido ratificada por España y forma parte del ordenamiento jurídico español, por lo que la decisión acordando el retorno de un número elevado de menores no acompañados sin haber seguido ningún procedimiento constituyó una expulsión colectiva de extranjeros; “algo que es ilegal con arreglo al citado artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Por último, los magistrados contestan a la alegación tanto del Abogado del Estado como del Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre que Marruecos no solo no formuló protesta alguna sobre el modo en que se llevó a cabo el retorno de los menores, sino que al parecer envió un mensaje electrónico a las autoridades españolas diciendo genéricamente que todos estaban bien y de vuelta con sus familias.

En fin, la mencionada Sala de lo Contencioso-administrativo considera que se trata de un dato irrelevante, ya que “la conformidad de Marruecos únicamente significa, en el plano puramente jurídico, que no considera que España haya infringido el Acuerdo de 3 de marzo de 2007”, “pero no significa que la Administración haya actuado con observancia estricta de la legalidad española. Y, concluye señalado que “la aquiescencia de otro país no dispensa a las autoridades españolas de actuar con sujeción plena a la Constitución y a las leyes”; y “va en ello la respetabilidad de España como Estado de derecho”².

Pues bien, en este contexto, conviene recordar que el Estado ostenta competencias en materia de “Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (*ex* artículo 149.1.2ª de la Constitución Española), lo que implica su debido ejercicio tomando las decisiones y medidas más favorables para con las personas menores de edad. Y es que la obligación de que la política migratoria respete la integración social de los migrantes y sus derechos según el artículo 2 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx). Y, en relación con los menores es preciso mencionar lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM) establece que las personas menores de edad extranjeras que se encuentren en España tienen derecho a la

educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que las personas menores de edad españolas.

Por otra parte, las diecisiete comunidades autónomas, así como las Ciudades de Ceuta y Melilla tienen las competencias exclusivas en materia de infancia y de servicios sociales, bien al amparo de su competencia en materia de asistencia social (en la denominación contenida en el artículo 148.1.20ª de la Constitución Española), bien bajo sus competencias en materia de protección de personas menores de edad.

Precisamente, con respecto a la doctrina constitucional relativa a las competencias en conflicto, el Tribunal Constitucional en sentencia 31/2010, de 28 de junio FJ 83º se ocupó por primera vez de la relación entre ambos títulos competenciales donde manifestó que “la evolución del fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal *ex* artículo 149.1.2 de la Constitución Española como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las comunidades autónomas de carácter sectorial, pues algunos de ellos, en especial los relativos a “determinados servicios sociales” y a “las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)” tienen incidencia evidente en la población extranjera”; y reiteramos que “la entrada y residencia de extranjeros en España se “inscribe en el ámbito de la inmigración y extranjería”, mientras que el fomento de la integración de los inmigrantes para facilitar su inclusión social, prevenir situaciones de riesgo y promover la convivencia se inscribe en el ámbito de la “asistencia social” en cuanto “mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas” (sentencia del Tribunal Constitucional 227/2012, de 29 de noviembre, FJ 4º; 26/2013, de 31 de enero, FJ 5º; 154/2013, de 10 de septiembre)” (sentencia del Tribunal Constitucional 87/2017, de 4 de julio, FJ 3º).

Por su parte, en la citada sentencia 87/2017, FJ 4º ahondó en la sistematización del contenido de la competencia estatal sobre extranjería *ex* artículo 149.1.2 de la Constitución Española se indicó que dicha competencia comprendería el establecimiento por el Estado del “estatuto del extranjero”, delimitado fundamentalmente dos aspectos: (i) “la determinación (...) de los derechos que, correspondiendo, en principio, a los españoles, deben ser extendidos a los ciudadanos de otras nacionalidades radicados en nuestro país”; y (ii) “la capacidad del Estado de determinar aquellos derechos que corresponden a los extranjeros en su condición de tales”. Asimismo, en su Fundamento Jurídico 3º, reiteró “la competencia de “primera acogida” no es (...) otra cosa que la denominación que adopta la competencia exclusiva sectorial de la [comunidad autónoma] en materia de asistencia social cuando incide sobre las primeras necesidades de integración social de la población extranjera”. Esta materia —“asistencia social”— aludida en el artículo 148.1.20 de la Constitución Española “aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social” (sentencia del Tribunal Constitucional 36/2022, de 10 de marzo, FJ 4º). En la sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero, FJ 4º se relacionó también la “protección de menores” con la competencia en materia de “asistencia” y “servicios sociales”.

En fin, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara respecto a la irrenunciabilidad e indisponibilidad de las competencias (entre otras, las sentencias 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 1º; 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2º; 168/2009, de 9 de julio, FJ 3º; 1/2012, de 13 de enero, FJ 13º; 36/2021, de 18 de

febrero, FJ 3º; y 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 3º), cuya distribución entre el Estado y las comunidades autónomas responde a la forma de organización territorial del Estado configurada por la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional 26/1982, de 24 de mayo, FJ 1º).

Es, por ello que, las relaciones del Estado con las comunidades autónomas se sustentan en la fijación de esferas de competencia indisponibles e irrenunciables por imperativo constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22º).

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los menores extranjeros no acompañados, en la sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5º, cuya doctrina fue seguida poco tiempo después por la sentencia 40/2023, de 8 de mayo, FJ 3º, se puso de relieve por el Tribunal de Garantía la situación de “especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores extranjeros no acompañados”, “la importancia de la protección de sus derechos” y la aplicación del “principio de presunción de minoría de edad” como “un elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad”, con cita de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2022, asunto *Darboe y Camara c. Italia* (§ 153).

A los menores extranjeros no acompañados les es de aplicación, por tanto, el estatuto de protección de las personas menores de edad, y así lo confirma la LOPJM.

Esta Ley, que define su ámbito de aplicación estableciendo que lo será “a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español” (artículo 1), contiene disposiciones específicas referidas a los menores extranjeros no acompañados; en particular, su artículo 10.3 que establece que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las administraciones públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados (...) garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley”; añadiendo el apartado 4 que “cuando la entidad pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha entidad pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”; disposiciones estas que deben entenderse con la prevención establecida en la disposición final vigésima segunda de que “las entidades públicas mencionadas en esta ley son las designadas por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización”.

Asimismo, la LOPJM enuncia en su artículo 12 las distintas actuaciones de protección a adoptar por los poderes públicos, con referencia al ejercicio de la guarda en situaciones de riesgo, y la asunción de la tutela por ministerio de la ley en los casos de declaración de desamparo. Sin embargo, la protección del menor no se agota con el despliegue de las referidas instituciones, sino que la integralidad que inspira la función tuitiva del menor exige que la respuesta protectora se materialice desde los primeros momentos en que se localice a un menor o a quien, razonablemente, pudiera serlo.

Ello explica que, junto con los institutos típicos de protección del menor, la LOPJM regule en su artículo 14 la denominada “atención inmediata” que tendrán obligación de prestar las autoridades y servicios públicos, actuando en tal sentido si corresponde a su ámbito de competencias, o dando traslado, en otro caso, al órgano competente y poniendo los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario de la entidad pública y del Ministerio Fiscal; previendo, igualmente, el artículo 14.2 de la LOPJM en cumplimiento de la obligación de prestar tal atención inmediata, la posible asunción de la guarda provisional del menor, *ex* artículo 172.4 del Código Civil, con comunicación al Ministerio Fiscal, y práctica simultánea de las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Lo anterior se complementa con la previsión referida a los casos de urgencia que exigirán la atención inmediata de los servicios sociales (artículo 14 *bis* de la LOPJM) y con lo dispuesto en el artículo 18.4 de la mencionada LOPJM, que establece que, en caso de traslado permanente de residencia de una persona menor de edad sujeta a una medida de protección desde la comunidad o ciudad autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a esta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado.

En este contexto, el artículo 172.1 del Código Civil señala que cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores de edad constate que una persona menor de edad se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela de la misma y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. En esta línea, el artículo 18.1 de la LOPJM establece que cuando la Entidad Pública constate que la persona menor de edad se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del citado Código Civil, asumiendo la tutela de aquella por ministerio de la ley.

La legislación de extranjería no resulta tampoco desconocedora de dicha circunstancia, y en tal sentido el artículo 35 LOEx, bajo la rúbrica “Menores no acompañados”, dispone en su apartado tercero que “en los supuestos en que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”; estableciendo, por su parte el apartado cuarto que “determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la comunidad autónoma en la que se halle”.

De lo anterior se deriva, por tanto, con relativa claridad, que la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad, o que pudiera, razonablemente, serlo, es competencia de la comunidad autónoma que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores.

Ahora bien, conviene precisar que, el menor extranjero no acompañado es, ante todo, un menor, y como tal debe ser tratado. Esto comprende no solo aquellos

supuestos en que, de forma indubitada, se esté ante un menor de edad, sino también aquellos otros en que exista una duda razonable de que pudiera serlo. Ante la incertidumbre, se impone también la minoría de edad. No es preciso, por tanto, razonar en demasía por qué, la presencia de un extranjero menor de edad que es localizado sin apoyo familiar constituye el presupuesto para el desenvolvimiento de las competencias encaminadas a su protección. Asimismo, hemos de precisar que, las personas menores de edad extranjeras no acompañadas gozan en España de los derechos que para las personas menores de edad establecen la legislación española, la Unión Europea, y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España. Y las distintas Administraciones Públicas implicadas deben velar, en definitiva y en todo momento, por el interés superior del menor, como principio rector que ha de servir de guía a toda política pública en la materia.

En la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Darboe y Camara c. Italia*, el Tribunal de Estrasburgo declara la importancia de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de un menor como factor decisivo que debe prevalecer sobre las consideraciones relativas a su condición de inmigrante y a su situación irregular (§ 173, con cita también de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de octubre de 2006, asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, § 55). Así lo impone, por lo demás, recordémosla necesaria observancia del mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 39 de la Constitución española (“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”) y los numerosos pronunciamientos de este tribunal que han subrayado 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 sobre los derechos del niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4º)³.

Sobre tales bases, ha destacado la sentencia del Tribunal Constitucional 109/2011, de 22 de junio, en su FJ 5º que “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades y ciudades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial”.

A tal fin, el artículo 2 ter de la LOEx señala que: “La Administración General del Estado cooperará con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en el presente artículo, en el marco de un plan estratégico plurianual que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados. En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración”.

Ciertamente, tal colaboración ha tenido lugar en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia se erige como un órgano fundamental en la materia y ha adoptado ya acuerdos en esta materia en régimen de cooperación. Ahora bien, la actual situación migratoria y la necesaria prevalencia del interés superior del menor, han hecho que se adopten medidas adicionales por parte del Estado en ejercicio de las competencias anteriormente expuestas en la materia. De ahí, la adopción del Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias⁴, convalidado en el Congreso de los Diputados en la sesión de 10 de abril de 2025.

Asimismo, el Grupo Parlamentario Vox ha presentado una Proposición de Ley de modificación del Código Civil, para la protección de los menores tutelados en situación de desamparo presentado el 24 de junio de 2025, calificado el 8 de julio de 2025.

En todo caso, la inmigración es un fenómeno de evidente naturaleza supraautonómica que trasciende el círculo de sus intereses propios (artículo 137 de la Constitución Española) y sobrepasa notoriamente su capacidad de gestión autónoma. Junto con el derecho a la “autonomía” de las nacionalidades y regiones españolas, el artículo 2 de la Constitución Española alude a la necesaria “solidaridad entre todas ellas”. Además, este tribunal ha reiterado que “el Estado y las comunidades autónomas están recíprocamente sometidos a un deber general de colaboración que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencia al modelo de organización territorial implantado por la Constitución” (sentencias del Tribunal Constitucional 80/1985, de 4 de julio, FJ 2º; 96/1986, de 10 de julio, FJ 3º; 118/1996, de 27 de junio, FJ 66º; y, 148/2000, de 1 de junio, FJ 13º). Dicho en otros términos, “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial” (sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 23º, con cita de las sentencias 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14º; 152/1988, de 20 de julio, FJ 6º; y 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9º, entre otras).

De nuevo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5ª, de 6 de junio de 2025⁵ ordenando al Gobierno la urgente adopción de medidas en relación con los menores no acompañados radicados en Canarias —más de un millar— y que están interesados en solicitar asilo. En caso de incumplimiento de lo ordenado advierte sobre la imposición de medidas coercitivas a quienes sean responsables de la adopción de las medidas.

La Sala, tras la vista celebrada el día 29 de mayo, constata el “claro incumplimiento” de la medida cautelar acordada el 25 de marzo pasado al no haberse evaluado a ningún menor en los dos meses transcurridos, ni elaborado una relación completa y precisa de los mismos, con desconocimiento de los derechos que la legislación relativa a la protección internacional reconoce a los solicitantes de asilo, muy especialmente a los que se encuentran en situación de “vulnerabilidad y necesidad”.

Los magistrados insisten en que, “hasta el momento, en claro incumplimiento de la medida cautelar acordada —son ya dos los requerimientos incumplidos—, la Administración estatal ni se ha implicado eficazmente en garantizar el acceso

de estos menores a las condiciones de acogida que resultan de su competencia, ni ha adoptado medidas eficaces para corregir la masificación en la tramitación de solicitudes, circunstancia que se erige en presupuesto de la anterior”.

En la propia sentencia, para evitar dudas al respecto, se relaciona el conjunto de derechos que debe ser garantizado a estos menores y que son competencia exclusiva del Estado. Tales derechos, que no sólo son los de contenido material o asistencial, atendidos en este momento por la Comunidad Autónoma Canaria, continúan sin ser efectivamente reconocidos a estos menores por parte de la Administración del Estado o no lo están siendo en su extensión debida, a pesar de tratarse de personas en evidente situación de vulnerabilidad y necesidad.

Tras estas consideraciones, en la resolución se acuerda:

1. Que, en el plazo improrrogable de 30 días, se dote a las oficinas administrativas encargadas de la tramitación de estas solicitudes de protección internacional de los medios personales y materiales necesarios para que sean formalizadas, tramitadas y resueltas en un plazo razonable, sin que pueda transcurrir más de 6 días entre la manifestación de la voluntad de solicitar la protección internacional y la formalización de la solicitud.

2. Que en el plazo improrrogable de 15 días se articule en la forma que resulte más eficaz la colaboración con la Comunidad Autónoma de Canarias mediante la puesta a disposición de la misma de los medios y recursos materiales, personales y económicos necesarios para garantizar el acceso de estos menores al completo sistema material de acogida que deriva de su estatuto de solicitantes de protección internacional, con precisión del calendario de reuniones.

3. Identificación de los responsables del cumplimiento de las medidas acordadas en cada uno de los Ministerios afectados, presumiéndose, en otro caso, que serán quienes sean titulares del correspondiente Departamento Ministerial.

4. De todo ello deberá darse cuenta detallada a la Sala cada 15 días hasta su completo cumplimiento con advertencia de que se adoptarán las medidas coercitivas previstas en la ley (artículo 112 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —LJCA—) en caso de no ser atendido este requerimiento.

En todo caso, el marco jurídico español, presidido por la Constitución española, no sólo da cabida al fenómeno migratorio, sino que cuenta con un espacio y una normativa propia, que han tenido que ir adaptándose a los cambios y nuevas tendencias experimentadas en el tiempo. Asimismo, España forma parte de la Unión Europea y de su Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; y participa tanto en el diseño de las políticas de migración y asilo junto con las instituciones europeas como en la elaboración de normativa de la Unión Europea. Precisamente, se ha de destacar que, dentro de ese marco europeo la situación geográfica y estratégica de España es un elemento capital que debe tenerse en cuenta a la hora de diseñar una política migratoria estable, planificada y capaz de responder a los desafíos migratorios a medio y a largo plazo. Una política migratoria integral, en consonancia también con los instrumentos internacionales de los que forma parte como el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que fue formalmente aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución de 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195).

Pues bien, el presente estudio se va a centrar en si resulta necesario “reformular” o simplemente “reforzar” la regulación existente en materia de acogimiento y adopción y en qué forma se puede lograr el mejor interés de los menores extranjeros no acompañados en los que representa su acogimiento en territorio español. Trataremos primero la regulación actual de acogimiento ante situaciones de riesgo o desamparo y la exigencia o no de una “necesaria revisión o readaptabilidad” y del posible retorno o en su caso la reagrupación familiar del menor de edad no emancipado, no sólo por la situación actual de crisis económica que afecta a los sectores más vulnerables, sino también por la concurrencia de una realidad creciente como la llegada de menores extranjeros no acompañados, para luego analizar cómo se está intentando resolver esta situación que desborda las previsiones migratorias y satura los centros de acogida de menores, analizando para ello las últimas normativas aprobadas al respecto el citado Real Decreto-Ley 2/2025; del Real Decreto-Ley 658/2025, de 22 de julio, por el que se regulan las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada⁶; y, del Real Decreto-Ley 743/2025, de 26 de agosto, por el que se aprueba la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de las comunidades y ciudades autónomas⁷; y, la citada Proposición de Ley.

II. EL ACOGIMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.

1. CONCEPTO Y SUPUESTOS DE DESAMPARO.

Nos parece oportuno antes de analizar el acogimiento residencial y familiar por la Entidad Pública, referirnos al concepto de desamparo y a las actuaciones en situación de desamparo. El desamparo es “el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de menores y la administración encargado de proteger a los menores tiene la obligación de actuar en el momento que detecte un desamparo”⁸. A tal fin, si el menor se encuentra en situación de desamparo, la Entidad Pública actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material⁹. La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo¹⁰. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

Por otra parte, se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que,

valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla¹¹; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor¹². En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas¹³; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal¹⁴; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores¹⁵. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo¹⁶; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental¹⁷; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad¹⁸; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria¹⁹; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia²⁰. En todo caso, la situación de desamparo no requiere la culpabilidad de los progenitores, sino una situación objetiva de desamparo; asimismo, la situación de desamparo sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente²¹. De todas formas, como señala PÉREZ ÁLVAREZ citando las palabras del autor DE PABLO CONTRERAS “la “necesaria asistencia moral o material”, exigible como resultado para apreciar

el desamparo, constituye un concepto jurídico indeterminado —equivalente a “asistencia de todo orden” que deben prestar los padres a sus hijos según el artículo 39.3 de la Constitución española—, que remite a un cierto estándar de trato de los menores que asocialmente se considera adecuado y aun imprescindible para su desarrollo personal”²².

Ahora bien, la declaración de desamparo opera como actuación subsidiaria respecto de las situaciones de riesgo; de forma que, aquella solo se adopta cuando resultan insuficientes las medidas preventivas en la protección de los menores. Se instaura por ello un sistema de prevención como pauta primordial en la materia (artículo 11.2 d) de la LOPJM)²³. Ciertamente, las situaciones de riesgo suponen una situación de perjuicio para el menor derivada de cualquier circunstancia personal, social o familiar en que se encuentre, que, no revisten la entidad suficiente —no son de especial gravedad— para la declaración de desamparo, y, además, no resulta necesario la separación del menor de su entorno familiar, pues, pueden ser subsanadas, manteniéndolo en el mismo, al poder la Administración Pública actuar directamente en tal entorno familiar²⁴. El artículo 17.1 de la LOPJM considera como tales “aquellas en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”²⁵.

En este contexto, corresponde a la administración competente valorar la situación de riesgo iniciando el correspondiente expediente, que, conlleva, en un primer momento, la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar.

Por otra parte, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido²⁶; por lo que, al *nasciturus* se le incluye en tales situaciones. En todo caso, salvo situaciones de especial gravedad, la declaración de desamparo tiene siempre como antecedente necesario una previa resolución administrativa en que se declare la situación de riesgo y, por ende, la adopción por parte de la Administración competente de las medidas para resolverla. Asimismo, se ha de partir de la premisa que, en toda acción administrativa resulta esencial procurar el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen (artículo 11.2 apartado 2 de la LOPJM).

Sobre tales bases, una vez decretada la situación de desamparo, la Entidad Pública asumirá automáticamente la tutela *ex lege* de los menores sin intervención judicial; si bien, con carácter provisional, procurando siempre la reinserción del menor en la familiar de origen, en aras del mantenimiento de la unidad familiar y siempre atendiendo al interés del menor (artículo 172.1 del Código Civil)²⁷. De todas formas, debe concurrir la adecuada proporcionalidad entre la situación de riesgo detectada por la Administración y la medida de protección acordada, con-

sistente en la declaración de desamparo. Tal proporcionalidad debe someterse al control jurisdiccional²⁸. En todo caso, se trata de una medida adoptada en interés del menor²⁹, dirigida, de ser posible, a la reintegración de la potestad a los progenitores³⁰; y, que el menor sea oído³¹. Si bien, se puede acompañar de un régimen de visitas de la menor con sus padres³². No obstante, éstos se pueden oponer a la resolución, como veremos, que decreta la situación de desamparo³³. Ciertamente, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria³⁴.

Por su parte, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela³⁵. De todas formas, se consideran válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

Ahora bien, hay que diferenciar la situación de desamparo prevista en el citado artículo 172 del Código Civil, de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis del citado cuerpo legal) y de las medidas de la intervención en ambos supuestos (artículo 172 ter del dicho cuerpo legal) mediante el acogimiento residencial y familiar y la adopción³⁶.

En este contexto, en principio, no hay situación de riesgo y desamparo cuando existe una guarda de hecho del menor. No obstante, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. De todas formas cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores³⁷. Igualmente, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

En todo caso, puede proceder la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172³⁸. Si bien, en los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

Sobre tales bases, serán aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (artículos 237 y 238 del Código Civil).

Ahora bien, los progenitores se pueden oponer a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor, en concreto, a la resolución administrativa que declara el desamparo en el plazo de dos años (artículo 172.2 apartado 2 del Código Civil)³⁹; transcurrido dicho plazo de dos años desde la declaración de desamparo, los progenitores (o el tutor) solo podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo (artículo 172.2.III del Código Civil), y únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la entidad pública (artículo 172.2.IV del Código Civil)⁴⁰.

Este plazo de dos años no impide que, antes que se cumpla, la entidad pública asuma incluso como medida la propuesta de adopción del menor declarado en

situación de desamparo; ello, siempre que exista una imposibilidad de retorno con su familia de origen (artículo 172.2 *in fine* del Código Civil).

Pues bien, se ha planteado, atendiendo al citado artículo 172.2 del Código Civil y al artículo 780 de la LEC, si transcurridos dos años desde la declaración de desamparo toda demanda referida a una resolución administrativa en materia de protección de menores estaría caducada o si las personas legitimadas según el citado artículo 780 de la LEC siempre podrían impugnar la resolución administrativa dentro del plazo de dos meses desde la notificación de la resolución que establece el mismo precepto. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el plazo de oposición judicial en las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores en la sentencia de la Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024⁴¹ tras indicar que, la interpretación que deduce del artículo 172 del Código Civil que transcurridos dos años desde la declaración de desamparo solo puede recurrir ante los tribunales civiles el Ministerio Fiscal, a pesar de que el artículo 780 de la LEC, al diseñar los procedimientos judiciales de oposición contra las resoluciones administrativas en el plazo de dos meses desde su notificación, reconoce una amplia legitimación, no es respetuosa con las garantías exigibles para la tutela de los intereses en conflicto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores; fija como doctrina: “A estos efectos no puede prescindirse del marco de la regulación de la norma, referida a las solicitudes de los progenitores dirigidas a la entidad pública para que revoque la declaración de desamparo por cambio de circunstancias. La limitación temporal debe entenderse por tanto circunscrita a las solicitudes que se dirijan a la propia entidad pública, y no alcanza a la pretensión de una actuación revisora de los tribunales, con la carga procesal que ello conlleva. Por otra parte, no hay que olvidar que el procedimiento judicial instaurado en el artículo 780 de la LEC expresamente rechaza que sea necesaria una reclamación administrativa previa para impetrar la tutela judicial. Por lo que interesa a efectos de este recurso, en el que se impugna ante los tribunales civiles una resolución administrativa en materia de protección de menores, debe estarse a la regulación contenida en el citado artículo 780 de la LEC, conforme al cual la oposición puede formularse en el plazo de dos meses desde su notificación. Por ello, compartimos el criterio del Ministerio Fiscal en el sentido de que cabe una interpretación sistemática del artículo 172 del Código Civil y 780 de la LEC que, sin violentar el precepto y por ende el principio de seguridad jurídica, es más respetuosa con la naturaleza de los intereses en juego, y en especial con el interés superior del menor; considerando que el artículo 172.2 del Código Civil y el plazo de dos años que en el mismo se establece se refiere a las peticiones dirigidas a la entidad pública para que revoque la decisión de desamparo para recuperar la patria potestad suspendida, pero ello no impide que, cumpliendo el plazo previsto en el párrafo primero del artículo 780.1 de la LEC, las personas legitimadas precisadas en el párrafo segundo del mismo artículo puedan impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores”.

En aplicación del citado artículo 780 de la LEC, la resolución administrativa que aprecie la situación de desamparo y declare la tutela *ex lege* de la administración autonómica será recurrible ante la jurisdicción civil. Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del

Código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante (artículo 779.2 de la LEC). De todas formas, los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente y deberán realizarse en el plazo de tres meses desde la fecha en que se hubieren iniciado. No obstante, la acumulación de procedimientos no suspenderá el plazo máximo (artículo 779.1 de la LEC).

Además de la oposición, los progenitores o tutores que, a pesar de la suspensión, sigan ostentando la patria potestad o la tutela “podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela” (artículo 172.2 del Código Civil).

Sobre tales bases, los progenitores o los tutores podrán: o bien oponerse a las resoluciones administrativas; o bien, justificando un cambio de las circunstancias que motivaron la situación de desamparo, solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad o la tutela y la revocación de la declaración de desamparo con el consiguiente retorno a la familia de origen, de prosperar tal solicitud. En todo caso, sin ánimo de ser reiterativos, tanto la solicitud de revocación como la oposición a la declaración de desamparo tienen lugar en el plazo general de dos años contados desde la notificación de la declaración de desamparo (artículo 172.2 del Código Civil).

Ahora bien, hemos de referirnos a la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2025⁴² en relación con la resolución administrativa que denegó la solicitud de visitas formulada por la madre de los menores declarados en desamparo. Así manifiesta la citada resolución que “la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, debe ser revisada (al menos cada seis meses, artículo 172 ter.2 del Código Civil). La obligación de revisión comporta que la situación de los menores no queda congelada, sin que el criterio de la entidad pública de no modificar las medidas pueda quedar excluido de un control judicial. Descartar la posibilidad de una revisión judicial de las denegaciones de visitas por parte de la entidad pública con apoyo exclusivo en el transcurso del plazo de dos años equivaldría a dejar en manos de la Administración la exclusión definitiva de las comunicaciones y visitas. Es decir, equivaldría a atribuir a la entidad pública la competencia de privar ilimitadamente y sin control judicial del derecho de visitas, lo que en modo alguno está justificado cuando, además, como sucede en el caso, no se ha constituido un acogimiento preadoptivo (artículo 176.bis.2 del Código Civil) sino un acogimiento con familia educadora”. Ciertamente, nuestro Alto Tribunal está operando sobre la base del necesario retorno del menor acogido con la familia de origen. De ahí que, se ha de facilitar las visitas y comunicación; y, por ende, dejar margen temporal para oponerse a la resolución relativa a la misma por parte de la Administración competente.

Por otra parte, conviene precisar que, las medidas de protección de los menores son también aplicables a los menores extranjeros no acompañados que, se encuentren en España⁴³.

Ahora bien, en ocasiones las medidas jurídicas ante las situaciones de riesgo y desamparo que llevan a cabo las autoridades administrativas competentes a tal fin, determinan una vulneración del artículo 8 de la Convención europea de los

derechos del hombre. Así lo ha resuelto la sentencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos, sección 4ª, de 26 de febrero de 2002 (Caso Kutzner c. Alemania)⁴⁴ pues, se ha considerado que la retirada de la patria potestad y la custodia de los hijos a sus padres biológicos por deficiencias intelectuales de éstos por las autoridades y tribunales nacionales alemanes no eran pertinentes no suficientes para justificar esta grave injerencia en la vida familiar de los progenitores. En esencia, la injerencia litigiosa no ha sido proporcionada a las finalidades legítimas perseguidas y ha determinado la suma de 15.000 euros por daño moral y 8.000 euros en gastos y costas; de este mismo Tribunal, sección 1ª, de 9 de mayo de 2003 (Caso Covezzi et Morselli c. Italie)⁴⁵ ante el procedimiento de urgencia y la medida de alejamiento de los hijos, además de determinar una interrupción prolongada de las relaciones con los padres, ha derivado en la privación de la patria potestad y el acogimiento familiar de los niños por separado, careciendo los progenitores de la posibilidad de participar activamente en el proceso.

2. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL.

Como hemos indicado, a las entidades públicas se les atribuye por ministerio de la ley la tutela y guarda de los menores en situación de desamparo. Tal guarda puede tener lugar mediante acogimiento familiar o residencial. A tal fin, se da preferencia al acogimiento familiar⁴⁶. Si bien, como principio rector de la actuación de los poderes públicos, la integración del menor en su familia de origen (el artículo 11.2 c) de la LOPJM); y, la adopción de las medidas deberán hacerse respetando el principio del interés superior del menor⁴⁷.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 3ª, de 20 de marzo de 1995 entiende por acogimiento “aquellas situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privado —aunque sea circunstancialmente— de una adecuada atención familiar y consiste en confitar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y, especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales. El acogimiento produce la plena participación en la vida de la familia e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”, y añade “en materia de acogimiento de un menor, los tribunales han de velar prioritariamente por los intereses de aquél que son, sin duda, los más dignos de protección, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto, en concordancia con el Derecho tradicional y actual”⁴⁸.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, de 4 de marzo de 2014⁴⁹ entiende que “se trata de un instrumento legal para la protección de los menores, privados, temporal o definitivamente de un ambiente familiar idóneo, que se traduce en la inserción plena del acogido en la familiar del acogedor”.

El artículo 172 ter del Código Civil establece que, la guarda en todos los supuestos señalados, se realizará mediante el acogimiento familiar y no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial. Dicho precepto regula algunas cuestiones relativas al acogimiento en general y los artículos 173 y 173 bis del citado cuerpo legal se refieren al acogimiento

familiar. En ninguno de tales preceptos se da una definición legal del acogimiento. Para MAYOR DEL HOYO se puede conceptuar como “una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario”⁵⁰.

Ahora bien, en esta nueva regulación con la finalidad de agilizar y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista conformidad de los progenitores o tutores, y todo ello sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo.

Asimismo, como pauta general, tal como hemos indicado, se sigue manteniendo que, debe prevalecer la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial (artículos 2.2 c); 11.2 b) y 21.3 de la LOPJM). Por tanto, este último constituirá una medida excepcional y provisional⁵¹.

Precisamente, pensando en el interés del menor, el artículo 21.1 de la LOPJM establece que, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para menores de seis años; y, asimismo, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, debidamente acreditado o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor⁵². En todo caso, y con carácter general no podrá tener una duración superior a tres meses (artículo 21.3 de la LOPJM). Igualmente, debemos recordar que, el artículo 12.5 de la LOPJM establece que, cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años, se habrá de revisar cada tres meses y respecto de mayores de esa edad cada seis meses⁵³. Por otra parte, debe procurarse no separar a los hermanos con la consiguiente asunción de la guarda y tutela en una misma persona o institución con el fin de que permanezcan unidos (artículo 172 ter.2 del Código Civil).

En fin, el artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines adoptivos en el caso que el menor se encuentre en situación de desamparo. Viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo regulado en el antiguo artículo 173 bis 3 del Código Civil; de ahí que, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2015 establezca al respecto la equiparación de la guarda con fines de adopción al acogimiento preadoptivo⁵⁴. Se califica de una novedad más aparente que real⁵⁵, y un cambio meramente terminológico⁵⁶. Se trata ahora de una fase previa a la adopción. Como señala LÓPEZ MAZA la finalidad de esta figura es “conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva, evitando así que tenga que permanecer en tanto se constituye la adopción en un centro de protección o con otra familia”⁵⁷. Esta medida de protección termina con la adopción del menor; y si ésta al final no procede, deberá la Entidad Pública fijar otra medida protectora del menor que sea más adecuada a su situación, como puede ser la tutela o el acogimiento permanente (artículo 176 bis 3 apartado 2 del Código Civil).

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines de adopción acordada mediante resolución debidamente motivada habrá de tener lugar antes de la presentación de propuesta de adopción —a diferencia de la anterior regulación que posibilitaba la constitución del acogimiento preadoptivo cuando la Entidad Pública remitía la propuesta de adopción (antiguo artículo 173 bis 1.3 del Código Civil)—⁵⁸ y hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

A. Acogimiento familiar.

El acogimiento familiar como medida de protección del menor está concebida en interés de los mismos y tiene como finalidad procurar al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción⁵⁹. Se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta respecto a los acogedores su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de origen. En todo caso, el régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (artículo 20.2 de la LOPJM). En esa valoración se ha de tener en cuenta, además que, no podrán ser acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la Ley; y que este acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que, determine la Entidad Pública (artículo 172 ter.1 del Código Civil). A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará *un documento anexo* que incluirá entre otros extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y audiencias necesarias; c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora; y, d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1º. El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2º. El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que, precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Tanto la resolución de formalización del acogimiento como el documento anexo, se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes (artículo 20.3 *in fine* de la LOPJM).

El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años

(artículo 173.2 del Código Civil); si es menor de dicha edad, en principio, han de ser oídos en la constitución del acogimiento (artículo 9 de la LOPJM)⁶⁰. Ahora bien, el acogimiento familiar supone la guarda del menor y, el ejercicio del contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela —la titularidad corresponde a la Entidad Pública—, por lo que se impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (artículos 20 bis 1 g) y 20 bis 2 l) de la LOPJM). En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (artículo 173.1 del Código Civil). Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la misma. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, resultando preferente el primero —artículo 20.2 de la LOPJM que en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento tiene en cuenta la relación previa entre el menor acogido y los acogedores, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa respecto de las personas pertenecientes a su familia extensa⁶¹. Por otra parte, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado que, podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (artículos 173 bis.1 del Código Civil y 20.1 apartado 2 de la LOPJM). También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda (artículo 173 bis a) del Código Civil)⁶²; b) Acogimiento familiar temporal: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción⁶³. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva —plazo de tiempo que coincide con el de la guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores (artículo 172 bis del Código Civil); o con el cese de la suspensión y revocación de la declaración de desamparo (artículo 172.2 del Código Civil)⁶⁴; c) Acogimiento familiar permanente: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales⁶⁵ o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, o se trate de menores de cierta edad⁶⁶. Si bien, la Entidad Pública, si lo considera procedente, podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que, faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis.2 del Código Civil), con lo que se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no sólo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial —administración de bienes— y de representación del menor⁶⁷.

De todas formas, pese al carácter permanente del acogimiento, nada impide que, se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres y otros parientes⁶⁸.

De todas formas, conforme el artículo 172 ter número 3 del Código Civil la Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones, así como visitas⁶⁹. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

En cualquier caso, se hará constar en el documento anexo a la resolución administrativa de acogimiento familiar la duración prevista para el mismo (artículo 20.3 c) de la LOPJM).

Por otra parte, se regula el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes que, se enumeran en el artículo 20 bis 2 de la LOPJM; también se incluyen los derechos de los menores acogidos en el artículo 21 bis de la LOPJM. Ahora bien, si durante el desarrollo del acogimiento surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar; aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (artículo 173.3 del Código Civil)⁷⁰. Finalmente, el acogimiento familiar cesará: a) Por resolución judicial; b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores —se entiende no privados de la patria potestad—, tutores —no removidos del cargo—, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor; c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y, d) Por la mayoría de edad del menor⁷¹.

El acogimiento familiar podrá tener lugar, de acuerdo al interés superior del menor, en la propia familia extensa del menor —que en todo caso requiere la existencia de una relación previa entre acogedor y menor de edad⁷², o en familia ajena —cuando no existe familiar que esté en condiciones de asumir la guarda del menor y se proporciona para su guarda un ambiente familiar no propio del menor acogido, sustituyendo a la familia de origen⁷³. Asimismo, el acogimiento familiar podrá ser especializado, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguna o algunas de las personas que integran la unidad familiar, dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación. También, el acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva, cuando así se determine por la Entidad Pública por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación (artículo 20.1 de la LOPJM —modificado por la Ley Orgánica 8/2021—).

Ahora bien, como indica el artículo 19 bis apartado 3 de la LOPJM “Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales

adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”⁷⁴.

Respecto de este artículo 19 bis, el Preámbulo de la Ley 26/2015 que lo introduce había advertido que “este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de 2009 del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la re-integración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida”⁷⁵.

Pues bien, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 170/2016, de 17 de marzo⁷⁶: “El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011,4526); y, de 17 de febrero de 2012 (RJ 2012,3924); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

A tal fin, continúa manifestando que “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009). (...) En concreto el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que “para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma....En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”.

Por otra parte, debemos traer a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aparece sintetizada en el apartado 296 de la Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de la siguiente manera: “El principio según el cual es importante que un padre/madre y su hijo/a estén juntos también se aplica a los casos que se refieren a la relación entre un niño/a y sus abuelos/as (L. c. Finlandia, § 101; Manuella y Nevi c. Italia, §§ 54, 58-59, respecto a la suspensión del derecho de visita de unos abuelos a su nieta). Particularmente cuando los padres naturales están ausentes, se consideró que existen vínculos familiares entre tíos/as y sobrinos/as (Butt c. Noruega, §§ 4 y 76; Jucius y Juciuviene c. Lituania, § 27). Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos/as y nietos/as y la de padres/madres e hijos/as tienen una naturaleza y una intensidad diferente. Por lo tanto, por su propia naturaleza, la relación entre abuelos/as y nietos/as requiere un menor grado de protección (Krukic c. Croacia (dec.), § 110; Mitovi c. la antigua República Yugoslava de Macedonia, § 58)”.

Sobre tales bases, la citada sentencia del Alto Tribunal de 23 de febrero de 2022 entiende que no procede el acogimiento de la nieta por los abuelos, pues, como observa el Ministerio Fiscal, siendo inviable el retorno con su madre, acceder a la solicitud de acogimiento pretendida por los abuelos supondría un evidente peligro para el desarrollo físico y afectivo de la menor, siendo además evidente el que las medidas de control que se adoptaron por parte de la Entidad Pública mientras residió la menor con los abuelos no tuvieron efecto alguno en su comportamiento. Y a ello se uniría el riesgo de desubicación del entorno socio familiar, educativo e incluso sanitario, en el que se encontraba plenamente integrada desde julio de 2018.

De acuerdo con lo anterior, incluso para el supuesto de que se entendiera que los abuelos estaban en condiciones de acoger a su nieta sin riesgo para ésta, coincidimos con la sentencia recurrida en que tal medida no resultaría beneficiosa para la niña. No debe olvidarse, como observa el Ministerio Fiscal, que los abuelos permanecieron con la niña solo hasta que la misma tenía siete meses, que después hubo visitas semanales de muy corta duración hasta que en el mes de septiembre de 2017 la Entidad Pública las suspendió, y que no se reanudaron hasta que la sentencia de 31 de julio de 2019 estimó parcialmente la demanda. Los informes periciales ponen de manifiesto que la menor está adaptada a su nueva situación socio familiar y que el cese del acogimiento sería vivido por la menor como un abandono y un rechazo de las personas que para ella suponen sus fuentes de seguridad y protección, lo que podría llevar a una regresión en todas las áreas de su desarrollo, poniendo en riesgo su salud emocional y su capacidad para establecer vínculos seguros, por lo que el retorno con los abuelos maternos sería contraproducente para el bienestar de la menor.

Ahora bien, con respecto a este acogimiento especializado con dedicación exclusiva, la Disposición Adicional novena de esta Ley Orgánica 8/2021 establece que, el Gobierno mediante Reglamento en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Ley —25 de junio de 2021— fijará el alcance y las condiciones de incorporación al régimen de Seguridad Social de las personas nombradas como acogedoras especializadas de dedicación exclusiva, en el régimen específico que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización. Está en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de las personas acogedoras especializadas de dedicación exclusiva.

En todo caso, se ha aprobado el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Se estructura en un artículo que aprueba el reglamento, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Por su parte, el Reglamento que aprueba este Real Decreto se compone de cincuenta y tres artículos, divididos en cinco títulos.

El título I regula el objeto del sistema de acogida de protección internacional y su ámbito subjetivo y territorial de aplicación, así como el órgano encargado de la gestión del sistema de acogida de protección internacional, que corresponde a la Secretaría de Estado de Migraciones en el ámbito de sus competencias.

El título II desarrolla los contenidos del itinerario del sistema de acogida de protección internacional. Primero se establecen los principios generales de actuación y las características del sistema de protección internacional, incluyendo la necesaria cooperación interinstitucional para el cumplimiento de los objetivos

del sistema. Después se desarrollan los requisitos de acceso y de permanencia en el sistema de protección internacional, con especial mención a las personas en situación de vulnerabilidad. Posteriormente se describen las características del itinerario de acogida de las personas destinatarias del sistema, incluyendo sus derechos y deberes. Este itinerario se realiza en tres fases, la de valoración inicial y derivación, la de acogida y una final de autonomía.

El título III describe la tipología de recursos que forman parte del sistema de acogida de protección internacional y los criterios para la asignación de las personas a dichos recursos. Se definen dos tipos de centros: los de valoración y derivación y los de acogida de protección internacional.

El título IV regula los distintos supuestos en los que va a producirse una reducción o una retirada de las condiciones de acogida sobre la base del artículo 33 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre y del artículo 20 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Aquellos hechos de naturaleza sancionadora serán desarrollados en la normativa que desarrolle el régimen disciplinario correspondiente.

El título V regula la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante la acción concertada. En primer lugar, recoge las disposiciones generales, ámbito de aplicación, definiciones, principios rectores y duración de la autorización. En segundo lugar, se regulan los requisitos de autorización, que deberán cumplir las entidades para poder acceder al sistema. En tercer lugar, se determina el procedimiento de acción concertada y sus distintas fases. En cuarto lugar, se regula la supervisión, el pago y la financiación de la acción concertada. En quinto lugar, se recogen cuestiones relativas a la suspensión y revocación de la autorización de acción concertada. Por último, se establecen provisiones generales para el establecimiento de sistemas de intercambio de información. En fin, este Real Decreto se dicta en ejercicio de la habilitación normativa contenida en los artículos 30.2, 31.1 y 33.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.2ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería y derecho de asilo.

En fin, se puede optar por un acogimiento familiar temporal o un acogimiento familiar permanente conforme establece el artículo 173 bis 2 letra b) y c del Código Civil. El primero, tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien porque se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva; y, el acogimiento familiar permanente, se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales, o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.

En todo caso, la Entidad Pública podrá solicitar del Juez que, se atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis 2 c) *in fine* del Código Civil).

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar, éste se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora (artículo 20.2 de la LOPJM). Ahora bien, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento.

A la resolución de formalización del acogimiento familiar, acordada conforme a lo previsto en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y audiencias necesarias; c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora; d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor; 2º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros; 3º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Esta resolución y su documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

En este contexto, ante la situación de nulidad, separación o divorcio de los acogedores de una menor, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2015⁷⁷ no cabe en la sentencia de nulidad, separación o divorcio establecer medidas definitivas respecto a los menores acogidos. Será la autoridad pública administrativa, tutora del menor y autorizante del acogimiento, la que de oficio o a instancia de parte, habrá de decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación y, en su caso, términos de ésta.

Por su parte, respecto del contrato para la prestación del “Servicio de asistencia técnica para el diseño de un servicio estable de captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas en el acogimiento de niños, niñas

y adolescentes cuya tutela la tienen las Administraciones Públicas” licitado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (cuyas competencias en la materia han sido asumidas actualmente por el Ministerio de Juventud e Infancia), el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de septiembre de 2025⁷⁸ ha estimado parcialmente el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con dicho contrato, pues, entre otros motivos alega que la doctrina constitucional sobre el principio de cooperación, no puede permitir alterar las competencias de las otras Administraciones o desposeerlas de ellas, y que cualquier técnica de cooperación que se instrumente ha de tener naturaleza voluntaria. De ahí que, declara el tribunal de garantías que el diseño de este servicio vulnera las competencias de la Comunidad de Madrid, al ser competencia de dicha Comunidad y no del Estado que solo ostenta competencias en materia de menores desde el punto de vista de la legislación civil.

El Gobierno de la Comunidad de Madrid sostenía que el contrato suponía una injerencia en la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de protección y tutela de menores, recogida en el artículo 26.1.24 de su Estatuto de Autonomía.

De ahí que, la sentencia, rechazando la objeción de admisibilidad opuesta por el abogado del Estado sobre la inidoneidad del contrato como objeto posible del conflicto, lo incardina en la materia de protección y tutela de menores, sobre la que la Comunidad de Madrid ostenta competencia en virtud del citado artículo 26.1.24 de su Estatuto de Autonomía, mientras que el Estado sólo podría intervenir en ella a través de la competencia del artículo 149.1.8 de la Constitución española en materia de legislación civil.

Asimismo, el Tribunal pone de relieve el doble objeto del contrato, al dirigirse, por una parte, a aumentar el conocimiento disponible sobre el acogimiento familiar para mejorar las políticas públicas en la materia; y, por otra, al diseño del referido servicio estable de captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas en el acogimiento de niños, niñas y adolescentes cuya guarda o tutela tienen las administraciones públicas.

En cuanto al primer objeto, la sentencia concluye que el contrato no excede de la competencia estatal ni supone una intromisión en las competencias autonómicas, pues nada impide al Estado encargar una asistencia técnica con objeto de aumentar los conocimientos disponibles en cuanto al acogimiento familiar, con el fin de mejorar sus propias políticas en la materia.

Sin embargo, se estima el conflicto respecto al objeto del contrato destinado al diseño de un servicio estable de captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas en el acogimiento de niños, niñas y adolescentes cuya guarda o tutela tienen las administraciones públicas, al tratarse de una competencia ejecutiva que corresponde desarrollar a las comunidades autónomas y que excede de la competencia estatal del artículo 149.1.8 de la Constitución española, que se limita al ámbito legislativo.

Recuerda que, el objeto del contrato es la protección y tutela de menores, pues, su finalidad es la de profundizar en la promoción del acogimiento familiar como sistema preferente al residencial, en relación con los menor que se encuentran bajo la tutela de las Administraciones Públicas, para lo cual se contrata una asistencia técnica cuyo objetivo último es diseñar un servicio estatal permanente encargado de la búsqueda, captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas

en el acogimiento de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en su situación de tutela, aunque también se dirige el incremento de los conocimientos sobre la figura del acogimiento familiar, con el objeto de mejorar las políticas públicas en la materia.

Asimismo, el Pleno analiza la cuestión competencial desde diversos puntos de vista, siendo uno de ellos el principio de supraterritorialidad como criterio determinante para la atribución o el traslado de la titularidad competencial al Estado y conforme al cual, en ámbitos reservados a las competencias autonómicas, al intervención estatal tiene carácter excepcional sin que pueda afirmarse la competencia estatal solo en base a una genérica e inconcreta afirmación. A tal fin, la sentencia desecha los argumentos opuestos por el Estado para justificar esa actuación, negando que exista un problema de supraterritorialidad o que el exceso competencial se pueda resolver por la vía de las instrucciones que se den al contratista. Especial énfasis pone en descartar que responda a un instrumento de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a partir de lo previsto en sendos planes aprobados por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, en la Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia y la Adolescencia, aprobada por el Consejo de ministros, o en el tramo estatal de la concentración temática de garantía infantil del programa del Fondo Social Europeo FSE+. De acuerdo con la doctrina constitucional sobre el principio de cooperación, se recuerda que este no permite alterar las competencias de las otras Administraciones o desposeerlas de ellas, y que cualquier técnica de cooperación que se instrumente ha de tener naturaleza voluntaria, como queda reflejado en los artículos 141 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por último, se excluye la posibilidad de que el contrato objeto del conflicto responda a una función de coordinación estatal, a partir de la doctrina constitucional sobre esta figura, esencialmente porque no tiene atribuida dicha competencia por el artículo 149.1 de la Constitución española.

Los Magistrados D. Enrique Arnaldo Alcubilla y Doña Concepción Espejel Jorquera en sus votos particulares consideran que el Estado carece de competencias y que la sentencia del Pleno descompone artificiosamente una única actuación administrativa en dos para afirmar apodícticamente la existencia de competencias estatales. Defienden que la competencia corresponde a la Comunidad de Madrid porque el objeto directo del contrato no es obtener información sobre el acogimiento familiar de cara a una eventual modificación de su regulación (obtención de información que puede hacerse por otras vías, sin necesidad de contrato alguno), sino influir en el modo en que quien es competente, la Comunidad de Madrid, ejerce y diseña su propia política de protección a los menores. Indican también que la sentencia incurre en una suerte de *overruling* procesal porque la decisión se fundamenta en un documento que, en rigor, no forma parte del proceso ya que el análisis de las supuestas competencias estatales en relación con el contrato, se basa en la acrítica aceptación de los sostenidos por el Consejo de Ministros en respuesta al preceptivo requerimiento formulado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid.

B. Acogimiento residencial.

La guarda será ejercida por centros de protección de menores, autorizados y acreditados por la entidad pública competente, dando lugar al acogimiento re-

sidencial (artículos 172 ter.1 del Código Civil y 21 de la LOPJM). En este caso, el acogimiento será ejercido por el director responsable del centro donde esté acogido el menor (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Representa una medida de protección que consiste en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial⁷⁹. Se establece, en interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. No obstante, se introduce una regulación flexible a este último acogimiento para dar cobertura a aquellos supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor⁸⁰. Este acogimiento se ejercerá por el Director o responsable del centro, donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Por otra parte, en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados hasta ahora “servicios especializados” y ahora “acogimiento residencial” para utilizar una terminología equivalente al “acogimiento familiar”) se establece con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares. Asimismo, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de protección, deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública debiendo respetar el régimen de habilitación dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.

De forma que, con respecto a los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta Ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las obligaciones básicas que, se establecen en artículo 21.1 de la LOPJM. Ahora bien, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial y, se inscribirán en el registro correspondiente, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos; también la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares —hogar funcional—. Por otra parte, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial, analizando, entre otros, los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno. En todo caso, la Administración Pública podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que en ningún caso podrán atentar contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro

de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.

Si bien, respecto de aquellas medidas que, se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (artículo 21.7 de la LOPJM).

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda, se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal (artículo 172 ter.1 apartado 3 del Código Civil).

Ahora bien, se regula la posibilidad que, la Entidad Pública acuerde estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con la familia de origen u otras familias, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento —familiar o residencial— (artículos 161 y 172 ter.3 del Código Civil)⁸¹. En este contexto, se impone al Director del centro en caso de acogimiento residencial, o a la familia de acogida en el acogimiento familiar (artículo 20 bis.2 h) LOPJM como tal deber), o a otros agentes implicados en ambos casos, informar a la Entidad Pública de cualquier indicio que las visitas perjudiquen al menor (artículo 13.1 de la LOPJM). De todas formas, al tratarse de una resolución administrativa, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal están legitimados para oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme al artículo 780 de la LEC.

Por otra parte, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores o del tutor, la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidados y atención del menor o para atender a la responsabilidad civil que pudiera imputarse al menor de edad por actos realizados por los mismos (artículo 172 ter.4 del Código Civil).

En este contexto, atendiendo a las altas funciones que, se encomienda al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, la Entidad Pública dará noticia a tal órgano de forma inmediata, de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor (artículo 174.1 del Código Civil).

También el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que, estime necesarias (artículo 174.2 del Código Civil).

Por otra parte, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

En todo caso, debemos referirnos, como mencionamos en líneas precedentes, además del retorno del menor con la familia biológica en los términos analizados, al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto con sus progenitores y con su familia de origen, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Respecto al retorno del menor con sus padres hay que partir de la base que no es un derecho absoluto e incondicionado. En este sentido, se han pronunciado

las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009⁸²; de 17 de marzo de 2016⁸³; de 21 de febrero de 2023⁸⁴; de 20 de septiembre de 2023⁸⁵; y, de 2 de abril de 2024⁸⁶.

Asimismo, conviene tener presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2019 (asunto Haddad c. España, núm. 16527/17 (TEDH 2019,86) estima la demanda contra España interpuesta por el padre de una niña en un caso en el que los tribunales españoles confirmaron las resoluciones administrativas de acogimiento y no atendieron a las peticiones del padre de retorno con el argumento de la falta de contacto, cuando eran las autoridades competentes las responsables de la interrupción del contacto.

En su razonamiento conviene destacar lo siguiente: “69. El Tribunal recuerda la jurisprudencia citada en el párrafo 54 supra, según la cual el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reagruparlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas. Observa que, a pesar de la oposición del demandante al acogimiento en régimen pre-adoptivo de su hija (véanse los apartados 22 y 26 supra), esta opción se eligió únicamente por la falta de contacto entre la menor y su padre durante varios años, a pesar de que las visitas se habían suspendido por decisión del juez nº 1 de Coslada, ante quien se interpuso una denuncia por violencia de género. Por tanto, las autoridades competentes son responsables de la interrupción del contacto entre el demandante y su hija, al menos desde la absolución del demandante, incumpliendo su obligación positiva de tomar medidas que permitieran al demandante beneficiarse de un contacto regular con la menor (Pontes v. Portugal, no 19554/09, § 92, de 10 de abril de 2012). El Tribunal considera que la tutela de un menor debe ser considerada en condiciones normales como una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como la situación lo permita y que cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reagrupar al padre biológico y al menor (Johansen v. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 78, Compendio 1996-III). (...) 72. Este Tribunal considera que el procedimiento debería haber estado rodeado de las garantías adecuadas para proteger los derechos del demandante y tener en cuenta sus intereses. De esta manera, el tiempo transcurrido como consecuencia de la inercia de la Administración, así como de los tribunales nacionales, que no calificaron de poco razonables los motivos aducidos por la Administración para seguir privando a un padre de su hija basándose únicamente en la ausencia de contacto, que por otro lado tenía prohibido por ley, contribuyó decisivamente a que no existiera posibilidad alguna de reunificación familiar entre el demandante y su hija. 73. A la vista de cuanto antecede y a pesar del margen de discrecionalidad del Estado demandado a este respecto, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante a vivir con su hija junto a sus hermanos, ignorando de esta manera su derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio”.

La sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de lo Civil, 858/2021, de 10 de diciembre⁸⁷, que al amparo del artículo 510.2 de la LEC, estima la demanda de revisión interpuesta por el Sr. Conrado contra las resoluciones judiciales que autorizaron en acogimiento de su hija, y que se rescinden, destaca que la vulneración del art. 8 del Convenio, que consagra el derecho al respeto de la vida privada

y familiar, consistió en que en el procedimiento de acogimiento las autoridades españolas (administrativas y judiciales) no realizaron los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante (el Sr. Conrado) a vivir con su hija junto a sus hermanos.

En la sentencia del dicho Alto Tribunal y Sala, de 18 de octubre de 2023⁸⁸, aunque el demandante no es el progenitor (que ha fallecido) y lo que se pretende es el acogimiento por la familia paterna extensa, el criterio de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es perfectamente trasladable.

Con ocasión de la multitud de recursos interpuestos por los abuelos de la niña frente a las resoluciones de la entidad pública (interesando el acogimiento familiar extenso) y por la “familia acogedora” (interesando una guarda preadoptiva) se han dictado numerosas resoluciones judiciales. Al respecto procede destacar el auto de esta Sala Primera de 20 de octubre de 2021 (que inadmitió los recursos de casación contra la sentencia 79/2020 de la sección 2ª de la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón dictada en las actuaciones sobre juicio verbal de oposición a medidas de protección de menores n.º 298/2018), y destaca que la Consejería no llegara a explorar el acogimiento familiar extenso a pesar del interés de los abuelos en cuidar de la niña. Tanto en las diferentes resoluciones judiciales dictadas en el anterior procedimiento como en las que se han dictado en el procedimiento en el que se plantea este recurso, y en particular en la sentencia recurrida, se explica que la razón de que se haya prolongado el acogimiento de Maite en familia extraña se debe a circunstancias que, si bien no inicialmente, luego solo pueden achacarse a la Administración, cuyo comportamiento en las decisiones adoptadas durante estos años ha sido calificado, tanto por la sentencia que ahora se recurre como por las anteriores, de actuación irregular, desconcertante, obstaculizadora, de no fácil comprensión, de incorrecto proceder; se ha hablado de errores de la Administración y, sobre todo, se le ha reprochado ser incumplidora de los preceptos legales que en un primer momento le habrían llevado a valorar a la familia paterna como acogedores y reticente en el cumplimiento de sentencias judiciales firmes.

No se trata en absoluto de minimizar el impacto que tendría en la niña una súbita separación de la familia de acogida con la que ha estado desde septiembre de 2018 (con independencia de que no ha quedado claro si los acogedores son uno o dos, pues en las resoluciones aportadas se habla de familia de acogida y en ocasiones se hace referencia a dos personas, pero en las actuaciones judiciales solo se ha personado como acogedor Carlos Daniel).

En una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes expuestas en este caso y de acuerdo con los criterios que recogen los textos legales y la jurisprudencia sobre protección del interés superior del menor, nuestro Alto Tribunal procede a estimar el recurso de casación de los abuelos recurrentes. En consecuencia, se estima su demanda y se acuerda el acogimiento permanente de Maite por parte de los abuelos paternos, que siempre han querido cuidarla y son idóneos para ello, lo que además permitirá a la niña vivir en compañía de su hermano de doble vínculo, reforzando sus vínculos afectivos y el sentimiento de identidad de pertenencia a su propia familia.

En su demanda, los abuelos solicitaron que “se acuerde el acogimiento como familia extensa de la menor Petra por parte de los abuelos paternos D. José Igna-

cio y Dña. Esther, previo régimen de visitas progresivo en favor de nuestros patrocinados”. También que se “acuerde instar a la Conselleria demandada a elaborar sin dilación un Plan de Intervención Familiar que permita llevar a cabo dicho acogimiento con todas las garantías jurídicas para el superior interés del menor”.

En cuanto al derecho de visitas o de relación con la familia de origen viene reconocido en los textos internacionales y en el derecho español para los casos de adopción por las entidades públicas de una medida de protección que comporte la salida del niño de su grupo familiar.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, después de referirse en su apartado 1 a los supuestos en los que, en el interés superior del niño, se determine por las autoridades competentes (siempre a reserva de revisión judicial) que es necesario separarlo de sus padres, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, establece expresamente en el apartado 3: “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre los derechos del niño reconoce: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

En el ordenamiento interno, el artículo 2 c) de la LOPJM establece como uno de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor; la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares.

Conforme al artículo 21 bis 1.d) de la LOPJM, el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a “relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública”.

Por su parte, el artículo 20.3.d.1º de la LOPJM ordena que la resolución de formalización del acogimiento familiar se acompañe de un documento anexo que debe incluir, entre otros extremos, el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la entidad pública en atención al interés superior del menor.

Además, conforme al apartado segundo del artículo 172 ter del Código Civil “la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”.

En este contexto, la sentencia 565/2009, de 31 de julio⁸⁹, ya había dicho que: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del Código Civil como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la STS 298/1993, de

18 de octubre. Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. Asimismo, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 170/2016, de 17 de marzo⁹⁰: “El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. En fin, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2024⁹¹ como acertadamente advierte la fiscal, en criterio que comparte la citada Sala, tampoco puede admitirse que la entidad pública no haya intentado y valorado la vuelta de la menor con su padre, o la conveniencia de establecer un régimen de visitas, como se refleja en los informes realizados sobre la situación familiar: informe sobre la situación psicosocial de la madre de 27 de febrero de 2020; informe técnico sobre el recurrente de 11 de junio de 2020 (que recoge su declaración de que no tiene capacidad personal para atender a la menor), ampliado el 9 de julio de 2020; informe de 20 de julio de 2020, sobre la viabilidad de acogimiento con la tía paterna, propuesto por el padre, y del que resulta que ha sido necesario un plan para que pueda seguir asumiendo el cuidado de los tres menores que ya tiene a su cargo, uno el hijo del recurrente, además de que ella no solicita el acogimiento de la niña por considerar que sus circunstancias personales y familiares no se lo permiten; informe de 11 de agosto de 2020, sobre la viabilidad del cuidado de la niña por el recurrente o visitas (en el que se refleja su relación con sus hijos anteriores, sobre los que no ha ejercido sus funciones parentales: en un caso, delegándolas en la familia de su hermano y su cuñada; en otro, permitiendo que quede con la madre, a pesar de manifestar preocupación por su inestabilidad y problemas de drogadicción). Además, señala el Alto Tribunal olvida el recurrente que el artículo 19 bis) de la LOPJM, alegado como vulnerado en el recurso, establece expresamente que, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la

misma. El interés superior de la menor requiere igualmente, tener en cuenta que actualmente la niña se encuentra plenamente integrada escolar y socialmente en su nueva familia que le aporta estabilidad y atiende a todas su necesidades con los que ha establecido vínculos afectivos adecuados y firmes.

Ahora bien, el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, así como con su familia de origen (hermanos, abuelos, parientes, y también allegados) está regulado más precisamente en los artículos 160 y 161 del Código Civil. En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2013 al disponer que “si conforme al artículo 160 del Código Civil los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172.1 del Código Civil. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar, para acordarla, con la debida autorización judicial”⁹².

Al respecto, la redacción actual del artículo 161 del Código Civil declara la competencia de la entidad pública para, de forma motivada, y previa audiencia de los afectados, regular y suspender temporalmente las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Pero esta decisión está siempre sujeta a control judicial, como expresamente deja a salvo el citado artículo 161 del Código Civil, que se remite a la oposición conforme a la LEC.

Esa regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se remite el mencionado artículo 161 del Código Civil es la prevista en su artículo 780, conforme al cual la oposición ante los tribunales civiles a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

No cabe duda, por tanto, de que las personas que tenían reconocido un derecho de visitas están legitimadas para impugnar la resolución que las suspende en el plazo de dos meses desde su notificación.

Lo anterior, con independencia de que, además, en cualquier momento el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda adoptar las medidas de prohibición de visitas y comunicaciones para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas conforme al artículo 158 del Código Civil.

Pues bien, en el caso que juzga la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 puesto que el proceso de oposición a la resolución administrativa suspendía las visitas de la recurrente se presentó escrito de oposición, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 780 de la LEC antes de que transcurrieran dos meses desde la notificación de la resolución, debemos entender que se presentó dentro de plazo y que la acción no estaba caducada.

Con todo, puesto que la sentencia recurrida, a pesar de apreciar incorrectamente la caducidad de la acción ejercitada, se pronunció en cuanto al fondo sobre

la corrección de la decisión de la entidad pública de suspender en interés de los niños las visitas, no solo respecto de los progenitores sino también respecto de la abuela recurrente, la estimación del motivo del recurso de casación basado exclusivamente en la falta de caducidad de la acción no comporta que casemos la sentencia recurrida, pues no puede prosperar la pretensión de que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente.

Ahora bien, la Ley Orgánica 8/2021 regula en su Título IV las actuaciones en centros de protección —artículos 53 a 55— y en la Disposición Final octava. De forma que, en estos centros de protección de menores con independencia de su titularidad se ha de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los menores —vida e integridad física y psíquica— y, evitar cualquier forma de violencia y abuso. En esencia, que sean entornos seguros. Se incluyen también a los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta.

3. GUARDA PROVISIONAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL.

Para la adopción de cualquiera de las guardas indicadas no se necesita de una previa declaración de desamparo. Si bien, para establecer la guarda judicial, se necesita que sea decretada por el Juez en proceso civil (artículos 103.2, 158.6 y 172.2 bis del Código Civil), penal o incluso en expediente de jurisdicción voluntaria; mientras que, para las otras guardas basta una resolución administrativa.

A la guarda judicial se refiere el artículo 19.1 *in fine* de la LOPJM cuando indica que la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. Por tanto, representa la asunción de una guarda provisional por parte de la Entidad Pública por mandato judicial⁹³.

Por su parte, en el artículo 172.4 del Código Civil se recoge, como hemos precisado en líneas precedentes, la posibilidad de asumir la guarda provisional mediante resolución administrativa, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud expresa de los progenitores; mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. No se trata ni de una guarda judicial, ni a solicitud de los propios progenitores en situación de especial necesidad (guarda voluntaria). Si bien, tendrá carácter necesario. Puede ser de escasa duración temporal o, en fin, derivar en una declaración de riesgo o desamparo. En todo caso, para una parte de la doctrina, el presupuesto objetivo de la guarda voluntaria es el “semidesamparo” consistente “en un estado en que se halla el menor, caracterizado por la carencia de la necesaria asistencia moral y material, siendo los causantes de dicha carencia los mismos que acuden a la Entidad Pública buscando un remedio transitorio”⁹⁴. De todas formas, el artículo 172.5 *in fine* del Código Civil establece que: “La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela”.

En cuanto a la guarda voluntaria en el artículo 172 bis del citado cuerpo legal establece que, es la que tiene lugar a petición de los progenitores, no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales; de forma que, transcurrido dicho plazo, o la prórroga, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores, o ser dictada una nueva medida de protección permanente⁹⁵.

En fin, en el artículo 172 ter del Código Civil se recoge la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial, y se regula también la posibilidad de acordar, por las Entidades Públicas, estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento y se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor (y de responsabilidad civil por daños).

4. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.

El artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines adoptivos en el caso que el menor se encuentre en situación de desamparo⁹⁶. Viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo regulado en el antiguo artículo 173 bis 3 del Código Civil; de ahí que, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2015 establezca al respecto la equiparación de la guarda con fines de adopción al acogimiento preadoptivo⁹⁷. Se califica de una novedad más aparente que real⁹⁸, y un cambio meramente terminológico⁹⁹. Se trata ahora de una fase previa a la adopción. Como señala LÓPEZ MAZA la finalidad de esta figura es “conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva, evitando así que tenga que permanecer en tanto se constituye la adopción en un centro de protección o con otra familia”¹⁰⁰. Esta medida de protección termina con la adopción del menor; y si ésta al final no procede, deberá la Entidad Pública fijar otra medida protectora del menor que sea más adecuada a su situación, como puede ser la tutela o el acogimiento permanente (artículo 176 bis 3 apartado 2 del Código Civil).

Para que tenga lugar esta guarda con fines de adopción, deben reunir a quienes de atribuye la misma los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 del Código Civil, esto es, la edad necesaria para adoptar, así como las diferencias mínima y máxima de edad que debe existir entre el adoptante y adoptado; además deben haber prestado su consentimiento —se entiende a la adopción y no a la guarda y no impide que prestado ante la Entidad Pública se deba volver a prestar ante el Juez-¹⁰¹; y, que hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para la adopción.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines de adopción acordada mediante resolución debidamente motivada habrá de tener lugar antes de la presentación de propuesta de adopción —a diferencia de la anterior regulación que posibilitaba la constitución del acogimiento preadoptivo cuando la Entidad Pública remitía la propuesta de adopción (antiguo artículo 173 bis 1.3 del Código Civil)-¹⁰² y hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

Por otra parte, es necesaria la audiencia previa de los afectados y del menor si tuviera madurez suficiente y en todo caso, fuera mayor de doce años. Al referirse a afectados y no únicamente a futuros adoptantes, se ha planteado, acertadamente, la posibilidad de incluir en dicho término, además de a estos últimos, a la institución que tenga a su cargo al menor, a los progenitores no privados de la patria potestad y a los tutores no removidos de la tutela¹⁰³.

En todo caso, la resolución habrá de notificarse a los progenitores no privados de la patria potestad o a los tutores no removidos de la tutela —al igual que en el acogimiento familiar—. No se prevé la notificación al Ministerio Fiscal; lo que, si ocurre en el acogimiento familiar, lo que no está exento de crítica¹⁰⁴. Tampoco se establece la notificación a los futuros adoptantes, aunque resulta obvia la necesidad de tal notificación por ser parte interesada y, además se les da audiencia en los términos apuntados.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines adoptivos solo podrá decretarse con respecto a menores en situación de desamparo que hayan sido declarados como tales por la Entidad Pública y estén en acogimiento familiar o residencial¹⁰⁵.

Una vez acordada la delegación de la guarda con fines de adopción en la correspondiente resolución administrativa debidamente motivada, los futuros adoptantes tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares (artículo 176 bis 1 apartado 2 del Código Civil)¹⁰⁶.

En este contexto, esta guarda constituye un tipo de acogimiento familiar temporal que, tendrá según establece el artículo 173 bis 2 b) del Código Civil una duración máxima de dos años, salvo que el interés del menor aconseje una prórroga; asimismo, representa una medida de protección transitoria que, va a culminar en una medida definitiva y más estable como es la adopción; de ahí que, el artículo 176 bis 3 del Código Civil establezca que, la propuesta de adopción al juez deberá realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en que se hubiera acordado la delegación de la guarda con fines de adopción; si bien, este plazo puede prorrogarse, cuando la Entidad Pública los considere necesario en función de la edad y circunstancias del menor; estableciendo un periodo de adaptación del menor a la familia adoptiva¹⁰⁷. Ahora bien, como apunta MAYOR DEL HOYO el artículo 176 bis del Código Civil choca con el artículo 176.2.2.3ª del citado cuerpo legal que, establece que no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública cuando el adoptando “lleve más de un año en guarda con fines de adopción”, probablemente señala la citada autora “esta regulación aparentemente poco clara se debe a la inercia del legislador que ha ido introduciendo modificaciones mediante un parchado del articulado y fijándose solo en los aspectos parciales que en cada momento interesaba retocar”¹⁰⁸. De todas formas, conviene recordar que, si la Entidad Pública no presenta la propuesta de adopción en el plazo de un año, esto no impide que, pasado dicho plazo y teniendo en cuenta la duración de este tipo de guarda, pueda plantearse por los futuros adoptantes —guardadores— la adopción.

Como novedad y, a diferencia del acogimiento familiar en general, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de vivistas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que otra cosa convenga al interés del menor; y a excepción de los casos previstos en el artículo 178.4 que se refiere a la posibilidad de mantener contacto o relación entre el menor y la familia de origen y a la adopción abierta (artículo 176 bis 2 del Código Civil).

Finalmente, esta guarda con fines de adopción cesa cuando se constituye la adopción con la correspondiente resolución o también cuando ésta no tenga lugar, debiendo la entidad pública determinar la medida protectora más adecuada para el menor (artículo 176 bis 3 apartado segundo del Código Civil)¹⁰⁹.

III. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO-LEY 2/2025, DE 18 DE MARZO POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA ANTE SITUACIONES DE CONTINGENCIAS MIGRATORIAS EXTRAORDINARIAS

Este Real Decreto-Ley tiene por objeto la introducción de un nuevo artículo 35 bis en la LOEx, en que se prevé que la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia podrá acordar por unanimidad, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan, que incluirán, en todo caso, los necesarios para determinar en qué supuestos procede que se ordene el traslado de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de una comunidad o ciudad autónoma a otra por resolución de la persona que presida la Conferencia Sectorial, previa comunicación y acreditación de dicha contingencia por parte de la comunidad o ciudad autónoma afectada. En defecto de dicho acuerdo unánime, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan se regularán de conformidad con lo dispuesto en la LOEx.

Así, se declarará la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada en aquellas comunidades o ciudades autónomas cuyo sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria en los términos de la disposición adicional undécima de la LOEx. La aprobación de dicha declaración se realizará en un plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación por parte de la comunidad o ciudad autónoma, y será trasladada al conjunto de integrantes de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Dicha situación de contingencia migratoria extraordinaria determinará que se establezca por el órgano competente de la Administración General del Estado cuál será la comunidad o ciudad autónoma a la que se traslade para su ubicación a la persona menor de edad extranjera no acompañada en cada caso en los términos previstos en los artículos 35 ter y 35 quáter de la LOEx.

En este sentido, se introduce un nuevo artículo 35 ter, que regula el Modelo de gestión de contingencias migratorias extraordinarias para la infancia y adolescencia migrante no acompañada, que contiene el conjunto de criterios objetivos para la determinación, por el órgano competente de la Administración General del Estado, de cuál será la ubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en las diferentes comunidades o ciudades autónomas, así como la re-

gulación del mecanismo de derivación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas a otras comunidades o ciudades autónomas y los criterios para la determinación de plazas por comunidad o ciudad autónoma en caso de derivación.

De este modo, establece el artículo 35 ter, en defecto del acuerdo unánime a que se refiere el artículo 35 bis, los criterios objetivos para la determinación, por el órgano competente de la Administración General del Estado de cuál será la ubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en las diferentes comunidades y ciudades autónomas.

El artículo 35 quáter regula el contenido del Plan de respuesta solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria, que recoge el conjunto de actuaciones a desarrollar ante la declaración de una situación de esta naturaleza, y comprenderá las que se regulan en este artículo, así como las previstas en los criterios de aplicación del mencionado Plan de respuesta solidaria y las establecidas en el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados previsto en el reglamento de desarrollo de la LOEx, así como en la restante normativa de aplicación.

Se formulará por el órgano competente de la Administración General del Estado propuesta de traslado a otra comunidad o ciudad autónoma, determinándose mediante resolución el traslado, una vez la persona afectada y la comunidad o ciudad autónoma de destino hayan sido oídas y con conocimiento del Ministerio Fiscal, en garantía del interés superior del menor y de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico, garantizándose asimismo la intervención del Ministerio Fiscal de oficio en cualesquiera de las actuaciones previstas en dicho artículo. Esta resolución será, asimismo, objeto de inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

El traslado a la comunidad o ciudad autónoma de destino habrá de producirse en el plazo de 15 días naturales a contar desde la inscripción de la persona afectada en el citado Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

Se regulan en el nuevo artículo 35 quíntos los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria, que consisten en los criterios objetivos para la determinación de la reasignación territorial de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, así como la asignación de la tutela y custodia por parte de los servicios de protección de las comunidades o ciudades autónomas en las que hayan sido redistribuidas. Dichos criterios, en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a que se refiere el artículo 35 bis.1, serán adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia con carácter obligatorio para todas las comunidades o ciudades autónomas en ejercicio de las funciones de coordinación de la Administración General del Estado, en los términos del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Asimismo, cabe destacar que se adiciona una disposición adicional undécima a la LOEx que regula la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas de cada comunidad o ciudad autónoma en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a que se refiere el artículo 35 bis.1. Además, en la citada disposición se incluye la creación de un Fondo en el Ministerio con competencia en materia de infancia y juventud para compensar los costes ocasionados por la sobreocupación y/o traslado de menores extranjeros no acompañados.

Por último, cabe señalar que ninguno de los preceptos recogidos en este Real Decreto-Ley tiene naturaleza orgánica, motivo por el cual no resulta necesaria una modificación de lo dispuesto en la disposición final cuarta de la LOEx, referida a los preceptos de la ley que tienen naturaleza orgánica, y aquéllos que no tienen dicha naturaleza de ley orgánica.

Se prevé en la disposición adicional primera en este Real Decreto-Ley que los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y adolescencia migrante no acompañada deberán aprobarse en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley.

La disposición adicional segunda establece que las reubicaciones de personas menores de edad extranjeras no acompañadas que resulten necesarias como consecuencia de la aplicación de lo previsto en este Real Decreto-Ley a la fecha de su entrada en vigor, deberán llevarse a cabo dentro del plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha.

La disposición final primera determina los títulos competenciales al amparo de los cuales se aprueba este Real Decreto-Ley, que son los referidos en las reglas 1ª y 2ª del artículo 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre 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, y en las materias de inmigración y extranjería, respectivamente.

La disposición final segunda regula una habilitación normativa, que prevé que mediante real decreto se protocolizarán las actuaciones que deberán realizar las comunidades y ciudades autónomas de origen y destino para coordinar la ubicación de personas menores de edad extranjeras no acompañadas.

Finalmente, la disposición final tercera prevé la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” —el 20 de marzo de 2025—.

Como bien sabemos, el artículo 172.1 del Código Civil establece que la administración autonómica debe asumir la tutela de un menor en situación de desamparo. En consecuencia, cuando un menor es trasladado de una comunidad a otra, la entidad pública de destino debe asumir su protección en un plazo máximo de tres meses, conforme al artículo 18.4 de la LOPJM.

La nueva norma regula el traslado y reasignación de estos menores, estableciendo que: 1. Se declarará una contingencia migratoria extraordinaria cuando una comunidad supere tres veces su capacidad ordinaria de acogida; 2. Se asignará a cada comunidad un número de menores basado en criterios objetivos como su población, su renta per cápita, su tasa de paro o su capacidad estructural de acogida; 3. Se establece un plazo máximo de 15 días para ejecutar el traslado de los menores una vez declarada la contingencia; 4. El Ministerio Fiscal supervisará estos traslados para garantizar el respeto del interés superior del menor.

Ahora bien, para compensar a las comunidades, se crea un Fondo en el Ministerio de Juventud e Infancia, con una dotación inicial de 100 millones de euros. Este fondo cubrirá gastos de atención, vivienda, educación y sanidad para los menores trasladados. Además, las comunidades deben remitir anualmente datos

sobre su capacidad de acogida, y en caso de excederla, podrán solicitar revisión de su carga asistencial.

Asimismo, este Real Decreto-Ley establece mecanismos de control y seguimiento, entre los que destacan: 1. Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, donde se inscribirá cada traslado; 2. Intervención del Ministerio Fiscal, asegurando la protección de los derechos de los menores; y, 3. Protocolo de actuación coordinado entre administraciones, regulado por un real decreto posterior.

En fin, este Real Decreto-Ley 2/2025 establece un modelo vinculante de redistribución de menores extranjeros no acompañados, asegurando una distribución equitativa, una mayor protección de los menores y una cooperación efectiva entre administraciones. La norma busca evitar la saturación de los sistemas de acogida y garantizar que todos los menores reciban una atención adecuada.

En todo caso, la acumulación de inmigrantes irregulares en centros de acogida de las Islas Canarias es lo que ha motivado a sus autoridades a pedir al gobierno central un reparto de los denominados “menores extranjeros no acompañados” hacia las demás comunidades autónomas; y la aprobación de este Real Decreto-Ley.

Por otra parte, desde hace ya tiempo, con carácter general, corresponde a las autonomías la competencia de proteger a los niños en situaciones de riesgo o desamparo, asumiendo su tutela en defecto de sus progenitores o familiares directos.

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el 27 de mayo de 2025 los recursos de inconstitucionalidad presentados por los gobiernos autonómicos de Aragón, Cantabria y Extremadura contra este Real Decreto-Ley 2/2025.

El Gobierno de Aragón ha sido especialmente crítico con el Real Decreto, calificándolo como una norma “pactada con un partido independentista por razones políticas ajenas al interés de los menores”. El Ejecutivo aragonés, además, sostiene que esta norma “desprecia e ignora” el modelo de gestión de contingencias migratorias vigente, “dinamita los consensos alcanzados” en conferencias sectoriales y vulnera derechos fundamentales al utilizar un decreto-ley para regular materias que, por su naturaleza, deberían tratarse mediante una Ley Orgánica.

Asimismo, la consejera de Bienestar Social y Familia denuncia que el decreto “impone una reubicación forzosa de menores en situación de extrema vulnerabilidad” y se aprobó “a espaldas del resto de autonomías”.

Además del recurso ante el Tribunal Constitucional, Aragón mantiene otras dos vías judiciales abiertas: un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo por la petición de información sobre las plazas disponibles¹¹⁰; y otro ante la Audiencia Nacional contra la convocatoria extraordinaria de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Asimismo, la Junta de Castilla-León ha acordado presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra el Real Decreto-Ley 2/2025, aprobado por el Gobierno de España. Lo ha hecho durante la reunión del Consejo de Gobierno celebrada este jueves, al considerar que la norma vulnera hasta diez artículos de la Constitución Española por siete motivos distintos.

El Ejecutivo autonómico señala como una de las principales transgresiones la invasión de su competencia exclusiva en materia de protección y tutela de menores. A su juicio, el Real Decreto-Ley impone de forma unilateral, forzosa y discrecional el reparto de menores no acompañados que llegan a Canarias, Ceuta y Melilla entre las comunidades autónomas. Este reparto, además, se articula me-

dante un protocolo de actuación obligatorio que, según la Junta, altera el marco competencial previsto en la Constitución.

Desde el Gobierno autonómico se defiende que el objetivo del decreto —el reparto de estos menores— no puede justificarse bajo las competencias estatales en migración y extranjería, pues afecta de forma directa a un ámbito de responsabilidad autonómica.

También, la Comunidad de Madrid ha acordado interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional por la decisión del Gobierno central de modificar la Ley de Extranjería sobre los criterios de reparto de menores extranjeros no acompañados.

El Consejo de Gobierno ha dado el 26 de marzo de 2025 la instrucción a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de recurrir el Real Decreto-Ley 2/2025 con estos cambios que fue aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 18 de marzo.

Según el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, ese Real Decreto-Ley infringe varios preceptos de la Carta Magna de 1978 y es inconstitucional al invadir las competencias exclusivas del Gobierno regional, ya que la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad corresponde a las comunidades autónomas que las tengan asumidas estatutariamente en materia de protección y tutela de menores. Además, considera que se vulneran sus derechos fundamentales, desplazándolos por cuotas subjetivas y sin priorizar la garantía de su asistencia. Subraya el consejero de Presidencia, Justicia, Administración Local y portavoz del Ejecutivo madrileño que “desplaza a los menores migrantes no acompañados por cuotas meramente políticas”.

Paralelamente, la Comunidad de Madrid entiende que el texto validado por el Gobierno central es contrario al principio de solidaridad y lealtad entre administraciones. “La aplicación de los criterios de reparto carece de justificación” y se han realizado sin contar con las comunidades autónomas mientras vulnera también el principio constitucional de autonomía financiera de las regiones, ya que el Ejecutivo central no garantiza la aportación económica necesaria para atender con garantías a los menores desplazados, añaden.

El recurso de la Comunidad de Madrid ante el Tribunal Constitucional también señala la inadecuada utilización de la figura del Real Decreto-Ley, ya que esta reforma legislativa se tendría que llevar a cabo mediante Ley Orgánica al afectar a los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 81.1 y 86.1 de la Constitución Española). Además, exige la extraordinaria y urgente necesidad de tomar medidas, a pesar de que el mismo Real Decreto-Ley reconoce que el problema existe desde al menos ocho años.

El día 29 de abril de 2025 el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el mencionado Real Decreto-Ley 2/2025. El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid sostiene en su demanda, en los términos apuntados, que el citado Real Decreto-Ley podría, precisamente, vulnerar los artículos 81.1 y 86.1 de la Constitución, dado que, explican, regula el contenido esencial del derecho fundamental de las personas menores extranjeras no acompañadas a la libre circulación y elección de residencia dentro del territorio nacional. Asimismo, alegan, en los términos apuntados, que la norma sería contraria al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comu-

nidades Autónomas (artículos 149.1.1 y 149.1.2 de la Constitución española y artículos 26.1.23 y 26.1.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), a los principios de autonomía y solidaridad (artículos 2 y 138 de la Constitución española), de interdicción de la arbitrariedad de poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución española), y de lealtad institucional y de autonomía financiera (artículo 156.1 de la Constitución española).

Asimismo, los representantes de las administraciones de Islas Baleares han acordado trazar una “estrategia legal” para frenar el reparto de menores migrantes que se prevé que comience el 28 de agosto. El Tribunal Constitucional ya ha admitido a trámite el pasado marzo el recurso, que interpuso el Govern ante la modificación de la ley de extranjería, que habilita el reparto.

En esa línea, se ha anunciado también que se recurrirá ante el Tribunal Supremo el Real Decreto posterior, del 22 de julio, que establece el procedimiento de acogida de estos menores migrantes y analizaremos en el próximo apartado.

Lo mismo harán con el decreto o la resolución que el Gobierno pretende aprobar el 26 de agosto de 2025 que, asimismo, estudiaremos, para iniciar el reparto y pedirán al Tribunal Supremo que lo suspenda de forma cautelar, usando como argumento la situación límite que viven los sistemas de acogida de las cuatro islas.

La comunidad autónoma de Islas Baleares, ha detallado, acoge en la actualidad a 680 menores extranjeros no acompañados que han llegado en patera a sus costas, de los cuales más de 300 han arribado a lo largo de este año. La sobreocupación en los centros de acogida, ha apuntado, supera el 1.000%. Es, por ello que, ante el elevado número de menores que acogen los consells insulares imposibilita que puedan hacerse cargo de los 49 que previsiblemente llegarán de Canarias y Ceuta. El perfil principal de los menores que llegan a Baleares, ha indicado, es el de jóvenes argelinos de entre 16 y 17 años, a quienes por su edad ya ni siquiera pueden obligarles a escolarizarse, formarse o integrarse, pese a que, a su parecer, “eso es lo que da sentido a las ayudas de emancipación”.

En todo caso, los argumentos que comparten las comunidades autónomas recurrentes se centran en la invasión de competencias exclusivas en materia de protección de menores, la falta de consenso interterritorial, el uso “discrecional” del reparto y la ausencia de financiación adecuada por parte del Gobierno central.

En fin, el 8 de julio de 2025 el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consell de la Generalitat Valenciana, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León, el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Xunta de Galicia contra el citado Real Decreto-Ley 2/2025. Los demandantes alegan en sus recursos de inconstitucionalidad que la norma podría vulnerar, entre otros, los artículos 81 y 86 de la Constitución, así como ser contraria al orden constitucional de distribución de competencias e infringir el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (artículo 156 de la Constitución).

En este contexto, el término “Mena” es un acrónimo que significa “Menores extranjeros no acompañados”. Para la RAE se puede definir como “inmigrante menor de edad que no cuenta con la atención de ninguna persona que se responsabiliza de él”. Asimismo, el artículo 165 apartado primero del Real Decreto

115/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social define al menor extranjero no acompañado como “al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”. Igualmente, según la web del Ministerio del Interior el concepto “mena” se refiere “al extranjero menor de 18 años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgos de desprotección del menor mientras tal adulto responsable no se ha hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”. Para el Defensor del Pueblo el término “mena” es “deshumanizante” ya que “castiga y contribuye a quitarles dignidad”. UNICEF también entiende que utilizar este término “conlleva una carga negativa” que se vincula habitualmente a la peligrosidad, a hechos y a cifras no fidedignas. De ahí que, se opte por la denominación de menores migrantes no acompañados o menores extranjeros no acompañados.

Según el Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección de la Infancia en España durante 2023 había 51.972 menores sin cuidado parental, una cifra ligeramente superior a la registrada en el año 2022 en la que a fecha de 31 de diciembre se había contabilizado un total de 51.203 menores. Según datos de la Fiscalía incluidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024 durante el año pasado se localizaron un total de 4.865 menores extranjeros no acompañados que llegaron a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles en comparación con los 2.375 que llegaron durante el año 2023. A esto añade que, los menores llegado en 2024 a España eran mayoritariamente hombres (4.627) ya que solo se detectaron 238 niñas. Gran parte de ellos procedían de Senegal (1780), seguido de Marruecos (1075), Gambia (657) y Argelia (472). Respecto a la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2025 en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2024, figuraban inscritos un total de 16.041 (2.603 niñas/13.438 niños) cifra que supera con creces los datos de 2023 con 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección y frente a los 11.417 del año 2022. La mayoría de los menores inscritos en este Registro en el año 2024 al igual que en 2023 proceden de Marruecos (4.393), seguidos por Senegal (2.379), Mali (1.794) Ucrania (1.688), Argelia (1.449) y Gambia (1.471).

Al día de hoy Canarias, Ceuta y Melilla están sobresaturados, pues, son la frontera sur donde llegan un mayor número de migrantes. Ciertamente, el número de menores no acompañados que acogen supera con creces sus capacidades para garantizar los derechos que asisten a dichos menores. Recordemos que, la LOPJM impone el artículo 12.1 y 2 referido a las actuaciones de protección establece que éstas se realizaran mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables

frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Asimismo, los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores. En sus apartados 4 y 5 que cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Ministerio Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas. Una vez adoptada la medida de guarda o tutela respecto a personas menores de edad que hayan llegado solas a España, las Entidades Públicas comunicarán la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior; a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente; y, las Entidades Públicas garantizarán los derechos reconocidos en esta LOPJM a las personas menores de edad desde el momento que accede por primera vez a un recurso de protección y proporcionarán una atención inmediata integral y adecuada a sus necesidades, evitando la prolongación de las medidas de carácter provisional y de la estancia en los recursos de primera acogida¹¹¹.

El artículo 14 de la citada LOPJM referido a la atención inmediata, ya analizando recordemos, dispone que, las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor; de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

Por su parte, la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor; investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

En todo caso, se considera situaciones de riesgos: sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado (artículo 17.2 g).

En caso de desamparo, la tutela es asumida por ministerio de la Ley por parte de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga la función de protección de menores. En el supuesto de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración

familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste. Tampoco será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas (artículo 18.4 de la LOPJM).

Se pretende la reagrupación familiar y en su caso, procurar el retorno con la familia de origen. Así, cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados; y, en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad (artículo 19 bis 2 y 5 de la LOPJM). A dicho retorno, también se refiere el artículo 10.4. cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

En esta línea, el artículo 35 de la LOEx señala que, el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos. No obstante, éstas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos¹¹².

En todo caso, en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias¹¹³. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle. En todo caso, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para la devolución de un extranjero indocumentado que haya entrado en España irregularmente cuando la Administración tiene dudas sobre si se trata de un menor no acompañado¹¹⁴.

Ahora bien, en el propio Reglamento de la Ley de extranjería ha preciso que el permiso de residencia de los menores extranjeros no acompañados no expiren a los

18 años y que puedan solicitar autorizaciones de trabajo con menos trabas para lograr su mejor inserción laboral (artículos 172-174)¹¹⁵. Ciertamente, la modificación del citado Reglamento en su reforma por el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre tiene como objetivo que el permiso de residencia de las menores migrantes no acompañados no expire a los 18 años; y, asimismo, con la reforma por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre contempla que los jóvenes *ex* tutelados que cumplan 18 años pueden solicitar autorización de trabajo con menos trabas burocráticas con el objetivo de mejorar su inserción laboral. Tiene como objetivo simplificar trámites, crear nuevos tipos de arraigo —arraigo social, arraigo socio-laboral, arraigo socio-formativo y arraigo de segunda oportunidad—, flexibilizar la reagrupación familiar y facilitar la reinserción laboral de los extranjeros en España¹¹⁶. Se reduce a dos años el tiempo para el arraigo, la autorización para trabajar desde el primer año en la mayoría de los permisos y facilitar la reagrupación de hijos y ascendientes¹¹⁷.

En fin, como medidas para ejercitar sus derechos los menores extranjeros que se encuentren en España, el citado artículo 10.3 de la LOPJM prevé su derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. A tal fin, las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley. Y, en cuanto a la prestación sanitaria el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública durante el periodo de duración de las mismas (artículo 10.5 de la LOPJM).

Sobre tales bases, la aprobación de este Real Decreto-Ley 2/2025 responde al incremento sostenido de llegadas y al impacto desproporcionado en determinadas comunidades y ciudades autónomas, especialmente Canaria y Ceuta. Introduce un nuevo marco jurídico para la redistribución de menores extranjeros no acompañados en situación de contingencia migratoria extraordinaria. La norma se sustenta en la competencia exclusiva del estado en materia de inmigración y extranjería (artículo 149.1.2º de la Constitución Española), en la aplicación del interés superior del menor como principio rector conforme a la LOPJM y, la Convención sobre Derechos del Niño e introduce nuevos preceptos y disposiciones en la LOEx. Asimismo, ha revivido las controversias en torno a la gestión de estos menores extranjeros no acompañados y el papel de las Administraciones en su protección e integración, ya que partiendo de la competencia exclusiva en materia de protección a la infancia y adolescencia, defienden la necesidad de una distribución equitativa; otras han expresado su rechazo a la medida, argumentando la falta de recursos o, sus discrepancias con el enfoque gubernamental.

Recordemos que este Real Decreto-Ley ha modificado la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en concreto, ha previsto una modificación del artículo 35 bis 1 apartado 2: si bien, como hasta ahora parte, de la adopción de acuerdo por unanimidad en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia tanto relativo a los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria

para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, como al Plan de respuesta a dicha situación, así como los criterios para la aplicación de dicho Plan, que incluirán, en todo caso, los necesarios para determinar en qué supuestos procede que se ordene el traslado de personas menores extranjeras no acompañadas de una comunidad o ciudad autónoma a otra por resolución de la persona que presida la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, previa comunicación y acreditación de dicha contingencia por parte de la comunidad o ciudad autónoma afectada; sin embargo, añade como novedad que, en defecto de dicho acuerdo unánime, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan se regularán de conformidad con lo dispuesto en esta ley y los fijará el Gobierno. Esta posibilidad ha determinado la oposición de la mayoría de las Comunidades Autónomas, pues, la práctica general hasta ahora era la adopción de acuerdo en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. Máxime, si como veremos, han quedado excluidas del reparto dos Comunidades: País Vasco y Cataluña —socios del actual Gobierno—.

Asimismo, para ello modifica el modelo de gestión de contingencias migratorias extraordinarias para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada. Por lo que, en defecto del acuerdo unánime, los criterios objetivos para la determinación, por el órgano competente de la Administración General del Estado, de cuál será la ubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en las diferentes comunidades autónomas, serán los siguientes: a) Un 50 por ciento de las niñas y niños en razón a la población de las comunidades o ciudades autónomas de acogida según los datos recogidos en la Estadística continua de población.; b) Un 13 por ciento de las niñas y niños en razón a la Renta disponible bruta per cápita de los hogares de las comunidades o ciudades autónomas de acogida, publicada por el Instituto Nacional de Estadística; c) Un 15 por ciento en razón inversa a la Tasa de paro según la Encuesta de Población Activa del último cuatrimestre de las comunidades o ciudades autónomas de acogida; d) Un 6 por ciento atendiendo al esfuerzo en atención a personas menores no acompañadas, valorando, en sentido inverso, el esfuerzo de la comunidad o ciudad autónoma en la atención a niñas, niños y adolescentes acogidos con base en los siguientes parámetros: promedio de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados atendidos en los últimos seis meses; ratio de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados por cada 100.000 habitantes de la población de la comunidad o ciudad autónoma; e) Un 10 por ciento en razón inversa al dimensionamiento estructural de sistema de plazas de acogida estimado por el Ministerio de Juventud e Infancia, a partir de los acogimientos residenciales del Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia (Boletín número 26), actualizados a 19 de febrero de 2025, con la información comunicada por comunidades autónomas. Se calculará en razón a la diferencia de plazas existentes con respecto al promedio deseable de disponer de una plaza por cada 2.500 habitantes; f) Un 2 por ciento en razón a su realidad de ciudad fronteriza estableciéndose una ponderación negativa a la Ciudad de Melilla del -100 % para atender a su situación fronteriza; g) Un 2 por ciento en razón a la insularidad estableciéndose una ponderación negativa a Islas Baleares del -100 %

para atender a su situación de insularidad; y, h) Un 2 por ciento atendiendo a la dispersión de la población (artículo 35 ter.2).

También como novedad se fijan los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada. Así en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a que se refiere el artículo 35 bis.1, los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria serán adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia en ejercicio de las funciones de coordinación de la Administración General del Estado, en los términos del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Para ello, los órganos competentes de las comunidades o ciudades autónomas deberán realizar las actuaciones necesarias para garantizar la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas que deban ubicarse en su territorio en los plazos previstos por los criterios de aplicación aprobados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia de acuerdo con la resolución a la que se refiere el artículo 35 quáter. En dicho acuerdo se recogerán los criterios objetivos para la determinación de la reasignación territorial de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, así como la asignación de la tutela y custodia por parte de los servicios de protección de las comunidades o ciudades autónomas en las que hayan sido redistribuidas. En cuanto, a los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria, una vez aprobados, serán comunicados por la Secretaría de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a todas las comunidades y ciudades autónomas afectadas por conducto de las personas titulares de la Consejerías competentes en materia de juventud e infancia, quienes darán traslado, a su vez, a los servicios de su titularidad, así como a otras Administraciones de su territorio que pudieran resultar afectadas y al Ministerio Fiscal. Respecto al régimen de tutela, guarda y acogimiento de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas se estará a lo dispuesto en la legislación civil —lo que resulta lógico—. En todo caso, las personas menores de edad extranjeras no acompañadas que se desplacen, sin autorización, fuera del territorio de la comunidad o ciudad autónoma titular de su guarda o tutela podrán ser conducidas nuevamente por los servicios competentes, una vez localizadas, a su territorio y, en cualquier caso, deberán ser puestas a disposición de la autoridad correspondiente. Y, en cuanto, a las actuaciones a desarrollar por los órganos competentes de las comunidades o ciudades autónomas en ejecución del Plan de respuesta solidaria y de sus criterios de aplicación podrán ser ejercidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco por las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos de acuerdo con la distribución de competencias que se derive de su propia normativa de aplicación. A estos efectos, podrán participar en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia en los términos que establezca la legislación autonómica (artículo 35 quinquies).

Como hemos señalado, en defecto de acuerdo unánime adoptado en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, se aplica lo establecido al efecto por la LOEx (artículos 35 ter y 35 quáter), esto es, imponer la derivación. Asimismo, se establece que la aprobación de la declaración debe resolverse en un plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación por la comunidad o ciudad autónoma afectada (artículo 35 bis). Ahora bien, el Plan de respuesta solidaria ante la

declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria prevé que si se localiza a menores extranjeros no acompañados se llevarán a cabo las actuaciones contenidas en el Protocolo marco de menores extranjeros no acompañados (Protocolo marco) con las especialidades y plazos siguientes: 1. Tanto si su minoría de edad resulta indubitada como si se trata de menores indocumentados cuya minoría de edad no pudiera ser establecida con seguridad, se procederá a realizar su reseña inmediata o a la mayor brevedad posible y a su inscripción, sino no estuvieran ya inscritos, en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados dentro de las 24 horas siguientes desde que se realiza esta reseña en la que se refleja la minoría de edad de la persona extranjera no acompañado, acreditada ésta o no; 2. El menor con independencia que su minoría de edad pudiera ser establecida con seguridad o no, será trasladado en el plazo máximo de 15 días naturales a contar desde la fecha de inscripción en el Registro citado, a la comunidad o ciudad autónoma de destino, que será la que corresponde de acuerdo con los establecido en el mencionado artículo 35 quinquies de la LOEx. La propuesta de ubicación en una comunidad o ciudad autónoma se adoptará por el órgano competente de la Administración General del Estado de forma simultánea a su inscripción; 3. La resolución de ubicación y traslado a una concreta comunidad o ciudad autónoma por el órgano competente de la Administración General del Estado será dictado dentro del plazo de quince días naturales desde su inscripción en el Registro, dentro de los cuales el menor afectado y la comunidad o ciudad autónoma de destino habrá de ser oídas, dando conocimiento al Ministerio Fiscal. Dicha resolución deberá inscribirse en el mencionado Registro indicando la comunidad o ciudad autónoma de destino donde será ubicado el menor; 4. Si no pudiera ser establecida con seguridad la edad del menor indocumentado en la comunidad o ciudad autónoma de destino, se practicarán las actuaciones del expediente de determinación de la edad a que se refiere el artículo 35.3 de la LOEx y las restantes que procedan conforme a la normativa de aplicación y al Protocolo marco; 5. La Disposición Adicional primera del Real Decreto-Ley 658/2025 señala un plazo de tres meses (hasta el 20 de junio de 2025) para que se aprueban los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, deberán aprobarse en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley —lo que no ha tenido lugar—, sin perjuicio de sus actualizaciones o revisiones posteriores cuando la situación lo requiera por el mismo procedimiento utilizado para su aprobación; 6. La Disposición adicional segunda del dicho Real Decreto-Ley 2/2025 se refieren a la aplicación inicial del mecanismo de derivación. Así, las reubicaciones de personas menores de edad extranjeras no acompañadas deberán llevarse a cabo dentro del plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha; 7. Se incluye como nuevo supuesto de infracción leve en materia de extranjería un nuevo párrafo f) al artículo 52 de la LOEx ante el incumplimiento por parte de las entidades que se dedican a la atención de menores y personas que trabajen con este colectivo, así como de las personas que actúen en su representación de informar a la autoridad pública sobre la localización de los menores para que estos puedan actuar para protegerles u atender sus necesidades; y, 8. La Disposición Adicional undécima de la LOEx establece como se determinará la capacidad ordinaria de los sistemas para ofrecer una protección y tutela adecuada a los menores migrantes no acompañados.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha ordenado al Gobierno que atienda de forma inmediata a los menores extranjeros no acompañados con peticiones de asilo. A tal fin, sin llegar a un acuerdo unánime en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, el Gobierno central ha acordado con Junts una distribución de los menores por la Península, excluyendo del reparto a las Comunidades del País Vasco y Cataluña¹¹⁸. La mayoría de las Comunidades Autónomas, en los términos apuntados, no están de acuerdo con tal reparto. Además de no saber nada sobre la financiación para hacer frente a los costes extraordinarios. El Gobierno procederá en primer lugar a distribuir a los menores en centros de titularidad estatal y a finales de agosto a centros de titularidad autonómica. En España hay un total de 1375 centros de protección de menores, y con capacidad saturada. El problema también se plantea respecto del lugar donde se podrá acoger a tales menores con la adecuada cobertura de todas sus necesidades. La orden ejecutiva del Alto Tribunal se dirige a los menores migrantes no acompañados solicitantes de asilo. El Gobierno español tiene que hacerse cargo de los mismos y ofrecerles la guarda y acogimiento en centros públicos de titularidad estatal.

En todo caso, debemos tener presente la obligación legal de protección de esos menores y de su tutela y acogimiento por parte de las Administraciones Públicas, pero también favorecer la reagrupación familiar o en su caso, el retorno de los menores extranjeros a su lugar de origen con su familiar, siempre que la situación lo permita.

Asimismo, hemos de dudar de la constitucionalidad de la fórmula de Real Decreto-Ley, pues, como señala el artículo 86.1 de la Constitución española que los decretos leyes no pueden afectar al régimen de las Comunidades Autónomas. Precisamente, este Real Decreto viene a imponer un marco de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino hay acuerdo de la Conferencia Sectorial, determinado a qué Comunidad van los menores migrantes no acompañados. Se puede plantear que el propio contenido del Real Decreto invade competencias exclusivas en materia de migración y protección a la infancia y adolescencia al imponer a las comunidades la guarda y tutela de menores que están acogidos fuera de esa Comunidad de destino sin contar con ellas. El Estado español, amparándose en el cumplimiento de una orden ejecutiva proveniente del Tribunal Supremo, en defecto de acuerdo unánime en el seno de la Conferencia sectorial, se procede a regular un plan de respuesta y de forma arbitraria a qué Comunidad o ciudad autónoma se va a trasladar a los menores migrantes no acompañados, en base a la alegación del artículo 149.1ª de la Constitución española. No fija el régimen jurídico de los menores migrantes no acompañados, sino un procedimiento para distribuir a los menores migrantes no acompañados cercenando competencias autonómicas. La asunción de la tutela de estos menores por la Comunidad de destino exige disponer de medios económicos. El fondo previsto en el Real Decreto-Ley se centra en los costes asociados a las sobreocupación tomando como referencia un supuesto de capacidad ordinaria del sistema fijado discrecionalmente a partir de la población nacional y no de la población menor de 18 años en cada Comunidad; en concreto, el Estado sufragará los gastos de los tres primeros meses de acogida. En fin, se habla de la quiebra del principio de lealtad constitucional el de coordinación y el de solidaridad territorial¹¹⁹.

En este contexto, nos parece oportuno finalizar este apartado, indicando que el Estado como las Comunidades Autónomas deben actuar de forma conjunta y coordinada en base a sus competencia —competencia exclusiva del Estado (artí-

culo 149.1.2º de la Constitución española) y competencias en materia de asistencia social e infancia de las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.20ª de la Constitución española)—. Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 12 de febrero de 2025¹²⁰ en relación con esta actuación señala que “no puede cerrar los ojos ante la realidad subyacente a este proceso constitucional. La inmigración es un fenómeno de evidente naturaleza supraautonómica que trasciende el círculo de sus intereses propios (artículo 137 de la Constitución española) y sobrepasa notoriamente su capacidad de gestión autónoma. Junto con el derecho a la “autonomía” de las nacionalidades y regiones españolas, el artículo 2 de la Constitución española alude a la necesaria “solidaridad entre todas ellas”. Además, este tribunal ha reiterado que “el Estado y las comunidades autónomas están recíprocamente sometidos a un deber general de colaboración que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencia al modelo de organización territorial implantado por la Constitución” (sentencias del Tribunal Constitucional 80/1985, de 4 de julio, FJ 2º; 96/1986, de 10 de julio, FJ 3º; 118/1996, de 27 de junio, FJ 66º; y, 148/2000, de 1 de junio, FJ 13º). Dicho en otros términos, “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial” (sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 23º, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14º; 152/1988, de 20 de julio, FJ 6º; y, 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9º, entre otras muchas).

Ahora bien, para conseguir la adecuada colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, recordemos, son varias actuaciones ya contempladas en el analizado artículo 35 de la LOEx entre ellas: 1. Promover por el Gobierno acuerdos de colaboración con países de origen en relación con la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de las personas menores extranjeras no acompañadas; 2. La posibilidad que las Comunidades Autónomas establezcan acuerdos con los países de origen a efectos de lograr la atención de integración especial de los menores en su entorno de procedencia; 3. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas pueden establecer convenios con organizaciones gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de las personas menores no acompañados; y, 4. Las Comunidades Autónomas pueden llegar a acuerdos con otras Comunidades Autónomas en las que se encuentren personas menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia con la finalidad de garantizarles unas mejores condiciones de integración.

IV. ESTUDIO DEL REAL DECRETO 658/2025, DE 22 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS MEDIDAS A ADOPTAR EN SITUACIONES DE CONTINGENCIA MIGRATORIA EXTRAORDINARIA PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA

Atendiendo a lo dispuesto en la disposición final segunda del citado Real Decreto-Ley 2/2025 y de la disposición final sexta de la LOEx se aprueba el Real

Decreto 658/2025¹²¹ que tiene por objeto desarrollar y concretar las actuaciones que deberán realizar la Administración General del Estado y las comunidades y ciudades con Estatuto de Autonomía en caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria. En particular, determina la competencia para la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria en el supuesto previsto en el artículo 35 bis.2 de la LOEx, así como la competencia para dictar la resolución de reubicación y traslado de personas menores de edad extranjeras no acompañadas y regula el procedimiento para la reubicación y el traslado de dichas personas menores en caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria. En particular, mediante este Real Decreto: a) Se determinan los órganos competentes en el ámbito de la Administración General del Estado para adoptar, en el supuesto previsto en el artículo 35 bis.2 de la LOEx la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada (situación de contingencia migratoria extraordinaria), así como la resolución de ubicación y traslado de las personas menores de edad en el marco de una situación de contingencia migratoria extraordinaria; b) Se desarrolla el procedimiento para la reubicación y el traslado de las personas menores de edad cuando se haya declarado una situación de contingencia migratoria extraordinaria; y, c) Se regulan las actuaciones que deberán realizar las comunidades autónomas de origen y destino para dar cumplimiento a las previsiones del Plan de respuesta solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada (Plan de respuesta solidaria).

En todo caso, la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria, así como su cese, será aprobada por resolución de la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia; y, la comunidad autónoma que se considere afectada por la situación de contingencia migratoria extraordinaria comunicará tal circunstancia a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. La comunicación deberá incluir el número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendidas por su sistema de protección y tutela en el momento de la comunicación (artículo 3).

Ahora bien, podrán existir mecanismos bilaterales de cooperación entre las administraciones autonómicas de origen y de destino, al fin de garantizar la ejecución de las actuaciones previstas en este Real Decreto. En todo caso, cuando hayan sido declaradas, simultáneamente, dos o más situaciones de contingencia migratoria extraordinaria en distintas comunidades autónomas, la persona titular del Ministerio de Juventud e Infancia instará la convocatoria de la Comisión Interministerial de Inmigración que establecerá los mecanismos de coordinación necesarios entre los órganos territoriales de la Administración General del Estado afectados para asegurar la correcta ejecución de lo dispuesto en este real decreto. A tal fin, las comunidades autónomas deberán remitir a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, cuando les sean solicitados, y en todo caso antes del 15 de enero de cada año, los siguientes datos sobre la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en su territorio a que se refiere La LOEx, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 141 y 142 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre: a) Certificación de la persona titular de la Consejería competente relativa al número máximo de personas menores de edad extranjeras no

acompañadas atendidas por el sistema de protección de la comunidad autónoma en el año natural anterior; especificando la fecha exacta en que se produjo tal número máximo de personas atendidas y la identidad de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, previa exclusión del cómputo de las personas menores de edad que hayan sido efectivamente trasladadas a otra comunidad autónoma dentro del año considerado en razón a la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria en la comunidad autónoma de origen, a los efectos de la disposición adicional undécima, apartado 3 de la LOEx. Este número corresponderá al valor máximo de personas atendidas en una fecha concreta y en ningún caso hará referencia al total acumulado; b) El número de plazas de acogida destinadas a personas menores de edad extranjeras no acompañadas de que disponen en su sistema de protección, desglosando las de acogimiento residencial y las de acogimiento familiar, a los efectos de la disposición adicional undécima, apartado 4 de la LOEx, a 31 de diciembre del año anterior o, en su caso, a la fecha de la solicitud; c) El número de plazas de acogida destinadas a personas menores de edad, extranjeras o no, de que disponen en su sistema de protección, desglosando las de acogimiento residencial y las de acogimiento familiar, a los efectos de la disposición adicional duodécima de la LOEx, a 31 de diciembre del año anterior o, en su caso, a la fecha de la solicitud; y, d) El número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas que están siendo atendidas por su sistema de protección, a los efectos de la disposición adicional undécima, apartado 4 de la LOEx a 31 de diciembre del año anterior o, en su caso, a la fecha de la solicitud (artículo 4).

En cuanto al procedimiento para la reubicación y el traslado de personas menores de edad en el marco de una situación de contingencia migratoria extraordinaria: 1. En la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria, el órgano competente para instruir el procedimiento para la reubicación y el traslado de personas menores de edad es la persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que se encuentre la persona menor de edad. Dicho procedimiento comenzará con la propuesta de ubicación, que deberá ser adoptada por el órgano instructor de forma simultánea a la inscripción de la persona menor de edad en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, regulado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹²². La propuesta de ubicación indicará la comunidad autónoma de destino a la que se trasladará a la persona menor de edad; 2. Para la determinación de la comunidad autónoma a la que la propuesta de ubicación considere que debe ser trasladada la persona menor de edad, se estará a los criterios que, de conformidad con el artículo 35 bis de la LOEx puede adoptar la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. En defecto de dicho acuerdo, la propuesta tendrá en cuenta los criterios objetivos que establece el artículo 35 ter.2 de la citada ley. En todo caso, la distribución deberá comenzar por las comunidades autónomas a las que corresponda un mayor porcentaje de traslados, garantizando en todo caso una distribución equilibrada entre todas las comunidades autónomas. En particular, el criterio del esfuerzo en atención a personas menores de edad previsto en el artículo 35 ter.2.d) de la LOEx, se calculará de acuerdo con los datos del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados; 3. La persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia en cuyo territorio se encuentre la persona menor de edad solicitará a la

comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria, el mismo día en que se dicte la propuesta de ubicación, un informe sobre la situación de la persona menor de edad que recogerá, en todo caso, si se ha tomado alguna medida provisional de protección acorde a la situación de la persona menor de edad o si existe información acerca de familiares en España. Este informe, junto con la copia de la documentación sobre la persona menor de edad que obre en posesión de la administración autonómica, deberá ser remitido por la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria en el plazo máximo de tres días naturales desde que reciba la petición. Para la elaboración de dicho informe, la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria deberá realizar una entrevista personal a la persona menor de edad. Las preguntas formuladas en esta entrevista personal se ajustarán a las instrucciones que a tal efecto dicte el Ministerio de Juventud e Infancia; 4. Antes de la propuesta de resolución de ubicación y traslado, se comunicará el expediente a la persona menor de edad interesada y a la comunidad autónoma de destino, para que aleguen lo que estimen oportuno en un plazo de tres días naturales; 5. El expediente se remitirá al Ministerio Fiscal, que podrá pronunciarse en un plazo de dos días naturales y, en todo caso, si la persona menor de edad manifiesta su oposición al traslado; 6. La persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que se encuentre la persona menor de edad, a la vista del informe señalado en el apartado 3 y del resto de documentación que obre en el expediente, elevará una propuesta de resolución de ubicación y traslado a la persona titular de la Delegación del Gobierno en la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria en cuyo territorio se encuentre la persona menor de edad; 7. La persona titular de la Delegación del Gobierno en la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria en cuyo territorio se encuentra la persona menor de edad será la competente para resolver el procedimiento para la reubicación y el traslado de las personas menores de edad de acuerdo con lo señalado en el artículo 35 quáter.4 de la LOEx. La resolución de ubicación y traslado será notificada a la persona menor de edad, en el plazo de diez días naturales desde la adopción de la propuesta de ubicación, si su grado de madurez lo permite, o a sus representantes legales en otro caso, a la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria y a la comunidad autónoma de destino, y se comunicará a la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia y al Ministerio Fiscal. La resolución irá acompañada de los informes sobre la persona menor de edad; 8. La resolución emitida pondrá fin a la vía administrativa y será inscrita en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, indicando la comunidad autónoma de destino en la que será ubicada la persona menor de edad. Contra la resolución se podrá interponer el recurso potestativo de reposición ante el órgano que la haya dictado, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación. Alternativamente, la resolución podrá ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; 9. La resolución de ubicación y traslado a la que se refiere el apartado 7 implicará la asunción de la tutela y custodia de las personas menores de edad por parte de los servicios de protección de las comunidades autónomas en las que ha-

yan sido reubicadas, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil; y, 10. Desde la notificación de la resolución de ubicación y traslado, la comunidad autónoma de destino deberá adoptar las medidas necesarias al fin de garantizar la adecuada atención integral de las personas menores de edad y su acogimiento, determinando el recurso de protección que se considere más adecuado para su atención. En particular, adoptará itinerarios y recursos de intervención específicos para dar respuesta a las necesidades concretas de algunos perfiles, como pueda ser el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de trata de seres humanos, de las personas menores que presenten problemas de salud física o mental, o que se encuentren más cerca de la mayoría de edad y necesiten un apoyo centrado en el fomento de la autonomía de cara a su emancipación, así como un trabajo específico de integración socio-laboral.

En fin, con respecto a las actuaciones a realizar para dar cumplimiento a las previsiones del Plan de respuesta solidaria, a comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria será la responsable del traslado de las personas menores de edad. Dicho traslado será financiado por la Administración General del Estado mediante el Fondo al que se refiere la disposición adicional undécima, apartado 4, de la LOEx. En particular, la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria deberá: a) Notificar a la comunidad autónoma de destino, a la Delegación del Gobierno en la comunidad autónoma de destino y a la Jefatura Superior de Policía de destino, con una antelación mínima de 48 horas a la realización del traslado, la fecha, hora y lugar de llegada de las personas menores de edad; b) Informar a la persona menor de edad, si su grado de madurez lo permite, o a sus representantes legales en otro caso, en el plazo de 48 horas desde la notificación de la resolución de ubicación y traslado, acerca de la fecha y hora en la que se realizará el traslado, medio de transporte, acompañamiento y características del traslado; c) Ejecutar el traslado, que deberá realizarse en un plazo máximo de cinco días naturales desde la notificación de la resolución de ubicación y traslado. Dicho traslado se realizará con pleno respeto de los derechos de la persona menor de edad. Excepcionalmente, por motivos de salud determinantes para el traslado de la persona menor de edad o por cualquier otra circunstancia sobrevenida, podrá retrasarse la ejecución del traslado hasta la finalización de la asistencia sanitaria que sea necesaria o hasta que se produzca el cambio de las circunstancias sobrevenidas, debiendo quedar acreditada dicha circunstancia en el expediente. La persona menor de edad será trasladada desde el centro de protección de menores donde hubiera permanecido acompañada por profesionales referentes de la entidad pública de origen y se procederá al intercambio de información entre estos y los profesionales de destino sobre la situación y características de cada persona menor. La comunidad autónoma de destino deberá recibir a la persona menor de edad, siendo el plazo máximo para la realización de los traslados de la persona menor de edad será de quince días naturales a contar desde la fecha de su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

Una vez ejecutado el traslado, la comunidad autónoma de destino deberá notificarlo a la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia a efectos del seguimiento de la situación de contingencia migratoria extraordinaria (artículo 6).

Sobre tales bases, se pueden concretar las claves de esta nueva norma, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 24 de julio de 2025, en las siguientes: 1. Deter-

mina la competencia para la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria en el supuesto previsto en el artículo 35 bis.2 de la LOEx, así como la competencia para dictar la resolución de reubicación y traslado de personas menores de edad extranjeras no acompañadas; 2. Prevé que la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria y su cese serán aprobadas por la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia; 3. Contempla mecanismos de coordinación entre las administraciones autonómicas y la Administración General del Estado para asegurar la correcta ejecución de las medidas; 4. Desarrolla el procedimiento para la reubicación y el traslado de dichas personas menores en caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria; y, 5. Regula las actuaciones destinadas a dar cumplimiento al Plan de Respuesta Solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria.

Con estas medidas se trata de proporcionar una atención integral y adecuada a las necesidades de los menores migrantes no acompañados, garantizando su protección social, sanitaria, educativa y de vivienda. La norma se ajusta a los principios de buena regulación, proporcionalidad, eficiencia, seguridad jurídica y transparencia, y ha sido informada por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Como hemos indicado, Aragón, Comunidad de Madrid, Comunidad de Castilla-León, Comunidad de Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Región de Murcia y Las Illes Balears ha manifestado su intención de recurrir este Real Decreto que establece el reparto de menores migrantes no acompañados de 22 de julio de 2025. En concreto, el Conselle de Govern de Illes Balears interpondrá el día 29 de agosto de 2025 su segundo recurso judicial contra el reparto de menores migrantes, estos es, contra el este Real Decreto de 22 de julio que establece el procedimiento de reparto de menores migrantes.

Asimismo, se ha planteado solicitar la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria que, ya tienen Canarias, Ceuta y Melilla. Para solicitar esta situación el artículo 35 bis.2 de la LOEx exige que el sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria. Lo que no cumple la Comunidad de las Illes Balears. En todo caso, recordemos que la aprobación de tal declaración tendrá lugar en el plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación de la comunidad autónoma o ciudad autónoma afectada. Ahora bien, tanto la declaración como el cese de la situación de contingencia migratoria corresponden a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de la Infancia y Adolescencia, a la que la comunidad autónoma afectada por la situación remitirá la comunicación de tal circunstancia con la inclusión del número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendibles por el sistema de protección y tutela como analizaremos (artículo 3 del Real Decreto 658/2025).

En este contexto, recordemos, de nuevo, que respecto a la determinación de la capacidad ordinaria de los sistemas para la adecuada protección y tutela de los menores de edad extranjeros no acompañados, se estará a lo previsto en la Disposición Adicional 11ª de la LOEx; y que el procedimiento para la reubicación y traslado de menores migrantes extranjeros no acompañados en situación de contingencia migratoria se concreta: 1. Propuesta de ubicación por el órgano instructor, esto es, por la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que se encuentra la persona menor de edad. La propuesta se adoptará de forma simultánea a la inscripción de la

persona menor de edad en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados e indicará la comunidad autónoma de destino o a la que se va a trasladar a la persona menor de edad; 2. El mismo día en que se dicte la propuesta, el órgano instructor solicitará a la comunidad autónoma declarada en contingencia migratoria extraordinaria un informe sobre la situación de la persona menor de edad que incluirá, en todo caso, si se ha adoptado alguna medida provisional de protección acorde a la situación o si existe información acerca de familiares en España. El informe se remitirá en un plazo máximo de tres días naturales; 3. Comunicación del expediente a la persona menor de edad y a la comunidad autónoma de destino para que haga las alegaciones que considere oportunas en el plazo de tres días naturales. Asimismo, se remitirá al Ministerio Fiscal el cual habrá de pronunciarse en el plazo de dos días naturales y deberá hacerlo, si la persona menor de edad se opone al traslado; 4. El órgano instructor a la vista del informe y demás documentación del expediente, elevará la propuesta de resolución de ubicación y traslado a la persona titular de la Delegación del Gobierno de la comunidad autónoma declarada situación de contingencia migratoria extraordinaria donde se cuenta la persona menor de edad; 5. Finalmente, se dictará resolución que proceda y se notificara a la persona menor de edad, o, en su caso, a sus representantes legales, a la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria y a la comunidad autónoma de destino. Asimismo, se comunicará a la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia y al Ministerio Fiscal; y, 6. Esta resolución podrá fin al expediente administrativo y se inscribirá en el Registro de Menores No Acompañados.

En fin, por un lado, en cuanto al traslado de los menores de edad migrantes no acompañados, tanto los profesionales del centro de origen como del centro de destino deberán intercambiar información en el plazo de 15 días naturales desde la fecha de inscripción del menor en el registro de Menores Extranjeros no acompañados. Y, por otro, las obligaciones que asume la comunidad autónoma de destino se concretan: 1. En el recibimiento de la persona menor de edad; 2. Llevar a cabo las actuaciones necesarias respecto de dicha persona y garantizar que reciban la asistencia integral y acogimiento adecuadas. Si se niega a hacerse cargo de la persona menor de edad, los profesionales de la entidad de origen que la acompañe dejen constancia en el informe correspondiente, podrán, en su caso, recabar la ayuda de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, además de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y entregan a la persona menor de edad a la entidad pública de la comunidad autónoma de destino; y, 3. Se notificará el traslado, una vez ejecutado, a la Dirección General de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia, a efectos de seguimiento de la situación de contingencia migratoria extraordinaria.

V. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 743/2025, DE 26 DE AGOSTO, POR EL QUE SE APRUEBA LA CAPACIDAD ORDINARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y TUTELA DE PERSONAS MENORES DE EDAD EXTRANJERAS NO ACOMPAÑADAS DE LAS COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS

En virtud del citado Real Decreto-Ley 2/2025, objeto de análisis en líneas precedentes, se prevé la posibilidad de realizar una redistribución de personas meno-

res de edad extranjeras no acompañadas entre comunidades y ciudades autónomas en caso de declararse una situación de contingencia migratoria extraordinaria, aplicando una fórmula de solidaridad equitativa y que pondera el esfuerzo realizado por cada territorio en la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. Las reubicaciones de personas menores de edad extranjeras no acompañadas que resulten necesarias deberán llevarse a cabo dentro del plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo. Para ello, el citado Real Decreto-Ley 2/2025 introdujo una nueva disposición adicional undécima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. En concreto, y en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a la que se refiere el artículo 35 bis de la LOEx, la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de menores se obtendrá de dividir la población total de cada comunidad autónoma a 31 de diciembre del año anterior, por el cociente resultante de dividir la población total de España a 31 de diciembre del año anterior entre el número máximo de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendidas por el conjunto del sistema de protección español, según los datos enviados por las comunidades y ciudades autónomas antes del 31 de marzo de 2025, y previa inscripción en el registro de menores y certificación del Ministerio de Juventud e Infancia. Asimismo, el apartado segundo de la disposición adicional undécima establece que mediante Real Decreto, previa información a la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, se aprobará anualmente cuál es la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas, en los términos recogidos en la citada disposición adicional. En consecuencia, y una vez acreditado el defecto del acuerdo unánime en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, y previa información a los miembros de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, se aprueba el Real Decreto 743/2025, de 26 de agosto, por el que se establece la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de las Comunidades y ciudades autónomas¹²³, de acuerdo con la certificación expedida por la Ministra de Juventud e Infancia de 21 de julio y el certificado del jefe central de operaciones de la comisaría general de extranjería y fronteras de 27 de junio de 2025, en relación con los datos del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En la tramitación de este Real Decreto-Ley se ha recabado el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Juventud e Infancia. Tendrá efectos al día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” —28 de agosto de 2025—.

De esta forma, la capacidad ordinaria de los sistemas de acogida ha quedado cifrada en una ratio de 32,6 plazas para niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados por cada 100.000 habitantes para el conjunto del país, de acuerdo con la fórmula recogida en la norma aprobada. Este Real Decreto tiene por objeto garantizar un proceso de acogida vinculante, digna y solidaria de la infancia migrante no acompañada que llega a España y establece la base para que comiencen los traslados de acuerdo con el protocolo establecido.

Tras la aprobación, aquellas comunidades y ciudades autónomas que multipliquen por tres su capacidad ordinaria serán declaradas en situación de contingencia migratoria extraordinaria, lo que activará el protocolo de traslados. A tal efecto tie-

nen una capacidad ordinaria: Andalucía: 2.827; Aragón: 441; Principado de Asturias: 331; Illes Balears: 406; Canarias: 737; Cantabria: 194; Castilla y León: 783; Castilla-La Mancha: 692; Cataluña: 2650; Comunitat Valenciana: 1.767; Extremadura: 344; Galicia: 886; Comunidad de Madrid: 2.325; Región de Murcia: 517; Comunidad Foral de Navarra: 223; Euskadi: 731; La Rioja: 107; Ciudad de Ceuta: 27; y Ciudad de Melilla: 28. Total de capacidad ordinaria de todas las comunidades autónomas: 16.016.

El ejecutivo aragonés ha manifestado su intención de estudiar y, en su caso, recurrir este nuevo Real Decreto. Para el Gobierno autonómico “el contenido de las normas aprobadas en este Consejo de Ministros ahonda en la arbitrariedad del reparto”. Ha criticado también que atribuya a delegados y subdelegados del Gobierno “la capacidad de decidir a qué Comunidad Autónoma trasladan a un menor, sin atender a criterios técnicos o siquiera humanitarios”, además que “carecen de competencias en esta materia y de servicios técnicos especializados en protección a la infancia”. Ciertamente, ha apuntado la consejera de Bienestar Social y Familia que se “siguen imponiendo un reparto arbitrario de menores a las Comunidades Autónomas, que no cumple ningún criterio, se hace con unos datos que desconocemos absolutamente y que responde sólo al interés del presidente del Gobierno Pedro Sánchez y a sus pactos con los independentistas”. La consejera, igualmente, ha aludido también al traslado de los menores en protección internacional desde Canarias a la península Ibérica por orden del Tribunal Supremo, que “está siendo un auténtico caos”.

Por su parte, el Gobierno aragonés también ha protestado por “el tono coercitivo” en la redacción de estas normas y por las “amenazas” vertidas por el presidente del Gobierno y por la ministra de Juventud e Infancia hacia las Comunidades Autónomas y los consejeros responsables de la atención y protección a la infancia, por considerarlas “inadmisibles en un contexto democrático y en un Estado de derecho”.

Mientras tanto, han asegurado que el Gobierno de Aragón “sigue trabajando en la acogida obligatoria de estos menores”, que son “quienes deberían ocupar toda nuestra atención y esfuerzos”, y que llevarán a cabo este proceso “sin financiación y, lo que es más grave, sin información y sin coordinación alguna”.

En este contexto, otras Comunidades autónomas —Madrid, Castilla-León, Andalucía, Castilla-La Mancha. Illes Balears— han manifestado, asimismo, su intención de recurrir este Real Decreto ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional¹²⁴.

Este Real Decreto de 26 de agosto de 2025 establece una ratio de 32,6 plazas para menores migrantes no acompañados por cada 100.000 habitantes. A partir del 28 de agosto de 2025 comenzará el traslado de 3.975 menores migrantes no acompañados a la Península de los que se ha de restar unos 1200 menores migrantes extranjeros solicitantes de asilo. Detalla la capacidad de acogida de cada una de las Comunidades Autónomas, y fija el número de menores migrantes no acompañados que han de acoger aquéllas. En concreto: Andalucía: 677; Comunidad de Madrid: 647; Comunidad Valenciana: 571. Entre las tres suman casi la mitad total de menores migrantes no acompañados. Le siguen: Castilla-La Mancha: 320; Galicia: 317; Aragón: 251; La Rioja: 205; Castilla-León: 197; Extremadura: 159; Cantabria: 156; Asturias: 144; Murcia: 133; Navarra: 118 y Illes Balears: 49. Euskadi y Cataluña quedan fuera del reparto.

En fin, procede recordar, por un lado que, debe tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 35 quáter y quinquies de la LOEx, así como el artículo 6 del Real Decreto-Ley 658/2025 en los que se regula el Plan de respuesta solidaria en el que se contienen el conjunto de actuaciones a desarrollar ante la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria. Ciertamente, declarada la situación de contingencia migratoria extraordinaria, si se localizase a un menor de edad, se procederá conforme al Protocolo Marco con las especialidades previstas en el artículo 35 quáter de la LOEx y los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria. En el citado artículo 6, como hemos analizado, se contienen una serie de actuaciones que deben realizarse para el cumplimiento del plan de respuesta solidaria; y, por otro, cabe aludir al artículo 35 ter de la LOEx que regula el Modelo de gestión de contingencia migratorias extraordinaria para la infancia y adolescencia que, debe incluir el conjunto de criterios objetivo para la determinación de cuál será la ubicación de las personas menores de edad migrantes no acompañadas en las diferentes comunidades autónomas o ciudades autónomas, así como la regulación del mecanismo de derivación de dichos menores a otras comunidades o ciudades autónomas y los criterio de determinación de las plazas pro comunidades o ciudad autónoma en caso de derivación. En defecto de acuerdo unánime la determinación de la ubicación corresponde al Estado conforme los parámetros previstos en el artículo 35 bis apartado 1 de la LOEx ya analizado.

Este Real Decreto 658/2025 desarrolla las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 2/2025, además de concretar las actuaciones que tanto la Administración General del Estado como las comunidades autónomas y ciudades autónomas debe realizar en el caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia de migrantes menores no acompañados. Asimismo, reitera el citado artículo 4.1 del Real Decreto 685/2025 las posibilidades de existencia de mecanismos bilaterales de cooperación entre las administraciones autonómicas de origen y de destino.

En este contexto, la consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias ha avanzado que el día 27 de agosto de 2025 el Estado tiene previsto crear 110 nuevas plazas en distintas comunidades autónomas a lo largo del mes de septiembre de 2025 para derivar a los niños y niñas que están actualmente en el centro “Canarias-50”. Cifra que el archipiélago canario considera insuficiente.

Recientemente, la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado un auto de 11 de diciembre de 2025 (Roj. ATS 11562/2025; ECLI:ES:TS:2025:11562A) en el que acuerda la medida cautelar solicitada por la Comunidad de Madrid de requerir a la Administración del Estado para que, en el plazo improrrogable de 30 días, garantice el acceso y permanencia en el Sistema Nacional de Acogida de Protección Internacional de aquellos menores, actualmente a cargo de los servicios de protección de menores de esta Comunidad, que hayan solicitado protección internacional o manifestado su voluntad de solicitarla, con la necesaria colaboración y cooperación de la Comunidad Autónoma requirente, actuaciones que deberán desarrollarse bajo el principio del superior interés del menor.

Asimismo, dispone que la Administración del Estado deberá dar cuenta a la Sala, al finalizar el plazo de 30 días, de las actuaciones realizadas en ejecución de lo actuado.

La Comunidad de Madrid interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación del requerimiento efectuado el 9 de julio de 2025 al Gobierno de España para que adoptara lo solicitado y, además, pidió la medida cautelar que ahora ha sido aceptada por la Sala.

En esta resolución, reproduce los razonamientos de los autos de 25 de marzo de 2025 y de 4 de junio de 2025 que llevaron a la Sala a otorgar a la Comunidad Autónoma de Canarias una medida cautelar en relación con los menores extranjeros solicitantes de asilo acogidos en dicha Comunidad Autónoma.

Precisamente, las partes enfrentadas en este recurso aluden a dichos autos que deben ser tenidos en cuenta porque, en esencia, el planteamiento del problema es sustancialmente equivalente en los dos casos: ambos se refieren a menores solicitantes de asilo o que han manifestado su voluntad de solicitarlo, están atendidos actualmente por la respectiva Comunidad Autónoma recurrente, no están integrados en el sistema nacional de acogida de solicitantes de asilo competencia del Estado, etc.

De todas formas, como subraya el citado auto “Es cierto, no obstante, que existen diferencias apreciables entre ambos supuestos, fundamentalmente derivadas del número de menores afectados, que en este caso oscilarían entre los 38 que reconoce la Administración del Estado y los 50 que indica la Comunidad de Madrid, muy lejos en cualquier caso de los miles de menores que estaban padeciendo una situación de verdadero hacinamiento en Canarias”.

Pero, con todo, señala que esta circunstancia del número de menores afectados “no debe impedir que se adopte la medida cautelar interesada, pues conduciría al absurdo pretender que una medida cautelar dirigida a la protección del superior interés de los menores no pudiera adoptarse hasta que se constatará que se hubiera producido el hacinamiento de éstos, siendo hasta entonces privados de unos derechos que, indiscutiblemente, les reconoce la legislación nacional y europea y cuya satisfacción debe ser procurada por la Administración del Estado”.

Asimismo, la Comunidad de Madrid recurrió ante el Tribunal Supremo el inicio de 12 procedimiento de traslados cursado por las Oficinas de Extranjería dependientes de la Delegación del Gobierno Autónoma de Ceuta y de las Subdelegaciones del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria en virtud de la reforma de la Ley de Extranjería.

El cauce de impugnación elegido por la recurrente es la vía de hecho que imputa al Gobierno de España por no haber dictado la norma que determine el número de menores que han de desplazarse a cada comunidad autónoma receptora. La regulación de las medidas cautelares en la LJCA presenta una especialidad cuando se trata de recursos contra la vía de hecho de la Administración. El artículo 136.1 establece: “En los supuestos de los artículos 29 y 30 (inactividad y vía de hecho, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada”.

Pues bien, el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 8 de enero de 2026 (Roj. ATS 185/2026; ECLI:ES:TS:2026:185A) sostiene que “La medida que aquí se interesa por la Comunidad de Madrid choca con un importante obstáculo, y es que la vía de hecho, según la definición del artículo 25.2 de la LJCA, constituye una “actuación material”, lo que no es predicable de unos actos formales, de mero trámite, cuyo contenido se restringe a disponer la

iniciación de un procedimiento administrativo; garantizar los traslados de menores”; además, la suspensión de los procedimientos, y, con ello, la paralización del traslado de los menores, provocaría “graves daños”. De ahí, el rechazo de los argumentos esgrimidos por la Comunidad Autónoma de Madrid para frenar la med

Y, por otra indicar que, se debe propiciar una política migratoria europea que proporcione seguridad control y protección de las fronteras sobre todo, la del sur de Europa (España, Portugal e Italia). La presidenta de este último país Giorgia Meloni ha impulsado un plan para desviar migrantes rescatados en el Mediterráneo hacia Albania en lugar de permitir su entrada en territorio italiano, Italia financia instalaciones en el país balcánico (como el centro de Gjader) para albergar a migrantes varones adultos procedentes de países considerados “seguros”.

De conformidad con la Directiva 2013/32/UE, los Estados miembros pueden acelerar el examen de las solicitudes de protección internacional y llevarlo a cabo en la frontera cuando emanen de nacionales de terceros países que se ha considerado que ofrecen protección suficiente. En Italia, esta designación de países terceros como “países de origen seguros” se efectúa, desde octubre de 2024, mediante un acto legislativo.

Respecto de esta política y acto legislativo se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, en su sentencia de 1 de agosto de 2025 (asuntos C-758/24 y C-759/24)¹²⁵ reconociendo en materia de protección internacional, la posibilidad de que la designación de un tercer país como “país de origen seguro” sea objeto de un control judicial efectivo.

Este pronunciamiento tiene su origen en el hecho de que dos nacionales de Bangladesh, rescatados en el mar por las autoridades italianas y trasladados a un centro de internamiento en Albania con arreglo al Protocolo Italia-Albania presentaron una solicitud de protección internacional. Esta solicitud fue denegada en un procedimiento fronterizo acelerado, basado en la consideración de Bangladesh como un país de origen seguro. Los solicitantes impugnaron la decisión ante el Tribunal Ordinario de Roma, que a su vez solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaraciones sobre la aplicación del concepto de país de origen seguro y las obligaciones de los Estados miembros en materia de control judicial efectivo. El órgano jurisdiccional remitente alega que, a diferencia del régimen anterior, el acto legislativo de octubre de 2024 no detalla las fuentes de información en las que se basó el legislador italiano para evaluar la seguridad del país. Por consiguiente, tanto el solicitante como la autoridad judicial se ven privados de la posibilidad, respectivamente, de impugnar y de controlar la legalidad de tal presunción de seguridad, examinando, en particular, la procedencia, la autoridad, la fiabilidad, la pertinencia, la actualidad y la exhaustividad de esas fuentes.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que la designación de países terceros como “países de origen seguros” en Italia se lleva a cabo a través de un acto legislativo. En virtud de dicho acto legislativo, Bangladesh se considera en Italia un “país de origen seguro”.

Pues bien, planteadas por el tribunal italiano las dudas al respecto, el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llegado a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, admite la posibilidad de designación de un tercer país como “país de origen seguro” mediante un acto legislativo, si bien exige para ello que

dicha designación pueda ser objeto de control jurisdiccional respecto del cumplimiento de los requisitos materiales de la misma.

Este control puede llevarse a cabo por cualquier órgano jurisdiccional nacional que conozca de un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de protección internacional examinada en el marco del régimen especial aplicable a las solicitudes presentadas por los solicitantes procedentes de terceros países designados como países de origen seguros y debe referirse al cumplimiento de los requisitos materiales de tal designación establecidos en el anexo I de la Directiva, en particular cuando se interpone un recurso contra una resolución denegatoria de una solicitud de asilo en el marco del procedimiento acelerado aplicable a los nacionales de países así designados.

En segundo lugar, señala que el Estado miembro que efectúa la referida designación debe garantizar un acceso suficiente y adecuado a todas las fuentes de información en que se basa la designación. Dicho acceso ha de permitir al solicitante de protección internacional defender sus derechos en las mejores condiciones posibles y al juez competente ejercer el control de la resolución relativa a la solicitud de protección internacional. Además, esta exigencia tiene por objeto garantizar una tutela judicial efectiva que permita al solicitante hacer valer eficazmente sus derechos y al juez nacional ejercer plenamente su control.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional puede, al examinar si tal designación cumple los criterios establecidos en el anexo I de la Directiva, tener en cuenta la información que él mismo haya recabado, siempre que compruebe su fiabilidad y dé a las dos partes en el procedimiento la oportunidad de presentar sus observaciones sobre esa información adicional.

Por último, niega la posibilidad de que un Estado miembro designe como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales para tal designación. Si bien llega a esta conclusión en relación con el contenido del artículo 37 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, a partir del 12 de junio de 2026, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, aquella debe ser matizada. De todas formas, consagra el interés superior del menor como criterio rector. Se establece la designación de representantes para menores no acompañados, garantías especiales en la entrevista y protocolos no invasivos para la determinación de edad.

Ciertamente, la nueva norma, como veremos, introduce la posibilidad que la designación de un tercer país como país de origen seguro a nivel de la Unión y a nivel nacional prevea excepciones para categorías de personas claramente identificables, se trata de la prerrogativa del legislador de la Unión Europea de reconsiderar tal decisión, procediendo a una nueva ponderación de los intereses en cuestión.

En definitiva, con esta sentencia se frenan las deportaciones de migrantes a centros de atención fuera de la Unión Europea, se refuerza la necesidad de transparencia y control judicial en los procedimientos de designación de países de origen seguros, asegurando que los derechos de los solicitantes de protección internacional sean debidamente protegidos y afectando con ello al acuerdo migratorio entre Italia y Albania.

Asimismo, como complemento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), se dicta el Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148 que tiene como objetivo racionalizar, simplificar y armonizar las disposiciones procedimentales de los Estados miembros mediante el establecimiento de un procedimiento fronterizo de retorno. Dicho procedimiento debe aplicarse a los nacionales de terceros países y los apátridas cuya solicitud haya sido denegada en el contexto del procedimiento fronterizo de asilo establecido en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo. A los efectos que nos interesa, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial de los Estados miembros a la hora de aplicar las disposiciones de este Reglamento que puedan afectar a los menores. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de este Reglamento y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación. Dado que este Reglamento desarrolla el acervo de Schengen, Dinamarca decidirá, de conformidad con el artículo 4 de dicho Protocolo, dentro de un plazo de seis meses a partir de que el Consejo haya tomado una medida sobre este Reglamento, si lo incorpora a su legislación nacional. Por su parte, este Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en las que Irlanda no participa de conformidad con la Decisión 2002/192/CE del Consejo; por lo tanto, Irlanda no participa en su adopción y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación. Por lo que respecta a Islandia y Noruega, dicho Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea, la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE del Consejo. En cuanto a Suiza, el presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el artículo 3 de la Decisión 2008/146/CE del Consejo. En fin, en lo que respecta a Liechtenstein, este Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, la aplicación y el desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el artículo 3 de la Decisión 2011/350/UE del Consejo.

Fijando un marco de reasentamiento y admisión humanitaria en la Unión Europea se aprueba el Reglamento (UE) 2024/1350, de 14 de mayo se basa en la plena y total aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, de 28 de julio de 1951, en su versión complementada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. Establece como principios rec-

tores se centra en garantizar la unidad familiar; todos los miembros de la familia respecto a los que un Estado miembro tenga intención de realizar un procedimiento de admisión, que puedan optar a dicha admisión y no incurran en motivos de denegación deben, por regla general y en la medida de lo posible, ser admitidos conjuntamente. En caso de que esto no sea posible, los miembros de la familia que no hayan sido admitidos juntos deben ser admitidos lo antes posible en una etapa posterior. A la hora de determinar los parámetros aplicables a una familia concreta de la que dependan nacionales de terceros países o apátridas, según lo dispuesto en este Reglamento, los Estados miembros deben reconocer que los familiares lejanos pueden ser el último recurso para quienes dependen exclusivamente de la familia como fuente de apoyo psicológico y emocional y medio de subsistencia.

En fin, como hemos indicado se ha aprobado el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre gestión de asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n° 604/2013¹²⁶. Este Reglamento forma parte del Nuevo Pacto de Migración y asilo europeo, que entrará en vigor el 12 de junio de 2026, pero el legislador de la Unión puede adelantar esa fecha. Este Reglamento reemplaza al anterior Reglamento de Dublín III. Establece: 1. Solidaridad obligatoria pero flexible. Los Estados Miembros deben colaborar en la gestión de la inmigración especialmente, cuando uno de ellos se enfrente a una presión migratoria; 2. Reparto equitativa de la responsabilidad: se busca distribuir de forma justa las cargas entre los países d la Unión Europea, incluyendo implicaciones financieras; 3. Se mejora el sistema para la solicitud de asilo; 4. Se incluyen medidas para facilitar el retorno obligatorio, la readmisión y la reintegración de migrantes en sus países de origen; y, 5. Se prioriza la unidad familiar y el interés superior del menor, con criterios vinculantes para menores no acompañado.

Se reformulan los criterios de responsabilidad del Reglamento de Dublín. Ciertamente, el objetivo del sistema de Dublín actualmente en vigor es determinar qué Estado miembro de la UE es el único responsable de la tramitación de una solicitud de asilo. El procedimiento se basa en varios criterios, incluido el de primer país de entrada. En la práctica, esto se ha traducido en que un reducido número de Estados miembros se han responsabilizado de la tramitación de la mayoría de las solicitudes de asilo¹²⁷.

Ciertamente, la crisis migratoria ha puesto de relieve los límites del sistema actual, que supone una carga para los Estados miembros situados en primera línea. Junto con el establecimiento de un nuevo mecanismo de solidaridad, el nuevo Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, que sustituirá al Reglamento de Dublín, contribuirá a crear un sistema más equitativo de reparto de responsabilidades entre los Estados miembros.

En todo caso, parece que el enfoque Meloni va ganando terreno en Bruselas. Al respecto, la Unión Europea propone un alista de países seguros: Marruecos, Colombia, Bangladesh, Egipto, India, Kósobo y Túnez. España no ha adoptado el modelo de Italia y ha establecido, como hemos estudiado, un reparto obligatorio de menores extranjeros no acompañados (Real Decreto-Ley 2/2025) y declarar Canarias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en contingencia migratoria urgente.

VI. PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

La vigente regulación de los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Civil, permite que la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente de cada región se realicen mediante resolución administrativa, sin necesidad de autorización judicial previa, y con efectos inmediatos sobre la patria potestad de los progenitores. Este régimen excepcional, concebido inicialmente como una medida ágil y eficaz de protección ante situaciones urgentes, se ha consolidado como la vía ordinaria de intervención en la vida familiar, sin que se garanticen de forma efectiva los derechos fundamentales de los menores ni los derechos constitucionales de los padres o tutores legales. Esta situación se agrava por la ausencia de un control judicial previo y pleno, ya que el único control jurisdiccional actualmente previsto opera a posteriori y únicamente si se interpone recurso por los afectados, lo cual no es suficiente para salvaguardar debidamente el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española), ni para evitar potenciales abusos por parte de la Administración. Por ello, deviene necesario tomar las medidas necesarias para que la situación de desamparo del menor se dicte desde la vía judicial y no administrativa.

La presente Proposición de Ley modifica tanto los artículos relativos a la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente regulados en el Código Civil, así como los relativos a esta materia recogidos en la LOPJM. Con esta modificación el Grupo Parlamentario Vox pretende reforzar la idea de que el procedimiento por el que se establece la situación legal de desamparo, y la consiguiente tutela, sea un procedimiento judicial. Se pretende también reforzar, en el Código Civil, el principio de reintegración en la familia de origen más próxima del menor tutelado o, en su caso, de la familia extensa, a través de la figura del acogimiento familiar. El juez competente, conforme a las modificaciones introducidas en esta Proposición de Ley, deberá tener en cuenta en sus resoluciones judiciales, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor, el principio de prioridad de la familia de origen para el mantenimiento de las relaciones familiares del menor. Además, cabe señalar que se modifican también las previsiones contenidas en esta última Ley citada relativas a las supuestas situaciones indicadas de “riesgo”, eliminando de la regulación cualquier referencia ideológica basada en el género. Cualquier motivación ideológica no puede ser, en ningún caso, motivo para la apertura de un proceso de declaración de desamparo, y en su caso, la posterior declaración de la privación de la patria potestad o tutela.

Para ello *se modifica el Código Civil*, en concreto: el artículo 172 que quedará redactado en los siguientes términos: “1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo, podrá serle atribuida por la autoridad judicial competente, mediante resolución judicial, la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. La resolución judicial que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas¹²⁸ se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y,

en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención judicial y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

Comentario: En lugar de como hasta ahora que sea la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores constate y declare la situación de desamparo, se propone que sea la autoridad judicial mediante la correspondiente resolución.

La autoridad judicial competente y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela. La prioridad de la actuación de la correspondiente Entidad Pública en el ejercicio de la tutela será que el menor en desamparo se reintegre en su familia de origen o, en su defecto, en la familia extensa de este.

Comentario: En lugar de como hasta ahora que sea la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores la que junto al Ministerio Fiscal promueva la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que, sea de nuevo, la autoridad judicial. Se añade que, la Entidad Pública en el ejercicio de la tutela *ex lege* sea la que procure al reintegración del menor en su familia de origen, o en su caso, familia extensa.

La autoridad judicial competente habrá de tener en cuenta el interés superior del menor, priorizando la permanencia en su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor, o en su caso, priorizando que el menor sea acogido por la familia extensa, y dentro de esta priorizando los grados de parentesco más próximos.

Comentario: se añade este apartado.

2. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución judicial por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la autoridad judicial competente o a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal sobre cualquier

cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo. En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la autoridad judicial. Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

3. La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá solicitar la revocación de la declaración de situación de desamparo a la autoridad judicial, que decidirá el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés.

Comentario: hasta ahora la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada puede solicitar la revocación de la declaración de situación de desamparo. Con esta reforma que se propone debe solicitarlo dicha Entidad a la autoridad judicial.

4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución judicial, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la autoridad judicial competente. 5. La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando la autoridad judicial constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y una autoridad judicial encomendado la tutela a la entidad pública correspondiente o dictado medida de protección oportuna, o entendiéndose que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor; c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido. La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela”

Se modifica el artículo 172 bis, que quedará redactado en los siguientes términos: “1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar a la autoridad judicial que autorice a la Entidad Pública a asumir su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje,

excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito, previo informe a la autoridad judicial competente, dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor; así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.

Comentario: hasta ahora son los progenitores o tutores los que ante circunstancias graves y transitoria debidamente acreditadas solicitan a la Entidad Pública asumir la guarda de sus hijos menores durante el tiempo necesario. Con la reforma que se propone deben tales progenitores o tutores dirigirse a la autoridad judicial para solicitar que autorice a la entidad la asunción de tal guarda.

La resolución judicial sobre la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal. 2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente”.

Comentario: ahora como corresponde es la resolución administrativa sobre la asunción de guarda que adopta la Entidad Pública. En la reforma que se propone será la resolución judicial que se dicte sobre la guarda por la Entidad Pública.

Se modifica el artículo 172 ter, que quedará redactado en los siguientes términos: “1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la autoridad judicial competente. En el acogimiento familiar se priorizará que el acogimiento se produzca en la familia extensa del menor, y dentro de esta priorizando los grados de parentesco más próximos. El acogimiento residencial, con la debida resolución judicial que lo determine, se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores. No podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley. La resolución de la autoridad judicial competente en la que se formalice por escrito la medida de guarda se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal.

Comentario: en la actual regulación la guarda se realiza mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. Con la reforma será la autoridad judicial competente la que tenga esa competencia. Asimismo, será directamente el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores, el que proceda al acogimiento residencial. Con la reforma será necesario una resolución judicial. En fin, ahora lo que se notifica a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad, así como al Ministerio Fiscal es la resolución de

la Entidad Pública en que se formaliza la medida de guarda. Con la reforma será la resolución judicial en que se formalice por escrito la medida de guarda.

2. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

3. La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor; en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.

4. En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos”.

Comentario: en la actual regulación en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil. Con la reforma lógicamente solo es la resolución judicial.

Se modifica el apartado 2 del artículo 174, que quedará redactado en los siguientes términos: “2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones judiciales de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. (...)”.

Comentario: en la actual regulación el artículo 174.4 dispone que, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes. A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información

remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor. Con la reforma al Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal copia de las resoluciones judiciales de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos.

Se modifica el artículo 176 bis, que queda redactado en los siguientes términos: “1. La autoridad judicial competente podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, será la autoridad judicial competente la que establezca la medida provisional de guarda hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Comentario: con la actual regulación es la Entidad Pública la que podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. Con la reforma este cometido corresponde a la autoridad judicial.

2. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4. Tal decisión podrá ser objeto de revisión por parte del juez competente, a instancia del Ministerio Fiscal, o de la familia de origen.

Comentario: en la actual regulación no aparece el párrafo *in fine* de este número 2; es una novedad de la reforma.

3. La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor”,

Se modifica el artículo 222, que queda redactado en los siguientes términos: “La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por decisión judicial a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. En el supuesto del párrafo anterior, previamente a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución, deberá acordarse la

suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. Estarán legitimados para ejercer las acciones de privación de patria potestad, promover la remoción del tutor solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la autoridad judicial competente, o los llamados al ejercicio de la tutela”.

Comentario: en la actual regulación la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. Con la reforma se necesitará autorización judicial.

Asimismo, se modifica la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*: 1. Se suprime el párrafo octavo del primer apartado de la Exposición de Motivos. En concreto, lo que se propone es suprimir lo siguiente: “A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo”.

2. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12, que quedará redactado en los siguientes términos:

“1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por resolución judicial. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

Comentario: en la actual regulación de la LOPJM su artículo 12.1 dispone que: “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”. Con la reforma se propone que la asunción de la tutela sea por resolución judicial.

2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

3. Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación. Procurando la permanencia de los menores en el entorno familiar más beneficioso para su desarrollo y bienestar, atendiendo en todo caso a las resoluciones de la autoridad judicial competente”.

Comentario: la actual referencia a violencia de género, se sustituye en la reforma por violencia doméstica y se añade en la nueva regulación que se propone en último párrafo.

Se modifica el artículo 14 que quedará redactado en los siguientes términos: “Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor y de la autoridad judicial competente o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, previa resolución judicial, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”,

Comentario: en relación con la atención inmediata se dispone en la actual regulación que, las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal. Con la reforma se añade que la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, previa resolución judicial, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Se modifican los apartados 1, 2, 4, 7 y 8 del artículo 17, que quedarán redactados en los siguientes términos: “1. Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada 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 resolución judicial, 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”.

Comentario: de nuevo en lugar de como hace la actual regulación que la asunción de la tutela sea por ministerio de la ley; se establece en la reforma que sea por resolución judicial.

2. Serán considerados como indicadores de riesgo, entre otros: a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos; b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por

parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento; c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente; d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo; e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha; f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular: Las actitudes discriminatorias que por razón de sexo, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que, por razón de sexo, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad; g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado; h) La identificación de las madres como víctimas de trata; i) Los menores de edad víctimas de cualquier tipo de violencia; j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente; k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad; l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica; m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente”.

Comentario: en la actual regulación en la letra f) se refiere a género, en vez de como propone la reforma se utilice la palabra sexo. Así dispone el número 1º que, las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad. Por otro lado, en la letra i) de la actual regulación se hace referencia a “las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”; en la actual reforma se propone sustituir esa letra i) con el siguiente contenido: los menores de edad víctimas de cualquier tipo de violencia. Finalmente, la letra l) actual alude a la exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género. Ahora con la reforma se propone sustituir violencia de género por doméstica.

4. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores

en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años”.

7. Cuando la administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, la administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención”.

8. En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial competente a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Cuando la autoridad judicial competente considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros”.

Comentario: en la actual regulación el número 8 dispone que: “En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros”. En la reforma se propone la sustitución de la Entidad Pública por autoridad judicial.

Se modifican los apartados 1 y 5 del artículo 18, que quedarán redactados en los siguientes términos: “1. Cuando a la Entidad Pública se le comunique que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por resolución judicial, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”.

5. En los supuestos en los que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiese determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual. En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela. Cualquier decisión sobre la guarda o tutela del menor objeto de protección, será adoptada, de conformidad con lo previsto en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, mediante resolución judicial motivada del órgano competente. Los posibles conflictos de competencia que pudieran originarse habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo. La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España”.

Comentario: en la actual regulación del artículo 18.1 de la LOPJM señala que: “cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Se habla de ministerio de la ley y no de resolución judicial como se propone en la reforma. Asimismo, se añade en el apartado 5 un párrafo 4 nuevo con la reforma con el siguiente contenido: “Cualquier decisión sobre la guarda o tutela del menor objeto de protección, será adoptada, de conformidad con lo previsto en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, mediante resolución judicial motivada del órgano competente”.

Se modifica el punto primero del apartado 3 d) del artículo 20, que quedará redactado en los siguientes términos:

“1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública, con la autorización de la autoridad judicial competente, en atención al interés superior del menor”.

Comentario: en la actual regulación del artículo 20 apartado 3 letra d) número 1 con relación al acogimiento familiar “el régimen de visitas, estancia, relación

o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor”. Con la reforma, la modificación no es por la Entidad Pública sino por la autoridad judicial competente.

Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo y la letra h) del apartado 2 del artículo 20 bis, que quedarán redactados en los siguientes términos: “1. Los acogedores familiares tendrán derecho a: b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, sin perjuicio de la correspondiente intervención judicial, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen.

2. Los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes: h) Comunicar a la Entidad Pública y a la autoridad judicial competente cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento”.

Comentario: En la actual regulación los acogedores familiares tendrán derecho a: b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen. Con la actual regulación no son oídos por la Entidad Pública, sino por la autoridad judicial, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen. Asimismo, la actual regulación respecto a los deberes de los acogedores familiares en la letra h) dispone que se ha de comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento. Mientras que con la reforma se comunicará a la Entidad Pública y a la autoridad judicial.

Se modifica la disposición adicional primera, que quedará redactada en los siguientes términos: “Se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 1º Para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; 2º Contra las resoluciones que declaren la idoneidad de los solicitantes de adopción; 3º Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria”.

Comentario: en la actual regulación se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones “Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y la idoneidad de los solicitantes de adopción”. En la reforma, dichas normas de jurisdicción voluntaria se aplicaran contra las resoluciones que declaren la idoneidad de los solicitantes de la adopción.

Y, en fin, como Disposición transitoria única se establece que los expedientes afectados por esta ley que se encontrarán en tramitación al tiempo de su entrada en vigor se tramitarán conforme a la nueva legislación.

Pues bien, con esta reforma se pretende consolidar la intervención judicial *ex ante* tanto para determinar las situaciones de riesgo y desamparo como la tutela

ex lege de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tienen encomendada la protección y atención de menores. También se pretende reforzar en el Código Civil el principio de reintegración en la familia de origen más próxima del menor tutelado, o en su caso de la familia extensa a través de la figura del acogimiento familiar. Ahora bien, conforme a las modificaciones introducidas en esta Proposición de Ley el juez competente deberá tener en cuenta en sus resoluciones judiciales, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor, el principio de prioridad de la familia de origen para el mantenimiento de las relaciones familiares del menor.

La actual regulación del Código Civil y la LOPJM respecto del acogimiento resulta la adecuada con la intervención *ex post* de la autoridad judicial. La declaración de riesgo y desamparo y la tutela por ministerio de la ley de la Entidad Pública tiene lugar por resolución administrativa, como todas las demás medidas que de ello se deriven. No nos parece adecuado judicializar la situación de riesgo y desamparo, máxime cuando algunas medidas son de atención inmediata.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (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.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015”, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre.
- (2016). “Violencia de género y custodia compartida”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-13.
- CALZADILLA MEDINA, M^a. A. (2021). “La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En: M^a A. Calzadilla Medina (dir.), C. Hernández López (coord.), *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- CARDONA GUASCH, O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llana, 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*, Madrid: Dykinson.
- DIEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2024). “El acogimiento transfronterizo como medida de protección del menor en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Derecho Privado*, pp. 1-36.

- GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2018). “Comentario al artículo 14 de la Ley 26/2021”. 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*, Madrid: Dykinson.
- GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “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, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2016.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2024). “Adopción abierta: desarrollo normativo y aplicación práctica en España 10 años después”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 43, julio, pp. 1-25.
- 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 I. Ravellat Ballest (dirs.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo blanch.
- (2017). “La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- GUIRADO, S., y RAMÓN, F. (2020). “Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 12, febrero, pp. 676-697.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. (2022). “La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿un craso error del legislador?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 1, enero-marzo, pp. 103-139.
- 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.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3^a ed., Valencia: tirant lo blanch.
- LOPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, enero.
- LLODRÀ GRIMALT, F. (2018). “Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015”. En: directores 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*, Madrid: Dykinson.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Comentarios a los artículos 92 y 94 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de*

- Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 6ª ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). “La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios”. En: C. Martínez García (coord.), *Infancia, violencia y derechos. El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2016). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. 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.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2018). “Comentario al artículo 19 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*, Madrid: Dykinson.
- MONTERO HERNANZ, T. (2025). “Dudas y certezas sobre el Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias”, *Diario LA LEY*, número 10719, sección Tribuna, de 9 de mayo, pp. 1-8.
- MÚRTULA LAFUENTE V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid: Dykinson.
- (2017). “El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”. 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.
- ORTEGA CALADERÓN J.L. (2021). “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, pp. 1-17.
- PANIZA FULLANA A. (2018). “Comentario al artículo 17 apartado 9 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a.P. Ferrer Vanrell, Juan Antonio 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*, Madrid: Dykinson.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2ª ed., 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.
- PÉREZ VALLEJO A.M^a. (2016). “Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex artículo 92.7 del Código Civil”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, pp. 87-115.
- PEY GONZÁLEZ, J. M^a. (2025). “Extranjería en transformación: claves jurídicas del nuevo Real Decreto 1155/2024”, *Diario LA LEY*, número 10726, sección

- Opinión*, 20 de mayo, pp. 1-7.
- (2025). “Entre retornos y excepciones: el nuevo marco de residencia del Real Decreto 1155/2024 en extranjería”, *Diario LA LEY*, número 10762, sección *Tribunal*, de 11 de julio, pp. 1-3.
 - (2025). “El nuevo sistema europeo común de asilo: análisis técnico de la arquitectura jurídica del pacto de 2024”, *Diario LA LEY*, número 10780, sección *Tribunal*, 5 de septiembre, pp. 1-13.
- SAIN-CANTERO M^a. B. (2014). “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre.
- (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^aJ. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, 2018.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (2021). “La prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 32, pp. 2-32.
- SERRANO GÓMEZ, A. y GARCÍA SAN PEDRO, J. (2025). “Movimientos migratorios y criminalidad: los inmigrantes como víctimas y autores”, *Diario LA LEY*, número 10688, de 20 de marzo, pp. 1-18.
- TARDÓN OLMOS M. (2016). “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-8.
- VERDERA IZQUIERDO B. (2017). “El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STEDH, secc. 5^a, 26 de octubre de 2006 (caso Wallová y Walla c. República Checa).
- STEDH, secc. 3^a, 26 de julio de 2007 (caso Schmidt c. Francia).
- STEDH, secc. 2^a, 21 de octubre de 2008 (caso Clemeno y otro c. Italia).
- STEDH, secc. 5^a, 26 de noviembre de 2009 (caso Vautier c. Francia).
- STEDH, Secc. 3^a, 24 de mayo de 2011 (caso Saleck Bardi c. España).
- STEDH, secc. 3^a, 10 de abril de 2012 (caso K.A.B. c. España).
- STJUE, Gran Sala, 1 de agosto de 2025 (asuntos C-758/24 y C-759/24).
- STJUE, Sala Tercera, 1 de agosto de 2025 (asunto C-97/2024).
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 20 de febrero de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 6 de marzo de 2023.
- STC, Sala Segunda, de 8 de mayo de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 15 de enero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 14 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 27 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 8 de abril de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 3 de junio de 2024.

- STC, Sala Segunda, secc. 2ª, 23 de septiembre de 2024.
- STC, Sala Segunda, de 24 de octubre de 2022.
- STC, Pleno, 12 de febrero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de octubre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de julio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de octubre de 2023.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, 22 de enero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de diciembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de mayo de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 2 de julio de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 23 de julio de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 29 de julio de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sec. 5ª, de 11 de diciembre de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 8 de enero de 2026.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 6 de junio de 2025.
- STSJ Sevilla, Sala Contencioso-administrativo, secc. 3ª, 23 de octubre de 2014.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 4 de mayo de 2015.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 8 de junio de 2015.
- STSJ Sevilla, Sala Contencioso-administrativo, secc. 3ª, 17 de junio de 2015.
- STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 29 de julio de 2016.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 26 de septiembre de 2016.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, sec. 10ª, 4 de noviembre de 2016.
- STSJ Granada, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 21 de diciembre de 2016.
- STSJ Santa Cruz de Tenerife, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 10 de marzo de 2017.

- STSJ Granada, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 2 de junio de 2017.
- STSJ Oviedo, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 14 de junio de 2017.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 27 de diciembre de 2018.
- STSJ Oviedo, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 28 de diciembre de 2018.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 28 de junio de 2019.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 6ª, 19 de diciembre de 2019.
- STSJ Málaga, Sala Contencioso-administrativo, secc. 6ª, 23 de abril de 2020.
- STSJ Valladolid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 15 de julio de 2021.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 30 de junio de 2022.
- STSJ Andalucía (Sevilla), Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 13 de septiembre de 2022.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 14 de octubre de 2022.
- STSJ Valladolid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 18 de julio de 2023.
- STSJ A Coruña, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 29 de noviembre de 2023.
- STSJ Sevilla, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 11 de diciembre de 2023.
- STSJ Granada, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 24 de enero de 2024.
- STSJ Castilla-La Mancha, Sala Contencioso-administrativo, secc. 2ª, 22 de mayo de 2024.
- STSJ A Coruña, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 20 de septiembre de 2024.
- SAP Cantabria secc. 2ª, 7 de enero de 2019.
- SAP Burgos, secc. 2ª, 28 de mayo de 2019
- SAP León, secc. 2ª, 27 de junio de 2019.
- SAP Granada, secc. 5ª, 4 de octubre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 15 de enero de 2020.
- SAP A Coruña, secc. 3ª, 3 de marzo de 2020.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 16 de marzo de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 23 de abril de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 18 de mayo de 2020.
- AAP Barcelona, secc. 18ª, 10 de junio de 2020.
- SAP Castellón, secc. 2ª, 26 de junio de 2020.
- AAP La Rioja, secc. 1ª, 8 de julio de 2020.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 18 de mayo de 2020.

- AAP Toledo, secc. 1ª, 16 de septiembre de 2020.
- SAP Teruel, secc. 1ª, 22 de octubre de 2020.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 10 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 2ª, 16 de noviembre de 2020.
- SAP Zamora, secc. 1ª, 20 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 1ª, 22 de enero de 2021.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 3 de abril de 2021.
- SAP Zaragoza, secc. 2ª, 24 de septiembre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 1 de octubre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 22 de octubre de 2021.
- SAP Granada, secc. 5ª, 16 de noviembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 23 de diciembre de 2021.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 17 de febrero de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 16 de marzo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 20 de abril de 2022.
- SAP León, secc. 1ª, 5 de mayo de 2022.
- SAP Álava, secc. 1ª, 11 de mayo de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 17 de mayo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 12 de julio de 2022.
- AAP La Rioja, 10 de octubre 2022.
- SAP A Coruña, secc. 6ª, 1 de septiembre de 2022.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 30 de noviembre de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 2 de marzo de 2023.
- SAP Córdoba, secc. 1ª, 10 de marzo de 2023.
- SAP Huelva, secc. 2ª, 23 de marzo de 2023.
- AAP Málaga, secc. 6ª, 29 de marzo de 2023.
- SAP Asturias, secc. 1ª, 11 de abril de 2023.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 11 de mayo de 2023.
- SAP Castellón, 18 de abril de 2023.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 28 de julio de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 4 de octubre de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 13 de diciembre de 2023.
- SAP León, secc. 2ª, 9 de enero de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 9 de enero de 2024.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 16 de enero de 2024.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 24 de enero de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 14 de febrero de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 22 de mayo de 2024.
- SAP Burgos, secc. 2ª, 24 de mayo de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 5 de junio de 2024.
- SAP Alicante, secc. 9ª, 12 de septiembre de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 2 de octubre de 2024.
- SAP Huelva, secc. 2ª, 6 de noviembre de 2024.
- SAP Tarragona, secc. 1ª, 11 de diciembre de 2024.
- SAP Sevilla, secc. 2ª, 25 de febrero de 2025.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, 17 de marzo de 2025.
- AAP Barcelona, secc. 18ª, 21 de marzo de 2025.

- SAP Jaén, secc. 1ª, 31 de marzo de 2025.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 2 de abril de 2025.
- SAP Valencia, secc. 10º, 9 de abril de 2025.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 9 de abril de 2025.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 9 de abril de 2025.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 22 abril de 2025.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 24 de abril de 2025.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, 6 de mayo de 2025.
- SAP Soria, 13 de mayo de 2025.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 14 de mayo de 2025.
- SAP Sevilla, secc. 2ª, 19 de mayo de 2025.
- SAO Madrid, secc. 31ª, 26 de mayo de 2025.
- SAP Granada, secc. 4ª, 30 de mayo de 2025.
- SAP Madrid, secc. 31ª, de 30 de mayo de 2025.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 16 de junio de 2025.

NOTAS

¹ Roj. STS 114/2024; ECLI:ES:TS:2024:114.

² En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, de 13 de septiembre de 2022 (Roj. STSJ AND 12224/2022; ECLI:ES:TSJAND: 2022:12224) señala al respecto que, el Acuerdo de Cooperación hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 no desplazaba, excepcionaba ni sustituía a la legislación interna e internacional sobre MENAS, sino que venía a complementarla o implementarla, siendo buena prueba de ello la alusión expresa que efectúa el artículo 5.1 de dicho Acuerdo a la “observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

³ Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 43/2025, de 12 de febrero (BOE, número 69; 21 de marzo de 2025, pp. 38574 a 38591).

⁴ BOE, número 67, de 19 de marzo de 2025, pp. 36441 a 36455.

⁵ Roj. STS 2751/2025; ECLI:ES:TS:2025:2751. Asimismo, vid., los autos del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, de 25 de marzo de 2025 (Roj. ATS 3180/2025; ECLI:ES:TS:2025:3180A); de 4 de junio de 2025 (Roj. ATS 5274/2025; ECLI:ES:TS:2025:5274ª); de 23 de julio de 2025 (Roj. ATS 7270/2025; ECLI:ES:TS:2025:7270A); y, de 29 de julio de 2025 (Roj. ATS 7806/2025; ECLI:ES:2025:7806A).

⁶ BOE, número 176, de 23 de julio de 2025, pp. 98087 a 98095.

⁷ BOE, número 206, de 27 de agosto de 2025, pp. 114844 a 114846.

⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005,87452).

⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de diciembre de 2023 (JUR 2024,35362); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 7 de diciembre de 2023 (JUR 2024,68936); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 16 de junio de 2025 (Roj. SAP NA 1147/2025; ECLI:ES:APNA:2025:1147). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 16 de enero de 2024 (JUR 2024,119172) la situación de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales; de tal manera que, solo se estima la existencia de desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, es primordial y preferente el interés del menor.

¹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 16 de enero de 2024 (JUR 2024,119172) dispone, al respecto que, en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un desequilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno filiales; de tal manera que, solo se estima la existencia de desamparo cuando se acredita efectivamente el incumplimiento de uno mínimos de atención al menor exigibles por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, no se ha acreditado por medio alguna la mejora de las circunstancias personales, que permitan hacer pensar que la situación ha variado. No se han dado elementos que permitan pensar con la suficiente y necesaria seguridad que, han cesado los elementos de incidencia perjudicial sobre los menores que comportan su situación de desamparo.

¹¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,139543) existe desprotección graves con desamparo cuando el menor esté sufriendo un dolo significativo efectivo, que compromete su desarrollo y la familia no quiere o no dispone de los recursos personales y sociales para hacer frente a esta situación. Esta situación da lugar a un acogimiento familiar de urgencia; y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4ª, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,130356) la situación de desamparo se produce por la privación de la necesaria asistencia moral o material pro incumplimiento de los deberes de proyección, pero también cuando deriva del inadecuado o imposible ejercicio de esos deber. La madre sufre una discapacidad y viene siendo asistida por los servicios

sociales, constatándose la necesidad de apoyo en todas las áreas de la vida diaria, comprometiéndose sus habilidades parentales con el riesgo para los hijos ante la desorganización, problemas de higiene y alimentación. El interés de los menores pasa por mantener su ingreso en el centro de protección adecuado para sus necesidades, manteniéndose su relación con sus padres mediante un régimen de vistas con los apoyos necesarios de los profesionales del centro.

¹² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2023 (JUR 2024,29450) menor que lleva prácticamente desde que nació en una situación de desatención material y moral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 28 de noviembre de 2023 (JUR 2024,68704) situación de riesgo debido a la falta de colaboración de los progenitores. Se está exponiendo a los menores a un riesgo mayor por haber utilizado éstos el ocultismo ante la problemática que manifestaron las niñas estar viviendo, por lo que el hogar familiar no es seguro para las menores, dado que las figuras de referencia no les ofrecen la protección necesaria.

¹³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 10 de junio de 2021 (JUR 2021,33410); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 24 de noviembre de 2021 (JUR 2022,60883); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 21 de enero de 2022 (JUR 2022,126133) malos tratos por parte de la pareja de la madre; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 15 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53361); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 22 de noviembre de 2023 (JUR 2024,51634).

¹⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2021,104965) maltrato prenatal por consumo de drogas durante el embarazo y antecedentes de intervención sobre hijos anteriores de los dos progenitores; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 12 de enero de 2022 (JUR 2022,138689).

¹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 26 de julio de 2023 (JUR 2023,352159) falta de higiene de los menores en la vivienda, absentismo escolar, falta de colaboración de los padres y conflictos entre ellos; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 4 de octubre de 2023 (JUR 2023,409000) desamparo que se considere que existió en el momento de nacimiento de la menor por la situación de consumo abusivo de alcohol por parte de la madre.

El artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por instrumento de 18 de marzo de 2014 reconoce que los niños pueden ser víctimas de violencia como testigos directos y se prevé la importancia de la creación de un servicio de protección y apoyo a los mismos y consejo psicosocial.

¹⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 14 de junio de 2021 (JUR 2021,369784); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,281469); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de abril de 2023 (JUR 2023,310143); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024,116746).

¹⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 16 de febrero de 2018 (AC 2018,594) persistencia de la situación de desatención y falta de los mínimos deberes y cuidados. Inexistencia de evolución positiva de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 15 de febrero de 2019 (JUR 2019,167063) los menores se encontraban en una situación de desprotección y sus padres, a pesar de haberse desarrollado una intervención prolongada, no respondieron a ella, no estando motivados para el cambio con el riesgo de una prolongación de la situación que agravase la posición de los menores. Asimismo, se acredita por los informes elaborados después de la declaración de desamparo, una evolución favorable, por lo que se encuentra justificada la separación de los menores de su familia. Además, el hecho que el demandante haya sido absuelto de un delito de violencia de género no desmiente la conflictiva relación entre los progenitores que, redundan en perjuicio de sus hijos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 15 de enero de 2020 (JUR 2020,45465) madre que se encuentra en España desde hace ocho años, sin los co-

nocimientos mínimos del idioma para poder desenvolverse con cierta normalidad, sin acudir al centro médico durante el embarazo para hacer un mínimo seguimiento, que vive en un lugar que no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad, faltando los servicios mínimos indispensables para acoger a un bebé, sin trabajo, sin soporte del padre de la niña que la dejó y sin conciencia que dicha situación no es favorable, ni adecuada para tener a un bebé; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 15 de febrero de 2023 (JUR 2023,167152) padre con actitud totalmente pasiva ante la situación de negligencia y maltrato emocional de la progenitora custodia; lo que evidencia carencia de habilidades parentales; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53233) constatación por la Guardia Civil que los menores se encontraban solos en el domicilio familiar, desnudos y acostados en una cama tapados exclusivamente con varias mantas, sin saber dónde se encontraba su madre y la vivienda estaba sucia, con utensilio y enseres tirados por el suelo, platos con comida en mal estado y muchas colillas tiradas también por el suelo que estaba sucio; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 16 de julio de 2025 (Roj. SAP NA 1147/2025; ECLI:ES:APNA:2025:1147) desamparo por incumplimiento e indebido ejercicio de la patria potestad.

¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Soria, de 13 de mayo de 2025 (JUR 2025,109382).

¹⁹ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 20 de mayo de 2022 (JUR 2023,279980); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 27 de enero de 2020 (JUR 2020,174322); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 28 de diciembre de 2022 (JUR 2023,405880) absentismo escolar que no se remedia con una posible cobertura en el mismo domicilio familiar.

²⁰ Para CARDONA GUASCH, O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, los criterios de desamparo “no tienen carácter acumulativo; las circunstancias concernientes han de revertir la suficiente gravedad para que proceda la actuación de la Administración”; y añade “en cuanto al principio de necesidad está directamente vinculado con el de proporcionalidad y ha de emplearse para enjuiciar la circunstancia concreta que afecte al menor; de manera que exista la mayor certeza posible que, la medida que se va a adoptar redunde en beneficio del niño o adolescente”; y respecto al principio de proporcionalidad señala que “ha de ser proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)”.

En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 18 de septiembre de 2020 (JUR 2021,98126) falta de habilidades parentales del progenitor. Falta de vínculo afectivo con la menor; de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1ª, de 12 de enero de 2021 (JUR 2021,105259) padre en prisión; alta vulnerabilidad de la menor por ser un recién nacido; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 12 de diciembre de 2022 (JUR 2023,64350) negligencia en su cuidado, conflictividad familiar; tutela por la Administración de los otros cinco hermanos y características psicológicas limitante para el ejercicio parental; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 2 de febrero de 2023 (JUR 2023,166473) notable falta de capacidad parental para ejercer adecuadamente las funciones de cuidado, ausencia de una red familiar y social; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023,2127567) existencia de graves factores de riesgo para la evolución y desarrollo de la menor que, no posibilitan un adecuado ejercicio de los deberes de guarda por parte de la madre; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,166798) madre que se traslada a otra localidad dejando al menor en compañía de los abuelos y rompiendo relación con ellos. Imposibilidad material de la madre de atender adecuadamente las necesidades básicas del menor. Personalidad inestable y trastornos psicológicos derivados de sus traumáticas circunstancias vitales con un patrón de cambio frecuente de pareja en contexto de padecimiento de malos tratos presenciados

por el menor; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 2 de enero de 2024 (JUR 2024,117955) situación de desamparo coetáneo con el nacimiento de la menor. La actuación de la Junta fue imprescindible para asegurar la protección del menor que nace con un positivo en cannabis, porque su madre es consumidora de drogas, está en tratamiento de salud mental con una hermana y en desprotección y una forma de vida desorganizada y la existencia de unos indicadores de riesgos familiares muy elevados.

²¹ Vid., los autos de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, de 9 de febrero de 2000 (AC 2000,512); y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4ª, de 5 de abril de 2001 (JUR 2001,180060).

²² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). “El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz, *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 7ª ed., Madrid: Edisofer, p. 466. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2002,3100); y, de 31 de julio de 2009 (Roj. STS 5817/2009; ECLI:ES:TS:2009:5817);

²³ Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2011 (Roj. STS 605/2011; ECLI:ES:TS:2011:605) que “la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintegre en la familia, cuando no sea contrario a su interés (artículo 172.4 del Código Civil), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales. De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009); y, c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés”.

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”, *op. cit.*, p. 105.

²⁵ Para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovit Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch, p. 510 con esta definición de la situación de riesgo se introduce un desamparo de menor intensidad o de un desamparo atenuado. Y añade que, con las actuaciones en caso de riesgo no existe desatención del menor, pero si un peligro cierto que puede llegar a producirse.

²⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, enero, p. 14; MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2017). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. En: Mª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 221-222; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015”, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre, p. 4; MÚRTULA LA FUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”. En: Mª V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 15.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021,19898) los progenitores habían sido objeto de seguimiento por los Servicios Sociales y a los pocos días de nacer fue declarado el menor recién nacido en situación de desamparo; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,406008) grave peligro prenatal debido al estado de salud mental de la madre, el rechazo y nula adherencia al tratamiento farmacológico prescrito, la desatención de los cuidados prenatales, el consumo de sustancia tóxicas y el ejercicio de la prostitución y comportamientos agresivos de la madre.

²⁷ En esta línea, SAINZ CANTERO, Mª.B., (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 592 precisa que el logro de una futura reinserción en la familia de origen representa un deber especial y exigible a la Entidad Pública que asume la tutela. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2023 (RJ 2023,17171) el retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado. Se han de ponderar las circunstancias concurrentes en la apreciación del interés superior del menor; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 4 de diciembre de 1991 (JUR 1991,5050).

²⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 14 de octubre de 2021 (JUR 2022,51468).

²⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009 (Roj. STS 5817/2009; ECLI:ES:TS:2009:5817); de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018,452); y, de 20 de septiembre de 2023 (Roj. STS 3827/2023; ECLI:ES:TS:2023:3827); y, la sentencia de Islas Baleares, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2024 (JUR 2024,150782).

³⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 (Roj. STS 4243/2014; ECLI:ES:TS:2014:4243); y, de 2 de diciembre de 2015 (Roj. STS 5220/2015; ECLI:ES:TS:2015:5220); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 23 de marzo de 2023 (JUR 2023/258944) desaparecido el factor de riesgo esencial que suponía al relación entre el recurrente y el padre de las tres hijas pequeñas. Si bien, la escasa capacidad económica de la recurrente no puede constituir un obstáculo al efecto conforme a lo legalmente establecido de procurar el retorno a la familia de origen; y, el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 26 de abril de 2023 (JUR 2023,366877).

³¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2023 (Roj. STS 3466/2023; ECLI:ES:TS:2023:3466; RJ 2023,5040).

³² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 6 de octubre de 2023 (JUR 2023,406448) visitas con una frecuencia quincenal,

³³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 13 de diciembre de 2024 (Roj. STS 6310/2024; ECLI:ES:TS:2024:6310); y, de 12 de febrero de 2025 (Roj. STS 498/2025; ECLI:ES:TS:2025:498).

³⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 7 de julio de 2016 (JUR 2016,202201) asunción de la tutela de 4 hermanos por la Administración y suspensión de la patria potestad de los padres. Prolongada y grave situación de desamparo con claros indicios de maltrato físico y afectivo, imposibilidad de retorno familiar.

³⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,40724) privación al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni nunca se ha preocupado de su manutención o bienestar.

³⁶ Comunidades autónomas como Canarias y Madrid tienden a depender más del acogimiento residencial; sin embargo, Aragón y Navarra desarrollan más modelos familiares y personalizados; y Cataluña colabora con el tercer sector (ONGs), reforzando con ello el sistema.

³⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014,5183) indica que “cuando un guardador de hecho presta a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección

establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor; las determinantes a la hora de declarar la situación jurídica respecto de su eficaz protección; y, el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023,446699) guarda de hecho de la menor por la abuela materna. Medida cautelar más adecuada a la situación de riesgo que presentaba la menor cuando convivía con su madre.

³⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022,234965) falta de idoneidad de la abuela para cuidar de su nieta por inestabilidad domiciliaria y laboral.

³⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 19 de julio de 2018 (JUR 2018,265038) no procede revocar la declaración de desamparo que ya fue objeto de un procedimiento anterior en que se dictó sentencia desestimando la impugnación formulada por los padres biológicos contra aquella resolución administrativa, por ser firme dicha sentencia. No se estima conveniente el cambio solicitado, ni siquiera mediante el previo proceso de acercamiento progresivo.

⁴⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria, de 6 de mayo de 2014 (Roj. SAP SO 78/2014; ECLI:ES:APSO:2014:78); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018,142193); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3ª, de 30 de diciembre de 2020 (JUR 2021,164831) falta de legitimación activa para oponerse a la resolución administrativa. El demandante ha perdido su legitimación para impugnar cualquier resolución relativa a la protección de su hijo, por trascurso de más de dos años desde la declaración de desamparo provisional, Caducidad de la acción. Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 31 de enero de 2002 (JUR 2002,111920) están legitimados para oponerse al desamparo: los progenitores biológicos, el tutor ordinario, el que haya sido guardador de hecho y los familiares que hayan convivido con el menor con inmediatez y anterioridad al desamparo.

⁴¹ JUR 2024,206238.

⁴² JUR 2025,151147. Se formula VOTO PARTICULAR por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio García Martínez a la sentencia dictada en el recurso de casación 5382/2024. El voto mayoritario rechaza los óbices de inadmisión invocados y, tras considerar que no concurre caducidad, estima el recurso de casación. En consecuencia, acuerda devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con libertad de criterio y sin que pueda apreciar la caducidad, resuelva con carácter preferente el recurso de apelación interpuesto. Para la mayoría, cuya interpretación de la sentencia 879/2024, de 20 de junio, no comparte el citado Magistrado, el plazo de dos años previsto en el artículo 172.2 del CC solo resulta aplicable a las solicitudes dirigidas a la entidad pública para que revoque la declaración de desamparo. En consecuencia, el presente caso no estaría afectado por dicho límite temporal, ya que la petición formulada por la recurrente —rechazada mediante la resolución administrativa objeto de oposición—, aunque se presentó una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, se limita a interesar el restablecimiento del régimen de visitas con sus hijas, esto es, la revocación de la medida que lo suspendió. A su juicio, esta interpretación restringe en exceso el alcance del plazo de caducidad previsto en el artículo 172.2, párrafo tercero, del CC, que establece que, transcurridos dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, decae el derecho de los progenitores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. Lo más conforme con la norma —y más respetuoso con su finalidad y con el derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de control de la actuación administrativa e interés superior del menor— es entender que, una vez transcurrido dicho plazo, el progenitor carece del derecho a solicitar la revocación, total o parcial, por cambio de las circunstancias que la motivaron, de una medida previamente acordada —como en este caso, la suspensión de visitas en interés de las hijas de la recurrente—, y, por tanto, también del derecho a oponerse a la resolución que la deniega. Nada impide, no obstante, que pueda poner

en conocimiento de la entidad pública o del fiscal —facilitar información en los términos del artículo 172.2 del CC— la existencia de un eventual cambio de las circunstancias, para que estos valoren la procedencia de adoptar y promover, respectivamente, las medidas que estimen necesarias. De este modo, entiende el mencionado Magistrado el sistema preserva la posibilidad de revisión de las medidas de protección sin comprometer la estabilidad jurídica del menor. No obsta a lo anterior que, en el presente caso, la resolución administrativa indicara que contra la misma cabía formular oposición conforme a lo dispuesto en el artículo 780.1 de la LEC. Además, la interpretación que mantiene —que evita restringir en exceso el alcance del plazo de caducidad previsto en el artículo 172.2, párrafo tercero, del CC— resulta más respetuosa que la sostenida por la mayoría con el modelo normativo diseñado por el legislador, no contradice lo dispuesto en los artículos 161 del CC y 780.1 de la LEC, y no se opone tampoco a los principios de tutela judicial efectiva, control de la actuación administrativa e interés superior del menor. (...) Además, la eventual pasividad o falta de revisión por parte de la Administración no deja al menor desprotegido: el fiscal conserva su legitimación para intervenir —art. 172.2, párrafo cuarto, del CC— y está obligado a velar por la adecuación de las medidas de protección al interés del menor. El artículo 174 del mismo cuerpo legal establece que incumbe al fiscal la superior vigilancia de la situación del menor, la cual debe comprobarse semestralmente, promoviendo ante la entidad pública o ante el juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias. En consecuencia, el sistema ya garantiza un control judicial efectivo a través de la actuación del fiscal, sin que resulte necesario reconocer una legitimación indefinida a los progenitores, lo que sí comprometería el equilibrio entre la tutela judicial efectiva y la estabilidad del menor.

⁴³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014,4689); de 16 de enero de 2015 (RJ 2015,122); de 23 de mayo de 2015 (RJ 2015,2040); y, de 27 de abril de 2022 (RJ 2022,2371).

⁴⁴ JUR 2002,90046.

⁴⁵ TEDH 2003,24. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 5ª, de 26 de octubre de 2006 Caso Wallová et Walla c. República Checa (JUR 20007,252587) separación de cinco hijos de sus padres por carencias económicas, como el carácter inadecuado de su vivienda. El hecho que n hijo pueda ser acogido en un marco más propicio a su educación no puede en sí justificar que se le sustraiga forzosamente del cuidado de sus padres biológicos. Existen razones pertinentes pero no suficientes para justificar el internamiento de los hijos en establecimientos públicos. El TEDH constata que los menores no han sufrido situaciones de violencia. Maltrato o abusos sexuales y que no existen déficits afectivos, un estado de salud inquietante o un desequilibrio psíquico de los progenitores. Las autoridades conocían el problema de los padres, pero se han limitado a observar los esfuerzos y ordenar el acogimiento de los hijos, sin proporcionarles un alojamiento social. Tampoco han desplegado esfuerzos serios para ayudarles a solucionar sus dificultades y recuperar a sus hijos lo antes posible; la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 24 de mayo de 2011 Caso Saleck Bardi c. Espagne (TEDH 2011,50) si bien, las autoridades nacionales deben tomar las medidas necesarias para reunir a un padre con su hijo, considerándose fundamental la rapidez en su ejecución, para evitar consecuencias irremediables entre l niño y el progenitor que no vive con él. El menor ante una situación de desamparo, se concedió de la guarda y custodia a la familia de acogida. El lapso de tiempo de tres años en situación de desamparo a los que se suman otros cinco en un vacío jurídico. Esta lentitud e inercia de las autoridades y fallos de la Administración favorecieron la integración de la menor en la familia de acogida y el alejamiento de su madre bilógica. Se constante una ausencia de diligencia de los tribunales y una violación del artículo 8 del Convenio; la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 10 de abril de 2012 caso K.A.B. c. Espagne (TEDH 2012,34) se trata de un ciudadano nigeriano que trabajaba en Cataluña y su compañera que vivía en Murcia y fue expulsada del país, se privó del contacto con su hijo, quien tras la expulsión de la madre fue llevado a un centro asistencia y posteriormente asignado a una familia de acogida hasta su adopción. Se observa una pasividad de la Administra-

ción frente a la expulsión de la madre y la situación de desamparo en que quedaba el menor de trece meses. Ausencia de celeridad exigible en estos asuntos y de las medidas adecuadas y suficientes para la reagrupación familiar del padre con su hijo. Se entiende que ha tenido lugar una violación del artículo 8 del Convenio; y, la sentencia del citado Tribunal, secc. 2ª, de 21 de octubre de 2008 caso Clemeno y otros c. Italia (JUR 2008,326637) acogimiento forzoso de una menor por la Administración. Habilitación para su adopción y ruptura total de relaciones con su familia natural. Proporcionalidad y necesidad de la medida de acogimiento y la separación de la menor de sus padres motivadas por los abusos sexuales por parte del padre y orientadas a la protección de la salud y los derechos del niño.

Sin embargo, se entiende que no existe vulneración del citado artículo 8 del Convenio en la sentencia dl Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 26 de julio de 2007 caso Schmidt c. France (JUR 2007,225983) tiene lugar la privación de la custodia de la hija sin que ello constituya una injerencia en su vida familiar. Existe justificación de la adopción de medidas de protección de la menor ante la existencia de circunstancias familiares que pudieran comprometer gravemente el equilibrio psicológico y el desarrollo de la niña. Prevalencia del interés de la menor sobre el de los padres a la reunificación familia. Falta de cuidados y de educación de la niña, siendo sometida a malos tratos y padecimiento de una enfermedad mental por el padre; y, asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal, secc. 5ª, de 26 de noviembre de 2009 caso Vautier c. France (JUR 2009,50788) medidas de acogimiento o toma a cargo de los hijos por las autoridades. Carácter proporcionado de las medidas de internamiento de las hijas de la recurrente en un centro de acogida, que perseguía la finalidad legítima de la protección de los derechos y libertades de los menores. Graves perturbaciones de a madre que comprometían gravemente las condiciones de educación de sus hijos y ponía seriamente en peligro su desarrollo psicoafectivo. Mantenimiento del vínculo paterno-filial durante el internamiento a través del derecho de visitas y de los contactos con ellas por medio del correo, del teléfono y del envío de paquetes. Regreso de las niñas con su madre ordenando por las autoridades desde que se detecta que éstas sufren gravemente la consecuencia de la separación.

⁴⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,13026) se desestima la oposición de la acogedora a la resolución que acuerda el acogimiento familiar y la constitución de acogimiento residencial. La acogedora no ha sabido preservar ni garantizar su seguridad, ni ha reaccionado de manera adecuado ante s hechos que la menor ha sido víctima de abusos sexuales por parte del cuñado de la acogedora. Ha intentado silenciar a la menor, evidenciando una falta de conciencia sobre la situación que atraviesa el menor y el daño causado. Además su modelo educativo basado en el castigo y dependencia emocional, agravan esta situación. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 24 de mayo de 2024 (JUR 2024,288792) acogimiento familiar simple; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 11 de febrero de 2025 (JUR 2025,113260) acogimiento familiar permanente; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 26 de febrero de 2025 (JUR 2025,113715) acogimiento familiar simple; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 24 de marzo de 2025 (Roj. SAP GR 529/2025; ECLI:ES:APGR:2025:529); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 9 de abril de 2025 (Roj. SAP V 486/2025; ECLI:ES:APV:2025:486); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 30 de mayo de 2025 (Roj. SAP M 7226/2025; ECLI:ES:APM:2025:7226) resultaría más beneficioso pasar a residir con una familia solicitada al efecto.

⁴⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 6ª, de 19 de diciembre de 2019 (Roj. STJ M 13512/2019; ECLI:ES:TJM:2019:13512).

La doctrina del Tribunal Constitucional señala, asimismo, la necesidad que en los procedimientos en los que está en juego el interés superior de los menores y, especialmente, en los procedimientos sobre medidas de protección adoptadas por la Administración, debe optarse por soluciones hermenéuticas que favorezcan que pueda entrarse en el fondo del asunto y que puedan realizarse con flexibilidad alegaciones y aportarse medios de prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre; 77/2018, de 5 de julio; 178/2020,

de 14 de diciembre; 65/2016, de 11 de abril; SSTS 371/2018, de 19 de junio; 525/2017, de 27 de septiembre; 304/2012, de 21 de mayo; 308/2022, de 19 de abril y 705/2021, de 19 de octubre; 178/2020, de 14 de diciembre).

El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, justificaba las reformas que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Civil con apoyo en el objetivo de dotar de efectividad a las novedades sustantivas que se introducían, así como en la obtención de los Tribunales de la tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores. Con alcance general, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio), sienta como principio: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

⁴⁸ JUR 1995,8454.

⁴⁹ JUR 2014,168400.

⁵⁰ MAYOR DEL HOYO M^a.V. (2016). “Comentario al artículo 173 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 889-890; de la misma autora (2017). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. 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, Navarra, p. 220. Por su parte, ABAD ARENAS E. (2016). “El acogimiento familiar y residencial”. En: V. Cabedo Mallol e I. Ravellat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, p. 280 define el acogimiento familiar como “una forma de protección del menor, inspirada su regulación en el principio superior del interés del menor; se prevé para aquellos supuestos en los que el menor se encuentra privado de un ambiente familiar idóneo, teniendo presente la temporalidad de éste hasta que se produzca la reinserción del menor en su familia biológica —cuando cesen las causas que originaron esta situación—, o se constituya su tutela o sea posible su adopción y destaca por tratarse de una medida de carácter temporal y revocable”. En esta línea, el artículo 68.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia lo conceptúa como “el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad residencial”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, de 29 de abril de 2011 (JUR 2011/240182) lo define en su *Fundamento de Derecho segundo* como “aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados, aunque sea circunstancialmente de una adecuada atención familiar y consistente en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarles sustento, habitación, vestido y especialmente una vida familiar conforme a los usos sociales”.

⁵¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9^a, de 12 de septiembre de 2024 (Roj. SAP A 1905/2024; ECLI:ES:APA:2024:1905); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, de 9 de abril de 2025 (Roj. SAP V 486/2025; ECLI:ES:APV:2025:486) acogimiento residencial de los menores en el hogar provincial hasta disponibilidad de familia acogedora.

⁵² Para MAYOR DEL HOYO M^a.V. (2015). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 222 se trata de una declaración de buenas intenciones porque la misma norma establece dos salvedades a la prohibición: “una, que la medida no convenga al interés del menor, hasta aquí ninguna objeción; la otra excepción es que resulte

imposible porque el ingreso en el centro sea la única medida disponible, cosa que desgraciadamente sucederá con frecuencia”.

⁵³ DIEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitiz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 575 dispone al respecto, que una interpretación conjunta de estas previsiones legislativas permite afirmar que, el acogimiento residencial ha de ser considerado, además de instrumento de protección subsidiario, como una medida temporal no permanente.

⁵⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2024 (JUR 2024, 149627) delegación por la entidad pública de la guarda con fines de adopción; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de marzo de 2025 (JUR 2025, 43041) acogimiento preadoptivo. No reporta beneficio para la menor introducir algún régimen de contacto con la madre.

⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (2017) “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: Mª.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 338.

⁵⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: R. Bercovitiz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch, p. 668.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 10 de marzo de 2023 (JUR 2023, 261681); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023, 209248).

⁵⁸ Para MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Navarra, p. 929 atendiendo al interés del menor; el artículo 176 bis legitima para delegar la guarda tanto antes de la presentación, como que se haga al presentarla o incluso después.

⁵⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1ª, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 128210) acogimiento simple de sus abuelos paternos; de la Audiencia provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 266266) acogimiento permanente de la hija de la demandante; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 13 de febrero de 2018 (JUR 2018, 81776) acogimiento permanente a favor de la familia colaboradora con quien la menor se ha vinculado, dada la imposibilidad constatada de retorno de la menor con su familia, madre o hermanos; de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1ª, de 23 de abril de 2019 (JUR 2020, 51552) acogimiento familiar temporal con régimen de visitas para la madre y el padre por separado, con supervisión. Progenitora con falta de recursos económicos y de habilidades de auto cuidado y para el cuidado de la menor y de una red social y familiar de apoyo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 15 de mayo de 2019 (PROV 2019, 59453) acogimiento permanente de la hija de los actos por sus tíos paternos; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 9 de octubre de 2019 (JUR 2019, 313352) acogimiento simple en familia extensa; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 19 de octubre de 2020 (PROV 2020, 366285) extinción del acogimiento familiar permanente del menor por sus tíos maternos y constitución del acogimiento temporal en familia ajena; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, de 30 de diciembre de 2020 (JUR 2020, 108523) cese del acogimiento familiar temporal y constitución de un acogimiento permanente del hijo del demandante. Asimismo, no procede la revocación del acogimiento permanente porque los tíos del menor constituyen su principal referente y le proporcionan todos los cuidados necesarios; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de mayo de 2021 (JUR 2021, 268652) no procede la oposición al acogimiento familiar permanente del menor; pues, es exigible que se constate no sólo una evolución positiva de la madre biológica, el propósito o deseo de desempeñar el rol materno adecuadamente, sino que es necesario también que esta evolución sea suficiente para restablecer una unidad familiar en

condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor, cuyo interés es el de prioritaria tutela. Aunque de los informes de seguimiento del acogimiento familiar que, incluyen el seguimiento de las visitas del menor con su madre, se infiere una evolución positiva de la madre al mostrarse más afectuosa y cercana al menor; no obstante, no cabe inferir que esa evolución positiva sea de tal entidad como para garantizar que desempeñará el rol materno y su responsabilidad parental de forma adecuada y responsable; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de julio de 2021 (JUR 2021,388393) entrega de la menor a su tío materno, estableciéndose un acogimiento familiar permanente de su sobrina; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 11 de mayo de 2023 (JUR 2023,293358) acogimiento temporal de los abuelos; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 2 de octubre de 2024 (Roj. SAP V 2231/2024; ECLI:ES:APV:2024:2231) acogimiento familiar de los menores en la familia seleccionada por la entidad pública; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 10 de octubre de 2024 (JUR 2024,4896) acogimiento familiar de menores por tíos paternos; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 19 de marzo de 2025 (JUR 2025,190483) acogimiento familiar permanente; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 26 de marzo de 2025 (Roj. SAP GR 374/2025; ECLI:ES:APNA:2025:374) acogimiento por la abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 31 de marzo de 2025 (Roj. SAP J 210/2025; ECLI:ES:APJ:2025:210) acogimiento familiar permanente de menores; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 4 de abril de 2025 (Roj. SAP NA 530/2025; ECLI:ES:APNA:2025:530) el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 9 de abril de 2025 (JUR 2025, 133755) acogimiento familiar simple; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 15 de abril de 2025 (JUR 2025,193122) acogimiento familiar preadoptivo; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 19 de mayo de 2025 (Roj. SAP MA 810/2025; ECLI:ES:APMA:2025:810); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 30 de mayo de 2025 (Roj. SAP M 7226/2025). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria, de 10 de octubre de 2016 (JUR 2016,251903) entiende que no procede el acogimiento por la abuela paterna, al carecer de las condiciones oportunas para atender sus necesidades. Es conocedora del maltrato causado por su hijo a su pareja, teniendo asumido un estilo educativo que justifica la violencia machista, culpabilizando a la mujer; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 24 de septiembre de 2018 (JUR 2019,90048) declaración de los abuelos como personas no adecuadas para el acogimiento familia de su nieta declarada en desamparo; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,122276) denegación del acogimiento familiar por los abuelos. La situación familiar conflictiva a la que se expondría a la menor le afectaría negativamente. Ciertamente, la conflictiva relación mantenida entre la madre y los abuelos maternos podría perjudicar la estabilidad emocional de la menor, creándose situaciones de alto riesgo al agravarse un conflicto de lealtades ya existente de ella, al haber presenciado episodios de agresiones físicas y verbales entre ellos en su presencia.

⁶⁰ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Huesca, de 24 de abril de 2000 (JUR 2000,347162).

⁶¹ Vid., el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2021 (Roj. ATS 7992/2021; ECLI:ES:TS:2021:7992A) acogimiento permanente en familia ajena; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2023 (Roj. STS 4413/2023; ECLI:ES:TS:2023:4413) acogimiento por familia extensa; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, de 13 de enero de 2016 (JUR 2016/32506) acogimiento familiar a favor de los abuelos; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 26 de enero de 2016 (AC 2016/576) acogimiento familiar a favor de una prima de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2ª, de 15 de abril de 2016 (JUR 2016/134763) acogimiento a favor de los abuelos paternos de la niña. Por el contrario, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª de 9 de marzo de 2020 (JUR 2020,226626) no idoneidad de la abuela para asumir el acogimiento familiar; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª,

de 123 de abril de 2021 (JUR 2021,358559) no idoneidad de la familia biológica extensa para el cuidado y atención del menor; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 30 de noviembre de 2022 (JUR 2023,405047) no cabe acordar la guarda por parte de los abuelos maternos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 22 de mayo de 2024 (Roj. SAP S 716/2024; ECLI:ES:APS:2024:716); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 5 de junio de 2024 (Roj. SAP V 2024:1098; ECLI:ES:APV:2024:1098). Asimismo, vid., el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 21 de marzo de 2025 (Roj. AAPB 1634/2025; ECLI:ES:APB:2025:1634A) acogimiento familiar extensa paterna.

⁶² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5082) se desestima la oposición a la situación de desamparo. Así la asunción de la guarda provisional fue ejercida por la Entidad pública, tal y como permite el Código civil, mediante un acogimiento familiar urgente, formalizado después como acogimiento familiar temporal, en los plazos y de conformidad con la regulación vigente. La medida de protección transitoria en que consiste la guarda provisional por la Entidad pública es compatible con el establecimiento y la adopción de todas las medidas de intervención que, en el caso, sin riesgo para la niña, y en consideración a la voluntad manifestada por la madre y a algún avance puntual en su situación, hizo pensar que sería posible que, a corto plazo, pudiera hacerse cargo de la crianza de su hija. En atención a estas circunstancias puede considerarse razonablemente cumplida la exigencia del artículo 172.4.I *in fine* del Código Civil que todas las diligencias dirigidas a constatar la situación de desamparo de realicen “en el plazo más breve posible”. Tal exigencia temporal se dirige a garantizar la debida celeridad en la adopción de las medidas que afecten al menor sobre el que la Administración ha asumido la guarda, evitando la incertidumbre que respecto de su situación pueda derivar de la inactividad de la Administración. En el caso no ha habido inactividad de la Entidad pública. La gravedad de la negligencia de la madre hacia las necesidades psíquicas de la niña, la ausencia de figuras alternativas en el entorno familiar que cubran las carencias de la madre y compensen su déficit, el fracaso de los planes de intervención familiar en su vertiente intensiva, la incapacidad de la madre para la crianza de su tercera hija y la ausencia de garantía de un normal funcionamiento y organización familiar ni a corto ni a medio plazo, determinantes de la declaración de desamparo, fueron constatadas durante todas las intervenciones que se llevaron a cabo durante la guarda provisional que la Entidad pública asumió sobre la niña.

Junto a ello, hay que dejar constancia de que, pudiendo hacerlo, la madre no impugnó ninguna de las resoluciones administrativas dictadas desde que se produjo la apertura del expediente (guarda provisional, acogimiento familiar urgente, acogimiento familiar temporal, modificación de estancias y visitas) hasta que, finalmente, se dictó la declaración de desamparo que sí ha impugnado.

En consecuencia, debemos concluir que la actuación de la Entidad pública ha sido respetuosa con los principios que rigen el sistema vigente de protección de menores y ha cumplido las garantías exigibles para separar a la niña de su familia de origen. De hecho, fue precisamente la intervención intensiva con la madre, tratando de evitar y prevenir la situación de desamparo, la razón por la que no se declaró inmediatamente el desamparo de la niña.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 10 de diciembre de 2020 (JUR 2021,97459); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 20 de octubre de 2021 (JUR 2022,39318); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,410881).

⁶³ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Toledo, de 29 de febrero de 2024 (JUR 2024,89795) no procede la oposición del padre a la declaración de desamparo urgente y la asunción de la tutela y acogimiento temporal. La mera demostración que el padre biológico de la menor al día de hoy está abstinente al consumo de drogas es insuficiente para coger la oposición formulada, porque choca con los impedimentos en contra. Así el padre actuó de forma negligente, consistiendo el consumo de cocaína de su pareja, y abandonándola el día del parto, no haciendo nada para evitar el daño a la salud de su hijo causado por el consumo indirecto de dicha droga, constitutivo de maltrato prenatal.

⁶⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1ª, de 28 de octubre de 2020 (JUR 2020,129436); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 4 de marzo de 2022 (JUR 2023,25900) acogimiento temporal en familia educadora especializada.

⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020,193489); y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 1 de abril de 2025 (Roj. AAP B 2971/2025; ECLI:ES:APB:2025:2971).

⁶⁶ Para MAYOR DEL HOYO Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 892 la posibilidad de recurrir directamente a este acogimiento en los casos de guarda administrativa es inexistente porque resulta contraria a la propia esencia de esa institución. Si bien, añade que “cuando se busca una medida estable, se recurrirá a esta medida cuando, o no resulte aconsejable, o no se pudiera constituir la adopción”. Por todo ello concluye que “puede decirse que este acogimiento permanente cumple una importante función de reintegración familiar estable de menores que por su situación tienen más difícil el acceso a la misma”; de la misma autora, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 245. Vid., asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2021 (Roj. ATS 7992/2021; ECLI:ES:TS:2021:7992A); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 25 de mayo de 2016 (JUR 2016/211606) acogimiento permanente en familia educadora; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 16 de marzo de 2020 (JUR 2020,253024) acogimiento familiar de la menor a favor de la abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 22 de junio de 2021 (JUR 2021,334600) acogimiento por los abuelos paternos; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de julio de 2021 (JUR 2021,388353) acogimiento por el tío materno; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365570) acogimiento por abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 20 de junio de 2022 (JUR 2022,303425); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 8 de febrero de 2023 (JUR 2023,404859) acogimiento permanente a favor de los abuelos.

⁶⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 (JUR 2024,190592); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 10 de noviembre de 2020 (JUR 2021,134707) suspensión de la patria potestad y acogimiento permanente de los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 31 de julio de 2023 (JUR 2023,372600).

Por otra parte, en función de la vinculación de los niños con la familia acogedora y, de conformidad con el artículo 173 bis 1 del Código Civil y con el artículo 20.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero el artículo 94 de la Ley 4/2023 de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid es posible distinguir entre: a) Acogimiento en familia extensa: cuando el niño tiene un vínculo de parentesco con la familia acogedora. b) Acogimiento en familia ajena: cuando el niño no tiene ningún vínculo de parentesco con la familia acogedora. Este acogimiento podrá ser especializado, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de niños con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación económica. Y, a su vez, este acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva, cuando así se determine por la entidad pública de protección de la Comunidad de Madrid, por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación.

En todo caso, se desarrollarán reglamentariamente los criterios de valoración para las familias acogedoras en ambas modalidades. No obstante, en atención a su duración y objetivos, el acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento de urgencia, acogimiento temporal o acogimiento permanente, tal y como aparecen recogidas en el artículo 173 bis del Código Civil.

⁶⁸ Vid., la sentencia del tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012 (RJ 2012,4322); las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 11 de julio de 2013 (JUR 2013,275590) el padre ha acreditado un cambio de vida gozando en la actualidad de estabilidad económica y personal, habiendo conseguido si deshabitación de las drogas, por lo que en su caso se debe mantener las visitas. No así respecto de la madre, que ha mantenido un incumplimiento sistemático del plan de intervención social que se le facilitó, sin que conste su desintoxicación plena y sin que haya incumplido ni tan siquiera el régimen de visitas que se le concedió; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 22 de junio de 2016 (JUR 2016/215319).

⁶⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 8 de marzo de 2028 (JUR 2018,87902). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4ª, de 8 de enero de 2024 (JUR 2024,130355) se optó por la suspensión del régimen de visitas con la madre por resultar beneficioso para los menores.

⁷⁰ El Real Decreto-Ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre para completar la transposición de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europea y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y guardadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (BOE, número 182, de 30 de julio de 2025) se establecen tres cambios destacables: 1. Se incrementa, con carácter general, la duración del permiso de nacimiento y cuidados, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en tres semanas (sobre las 16 actuales), las dos últimas con un diseño más flexible, para cumplir con su finalidad de cuidado parental. Es decir, se concibe el permiso no sólo por el nacimiento, adopción o acogimiento, sino también para el cuidado del menor; 2. Se garantiza durante estas tres semanas adicionales el mantenimiento en la percepción de los ingresos ordinarios de la persona trabajadora que ejerce su derecho; y, 3. Se incrementa la duración de los permisos mencionados en caso de unidades familiares monoparentales.

⁷¹ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Santander, de 6 de mayo de 20204 (AC 2004,821) no procede la extinción de guarda y baja del centro de acogida de menores extranjeros ante la falta de acreditación que el afectado haya cumplido los 18 años. La resolución administrativa se funda exclusivamente en una conclusión medida. Falta de acreditación de la inexactitud de la fecha de nacimiento incorporada a la tarjeta de residencia y al pasaporte el método utilizado de “Greulich y Pyle” es adecuado para determinar la edad ósea, aunque no sea óptimo, pero si el más empleado; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 8 de noviembre de 2016 (JUR 2021,53681) cierre del expediente administrativo de desamparo al ser considerado mayor de edad. Las pruebas médicas efectuadas en las que se tuvo en cuenta el margen de error; concluyen que la joven tenía la edad mínima más probable de dieciocho años; de forma que, no puede apreciarse el principio de mayor beneficio a la menor; cuando no exista duda de su minoría de edad, ni se ha aportado prueba alguna para acreditar que es menor de edad.

⁷² MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2018). “Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.*, Madrid: Dykinson, p. 313 precisa que aunque la ley no lo mencione “parece evidente que para que pueda constituirse, será necesario que, existan familiares que, deseen acoger al menor sin oposición del resto de los miembros de la familiar y que dichos familiares estén en condiciones de cuidar, amparar y educar al menor”. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6ª, de 1 de febrero de 2016 (JUR 2016,35786) acogimiento a favor de los abuelos; de la

Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, de 31 de julio de 2020 (JUR 2020,301369) familia extensa abuelos de la menor; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 30 de octubre de 2020 (JUR 2021,95838) familia extensa tío de la menor; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2023,60499) acogimiento familiar con su nieta; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365570) acogimiento familiar con su abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 30 de julio de 2021 Roj. APSJ 1135/2021; ECLI:ES:APJ:2021:1135) acogimiento familiar permanente y de idoneidad de la familia extensa; de la Audiencia provincial de Navarra, secc. 3ª, de 28 de julio de 2023 (JUR 2023,398384) acogimiento por la abuela del menor y su marido; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 10 de octubre de 2024 (JUR 2024,489665) acogimiento familiar de menores por parte de los tíos paternos. Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011,4526) no procede el acogimiento por los abuelos paternos y tía al ser incapaces por su circunstancias personales de hacerse cargo de la menor en condiciones que evitasen un nuevo desamparo.

⁷³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 10 de mayo de 2018; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,223737); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 29 de julio de 2022 (JUR 2022,328681).

⁷⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024 (JUR 2014,494087) el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto. Se debe prestar especial atención al interés superior del menor como principio rector en cualquier decisión que le afecte; el auto de la Audiencia Provincial de Álava, 30 de junio de 1994 (AC 1994,1031) reintegro de las menores a la guarda de su madre. Falta de acreditación de los supuestos malos tratos que dieron lugar al acogimiento inicial; las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44376) no procede el retorno de los menores al domicilio de la abuela materna, ya que, no tiene ésta la capacidad para el cuidado de sus nietos; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 12 de julio de 2022 (JUR 2023,109) regreso de los menores a su entorno familiar como mejor respeto a su superior interés; y, de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2023 (JUR 2023,407897) no procede el reintegro del menor con su familia biológica. Evidencia una severa incompetencia parental que situaría al menor en un riesgo grave para su desarrollo integral.

⁷⁵ RJ 2009,4581. En efecto esta sentencia, ya había dicho que: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298). Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es precedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente

la patria potestad. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

⁷⁶ RJ 2016,1132.

⁷⁷ RJ 2015,2786.

⁷⁸ LA LEY 296357,2025.

⁷⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 3 de diciembre de 2010 (JUR 2011,172405); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016,76696); el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 18 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 375954); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 9 de octubre de 2020 (JUR 2021,95512) no ampliación del derecho de visitas; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, de 26 de junio de 2020 (AC 2021,99); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 13 de noviembre de 2020 (JUR 2021,82105); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 17 de mayo de 2022 (JUR 2022,311743) cesación de la guarda por la entidad pública por alcanzar la mayoría de edad el menor acogido; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 24 de abril de 2023 (JUR 2023,27728); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2ª, de 10 de junio de 2024 (JUR 2024,298790); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 6 de noviembre de 2024 (JUR 2024,512248); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 28 de enero de 2025 (JUR 2025,114367) acogimiento residencial; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6ª, de 4 de febrero de 2025 (JUR 2025,167714); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 9 de abril de 2025 (Roj SAP MA 810/2025; ECLI:ES:APMA:2025:810). En todo caso, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 31 de julio de 2023 (JUR 2023,372600) cese del acogimiento familiar con alta de la menor en acogimiento residencial. la situación del núcleo familiar ha evolucionado hacia una dinámica en la que se apreció su incapacidad para afrontar los problemas que se presentaban y para atender adecuadamente a las necesidades de la menor.

⁸⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 20 de mayo de 2016 (AC 2016/1793).

⁸¹ Vid., La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2024 (JUR 2024,95390) deniega el derecho de visitas, ya que, la niña se encuentra en un proceso de integración favorable y positivo con su nueva familia, de manera que establecer *ex novo* un régimen de visitas cuando nunca ha tenido relación con su padre biológico, además de poder entorpecer dicha integración, en nada le beneficiaría, dada la escasa edad de la niña, la ausencia de cualquier vínculo y de toda estructura familiar que mantener, la falta de relación con el padre y la diferencia de edad con el hermano con el que, según el padre, también mantendría relación (a pesar de que lo cierto es que el recurrente no se ha hecho cargo de su cuidado). Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 879/2024, de 20 de junio (Roj. STS 3528/2024; ECLI:ES:TS:2024:3528) establece que el derecho de visitas tiene un reconocimiento específico en el artículo 160 y en el artículo 161 del Código Civil que individualiza la regulación de las visitas y las comunicaciones y el régimen que se dispensa a las resoluciones administrativas que puede adoptar la entidad pública en este ámbito concreto. Esta especificidad tiene pleno sentido por la trascendencia que en los textos internacionales y en el derecho interno se otorga en interés de los niños a las relaciones personales con sus progenitores cuando están separados de ellos. De hecho, la declaración de desamparo, por sí misma, no comporta la exclusión de las visitas. La posibilidad de que se suspendan las

visitas por la entidad pública solo puede ser de manera temporal y bajo control judicial. La suspensión definitiva supondría una prohibición de visitas o de comunicación que solo puede establecer el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 158 del Código Civil, conforme al cual, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará “la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”. Las medidas del artículo 158 del Código Civil también se pueden establecer por el juez para los menores sometidos a tutela, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Civil. Es decir, la entidad pública tiene limitada su competencia a la posibilidad de suspender de manera temporal las visitas, no de prohibirlas, lo que solo puede hacer el juez. Además, la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, debe ser revisada (al menos cada seis meses, artículo 172.ter.2 del Código Civil, plazo que para el caso de acogimiento familiar permanente puede ampliarse a un año según el artículo 116 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, de la Comunidad valenciana). La obligación de revisión comporta que la situación de los menores no queda congelada, sin que el criterio de la entidad pública de no modificar las medidas pueda quedar excluido de un control judicial.

En este contexto, la sentencia del citado Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2025 (Roj. STS 2517/2025; ECLI:ES:TS:2025:2517) se deniega el derecho de visitas.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, de 20 de julio de 2023 (JUR 2023,354456) se refiere a la ampliación del régimen de visitas de la madre con sus hijos de 11 y 13 años. Deseo de los niños de pasar más tiempo con su madre.

⁸² RJ 2009,4581. En este sentido, señala el Alto Tribunal que “Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

⁸³ RJ 206,1132. En los mismos términos se manifiesta esta sentencia, cuando razona: “(...) el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

⁸⁴ RJ 2023,1717. Tras citar la sentencia 720/2022 (RJ 2022,5082) en la que se precisa que no “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”; en el caso presente, resulta que se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme. Inmadurez de

Serafina, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación de Baldomero en la asunción de la crianza de un menor. Los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de Cosme con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior.

Siendo este último, “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” (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019,64), FJ 4º; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º; 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021,81), FJ 2º; y, 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021,113), FJ 2º).

⁸⁵ RJ 2023,5630. Aunque existe el deseo que la agrupación familiar pueda funcionar a pesar de no existir informe alguno que la aconseje y existiendo en cambio informes que acreditan la justificación de la declaración de desamparo del niño; lo cierto es que, la reinserción en la propia familia por el momento no se ajusta al interés de dicho menor. De ahí que, se confirme la declaración administrativa de desamparo y acogimiento residencial por ajustadas a las circunstancias concurrentes en aplicación de criterios normativos y jurisprudenciales de esta Sala.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 14 de abril de 2023 (JUR 2023,298420) no procede el retorno del menor desamparado con su madre; aunque esta puede intentar mejorar en el ejercicio de su responsabilidad marital; sin embargo, su situación personal no ha mejorado; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 2 de abril de 2025 (Roj. SAP MA 843/2025; ECLI:ES:APMA:2025:843) integración en la familia de acogida.

⁸⁶ Roj. STS 1744/2024; ECLI:ES:TS:2024:1744. Por su parte, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 10 de octubre de 2013 (RJ 2014,146) señala, al respecto, que el principio de reinserción en la propia familia cede cuando, como sucede en el caso examinado, el recurrente ni tiene soporte familiar alguno ni siquiera se encuentra capacitado para hacerse cargo de los menores como se infiere de los informes periciales que obran en autos; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de noviembre de 2014 (AC 2015,1057) para el retorno a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padre biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente su rol necesario que sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes; las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 3 de noviembre de 2016 (JUR 2017,95175) subsistencia de la declaración de desamparo y mantenimiento de la necesidad de continuar el acogimiento familiar al objeto de evitar la institucionalización del menor; tratándose de una medida provisional y transitoria tendente a la reintegración del menor con sus familiar de origen cuando las circunstancias así lo aconsejen; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 7 de diciembre de 2016 (JUR 2017,8462) ha quedado acreditada la correcta evolución e integración de la menor en la familia de acogida, y la expectativa de proporcionarle una estabilidad personal y psíquica que favorezca su desarrollo, mientras no se han mantenido vínculos afectivos con la familia. Por muy doloroso que sea para el padre, el regreso de la menor con la familia paterna extensa no es lo más beneficioso para el interés de la niña; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,159078) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que la evolución

sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo; de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de noviembre de 2022 (JUR 2023,46930) revocación de la resolución administrativa que declaró la situación de adoptabilidad del menor hijo de unos padres discapacitados. No se adoptaron las medidas de apoyo que precisaban los padres por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito personal como en el de la salud. Se entiende conveniente que el menor retorne a su familia biológica, como objetivo prioritario. Debe apoyarse a los padres biológicos para la superación de las dificultades derivadas de su discapacidad, antes de iniciar el proceso de adopción; dela de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 2 de julio de 2024 (JUR 2024,308190) se mantiene la tutela pública hasta que se restablezca el vínculo de la hija con su madre, instando a la entidad pública que active y agilice las actuaciones tendentes a la propia consecución de este fin; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2024 (Roj. SAP T 1962/2024; ECLI:ES:APT:2024:1962) no se dan las condiciones para el retorno del menor con la familia extensa; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 22 de abril de 2025 (Roj. SAP B 3153/2025; ECLI:ES:APB:2025:3153) señala, al respecto que, ambos progenitores han conseguido una estabilidad laboral y económica lo que es positivo para la unidad familiar. Disponen de un hogar con espacio suficiente para atender adecuadamente a los tres hijos. Sin embargo el Equipo Técnico entiende que conviene que asuman también su responsabilidad en el dolor causado a los hijos, que sean conscientes del sufrimiento psíquico al que estaban sometidos a consecuencia de la enfermedad mental de la madre y la falta de protección del padre, así como del ambiente de tensión y violencia en el seno familiar que generaba la descompensación de la madre. Sólo si se dan cuenta de lo que han vivido los hijos podrán evitar que se repita en un futuro. Los elementos de riesgo relacionados no pueden justificarse en motivos culturales ni por ello dejan de constituir un riesgo para los menores justificativo de su declaración de desamparo. Ciertamente los avances constatados y que la sentencia consigna son todos ellos indicadores de un buen pronóstico pero no se han modificado determinados elementos en los que se funda la declaración de desamparo de forma principal. No se ha producido un cambio de planteamiento vital, de prioridades organización del cuidado en el hogar y de hábitos, en concreto la mayor presencia del padre en la organización doméstica para contener determinadas situaciones que puedan producirse por la descompensación materna. Es por ello que, se valora que un retorno inmediato como el acordado es prematuro, atendido lo expuesto y podría frustrar su buen fin y comprometer una buena vinculación de los hijos con sus progenitores. En interés de los hijos es necesario avanzar y completar el plan de mejora antes de iniciar el retorno que deberá guardar una progresión mediante un plan adecuado y ajustado a la situación de los menores. En definitiva, se valora a la vista de todo lo actuado que es imprescindible que los progenitores consoliden los avances alcanzados y en especial que el padre tome conciencia de que su presencia en el hogar y su implicación directa en las rutinas de los hijos son imprescindibles y deben afianzarse para poder trabajar a corto plazo en un plan de retorno. Este plan de reagrupación familiar necesariamente deberá tener en cuenta no solo su peso e importancia principal en el hogar para la atención y el cuidado de los tres hijos sino también su importante rol para acompañar y cuidar a su esposa en las necesidades que se deriven de su patología mental a fin de que no sufra de descompensaciones como en el pasado y todo ello con el apoyo de profesionales; y, de la misma Audiencia Provincial y secc. 18ª, de 14 de mayo de 2025 (Roj. SAP B 3909/2025; ECLI:ES:APB:2025:3909) debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como un derechos absoluto. En fin, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 2 de abril de 2025 (Roj. SAP MA 843/2025; ECLI:ES:APMA:2025:843) re inserción familia de origen; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 9 de abril de 2025 (Roj. SAP B 2805/2025; ECLI:ES:APB:2025:2805) el juzgado revoca la situación de desamparo; devuelve la custodia a los padres y ordena seguimiento social regular para garantizar el bienestar del menor; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 24 de abril de 2025 (Roj. SAP J 215/2025) reintegración familiar a corto y medio plazo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 14 de mayo de 2025 (Roj. SAP B 3909/2025) las medidas

que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hacer todo lo posible para procurar el retorno a la familia natural.

⁸⁷ RJ 2021,5501.

⁸⁸ RJ 2023,395946.

⁸⁹ Roj. STS 5817/2009; ECLI:ES:TS:2009:5817.

⁹⁰ Roj. STS 1281/2016; ECLI:ES:TS:2016:1281.

⁹¹ JUR 2024,95390. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, d 24 de enero de 2024 (JUR 2024,116746) existen varios factores de riesgo que persisten en la actualidad que impiden que el menor pueda retornar con su familiar de origen (consumo de drogas); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 14 de febrero de 2024 (JUR 2024,139759) el retorno con sus progenitores resulta inviable; lo que, aconseja ratificar el desamparo y proporcionarle un nuevo entorno familiar alternativo por medio de la delegación con fines de adopción. Esto supone la desaparición definitiva de la familia de origen.

⁹² RJ 2013,7074. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 879/2024, de 20 de junio (Roj. STS 3528/2025; ECLI:ES:TS:2025:3528) se indica que cabe una interpretación sistemática del artículos 172 del Código Civil y 780 de la LEC que, sin violentar el precepto y por ende el principio de seguridad jurídica, es más respetuosa con la naturaleza de los intereses en juego, y en especial con el interés superior del menor, considerando que el artículo 172.2 del Código Civil y el plazo de dos años que en el mismo se establece se refiere a las peticiones dirigidas a la entidad pública para que revoque la decisión de desamparo para recuperar la patria potestad suspendida, pero ello no impide que, cumpliendo el plazo previsto en el párrafo primero del artículo 780.1 de la LEC, las personas legitimadas precisadas en el párrafo segundo del mismo artículo puedan impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Asimismo, se dispuso que el derecho de visitas tiene un reconocimiento específico en el artículo 160 y en el artículo 161 del Código Civil que individualiza la regulación de las visitas y las comunicaciones y el régimen que se dispensa a las resoluciones administrativas que puede adoptar la entidad pública en este ámbito concreto. Esta especificidad tiene pleno sentido por la trascendencia que en los textos internacionales y en el derecho interno se otorga en interés de los niños a las relaciones personales con sus progenitores cuando están separados de ellos. De hecho, la declaración de desamparo, por sí misma, no comporta la exclusión de las visitas.

En todo caso, la posibilidad que se suspendan las visitas por la entidad pública solo puede ser de manera temporal y bajo control judicial. La suspensión definitiva supondría una prohibición de visitas o de comunicación que solo puede establecer el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 158 del Código Civil, conforme al cual, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará “la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. Las medidas del citado artículo 158 del Código Civil también se pueden establecer por el juez para los menores sometidos a tutela, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 200 del citado cuerpo legal. Es decir, la entidad pública tiene limitada su competencia a la posibilidad de suspender de manera temporal las visitas, no de prohibirlas, lo que solo puede hacer el juez. Además, la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, debe ser revisada (al menos cada seis meses, artículo 172.ter.2 del Código Civil). La obligación de revisión comporta que la situación de los menores no queda congelada, sin que el criterio de la entidad pública de no modificar las medidas pueda quedar excluido de un control judicial.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 241/2025, de 12 de febrero (Roj. STS 575/2025; ECLI:ES:TS:2025:575) confirmó una sentencia de apelación que

afirmó que, sin alegación de hechos nuevos, no procedía establecer un régimen de visitas de los padres biológicos respecto de sus tres hijas, en situación de guarda con fines de adopción, respecto de las que previamente se había suspendido el régimen de visitas de acuerdo con el criterio de la entidad pública confirmado por otra resolución judicial. La razón que justificó que se considerara ajustada a derecho la desestimación de la oposición a una resolución que no había apreciado que se hubieran desvirtuado las circunstancias que se tomaron en consideración para tomar una decisión que había alcanzado firmeza, fue precisamente la ausencia de alegación de hechos nuevos que justificaran en interés de las menores el establecimiento de visitas. También se señaló en la mencionada sentencia que el hecho de que el artículo 161 del Código Civil solo se refiera literalmente a la suspensión de las visitas no significa que siempre se hayan debido establecer, pues pueden no acordarse cuando se declara el desamparo si de manera motivada las circunstancias del caso así lo aconsejen en interés del menor. Por análoga razón hay que entender que, frente a la denegación por parte de la entidad pública de una nueva petición basada en nuevas circunstancias y dirigida a que se establezcan visitas que se suspendieron, procede aplicar el segundo párrafo del artículo 161 del Código Civil, conforme al cual, “el menor, los afectados y el ministerio fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, esto es, conforme al artículo 780 de la LEC, en el plazo de dos meses desde la notificación.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2025 (Roj. STS 2517/2025; ECLI:ES:TS:2025:2517) la madre ha invocado un cambio de sus circunstancias personales que a su juicio concurren para que en interés de sus hijas se establezca un sistema de comunicación y visitas y la entidad pública, en resolución motivada, ha entendido que no procedía estimar su petición. Esta resolución fue impugnada judicialmente por la madre dentro del plazo de dos meses desde la notificación, en los términos que establece el artículo 780 de la LEC. En este caso hay una resolución administrativa expresa que deniega la solicitud de la madre. Y de no haberse dictado, el artículo 119.5 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre (incorporado por la Ley 7/2023, de 26 de diciembre) clarifica ahora: “El vencimiento del plazo máximo para resolver respecto de la solicitud de visitas y comunicación sin que se hubiera notificado resolución expresa, legitima a las personas interesadas para entender desestimada su pretensión por silencio administrativo”. A la vista de lo dispuesto en el artículo 161 del Código Civil, la caducidad de la acción de la que habla la Audiencia no puede haber tenido lugar, pues no ha podido vencer el plazo para recurrir a los tribunales la denegación de las visitas antes incluso de que llegara a presentarse la solicitud por la madre, sin que la autoridad judicial pueda abstenerse de ejercer el control que le incumbe sobre la resolución de la entidad pública. De ahí que, la interpretación de la sentencia recurrida, al apreciar que por caducidad ha precluido el derecho de la madre a acceder a la vía judicial para impugnar la resolución que deniega su petición de visitas restringe injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la protección del interés del menor, más allá de lo que resulta necesario para el objetivo perseguido de dotar de estabilidad a los menores cuando se decreta el desamparo, que en este caso no es objeto de discusión. El temor de que las solicitudes y posteriores impugnaciones se reiteren sin justificación razonable puede ser abordado de otra manera, sin sacrificio de la tutela judicial efectiva, en la línea de la noción del abuso del servicio público de Justicia a que se refiere la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que ha introducido en el artículo 11.2 de la LOPJ la posibilidad de que jueces y tribunales rechacen fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho. Por ello estima el recurso de casación y casamos la sentencia recurrida. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de octubre de 2023 (JUR 2024,39889) se puede ampliar las visitas con la progenitora y que desde los servicios sociales pueda continuar trabajando con la demandante de cara a la posibilidad que el menor pueda retornar con ella una vez alcanzada cierta madurez que le permite mantener contactos con la misma sin tener angustias de separación por la no presencia de los acogedores. Sin embargo, se deniega a los abuelos y tío el derecho de visitas ante la observancia de indicadores de riesgos: la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén,

secc. 1ª, de 28 de mayo de 2024 (JUR 2024,262509) régimen de contactos entre los menores y su madre y con la pareja de ésta; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 17 de marzo de 2025 (Roj. SAP SS 160/2025; ECLI:ES:APSS:2025:160) un acogimiento residencial y la imposición a la menor Clara un régimen de visitas con pernocta con su padre no deja de ser una manifestación de la recurrente huérfana de prueba, no siendo preciso que la autoridad administrativa, titular de la guarda de la menor, cuente con el beneplácito de uno de los progenitores para establecer visitas con el otro; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 25 de febrero de 2025 (Roj. SAP SE 633/2025; ECLI:ES:APSE:2025:633) el régimen de estancias, comunicación y visitas se configura como un complejo derecho-deber, cuya finalidad no es satisfacer los deseos de los progenitores, sino la de proteger los derechos e intereses de los menores, exigiendo estos últimos unos contactos lo más racionalmente posibles con el progenitor no custodio, debiéndose favorecer con la adecuada flexibilidad tales relaciones que deben propiciar unos sólidos vínculos de apego y afecto pero articulándose las mismas en atención las circunstancias concurrentes y muy especialmente las que resulten más beneficiosas para la precitada menor de acuerdo con el principio del “*favor filii*”, estimándose que las posibles limitaciones o restricciones a tal derecho han de tener alcance y carácter excepcional; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 14 de mayo de 2025 (Roj. SAP M 7222/2025; ECLI:ES:APMA:2025:7222) respecto al régimen de visitas entre los menores y sus progenitores debe atenderse siempre al interés superior del menor.

⁹³ CARDONA GUASCH O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 295.

⁹⁴ CARDONA GUASCH, O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”, *op. cit.*, p. 296.

⁹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1ª, de 18 de octubre de 2012 (JUR 2013,148707) acogimiento voluntario por precaria situación económica de la madre. No está en condiciones de asumir el cuidado del hijo. Necesidad de la madre de contar con los recursos asistenciales de protección de menores ante las ausencias de su domicilio y ciudad donde permanecía el menor; quedando este solo acompañado de sus hermanos, también menores. No puede la madre dar la necesaria asistencia material, sanitaria y educativa que el menor requiere; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 de abril de 2023 (JUR 2023,299340) la guarda voluntaria del menor estaba justificada por la existencia de circunstancias graves que impedían que los progenitores pudieran cuidar adecuadamente de su hija.

⁹⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2024 (JUR 2024,95390) fin del acogimiento temporal y guarda con fines de adopción. Desestimación de la oposición del padre biológico. Atención al superior interés del menor (de algo más de 2 años). El progenitor carece de las habilidades y capacitación necesarias para asumir el cuidado de la niña y ésta se encuentra plenamente integrada escolar y socialmente en su nueva familia, que le aporta la estabilidad, atiende a todas sus necesidades y con la que ha estarcido vínculos afectivos adecuados y firmes. Improcedencia de un régimen de visitas. Su fijación, cuando la niña no ha tenido nunca relación con su padre biológico, además de poder entorpecer la integración con su nueva familia, en nada le beneficiaría, dada la escasa edad de la niña y la ausencia de cualquier vínculo y de toda estructura familiar que mantener; y, de 13 de diciembre de 2024 (JUR 2024,494088) procedimiento de oposición a las medidas del menor en situación de desamparo. Desestimación de la oposición de la madre biológica a la resolución que acordó la constitución de la guarda con fines de adopción. Consideración, asimismo, de la integración del niño en la familia que ejerce la guarda. asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 25 de julio de 2024 (JUR 2024,392357) se considera conforme con el interés prevalente de los menores tanto la constitución de la guarda con fines de adopción como el mantenimiento de la suspensión de las comunicaciones de los menores con la progenitor, máxime cuando todo ello persigue

evitar que los menores se vuelvan a colocar en situación de riesgo, con medidas inciertas en su futuro, cuando se encuentran estables en su actual situación y, en definitiva, se trata de sopesar la evolución negativa que podría tener los menores esa aproximación y si alteraría su estabilidad emocional.

⁹⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 30 de noviembre de 2017 (JUR 2018,23668); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 4 de mayo de 2021 (JUR 2021,253533) la medida de acogimiento preadoptivo es la más adecuada para el interés superior de los menores al no ser procedente la reunificación familiar o el acogimiento con familia extensa. La abuela materna no puede servir de apoyo a la familia, teniendo en cuenta que fue declarada persona no idónea por resolución administrativa; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, de 11 de mayo de 2021 (JUR 2021,226226) se sustituye el acogimiento preadoptivo a familia ajena por la medida de acogimiento en la familia acogedora con la que se encuentra el menor, con introducción de visitas a favor de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 14 de octubre de 2021 (JUR 2021,381514) acogimiento preadoptivo del menor y supresión del régimen de visitas maternofiliales. La madre no ha seguido los controles de su embarazo, consumía tóxicos y no tenía entorno social ni familiar, ni trabajo, ni vivienda, ni su residencia estaba regularizada en España y desde los tres días del menor paso a convivir con la familia, cuyo acogimiento preadoptivo se ha constituido; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2024 (JUR 2024, 149627) delegación por la entidad pública de la guarda con fines de adopción; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de marzo de 2025 (JUR 2025,43041) acogimiento preadoptivo. No reporta beneficio para la menor introducir algún régimen de contacto con la madre. Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 21 de diciembre de 2011 (JUR 2012,49294) acogimiento familiar preadoptivo. El padre se percibe incapaz de hacerse cargo del menor de forma permanente. Nula voluntad de lograr la reunificación con el hijo primando sus intereses personales frente a los de su hijo.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 4 de abril de 2019 (JUR 2019,142510) entiende improcedente el mantenimiento del acogimiento preadoptivo del menor; pues, ésta tiene una discapacidad psíquica, por lo que requiere cuidados especiales.

⁹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (2017) “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: Mª.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 338.

⁹⁹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁰ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 668.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 10 de marzo de 2023 (JUR 2023,261681); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023,209248).

¹⁰¹ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 387-388; LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 668.

¹⁰² Para MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Navarra, p. 929 atendiendo al interés del menor, el artículo 176 bis legitima para delegar la guarda tanto antes de la presentación, como que se haga al presentarla o incluso después.

¹⁰³ MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 930; sin embargo, para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 669 no se prevé la audiencia a los progenitores del menor.

¹⁰⁴ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁵ MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 931.

¹⁰⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1^a, de 17 de diciembre de 2020 (JUR 2021,98363); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1^a, de 30 de julio de 2021 (JUR 2021,342970).

¹⁰⁷ Para la mayoría de la doctrina la prórroga se refiere no al plazo de duración de la guarda, sino al plazo de duración del período de adaptación, vid., LÓPEZ AZCONA A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 671. Sin embargo, entiende CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 391 que la prórroga se refiere a la duración de la guarda.

¹⁰⁸ MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 929.

¹⁰⁹ El Real Decreto Ley 9/2025, de 29 de julio completó la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019. En este sentido, la norma gira en tórnos a tres ejes básicos: 1. Incrementa, con carácter general, la duración del permiso de nacimiento y cuidados, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en tres semanas, las dos últimas con un diseño más flexible, para cumplir con su finalidad de cuidado parental. Es decir, el permiso por nacimiento y cuidados se incrementa en tres semanas, de las 16 actuales hasta las 19 para cada progenitor e intransferibles. Dos de ellas podrán disfrutarse hasta que el menor cumpla ocho años; 2. Garantiza durante esas tres semanas el mantenimiento en la percepción de los ingresos ordinarios de la persona trabajadora que ejerce su derecho; y, 3. Incrementa la duración de los permisos mencionados en el caso de unidades familiares monoparentales. Las familias monoparentales podrán disfrutar de 32 semanas de permiso por nacimiento, cuatro de ellas hasta que el menor cumpla ocho años.

Las dos semanas del permiso por nacimiento y cuidado de menor que se pueden disfrutar hasta que el menor cumpla los ocho años de edad (cuatro en el caso de monoparentalidad), serán de aplicación a los nacimientos o adopciones producidos a partir del 2 de agosto de 2024. Las dos semanas de permiso parental retribuido pueden disfrutarse de manera flexible, en los períodos o jornadas parciales de trabajo que elijan las familias.

El coste del nuevo permiso es asumido por la Seguridad Social, manteniendo una tasa de reemplazo de renta del cien por cien para ambos progenitores. La percepción del cien por cien de la base reguladora es un elemento de gran relevancia para la promoción del reparto de responsabilidades, como evidencia la alta participación masculina, en comparación con otros países, del permiso de nacimiento español.

La norma también modifica la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para incrementar en el ámbito del empleo público el permiso retribuido por nacimiento y por adopción, guarda o acogimiento. Este permiso pasa a cubrir también el cuidado del menor, hasta las 19 semanas, de las cuales 17 son de permiso por nacimiento y cuidados, y dos de permiso por cuidado parental del menor. Asimismo, se establece una nueva regulación del permiso parental, que mantiene su carácter no retribuido, de ocho semanas de duración.

Así las cosas, se incrementa la duración del permiso retribuido por nacimiento para la madre biológica, por adopción, acogimiento o guarda a 19 semanas para cada progenitor, adoptante, acogedor o guardador, de las cuales seis semanas serán obligatorias, se deberán disfrutar inmediatamente después del parto o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, a jornada completa, 11 semanas que podrán distribuirse a voluntad de las personas proge-

nitoras, por semanas, hasta que el menor cumpla 12 meses y dos semanas restantes para el cuidado parental que podrán distribuirse por semanas hasta que el menor cumpla ocho años.

Por otra parte, a fin de asegurar la coherencia con el régimen jurídico del sector privado, se clarifica que el permiso por nacimiento se ampliará en dos semanas más, en los supuestos de nacimiento o adopción múltiples, o discapacidad, en un total para ambos progenitores, correspondiendo en todo caso una semana para cada uno de ellos.

En cuanto a las familias monoparentales, teniendo en cuenta los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional exigen la equiparación de los permisos por nacimiento en el caso de familias monoparentales y biparentales, en cuanto a las semanas de disfrute interrumpido. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 140/2024, de 6 de noviembre (Roj. STC 140/2020; ECLI:ES:TC:2024:140) reconoció a las personas beneficiarias del permiso de nacimiento una duración adicional del mismo de diez semanas, que es el tiempo que excede de la parte del permiso de nacimiento de disfrute obligatorio para ambos progenitores que se superpone en el tiempo. Así las cosas, el citado Real Decreto-Ley ahora publicado amplía el período de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento del artículo 48.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 49.a), b) y c) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, teniendo en cuenta la nueva duración de los permisos, a 32 semanas en caso de unidad monoparental.

De las treinta y dos semanas del permiso, seis semanas serán obligatorias y se deberán disfrutar inmediatamente después del parto o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, a jornada completa, 22 semanas que podrán distribuirse a voluntad, por semanas, hasta que el menor cumpla 12 meses y cuatro semanas restantes para el cuidado parental que podrán distribuirse por semanas hasta que el menor cumpla ocho años.

El Congreso de los Diputados ha convalidado este citado Real Decreto-Ley 9/2025 y, está siendo actualmente tramitado en la citada Cámara baja como Proyecto de Ley 121/000069 (BOCG, serie a, de 129 de septiembre de 2025, número 69-1, pp. 1 a 18).

¹¹⁰ El 1 de abril de 2025 el Tribunal Supremo ha admitido a trámite el recurso contencioso administrativo presentado por el Gobierno de Aragón contra el requerimiento del Ministerio de Juventud e Infancia a que facilitase datos sobre los plazos y ocupación de centros de menores de migrantes. Este requerimiento administrativo representa el primer acto administrativo derivado del Real Decreto-Ley 2/2025 para la reubicación de menores migrantes no acompañados. El Gobierno de Aragón ha solicitado también a través de este recurso la suspensión cautelar del requerimiento de información sobre menores realizada por el Estado y el citado Tribunal ha acordado a tal efecto la apertura de una pieza o procedimiento de medidas cautelares para resolver sobre la citada suspensión formulada por los servicios jurídico del Gobierno de Aragón.

¹¹¹ Según datos de la Fiscalía General del Estado en 2024 se realizaron 7562 diligencias preprocesales de determinación de la edad (DPI) a los menores extranjeros no acompañados. Los datos determinan que solo el 50% son acreditados como menores extranjeros no acompañados, que el 89% son varones y que un mínimo porcentaje proceden de países en Guerra.

En todo caso, la presidenta del Govern Balear Marga Prohens ha defendido realizar pruebas dentales en persona migrantes llegadas en pateras para determinar su dad (ortopantografía).

¹¹² Los acuerdos de readmisión son acuerdos internacionales bilaterales en las que se regulan las condiciones de readmisión de extranjeros nacionales de terceros Estados en situación irregular en que una de las partes contratantes puede devolver a la persona que haya ingresado en el territorio de esta parte procedente de la parte requerida. Existen acuerdos de readmisión de migrantes: 1. Acuerdo de readmisión con Argelia. Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática Popular sobre circulación de personas hecho “en referéndum” en Argel el 31 de julio de 2002, publicado en el BOE de 12 de febrero de 2004); 2. Acuerdo entre el Reino de España y la República islámica de Mauritania

en materia de inmigración firmado en Madrid el 1 de julio de 2003 y publicado en el BOE el 4 de agosto de 2003; 3. Acuerdo entre la República francesa y el Gobierno de España sobre la readmisión de personas en situación irregular hecho “ad referendum” en Málaga el 26 de noviembre de 2002 (BOE, número 309, de 26 de diciembre de 2003, pp. 46.109 a 46.117), siendo aplicable tanto para la readmisión de nacionales de las partes contratantes que se encuentren en una situación irregular en el territorio de otra parte como para la readmisión de nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación de irregularidad en el territorio de la otra parte. Es decir, que el acuerdo sería aplicable tanto para solicitar la readmisión de un francés que esté en situación irregular en España como para solicitar a readmisión de un argelino o marroquí estando en situación irregular en España, haya accedido a territorio español procedente de un territorio francés. Cada parte contratante readmitirá a solicitud de la otra parte contratante y sin formalidad alguna al nacional de un tercer Estado que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones de entrada o de estancia aplicables en el territorio de la parte contratante requirente, siempre que se acredite que dicha persona entre en territorio de esa parte después de haber residido o trasladado en el territorio de la parte contratante. Este acuerdo articula un procedimiento de devolución de extranjeros en situación irregular entre dos Estados limítrofes España y Francia, en virtud del cual las partes contratantes establecen una serie de compromisos recíprocos tendentes a facilitar el procedimiento de devolución de los extranjeros que se encuentren en la referida situación. Constituye, en suma, la plasmación de un acuerdo internacional de devolución entre los Estados de España y Francia en orden a facilitar o agilizar la devolución de extranjeros en situación irregular, que ni aborda el régimen de derechos y garantías aplicables a los extranjeros, ni contradice la regulación general que al respecto se establece en la LOEx y su Reglamento de desarrollo. Entra en vigor a los 30 días después de la última notificación cruzada entre las partes dando cumplimiento a los procedimientos constitucionales necesarios según establece su artículo 26.1; 4. Acuerdo entre España y Marruecos relativos a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 y publicado en el BOE de 25 de abril de 1992; 5. Acuerdo de readmisión de personas en situación irregular entre España y Portugal firmado en Granada el 15 de febrero de 2003, publicado en el BOE de 31 de marzo de 1995; 6. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular entre España e Italia firmado en Roma el 4 de noviembre de 1999 y publicado en el BOE de 7 de febrero de 2001.

JUSPOL, sindicato mayoritario de la Policía ha planteado al Gobierno acuerdos urgentes de los menores migrantes no acompañado con Senegal, Argelia y Marruecos y Mauritania como medida para frenar la migración de ilegal.

En todo caso, el primer ministro británico Keir Starmer y el presidente francés Emmanuel Macron han firmado en julio de 2025 un acuerdo de devolución de los migrantes ilegales que entren en Reino Unido o en Francia por el canal de la Mancha procedentes de uno u otro de los citados Estados.

¹¹³ Vid., el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, de 2 de julio de 2025 (Roj. ATS 6566/2025; ECLI:ES:TS:2025:6546A) señala respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional que “la sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, respecto a la concurrencia del interés casacional objetivo invocado en el escrito de preparación del recurso, singularmente en relación con el artículo 88.2.b), c) y 3.a) de la LJCA, dada la necesidad de reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión suscitada. En este sentido, la sentencia recurrida se remite a lo expresado en otra sentencia anterior del mismo tribunal *a quo* sobre la misma cuestión, concretamente la referida sentencia de 31 de marzo de 2022, dictada en el rollo de apelación 1047/2020”. Pues bien añade que “esta sentencia fue recurrida en casación en recurso tramitado con el nº 6187/2022, que fue admitido a trámite por auto de 30 de noviembre de 2022 y resuelto en sentido estimatorio por la STS nº 226/2024, de 9 de febrero, a la que el propio recurrente se refiere”. Asimismo, en esta sentencia, al examinarse la cuestión casacional rela-

tiva a la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, esta Sala declara lo siguiente: “(...) Así pues, dando respuesta a la cuestión casacional, debemos declarar que cuando la Administración tenga incertidumbre sobre si un extranjero que hubiese entrado irregularmente en España y se encontrara indocumentado es menor de edad, deberá ponerlo en cocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a determinar, recabando los servicios de las instituciones sanitarias, si procede el internamiento en un centro de protección de menores o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad, siendo el competente para valorar el informe emitido por los servicios sanitarios, cuya suficiencia, a los efectos de la decisión que deba adoptarse, deberá valorarse en cada caso (...)””. Es, por ello que, concluye “conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma norma, esta Sección de Admisión aprecia que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión: Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial establecida con ocasión de precisar si la determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en “Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados”, y más concretamente, si ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto, y si el informe médico de determinación de edad, que en su caso, se hubiera de emitir, ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener”.

Por su parte, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025 ha concretado que solo el 50% de los sometidos a exámenes son menores de edad. En 2024 se realizaron 7.562 diligencias preprocesales de determinación de la edad (DIP) a menores extranjeros no acompañados, 140 más que en 2023, en el que se duplicaron en número con respecto a 2022. De estas, 2.475 han resultado ser mayores, 3.825 eran menores “o existían posibilidades que lo fueran”; y, 1.280 han concluido sin resultado por abandono de los centros antes de poder practicarse las diligencias. En esta Memoria también se destaca que han aumentado año tras año la llegada menores extranjeros no acompañados. Como dato general, han disminuido las cifras de expedientes incoados respecto a 2023, así como los tiempos de resolución y la pendencia de expedientes. No obstante, se pone de manifiesto por la Fiscalía que aún las cifras que se manejan son importantes, por lo que el esfuerzo de todos los fiscales que se dedican a esta materia sigue siendo ingente. Así, en Las Palmas, en 2024 fueron incoados 790 expedientes (650 varones y 40 mujeres) un 25,5% menos que en 2023. No quedan expedientes por resolver de años anteriores. De los 790 expedientes incoados en 2024, se han resuelto un total de 538. De ellos 152 han resultado ser mayores de edad (145 varones y 7 mujeres) y 386 menores de edad (375 niños y 11 niñas). Por otro lado, se han dictado un total de 259 expedientes modificando decretos anteriores de otros años, concretamente se han modificado 5 decretos de expedientes de 2020; 5 decretos de expedientes de 2021; 36 decretos de expedientes de 2022; 167 decretos de expedientes de 2023 y 46 decretos de expedientes resueltos en 2024.

Respecto a los datos en Tenerife, la Fiscalía de la Comunidad Canaria ofrece los siguientes datos: durante el año 2024 se han incoado un total de 1.420 expedientes, de los cuales se han resuelto 439, se ha experimentado una reducción de mil expedientes. De los expedientes tramitados este año 2024 han resultado ser mayores 504 y 438 menores de edad, por otro lado, destacar que se han modificado un total de 182 expedientes de determinación de edad.

En fin, en 2024 llegaron 5.922 por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles, superando en 2023 (4.865) y en 2022 (2.375); y, según los datos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en 2024 se ha procedido a llevar a cabo 8 repatriaciones de menores extranjeros no acompañados. Los datos anteriores, sin embargo, no se corresponden con los reportados por los delegados, que solo se refieren a 4 expedientes, siendo dos de los que se materializaron, en Salamanca, relativos a menores rumanos que, conforme al Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados, no deben ser considerados en esa categoría. Por

parte del delegado de Teruel se comunica la tramitación de un expediente de repatriación y, por último, en Zaragoza, se intentó una repatriación en Diligencias Previas 1848/24 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza que no llegó a término. La diferencia entre los datos policiales sobre repatriaciones y los recogidos por los fiscales en sus memorias podría deberse al desfase temporal entre la fecha de incoación del expediente y la materialización efectiva de la repatriación. Por su parte, la delegada de Cuenca pone de relieve la imposibilidad de llevar a cabo ningún expediente de repatriación relativo a menores marroquíes por falta de contestación de las autoridades de su país.

¹¹⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, de 8 de febrero de 2024 (Roj. STS 796/2024; ECLI:ES:TS:2024:796) declara el Tribunal que en estos casos la Administración deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a determinar, recabando los servicios de las instituciones sanitarias, si procede el internamiento en un centro de protección de menores o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad, siendo el competente para valorar el informe emitido por los servicios sanitarios, cuya suficiencia, a los efectos de la decisión que deba adoptarse, deberá valorarse en cada caso. Si la decisión de comprobación se practica por la Administración, la decisión sería nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta; además, como se está en presencia de un trámite esencial, su omisión conlleva igualmente la nulidad radical del acto que se dicte.

¹¹⁵ En la actualidad, el 43% de los menores y ex tutelados con permisos de trabajo (8.204) no están empleados ni cotizan a la Seguridad Social.

¹¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5ª, de 17 de junio de 2024 (LA LEY 141583/2024) señala “como regla general, la Administración está obligada a responder a tales solicitudes, debidamente formuladas, basadas en la existencia de razones humanitarias, y, a conceder las autorizaciones de residencia temporal procedentes, siempre que las citadas razones se acrediten, en los términos requeridos por la legislación y la jurisprudencia aplicables. Ahora bien, excepcionalmente, la Administración ha de proceder a su concesión —incluso de oficio— en los supuestos expresamente previstos por la ley, cuáles son los de “las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad””.

Por su parte, PEY GONZÁLEZ, J.Mª. (2025). “Extranjería en transformación: claves jurídicas del nuevo Real Decreto 1155/2024”, *Diario LA LEY, número 10726, sección Opinión, de 20 de mayo*, p. 7 concluye que el “nuevo Reglamento de Extranjería constituye un avance normativo significativo en términos de coherencia estructural, seguridad jurídica y protección de derechos. No obstante, su despliegue efectivo dependerá de una correcta interpretación administrativa, dotación de medios y respeto a los principios de igualdad y no discriminación”. En este sentido, añade el autor “debe tenerse en cuenta varias organizaciones sociales han presentado recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra diversos preceptos del nuevo Reglamento, por considerar que imponen condiciones discriminatorias o contrarias a la normativa europea, en especial respecto al régimen de familiares de españoles y el acceso a la formación de menores extranjeros. Entre los aspectos impugnados figuran: la exigencia de visado, la denegación automática pro antecedentes y la exclusión de menores de la formación profesional por razón de la edad”.

¹¹⁷ Para un análisis del Real Decreto 1155/2025, vid., PEY GONZÁLEZ, J. Mª. (2025). “Entre retornos y excepciones: el nuevo marco de residencia del Real Decreto 1155/2024 en extranjería”, *Diario LA LEY, número 10762, sección Tribunal, de 11 de julio*, pp. 1-3. En todo caso, el autor concluye que “este Real Decreto consolida un avance técnico y jurídico en materia de extranjería, al armonizar dos regímenes complejos y, hasta ahora, deficientemente articulados. La nueva normativa no sólo mejora la seguridad jurídica, sino que responde de forma más eficaz a la diversidad de perfiles migratorios que integran el tejido laboral, académico y social español. La práctica jurídica deberá ahora adecuarse a esta nueva realidad, prestando especial atención al cumplimiento documental, a la correcta formalización de los

compromisos de retorno y a la defensa de los derechos de quienes, desde una posición de excepcionalidad o retorno, desean contribuir al desarrollo de España desde la legalidad”.

¹¹⁸ Los menores extranjeros acogidos por las Comunidades Autónomas son: 1. Canarias: 5.800; 2. Andalucía: 2615 (recibirá, en principios, 796 de Canarias); 3. Madrid: 2442 (recibirá en principio 606 de Canarias); Cataluña: 2.242; 5. País Vasco: 859; 6. Murcia: 619 (recibirá 190); 7. Islas Baleares: 573 (recibirá 58); 8. Comunidad Valenciana: 480 (recibirá 477); 9. Galicia: 273 (recibirá 326); 10. Castilla y León: 178 (recibirá 309); 11. Castilla-La Mancha: 139 (recibirá 291); 12. Extremadura: 126 (recibirá 151); 14. Cantabria: 22 (recibirá 170); y, 15. La Rioja: 15 (recibirá 154).

¹¹⁹ MONTERO HERNANZ, T. (2025). “Dudas y certezas sobre el Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias”, *Diario LA LEY, número 10719, sección Tribuna, de 9 de mayo*, pp. 1-8 lleva a cabo una crítica global de dicho Real Decreto y destaca “respecto a las dudas sobre la constitucionalidad de la norma ahora convalidada y a modo de resumen, merece destacarse la quiebra del presupuesto habilitante para la aprobación de un Decreto-Ley, como es la extraordinaria y urgente necesidad, la afectación al régimen de las Comunidades Autónomas, la afectación a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I Constitución Española, la invasión de competencias autonómicas exclusivas, la ausencia de título competencial, la afectación al principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas o la quiebra del principio de solidaridad interterritorial, por citar algunos ejemplos.

Sin embargo, la ausencia de lealtad institucional no es una cuestión que pueda ponerse en duda sino una certeza, una vez más, de la forma de proceder del Gobierno de la nación, negociando un pacto que afecta a competencias exclusivas de las Comunidades con un partido político que no forma parte de ningún gobierno autonómico y sin contar en ningún momento con aquéllas” (p. 1).

¹²⁰ RTC 43/2025; BOE, número 69, 21 de marzo de 2025.

¹²¹ BOE, número 173, de 23 de julio de 2025, pp. 98.087 a 98.095.

¹²² En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2024, figuraban inscritos un total de 16.041 (2.603 niñas/13.438 niños) cifra que supera con creces los datos de 2023 con 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección y frente a los 11.417 del año 2022. La mayoría de los menores inscritos en este Registro en el año 2024 al igual que en 2023 proceden de Marruecos (4.393), seguidos por Senegal (2.379), Mali (1.794) Ucrania (1.688), Argelia (1.449) y Gambia (1.471).

¹²³ BOE, número 206, de 27 de agosto de 2025, pp. 11.4844 a 11.4846.

¹²⁴ La Sala Tercera del Tribunal Supremo el 30 de septiembre de 2025 ha admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Govern balear contra el Real Decreto 743/2025, presentado el día 24 de septiembre de 2025, por la Abogacía de la Comunidad Autónoma, tras ser autorizado por el Consell de Govern. Este recurso se suma a otros dos recursos previos presentados por la Abogacía de Baleares y que ya han sido admitidos a trámite. Se trata del recurso presentado ante el Tribunal Constitucional contra el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, porque afecta las competencias y la autonomía financiera de la comunidad; y del recurso presentado ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 658/2025, de 22 de julio, que regula las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria. Asimismo, el Govern, a través de la Conselleria de Famílies, Bienestar Social y Atención a la Dependencia, también ha presentado alegaciones contra el procedimiento iniciado por el Estado para el traslado de los dos primeros menores extranjeros no acompañados, dentro del reparto impuesto por el Gobierno central.

Asimismo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha desestimado la petición formulada por Baleares de suspensión cautelarísima del Real Decreto 743/2025, de 26 de agosto al no apreciar la concurrencia de circunstancias de especial urgencia y ordena la tramitación del incidente cautelar por el procedimiento ordinario; por lo que, da un plazo de cinco días para formular alegaciones a la contraparte que, es la Administración del Estado.

¹²⁵ En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: 1) Los artículos 36 y 37, así como el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido que no se oponen a que un Estado miembro designe a terceros países como países de origen seguros mediante un acto legislativo, siempre que dicha designación pueda ser objeto de un control jurisdiccional en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos materiales de tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva, por parte de cualquier órgano jurisdiccional nacional que conozca de un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de protección internacional examinada en el marco del régimen especial aplicable a las solicitudes presentadas por los solicitantes procedentes de terceros países designados como países de origen seguros; 2) Los artículos 36 y 37, así como el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, deben interpretarse en el sentido que: 1. El Estado miembro que designa a un tercer país como país de origen seguro debe garantizar un acceso suficiente y adecuado a las fuentes de información, en el sentido del artículo 37, apartado 3, de dicha Directiva, en las que se basa esta designación, acceso que debe, por una parte, permitir al solicitante de protección internacional de que se trate, originario de ese tercer país, defender sus derechos en las mejores condiciones posibles y decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de someter el asunto al juez competente y, por otra parte, permitir a este último ejercer el control de una resolución relativa a la solicitud de protección internacional; 2. El órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de protección internacional examinada en el marco del régimen especial de examen aplicable a las solicitudes presentadas por los solicitantes procedentes de terceros países designados como países de origen seguros puede, cuando compruebe, aunque solo sea con carácter incidental, si esa designación cumple los requisitos materiales para tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva, tener en cuenta la información que él mismo haya recabado, siempre que, por una parte, se cerciore de la fiabilidad de dicha información y, por otra parte, se garantice a las partes del litigio el respeto del principio de contradicción; y, 3) El artículo 37 de la Directiva 2013/32, en relación con el anexo I de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido que se opone a que un Estado miembro designe como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales para tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva.

¹²⁶ DOUE, núm. 1351, de 22 de mayo de 2024, páginas 1 a 71.

¹²⁷ Para un análisis de los Reglamentos citados, vid., PEY GONZÁLEZ, J.M.^a. (2025). “El nuevo sistema europeo común de asilo: análisis técnico de la arquitectura jurídica del pacto de 2024”, *Diario LA LEY*, número 10780, sección Tribunal, 5 de septiembre, pp. 1-13. Al respecto señala que “el Reglamento 2024/1348 representa un hito en la consolidación de un sistema europeo coherente, garantista y eficaz en materia de asilo, proporcionando seguridad jurídica tanto a los solicitantes como a las autoridades nacionales. Su correcta implementación requerirá inversiones institucionales, voluntad política y respeto a los principios fundamentales de Derecho europeo e internacional”; con relación al Reglamento 2024/1349 dispone que: “completa el régimen de control migratorio de la Unión Europea en frontera, configurando un procedimiento de retorno ágil, uniforme y jurídicamente garantista. Su aplicación eficaz exige la coordinación normativa, financiera e institucional entre los distintos instrumentos del SECA y un riguroso control del respeto a los derechos fundamentales en todas sus fases”; en cuanto al Reglamento 2024/1350 indica que “estamos ante un instrumento legal de cooperación estructurada en materia de reasentamiento y admisión humanitaria, dotando de previsibilidad, transparencia y seguridad jurídica a las políticas europeas de protección internacional. Supone un hito para la proyección exterior de solidaridad europea, favoreciendo soluciones duraderas para las personas refugiadas y desplazadas en situación de especial vulnerabilidad”; y, en fin, para el citado autor el Reglamento 2024/1351 “inaugura una nueva

etapa del SECA, estableciendo un modelo de gobernanza migratoria solidario, previsible y jurídicamente vinculante, que equilibra los intereses estatales con los derechos de las personas solicitantes de protección. su efectividad dependerá de la aplicación coherente por los Estados miembros, con voluntad política y cooperación interinstitucional real” (pp. 12-13).

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 1 de agosto de 2025. Asunto C-97/2024 (LA LEY 217690/2025) niega que constituyera un supuesto de fuerza mayor que exonere de dar protección internacional el agotamiento temporal de las capacidades de alojamiento normalmente disponibles en el territorio de un Estado miembro, como consecuencia de la afluencia masiva de nacionales de terceros países tras la invasión de Ucrania. En consecuencia, los Estados miembros estarán obligados a proporcionar a los solicitantes de protección internacional condiciones materiales de acogida —alojamiento, alimentación y vestido, en especie o en forma de asignaciones financieras o de vales, o una combinación de todos estos mecanismo—, so pena de incurrir en un violación del Derecho de la Unión Europea, porque n caso de no ofrecer tal protección se entiende que el Estado rebasa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades”.

¹²⁸ La negrita en todo este apartado es nuestra.

1.3. Derechos reales

Las excepciones al principio de *salva rerum substantia* a través de la jurisprudencia

The exceptions to the principle of salva rerum substantia through case law

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria.*

RESUMEN: El principio de *salva rerum substantia*, guía del actuar del usufructuario, y contenido principal del derecho de usufructo, supone mucho más que guardar la cosa para devolverla tal y como se recibió. La obligación de guardar la forma y substancia implica en definitiva el reconocimiento del contenido típico del usufructo, la posesión, el uso y la obtención de los frutos de la cosa, sin que esta sufra menoscabo alguno. Pero, en determinados casos, el usufructuario debe hacer caso omiso de este principio cuando así lo disponga el nudo propietario o las especiales características del bien usufructuado lo exijan. Analizamos en este artículo cómo la jurisprudencia ha definido tal principio y las excepciones al mismo, fundamentalmente cuando se concede con facultad de disposición, y se establece sobre cosas consumibles. Todo ello para poner de relieve que, quizás, siendo el principio fundamental del derecho de usufructo en su origen romano, hoy, ya no debe ser considerado como la principal obligación del usufructuario que rige todas las demás.

ABSTRACT: *The principle of salva rerum substantia, which guides the conduct of the usufructuary and constitutes the core content of the right of usufruct, entails much more than merely preserving the property so as to return it in the condition in which it was received. Likewise, in certain cases, the usufructuary must disregard this principle when so instructed by the bare owner (nudo propietario) or when the specific characteristics of the usufructed asset so require. In this article, we examine how case law has shaped this principle, how it should be understood today, and what its exceptions ought to be. All of this serves to highlight that—although it was the fundamental principle of the right of usufruct in its Roman origins—it should perhaps no longer be regarded as the usufructuary's primary obligation governing all others.*

PALABRAS CLAVE: usufructo, *salva rerum substantia*, usufructo con facultad de disposición, cosas consumibles, cuasi usufructo.

KEYWORDS: *property, land register, registered public faith, suspension, heirs.*

SUMARIO: I. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE SALVA RERUM SUBSTANTIA.—II. USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN. II.1. CONCEPTOS GENERALES Y JUSTIFICACIÓN. II.2. LÍMITE A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: “EL CASO DE NECESIDAD”. II.3. EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y EL FIDEICOMISO DE RESIDUO.—III. EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE SALVA RERUM SUBSTANTIA

Podemos definir el usufructo como el derecho real limitado de goce en virtud del cual el propietario de bien —nudo propietario— cede a otra persona el uso —*ius utendi*— y el disfrute —*ius fruendi*— de ese bien. El concepto que ofrece el Código Civil español recoge la tradición existente de la consideración del derecho de usufructo desde el Derecho romano. De este modo, ya en el Digesto, Libro VII.1.1, se daba una definición del usufructo atribuida a Paulo, en iguales términos a los actuales: *Ius alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substantia*.

El uso y disfrute del usufructuario tiene su límite en la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa, para restituirla al nudo propietario, en el mismo estado en el que se le entregó, al terminar el plazo del usufructo

La obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa —el principio *salva rerum substantia*— (art. 467 CC), es una de sus características inherentes, que impide que el usufructuario lleve a cabo actos que supongan la alteración de la forma, lo que implica modificación de las condiciones de la cosa, por ejemplo, su destino o finalidad (STS 27 junio 1969), así como de la sustancia, lo que se concreta en la prohibición de consumir, deteriorar o destruir la cosa (STS 19 enero 1962) o, matizamos nosotros, enajenarla a favor de un tercero, lo que impediría su restitución al nudo propietario. Señala, igualmente, DÍEZ PICAZO¹, que este límite en el uso de la cosa es una idea meramente económica, que supone la prohibición de todos aquellos actos que produzcan una disminución de la potencia fructífera de la cosa, lo que, por el contrario, supone el deber de explotarla adecuadamente.

No se puede identificar como sinónimos la forma y la sustancia; y el usufructuario tiene la obligación de respetar ambas en su ejercicio. De este modo, no alterar la sustancia implica no modificar la naturaleza, la materia o la esencia de la cosa; es decir las condiciones esenciales objetivas que la identifican y diferencian de otras cosas. Por tanto, impide al “usufructuario consumirla, deteriorarla o destruirla total o parcialmente, siempre que su uso o explotación no exigiera ese tratamiento; incluso alcanzando la interdicción a aquellos actos que destruyeran o alterasen condiciones no sustanciales de la cosa cuando primordialmente se hayan tenido en cuenta al constituir el usufructo (STS 19 de enero 1962)”², tal y como afirma también LECIÑENA³.

El respeto a la forma de la cosa implica, desde luego, respetar sus condiciones externas, extrínsecas, que la identifican, y si, además, es una cosa productiva,

fructífera, supone respetar la función económica, el destino o finalidad que tal cosa tiene. Es discutido por la doctrina si basta para respetar la forma y su función económica actuar de tal manera que la cosa siga siendo productiva; es decir, si cabe o no cambiar el destino de la cosa, para respetar su productividad. Hay veces en que es necesario alterar el destino pactado para que la cosa siga cumpliendo su función productiva; por ejemplo, una finca rustica destinada al cultivo de cebada, que ya no genera frutos, puede alterarse el destino, arrancar la plantación y destinarla a pastos de ganado que generan unos ingresos⁴.

Como señala la doctrina⁵, el principio *salva rerum substantia*, más que una obligación, es un límite que se pone a las facultades del usufructuario, pues el usufructo consiste, más bien, en el derecho a usar y disfrutar⁶, y no tanto en el deber de conservar⁷. En consecuencia, su contravención no sería tanto el incumplimiento de una obligación personal, cuanto la violación del derecho del propietario⁸. No obstante, cuando el usufructuario incumpliera esa obligación y traspasara ese límite, la consecuencia prevista para su incumplimiento la recoge el art. 520 CC, estableciendo que, si el mal uso o abuso del uso de la cosa perjudicara al propietario, este podrá pedir que se le entregue la cosa, obligándole a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma. Se trata de una sanción que, como tal, debe interpretarse restrictivamente, y no cabe por tanto aplicarla en supuestos leves de deficiente administración, o error (SSTS 16 mayo 1906, 21 noviembre 1973); no puede olvidarse que el mal uso de la cosa usufrutuada no extingue el usufructo.

Este principio que define el propio usufructo, proveniente de la tradición romana, como ya hemos dicho, se separa, sin embargo, de ella en el derecho español. En efecto, nuestro Código Civil añade una última frase en el art. 467, afirmando que el usufructuario deberá mantener la forma y sustancia de la cosa usufrutuada, “a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. Es decir, el límite en el uso y disfrute de la cosa, que al principio era esencial en el concepto de usufructo, es de carácter dispositivo, y puede prescindirse del mismo. Esta novedad solo se explica para poder hacer compatible el usufructo tradicional con las figuras especiales que recoge nuestro código que contradicen dicha obligación: el usufructo de cosa consumible (art. 482 CC) y el usufructo con facultad de disposición (1255 CC)⁹.

Es decir, si la ley o las partes así lo establecen, puede constituirse un usufructo sin dicha obligación o límite al usufructo, lo que da lugar a unos tipos de usufructos especiales, como son el usufructo de bienes consumibles y deteriorables, o el usufructo con facultad de disposición de la cosa. En ambos casos, el usufructuario no debe respetar el límite de conservar su forma y sustancia, pues puede consumir o enajenar la cosa usufrutuada.

Los analizamos a continuación.

II. USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN

II.1. CONCEPTOS GENERALES Y JUSTIFICACIÓN

Como acabamos de explicar, es posible que se establezca un usufructo en el que se permita al usufructuario disponer o enajenar a favor de un tercero la cosa dada en usufructo.

Se trata de un tipo especial de usufructo, admitido por la Ley, en el que la facultad de disposición no contradice la propia naturaleza del usufructo pues, como ya hemos dicho, lo característico de este derecho es el derecho a disfrutar bienes ajenos y no tanto la obligación de conservar la cosa, que pasa a convertirse en una obligación accesoria, que no es de esencia del usufructo. En este sentido, la STS 3 febrero 1999 subraya la importancia del derecho al goce en el usufructo en detrimento del deber de conservación. La STS 3 marzo 2000 afirma, igualmente, que este usufructo es un verdadero derecho real de usufructo, que “no supone la adquisición, ni siquiera temporal, del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo. Se añade al *ius fruendi* un *ius disponendi*, pero, como resalta mejor la doctrina, este simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo no implica que el usufructo deje de ser lo que es, un *ius in re aliena* que grava los bienes que pertenecen en nuda propiedad a otra persona”.

Existe mucha jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica —DGFPJS—, que admite la posibilidad del usufructo con facultad de disposición. Lo configuran como “una figura jurídica borrosa, discutida y discutible que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que, si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso” (STS 3 marzo de 2000). En este sentido, y admitiendo la posibilidad de este usufructo, encontramos entre otras, las siguientes sentencias: SSTs 9 junio 1948; 28 mayo 1954; 24 febrero 1959, 19 enero 1962; 9 diciembre 1970; 14 octubre y 23 noviembre 1971, 9 octubre 1986; 4 mayo 1987; 2 julio 1991; 9 marzo 2000 6 abril 2006; y las resoluciones DGRN 23 julio 1905; 29 noviembre 1911; 9 marzo 1942, 8 febrero 1950 y 8 diciembre 1959.

Este tipo especial de usufructo se justifica, tal y como dice LACRUZ BERDEJO¹⁰, cuando la función económico-social a que atiende el usufructo no puede cumplirse, porque los frutos o rendimientos que obtiene el usufructuario “no alcanzan a proporcionar al favorecido, medios de vida acordes con su necesidad o rango”. En estos casos, el constituyente del usufructo autoriza al usufructuario a enajenar el bien usufructado, para poder hacer frente a sus necesidades.

También puede constituirse este usufructo para conseguir un fin concreto y determinado; en este caso, sólo será posible su ejercicio cuando concurran esas circunstancias previstas, desapareciendo dicha facultad una vez conseguido el propósito.

En cualquier caso, aunque se añada una cláusula que deje a la conciencia del usufructuario el ejercicio de tal facultad de disponer, esto no valida por sí mismo el ejercicio de esta facultad, sino que siempre debe ir acompañada de una necesidad real, que es la verdadera justificación de la disposición (STS 9 octubre 1986, 4 mayo 1987 y 2 julio 1991, 3 marzo de 2000). Afirma esta última sentencia que la situación de necesidad es ineludible, y que, aunque la apreciación de esta se deja “a su conciencia”, “a su juicio” —del usufructuario—, hay que probarla y es “ineludible”, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no existiera la

exigencia de la necesidad. “Esta es una restricción o limitación ineluctable (SSTS 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991).”¹¹

El usufructo con facultad de disponer se puede constituir *inter vivos*: una persona dona unos bienes, reservándose el usufructo con facultad de disponer de los mismos; o bien *mortis causa*, por vía testamentaria, cuando se instituye un heredero usufructuario, que puede disponer de los bienes hereditarios.

De estas dos modalidades, es mucho más frecuente el usufructo con facultad de disponer testamentario. La posibilidad de su constitución *inter vivos*, pero en un negocio de carácter oneroso, es rechazada por la doctrina porque “nadie puede ser árbitro del cumplimiento de sus propias obligaciones”¹².

II.2. LÍMITE A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: “EL CASO DE NECESIDAD”

Como ha quedado explicado en su justificación, normalmente se concede la facultad de disposición de los bienes cuando el usufructuario necesita enajenarlos para satisfacer sus necesidades vitales, es lo que se llama “en caso de necesidad”. Sólo se faculta a enajenar los bienes cuando exista una verdadera necesidad, constituyéndose ésta, por tanto, en el límite para ejercitar tal facultad.

Se trata de un verdadero límite y no de una condición de ejercicio de la facultad, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, en STS 9 octubre 1986, que afirma que el límite a la disposición es el abuso del usufructuario en su ejercicio; confirman esta misma idea las SSTS 4 mayo 1987 y 2 julio 1991.

El problema que se plantea es ahora de interpretar cuándo existe “necesidad”; es decir, qué se entiende por caso de necesidad, pues todo lo que no lo sea producirá la ineficacia del negocio dispositivo, al ser aquella, límite de la disposición.

La STS 9 marzo 2000 da un concepto de la “necesidad”, pues, considera que este tipo de usufructo está supeditado a “estado de necesidad —absoluta, mayor o menor y de justificación obligada o no— que siempre hace referencia a insuficiencia de medios propios y remedio en los de ajena pertenencia, con la consecuencia de que sólo lo dispuesto que exceda del patrimonio del necesitado puede imputarse al capital usufructado enriquecido con una facultad de disposición en tales casos”.

Hay veces que “la necesidad” puede ser apreciada y probada efectivamente, bien por determinadas personas, o bien por el hecho claro de que se han gastado previamente todos los recursos del usufructuario. En estos casos no hay duda de la efectividad de la disposición, a pesar de que el Tribunal Supremo considera que no es necesaria una prueba específica de ésta. Otras veces, las cláusulas del usufructo remiten a “la apreciación de la necesidad a la conciencia del propio usufructuario” y, en estos casos, el Tribunal ha manifestado que no se puede actuar como si no existiera la exigencia de la necesidad, pues ésta debe ser entendida como “una restricción o limitación ineluctable” (SSTS 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991, 3 marzo 2000 y 6 abril 2006). En concreto, la STS 2 julio 1991, dice que “Ciertamente cuando al usufructuario se le otorgan facultades de disposición de los bienes para caso de necesidad libremente apreciada por él se le está imponiendo una limitación que ha de respetar, consistente en que exista la necesidad, y de ahí que los llamados por el testador a su herencia en cuanto a los bienes

que quedaron a la extinción del usufructo poseen legitimación, en defensa de sus derecho, para solicitar que se declaren nulas las enajenaciones que el usufructuario haga en fraude de sus derechos o simuladamente”.

Se podrá, por tanto, impugnar el negocio dispositivo que se realice de mala fe o simulando una necesidad inexistente (SSTS 3 julio 1957 y 24 febrero 1954, 2 julio 1991, 3 marzo 2000, 6 abril 2006). En concreto, la STS 3 marzo de 2000 señala que “la jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7CC) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios”. Y, entonces, corresponderá probar la falta de necesidad a quien alegue la conducta abusiva, —que son, normalmente, los nudos propietarios—, como hecho constitutivo de la acción por la que se pretenda dejar sin efecto el negocio dispositivo (SSTS 9 octubre 1986, 23 noviembre 1971 y 4 mayo 1987, 3 marzo 200 y 6 abril 2006). Esto es así, como corrobora la STS 9 octubre 1985, “porque además de otro modo supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle” (doctrina repetida por las SSTS 3 marzo 2000 y 6 abril 2006). Sobre si la disposición supone un ejercicio abusivo del derecho, una simulación, o una “simple” extralimitación en las facultades del usufructuario, la doctrina ha mantenido posturas diversas¹³, ha generado polémica, y nos inclinamos por mantener que más bien se trata de un ejercicio extralimitado de la facultad de disposición, como sostiene Leciñena¹⁴, pues un abuso de derecho implica falta de confianza que es, precisamente, en la que se fundamenta la relación entre el nudo propietario y el usufructuario.

Por otra parte, hay que decir que la facultad de disposición se debe interpretar siempre restrictivamente, y solo puede ejercitarla aquel a quien se haya concedido, y en los términos que se establecieron. La extralimitación o contravención de sus condicionantes, podrá dar lugar, asimismo, a la impugnación del negocio.

II.3. EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Cuando la facultad de disponer se conceda de forma amplia, incluso ilimitada, sin establecer límites o condiciones el usufructo con facultad de disponer (*mortis causa*) se asemeja mucho al fideicomiso de residuo. Institución en virtud de la cual el testador designa heredero y dispone que los bienes de que no haya dispuesto el heredero pasen a su muerte a otro sucesor, el fideicomisario. No existe, por tanto, la obligación de conservar típica de la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario conserva los bienes hasta su transmisión al heredero.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina de la DGRN, se ha preocupado de recordar que “no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un *ius in re aliena*, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer *mortis causa*, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas

de modo inmediato las facultades integrantes del dominio” (STS 9 octubre 1986), y en el mismo sentido SSTs 9 diciembre 1970 y RDGRN 8 enero 1957, 9 octubre y 2 diciembre 1986.

III. EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES

Tampoco se respeta el principio del *salva rerum substantia* cuando el usufructo recae sobre bienes consumibles. Con base en el art. 482 CC, nada obsta para que un usufructo se establezca sobre cosas consumibles.

Aunque discutido, entendemos que este usufructo se establece sobre cosas consumibles e improductivas. En este caso, el uso de estas va a impedir por su propia naturaleza que se conserven para devolverlas al nudo propietario, y hace inútil el principio de *salva rerum substantia*. Cuando esto ocurra, el art. 482 CC nos dice que el usufructuario podrá servirse de ellas, consumirlas, con la obligación de pagar su avalúo al finalizar el usufructo y, si este no se hubiese estimado, restituirá con una cosa de igual cantidad o calidad o, en su defecto, el precio corriente que tenga al finalizar el usufructo. Este precepto tiene su origen y fundamento en el hecho de que muchas veces se establecía un usufructo sobre un patrimonio entero en el que hay bienes de muy diversa naturaleza, muebles, inmuebles, fructíferos, consumibles o no, fungibles, etc. Era necesario establecer y permitir que el derecho de usufructo alcanzara a todos los bienes parte del patrimonio y, por lo tanto, también, a los consumibles, si bien con ciertas peculiaridades que recoge este artículo.

En este caso estamos hablando del usufructo impropio o cuasi usufructo, que se denomina así por lo especial del objeto sobre el que recae y el hecho de no devolver la misma cosa usufrutuada, tal y como establece el art. 467CC.

Su naturaleza jurídica es discutida. Inicialmente, se entendió que el usufructo de cosas consumibles era un préstamo, en concreto un mutuo. Sin embargo, esta tesis ya está superada, y las evidentes diferencias entre ambas figuras, tal y como manifiesta MEDINA ALCOZ¹⁵, ponen de relieve lo inoportuno de su asimilación. Estas diferencias, y como comenta la autora citada, son que el usufructo puede establecerse por testamento y el mutuo no, en el usufructo debe establecerse inventario y fianza y no así en el mutuo; en el usufructo debe restituirse la misma cosa si no se consumió, pero su tanto equivalente si se hizo, mientras que en el mutuo siempre debe devolverse la cosa exacta, y si no hubo plazo, puede reclamarse por el acreedor en cualquier momento¹⁶.

No obstante, la discusión más reciente es sobre si este usufructo es un verdadero derecho real en cosa ajena o, por el contrario, supone la transmisión de la propiedad de la cosa consumible. Entendemos, como gran parte de la doctrina¹⁷, que esta modalidad es un verdadero usufructo, y el usufructuario sigue siéndolo, ejerce su facultad de uso y disfrute, solo que, al recaer sobre una cosa consumible, esta implica su consumo y desaparición, siendo justamente esa la única forma de usarla (*ius utendi*). La cosa objeto de usufructo solo puede usarse, consumiéndose. Al tratarse de bienes no productivos, la única forma de uso que cabe, conforme a su destino, es precisamente su destrucción o consumición, dando así cumplimiento a la facultad principal del usufructo. Por lo tanto, se constituye un

verdadero derecho real de goce en cosa ajena¹⁸, cuyo goce puede consistir en su consumo, y mientras la cosa exista, existe el derecho real. La propiedad no se pierde al entregar la cosa al cuasiusufructuario, solo la perderá el nudo propietario cuando la cosa se haya consumido o confundido, en ese momento, nace la obligación del 482 CC de devolver otro tanto, porque se perdió la propiedad¹⁹.

Nos apartamos de aquella otra postura doctrinal²⁰ que entiende que, en realidad, no se trata de un verdadero usufructo, sino que cuando se constituye (hay que hacerlo expresamente), y se entrega la cosa al “usufructuario”, se le está transmitiendo la propiedad. Entonces, como propietario que es, tiene la facultad de destruirla, consumirla, (*ius abutendi*), y queda como simple deudor del “nudo propietario”, acreedor que solo puede reclamar su valor (el ya establecido u otro tanto o precio calculado en ese momento), y no la cosa misma²¹. El nudo propietario deja de serlo y se convierte en un simple acreedor, titular de un derecho de crédito por del valor de la cosa, frente al cuasi usufructuario. Como afirma MEDINA ALCOZ, en este caso, “La adquisición de la propiedad por el usufructuario está limitada económicamente (no jurídicamente) por la obligación de restituir el “tantundem eiusdem generis et qualitatis” o su valor.”²²

Las diferencias entre una tesis y otra tienen importantes efectos prácticos, en cuanto a la posibilidad de reivindicación y los riesgos de pérdida de la cosa, y la restitución de esta. De este modo, la consideración del cuasi usufructo como verdadero usufructo, por ejemplo, en cuanto a la asunción de los riesgos por pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor; desde la perspectiva que se defiende, la asumirá el nudo propietario porque sigue siéndolo; lo mismo en cuanto a la posibilidad de reivindicar la cosa, que solo podrá hacerlo el nudo propietario, pues la propiedad de la cosa usufrutuada le pertenece. La restitución de la cosa se produce *ex lege* por extinción del usufructo, y no como pago de la obligación de devolverla, esto significa que, como dice la SAP Vigo de 29 junio 2016, si permanece parte de la cosa usufrutuada (vgr. dinero no consumido), los herederos del cuasiusufructuario están obligados a devolverlo al nudo propietario, pues este sigue siéndolo (ex art. 522 CC).

En conclusión, y como ya hemos dicho, creemos que el cuasi usufructuario, en tanto que la cosa no es consumida, es un verdadero usufructuario. La interpretación sistemática del tenor del 482 CC con el 467 CC, permite entender que este puede/debe devolver la cosa sobre la que se estableció el usufructo si es que permanece, por las facultades que sobre ella tiene el nudo propietario. Y si la cosa no se hubiera consumido del todo, sigue obligado a devolver aquella, sin que sea posible entregar otra distinta. Solo en el caso de que la cosa se hubiera consumido, entraría la especialidad del 482 CC. Se trata, por tanto, de un verdadero derecho real en cosa ajena.

Como tal, se aplicarán las normas del usufructo como la necesidad de hacer inventario y prestar fianza, aunque, claramente, no serán de aplicación todas las relativas al cuidado de la cosa, restitución de la misma en el mismo estado (arts. 467, 497, 502, 511, 522, entre otros), y desde luego, no existirá como límite el principio de *salva rerum substantia*²³.

Las especialidades de este tipo de usufructo, la importancia práctica de clarificar su naturaleza, y la cada vez mas frecuente constitución de usufructo sobre dinero, normalmente depositado en una entidad bancaria y en instrumentos financieros complejos, como carteras de valores o fondos de inversión, hace que

sea conveniente una revisión y regulación concreta de esta figura²⁴. Es una nueva modalidad de usufructo, actual, que debe revisarse y regularse de forma expresa, tal y como pone de relieve MEDINA ALCOZ²⁵ en su reciente trabajo ya citado, y con la que coincidimos plenamente.

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de usufructo es un derecho real limitado en cosa ajena de goce, que otorga a su titular el uso o goce de la cosa —*ius utendi*— y el disfrute —*ius fruendi*— de aquella, con la obligación de conservar su forma y substancia.

II. Esa obligación de conservar la forma y substancia se constituye en un límite natural del propio derecho que se conoce como el principio de *salva rerum substantia*, de origen romano y que recogió nuestro Código Civil, si bien permitiendo varias excepciones para justificar la existencia de dos especiales derechos de usufructo que escapan a ese límite.

III. Estos derechos de usufructo especiales son: el derecho de usufructo con facultad de disposición y el derecho de usufructo sobre cosas consumibles.

IV. Con respecto al primero, hay que señalar que procede cuando la voluntad del nudo propietario así lo ha dispuesto. La finalidad es proporcionar la subsistencia del propio usufructuario, pues se entiende que, con los frutos de la cosa, no consigue hacerlo. Solo mediante la venta de la cosa usufrutuada puede sobrevivir, por lo tanto, solo procede en caso de necesidad. Esa disposición implica, por supuesto, que no se pueda devolver la cosa y, en consecuencia, se vulnera el principio de *salva rerum*.

V. La situación de necesidad que justifica el usufructo con facultad de disposición es ineludible y, aunque la apreciación de esta se deja “a la conciencia” del usufructuario, hay que probarla siempre. No puede operarse como si no existiera la exigencia de la necesidad. Se podrá, por tanto, impugnar el negocio dispositivo que se realice de mala fe o simulando una necesidad inexistente.

VI. Cuando la facultad de disponer se conceda de forma amplia, incluso ilimitada, sin establecer límites o condiciones a la misma, el usufructo con facultad de disponer (*mortis causa*) se asemeja mucho al fideicomiso de residuo. Sin embargo, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina de la DGRN, se ha preocupado de recordar que “no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un *ius in re aliena*, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer *mortis causa*”.

VII. Por otra parte, el usufructo de cosas consumibles, en concreto el usufructo de dinero o cuasi usufructo, es una de las figuras que más uso pueden tener el día de hoy, constituyendo un usufructo útil y práctico, cuya regulación específica y supervisión debería revisarse.

VIII. La naturaleza del usufructo de cosas consumibles ha sido discutida. No puede asimilarse a un préstamo mutuo por las diferencias entre ellos, a saber, puede establecerse por testamento y el mutuo no, en el usufructo debe establecerse inventario y fianza y no así en el mutuo; en el usufructo debe restituirse la misma cosa si no se consumió, pero su tanto equivalente si se hizo.

IX. Tampoco es un supuesto en el que se transmita la propiedad de la cosa al cuasiusufructuario con su entrega, quedando el nudo propietario como un simple acreedor, titular de un derecho de crédito frente al usufructuario por el valor de la cosa. Al revés, el usufructuario sigue siéndolo, la nuda propiedad permanece, y de hecho, si permaneciera parte de la cosa, estaría obligado a devolverla.

X. Entendemos que se trata de un verdadero derecho real en cosa ajena; es un verdadero usufructo, con propias especialidades, en el que la propiedad de la cosa sigue perteneciendo al nudo propietario hasta que la cosa se consuma o se confunda. Por eso, el nudo propietario asume el riesgo de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, puede reivindicarla y, extinguido el usufructo por la muerte del cuasiusufructuario, y permaneciendo todavía en parte la cosa usufructuada, los herederos de aquel están obligados a devolverla *ex lege*.

XI. En definitiva, se tratan de dos grandes excepciones al principio *de salva rerum substantia*, pero que, no por el hecho de ser excepciones, son residuales o carecen de importancia. Defendemos desde estas líneas su relevancia práctica, y la cada vez mayor normalidad en el tráfico jurídico.

XII. Ello nos lleva a demandar una especial atención a estas figuras, una mayor regulación para evitar problemas, y sobre todo y, en definitiva, a dar por superado el límite que el principio *de salva rerum substantia* supone para el usufructuario.

V. ÍNDICE RESOLUCIONES

Tribunal Supremo (TS)

- STS 16 mayo 1906
- STS 9 junio 1948
- STS 24 febrero 1954
- STS 28 mayo 1954
- STS 3 julio 1957
- STS 24 febrero 1959
- STS 19 enero 1962
- STS 27 junio 1969
- STS 9 diciembre 1970
- STS 14 octubre 1971
- STS 23 noviembre 1971
- STS 21 noviembre 1973
- STS 9 octubre 1985
- STS 4 mayo 1987
- STS 2 julio 1991
- STS 3 febrero 1999
- STS 3 marzo 2000
- STS 9 marzo 2000
- STS 6 abril 2006

Audiencia Provincial

- SAP Pontevedra, 29 junio 2016.

Dirección General de los registros y del Notariado (DGRN)

- RDGRN 23 julio 1905
- RDGRN 29 noviembre 1911
- RDGRN 9 marzo 1942
- RDGRN 8 febrero 1950
- RDGRN 8 enero 1957
- RDGRN 8 diciembre 1959
- RDGRN 9 octubre 1986
- RDGRN 2 diciembre 1986

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1991). *Curso de Derecho civil*, t. III, vol. 2º. Madrid: Bosch.
- ALBALADEJO, M. (2007). El cuasiusufructo. *Actualidad Civil*, nº 15, pp. 1-5.
- CLEMENTE MEORO, M. (2013). Comentario al artículo 482 CC. En: Bercovitz Rodríguez Cano, R. *Comentarios al Código Civil*, t. III. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 3890-3900).
- DE VERDA, J.R. (2001). Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 3 de marzo de 2000. *Revista de Derecho Privado*, pp. 1011-1031.
- DIEZ PICAZO, L. L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*, vol. III. Madrid: Tecnos
- DORAL, J.A. (1992). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 1. Madrid: Edersa.
- TORRELLES TORREA, E. (2000). *El usufructo de cosas consumibles*. Madrid: Marcial Pons.
- GETE ALONSO, C. (1979). *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch.
- JORDANO BAREA, F. (1948). El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena. *ADC*, 3, pp. 980-1023.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001). *Elementos de Derecho civil III*, vol.2º. Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., et AL. (2004). *Elementos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2º. Madrid: Dykinson.
- LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). Excepciones a la regla *salva rerum substantia* en el marco del artículo 467 CC. En: Leciñena Asurmendi, A. (dir.) *Tratado de Usufructo*, La Ley, (pp.1-47).
- LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). La obligación de conservar la forma y sustancia. En: Leciñena Asurmendi, A. (dir.) *Tratado de Usufructo*. La Ley, (pp.1-22).
- MALUQUER DE MONTES, C.J. (1991). *Comentarios al Código Civil*, t.1. Madrid: Ministerio de Justicia.
- MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles o cuasi usufructo. *Revista Boliviana de Derecho*, nº 38, julio, pp. 196-225.
- PUIG BRUTAU, J. (1953). *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III. Madrid: Bosch.

NOTAS

¹ DIEZ PICAZO, L. L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*, vol. III. Tecnos: Madrid.

² En este sentido, véase las SSTs 22 febrero 1988; 27 enero 1993 y 28 noviembre 2000).

³ LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). Excepciones a la regla *salva rerum substantia* en el marco del artículo 467 CC. En Leciñena Asurmendi, A. (dir.) *Tratado de Usufructo*, La Ley, p. 5.

⁴ Es la opinión que defiende Leciñena, al afirmar que “sería admisible la modificación del destino tanto cuando la forma de aprovechamiento o explotación ha dejado de ser viable por modificación de las circunstancias, como cuando aun siéndolo existan otras formas que permitan, en el marco de una apreciación social corriente, un empleo más productivo del bien como vía para optimizar el disfrute del usufructuario. Comparto la opinión de quienes afirman que hay que dar a la posición del usufructuario una amplia libertad que le permita, observando el papel y la función que el bien desempeña, variar por medio de la mejora aquel propio bien a fin de obtener un mayor rendimiento productivo. Manteniendo la idoneidad productiva de la cosa entiendo que se respeta el interés del propietario, aun incluso cuando el aprovechamiento actual no coincida con la utilización de la cosa por parte del anterior titular del disfrute.” LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). Excepciones a la regla..., ob. cit., p.6.

⁵ Véase: DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*, vol. III. Madrid: Tecnos; ALBALADEJO, M. (1991). M. (1991). *Curso de Derecho civil*, t. III, vol. 2º. Madrid: Bosch; JORDANO BAREA, F. (1948). El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena. *ADC*, 3, pp. 980-1023.

⁶ En contra, considerando que se trata de una limitación contingente y accesorio, reflejo de una obligación más del usufructuario, que se integra en el ius cogens del derecho (STS 27 enero 1993), encontramos a LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). Excepciones a la regla..., ob. cit., p. 2.

⁷ Si bien es cierto que entre las obligaciones del usufructuario está la de cuidar las cosas dadas con la diligencia de un buen padre de familia (art. 497 CC) y custodiarla hasta su entrega al nudo propietario. Todo ello deriva en la necesidad de que el usufructuario tenga a su cargo las reparaciones ordinarias de la cosa y la defensa de su posesión frente a terceros.

⁸ DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*, ob. cit.

⁹ LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). Excepciones a la regla..., ob. cit

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001), *Elementos de Derecho civil III*, vol.2º. Madrid: Dykinson, p. 70.

¹¹ Comentario a esta sentencia en DE VERDA, J.R. (2001). Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 3 de marzo de 2000. *Revista de Derecho Privado*, pp. 1011-1031.

¹² LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001). *Elementos de Derecho civil*, ob. cit., p. 71.

¹³ Véanse las posturas y autores implicados en LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). La obligación de conservar la forma y sustancia. En: Leciñena Asurmendi, A. (dir) *Tratado de Usufructo*, La Ley, (pp.1-22).

¹⁴ LECIÑENA ASURMENDI, A. (2016). La obligación de conservar la forma y sustancia, ob. cit.

¹⁵ MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles o cuasi usufructo. *Revista Boliviana de Derecho*, nº 38, julio, p. 209. (pp. 196-225)

¹⁶ También pone de manifiesto las diferencias entre el mutuo y el cuasi usufructo, la SAP Pontevedra 29 junio 2016: “el mutuo es un contrato real del que dimana un derecho personal y el usufructo es un derecho real de donde el usufructuario tiene acción “erga omnes” para

pedir la restitución de la cosa; el mutuo no se extingue por la muerte del mutuuario, en tanto la muerte del usufructuario extingue el derecho real”.

¹⁷ Véase: JORDANO BAREA, F. (1948). El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena. *ADC*, 3, 980 y ss.; DORAL, J.A. (1992). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 1. Madrid: Edersa; TORRELLES TORREA, E. (2000). *El usufructo de cosas consumibles*. Madrid: Marcial Pons; Díez Pícazo, L y Gullón Ballesteros, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*, ob. cit.; LACRUZ BERDEJO, J.L. SANCHEZ REBULLIDA, F., et. AL. (2004). *Elementos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2º. Madrid: Dykinson; CLEMENTE MEORO, M. (2013). Comentario al artículo 482 CC. En: Bercovitz Rodríguez Cano, R. (dir) *Comentarios al Código Civil*, t. III. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 3890–3900).

¹⁸ En este sentido lo manifiesta la SAP Pontevedra, 29 junio 2016, diciendo que el usufructo de cosa consumible es un “ius in re aliena”, de forma que la entrega de la cosa al nudo propietario no es en virtud de pago (art. 1156 CC), sino restitución (automática y “ex lege”) consecuente de la extinción del derecho real de usufructo. Afirma que “el hijo nudo propietario tiene derecho a que la extinción del usufructo por muerte de su madre usufructuaria produzca la plenitud de sus efectos, lo que significa que tiene derecho a que le sea entregada la parte de dinero que la madre mantuvo en usufructo hasta su fallecimiento y a reclamarlo así de quien le sucede en la titularidad de derechos y obligaciones como heredera universal que es”.

¹⁹ En este sentido, se manifiesta LACRUZ BERDEJO: “[...] la propiedad de las cosas consumibles no pasa inmediatamente al cuasiusufructuario porque el acto de constitución del usufructo y la entrega de tales cosas por este concepto no es título suficiente para que se transfiera la propiedad de las mismas”; [...] las cosas consumibles dadas en usufructo [...] se reciben en goce y se tienen como cosa ajena mientras no sean consumidas físicamente, o enajenadas, o pierdan su individualidad al mezclarse o confundirse con otras del usufructuario y hacerse irreivindicables”. LACRUZ BERDEJO, J.L. y Otros. (2001): *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2º, ob cit., pp. 54-55. En el mismo sentido GETE ALONSO, C. (1979). *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, p. 362.

²⁰ PUIG BRUTAU, J. (1953). *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III. Madrid: Bosch; ALBALADEJO, M. (1991). *Curso de Derecho civil*, t. III, vol. 2º. Madrid: Bosch y (2007). El cuasiusufructo. *Actualidad Civil*, nº 15, pp. 1-5 y MALUQUER DE MONTES, C.J. (1991). *Comentarios al Código Civil*, t. I. Madrid: Ministerio de Justicia.

²¹ En este sentido, ALBALADEJO M. (2007). El cuasiusufructo. *Actualidad Civil*, ob. cit. p.4, entiende que dos son las razones para defender la tesis de que el cuasiusufructo no es un derecho real en cosa ajena sino que se transmite un verdadero derecho de propiedad al usufructuario: 1) El tenor del 482 CC conduce a interpretar que si la cosa no se consume (puede ocurrir pues es facultad del usufructuario no usarla), no debe devolver esta al terminar el usufructo, sino su valor cuando así se hubiese estimado, pues es lo que se afirma en el artículo: “el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas”. No da la opción de devolver la misma cosa, sino solo su valor; luego no se trata de un verdadero usufructuario. 2) Y, en segundo lugar, si la cosa se hubiese estimado o valorado, se faculta al usufructuario a devolver otra cosa de igual calidad, su precio, o —y esto no lo dice el artículo— se sobreentiende que la misma cosa. El “nudo propietario” queda muy disminuido pues no tiene poder de decidir que se le devuelva la misma cosa, sino que quién decide es el cuasi usufructuario. Estas razones conducen a Albaladejo a afirma que “A mí me parece que quien se halla en el caso, como el constituyente, de tener que aceptar cualquiera de esas soluciones, estén o no en poder del cuasi usufructuario las cosas, que este recibió, se halla muy lejos de que su situación pueda llamarse de nudo propietario de esas cosas lo mismo que francamente es poquísimo decir que el cuasi usufructuario sólo tiene un derecho real en cosa ajena. Yo pienso que el llamado cuasi usufructuario es, desde que le entregaron las cosas, dueño de las mismas y puede hacer con ellas lo que quiera, y el concedente del cuasiusufructo es un simple

acreedor de lo que aquél elija hacer; bien sea la devolución de lo que recibió, bien sea el darle otro tanto de lo mismo, bien sea darle su precio.”

²² MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza... ob. cit., p. 210.

²³ MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza... ob. cit., pp. 217-218.

²⁴ Como ya han hecho el legislador catalán y aragonés con el usufructo de participaciones en fondos de inversión regulado por el Derecho catalán (art. 561-34 CCCat) y por el Derecho aragonés (art. 300 CDFA).

²⁵ MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza... ob. cit.

1.5. Obligaciones y contratos

Cláusulas de paridad en los contratos de intermediación electrónica para alojamientos turísticos*

Parity clauses in electronic intermediation contracts for tourist accommodation

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Titular acreditada de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: El recurso a las cláusulas de paridad, tanto de carácter amplio como restringido, se ha ido consolidando en la práctica en los contratos interempresariales entre los proveedores del alojamiento (fundamentalmente hotelero) y las plataformas digitales en las que se ofrece y promociona su contratación (como es el caso de Booking).

En este trabajo se pretende analizar el estado de la cuestión en la regulación y el control de estas cláusulas de paridad, con especial atención a lo indicado por el TJUE en su sentencia de 19 de septiembre de 2024.

ABSTRACT: *The use of parity clauses, both broad and restricted, has become established in practice in inter-company contracts between accommodation providers (mainly hotels) and digital platforms on which their services are offered and promoted (such as Booking).*

This paper aims to analyse the current state of affairs in the regulation and control of these parity clauses, with particular attention to the CJEU's judgment of 19 September 2024.

* Trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación «Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de servicios digitales con consumidores (II): aplicación al arrendamiento y la vivienda», refer. PID2024-157278OB-I00, financiado por MICIU /AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE, cuyos investigadores principales son el Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente y la Prof. Dra. Beatriz Sáenz de Jubera Higuero.

PALABRAS CLAVE: Acuerdos verticales, alojamiento turístico, cláusula de paridad, contrato de intermediación empresarial, Derecho de la competencia, plataformas digitales, prácticas colusorias.

KEYWORDS: *Vertical agreements, tourist accommodation, parity clause, business intermediation contract, competition Law, digital platforms, collusive practices.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD: CONCEPTO, CLASES Y REGULACIÓN: II.1. CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS. II.2. CONTROL Y REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD: II.2.A). El Reglamento 2019/1150. II.2.B). El Reglamento (UE) 2022/720. II.2.C). El Reglamento (UE) 2022/1925.—III. EL TJUE ANTE LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD: LA STJUE DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2024: III.1. ANTECEDENTES Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS. III.2. FUNDAMENTOS Y FALLO.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Los contratos de intermediación han sido tradicionalmente muy frecuentes en el ámbito de la prestación de servicios turísticos: la intermediación turística a través de las agencias de viajes siempre ha estado presente; y más modernamente a través de las centrales de reserva y agencias online (conocidas como OTA, *online travel agencies*).

Con la economía de las plataformas una de las figuras que más se ha consolidado es precisamente la de las plataformas digitales de intermediación en la prestación de servicios de alojamientos turísticos (hoteleros o de otro tipo) a través de las cuales se publicitan, promocionan y comercializan las distintas plazas de alojamiento con el fin de poner en contacto a proveedores de ese servicio de alojamiento (hoteles, casas rurales, hostales, albergues, apartamentos y viviendas de uso turístico...) con potenciales usuarios huéspedes con el objetivo de concluir contratos de alojamiento turístico.

Pero en el marco de la relación contractual entre la plataforma y el proveedor del servicio de alojamiento se ha ido incorporando en la práctica (fundamentalmente en el caso de los hoteles) una cláusula concreta que limita las posibilidades de actuación de este último en cuanto a la oferta de sus propios alojamientos: es la llamada cláusula de paridad (también llamada en ocasiones cláusula de mejor precio o cláusula de nación más favorecida). Una cláusula que hasta 2019 no tenía ninguna referencia regulatoria concreta a nivel comunitario, pero que actualmente se contempla en tres Reglamentos europeos y que en 2024 fue objeto de atención por el TJUE a través de su sentencia de 19 de septiembre de 2024 (con texto rectificado por auto de 30 de enero de 2025), asunto *Booking.com*, C-264/23, con motivo de la petición de decisión prejudicial con respecto a dos cuestiones planteadas por un Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, en un proceso en el que era parte dicha gran plataforma digital frente a más de sesenta empresas hoteleras. A raíz de este pronunciamiento judicial se están estudiando y planteando masivas y colectivas reclamaciones contra Booking desde el sector hotelero instando la indemnización de daños correspondiente por esa imposición de la

cláusula de paridad; unas reclamaciones que cogerán impulso tras la sentencia de 16 de diciembre de 2025 del Tribunal Regional de Berlín II (Sala Civil), en el caso núm. 61 O 60/24 *Kart*¹, que condena a Booking a indemnizar a 1.099 proveedores de alojamiento por los daños sufridos individualmente como consecuencia del uso de cláusulas de paridad que se consideran ilegales desde el 1 de enero de 2013 (resolución esta que, no obstante, cabe advertir que aún no es firme a fecha de entrega de este trabajo).

Se trata de cláusulas en el marco de contratos interempresariales entre plataformas y empresas proveedoras de servicios (P2B o B2B) y su control se ha enmarcado especialmente en el ámbito del Derecho de la competencia dada la naturaleza y efectos de esas limitaciones que acogen estas cláusulas; pero no se pueden obviar las consecuencias que una competencia desleal, falseada o desequilibrada tiene también para los consumidores y en general para la libre elección y consciente contratación de productos y servicios, dado que además el uso de estas cláusulas llevará a la existencia de precios homogéneos con tendencia a ser altos, sin ofertas competitivas en el precio, pues no existen incentivos para ello o existen penalizaciones al respecto; sin olvidar la condición de contrato de adhesión que caracteriza a esa relación P2B y a la habitual posición de poder en la práctica con que actúan las plataformas digitales (especialmente las de gran tamaño, como Booking) en este ámbito con respecto a los proveedores de los servicios de alojamiento, que determinan una posición de ventaja de aquellas y de desventaja de estos en el mercado en la negociación de ese contrato de intermediación, sufriendo en la mayoría de los casos (fundamentalmente pequeños y medianos proveedores de alojamientos) la imposición unilateral de esas cláusulas que consolidarían e incluso aumentarían esa mayor ventaja, dominio o poder de ciertas plataformas intermediarias, distorsionando así el mercado por falta de ofertas competitivas tanto en la prestación del servicio principal de alojamiento como en el de intermediación².

El objeto de este trabajo es analizar el estado de la cuestión en la regulación y el control de estas cláusulas de paridad, particularmente en el caso de su incorporación en los contratos de intermediación de alojamientos en plazas hoteleras (pues es donde se ha evidenciado con especial énfasis desde hace años y el ámbito en que se han planteado las principales reclamaciones a distintos niveles, incluido el TJUE)³.

II. LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD: CONCEPTO, CLASES Y REGULACIÓN

II.1. CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS

Por cláusulas de paridad se entienden aquellas cláusulas incluidas en contratos entre un proveedor de servicios de alojamiento y una plataforma intermediaria (OTA) en la que se comercializan y promocionan esas plazas de alojamiento, en virtud de las cuales aquel proveedor se obliga a no ofrecer ese mismo alojamiento por un precio inferior o condiciones más favorables que los que ofrece esa plataforma.

Se distingue entre dos modalidades de cláusulas de paridad: las amplias o extensas; y las restringidas⁴:

a) Las cláusulas de paridad amplia o extensa aluden a un compromiso por parte del proveedor del servicio de alojamiento de no ofrecer éste a un precio más bajo o en condiciones más favorables a la plataforma en cualquier otro canal de distribución u ofertas, sea propio sea a través de terceros (como otros servicios de intermediación). En definitiva, con este tipo de cláusula la OTA se asegura que el precio ofrecido a través de su plataforma es siempre el mejor del mercado.

b) En la paridad restringida, por su parte, ese compromiso se limita al ámbito de actuación del proveedor en sus propios canales de venta (y fundamentalmente online), en los cuales no podrá ofrecer el servicio a inferior precio o en mejores condiciones que la plataforma; sin embargo, no prohíbe que se haga a través de otros terceros intermediarios. Ahora bien, habitualmente la restricción con respecto a los propios proveedores del servicio de alojamiento se suele flexibilizar, no siendo absoluta, al permitir ofrecer mejores condiciones, pero dentro de programas concretos de fidelización o similares, sin que se trate de ofertas dirigidas al público en general⁵.

Ambos tipos de cláusulas de paridad han sido objeto de controversia por cuanto los proveedores de los servicios de alojamiento, y particularmente el sector hotelero, consideran abusivas esas cláusulas por afectar a su libertad de empresa o comercial a la hora de fijar precios y condiciones bajo los que ofrecer sus alojamientos, así como en cierto modo las vías de distribución y comercialización, alegando también que se reduce la competencia en este ámbito; esto especialmente en cuanto a las cláusulas de paridad amplia, que afectan a la competencia entre plataformas, pero en ambos casos (tanto en las extensas como en las restringidas) por reducir y limitar la competencia directa entre la plataforma y los canales de venta propios del proveedor, muy relevante cuando aquella plataforma tiene un poder significativo en el mercado.

Hoy en día la mayoría de las reservas de alojamiento turístico se realizan a través de agencias online (OTAs); éstas tienen un mayor alcance de promoción y publicidad que los proveedores del alojamiento y normalmente son más conocidas que éste por el consumidor medio; de modo que si la plataforma se asegura de que el precio que ella ofrece va a ser siempre el mejor, ella será quien marque el precio de referencia y se desincentiva al consumidor medio a buscar otras alternativas que son menos conocidas o menos accesibles (que deberán atender al precio de referencia ya marcado por aquella pues no pueden superarlo) y siempre ese primer distribuidor (OTA o plataforma) se verá más favorecido en su actividad frente a otros o frente al propio proveedor del alojamiento; con lo que se va eliminando competidores⁶.

Frente a estas afirmaciones las OTAs vienen a justificar su uso por la finalidad de asegurarse un precio competitivo en su plataforma que justifique para ella esa intermediación pactada, pues, con carácter general, la OTA o plataforma digital cobra una comisión al proveedor del servicio de alojamiento (hotel) por cada una de las reservas efectivamente realizadas por un usuario huésped a través de ella y que posteriormente se haya disfrutado (es decir, que no se haya cancelado). Por lo tanto, la OTA utiliza las cláusulas de paridad para asegurarse de que el precio que se ofrece a través de la plataforma es como mínimo igual al ofrecido por el propio

establecimiento, e incluso igual a terceros intermediarios competidores en el caso de las cláusulas de paridad extensa. Y ello, además, para evitar el alegado por las plataformas riesgo de parasitismo por parte de los proveedores de los alojamientos, que utilizarían las plataformas para obtener visibilidad por los usuarios y como instrumento de búsqueda de estos, pero sin hacer las reservas a través de la plataforma sino a través del canal que ofrezca el precio más bajo; todo lo cual, según arguyen las OTAs, implicaría no cobrar nada, ninguna comisión, pese a esas labores de promoción, publicidad y visibilidad que se da a los alojamientos en la plataforma y las que se aprovecha el alojamiento⁷.

Este tipo de cláusulas sin duda afecta de algún modo, más o menos directo y más o menos relevante, a la competencia con otros terceros intermediarios y con el propio hotel o proveedor del servicio principal; y también tiene efectos en el mercado y en los consumidores. En primer lugar, se desincentiva y reduce la entrada de competidores en ese mercado por la presión de precios y condiciones impuesta por el distribuidor favorecido por esta cláusula, el cual irá consolidando y aumentando su posición dominante en ese mercado de referencia. Además, los distribuidores beneficiados por esa cláusula de paridad no tienen ya intención de competir con otros distribuidores pues saben que éstos no podrán aplicar un precio inferior al suyo (esto concretamente en el caso de la paridad amplia), así que se desincentivan las bajadas de precio; tampoco le interesará al proveedor del alojamiento ofrecer a otro distribuidor un precio o condiciones mejores, porque en tal caso deberá ofrecérselo también a la OTA favorecida por la cláusula de paridad, de modo que finalmente se produce un estancamiento de precios por falta de competencia; e incluso el distribuidor favorecido podrá decidir aumentar el precio cuando lo considere, determinando que no podrán otros ofrecer el producto a un precio inferior, de modo que al final puede llegar a producirse una subida de precios para el consumidor⁸.

Esta controversia y posturas enfrentadas se ha evidenciado en el caso de Booking. Esta plataforma inicialmente, desde el año 2000, recurrió a las cláusulas de paridad amplia, si bien en julio de 2015 ante la polémica y reclamaciones que sobre estas cláusulas habían empezado a suscitarse desde 2013 aproximadamente y que se iban centrando en esta plataforma en varios países europeos, Booking se comprometió ante la Comisión Europea y las autoridades de defensa de la competencia sueca, francesa e italiana a sustituir esa cláusula amplia por la restringida en toda la Unión Europea. Sin embargo, esta cláusula restringida también ha sido objeto de reclamaciones por el sector hotelero afectado en distintos países europeos y a nivel comunitario, tal y como se expondrá en un apartado posterior de este trabajo al abordar el control judicial de estas cláusulas, como antecedentes de la ya referida STJUE de 19 de septiembre de 2024.

Pero con carácter previo veamos qué referencias normativas existen y deben tenerse en cuenta en cuanto a estas cláusulas de paridad.

II.2. CONTROL Y REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD

En torno al año 2013 se empezaron a suceder en distintos países europeos diversas reclamaciones de empresas hoteleras ante autoridades de defensa de la

competencia. A raíz de las decisiones adoptadas por dichas autoridades algunos países europeos decidieron atender normativamente en sus ordenamientos a este tipo de cláusulas y lo han hecho desde el punto de vista del Derecho de la competencia, prohibiéndolas o limitándolas (así, por ejemplo, Francia, Italia, Austria y Bélgica). Otros países, sin embargo, no han acogido una regulación concreta al respecto, como es el caso de España⁹, dejando la controversia en manos de la decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), quien el 29 de julio de 2024, y a partir de una denuncia de 2021 de la Asociación Española de Directores de Hotel y la Asociación Empresarial Hoteletera de Madrid, tras la tramitación del expediente correspondiente, determinó que Booking había incurrido en prácticas anticompetitivas (concretamente abuso de posición dominante), entre otras causas, por la imposición de cláusulas de precios o de paridad tarifaria en sus contratos con las empresas hoteleras, imponiéndole una elevada multa¹⁰; si bien tal resolución fue recurrida por Booking sin que a fecha de finalización de este trabajo haya recaído sentencia al respecto.

La virtualidad e importancia de esta resolución de la CNMC es que ha puesto el foco de atención en una vía interesante en el control de estas cláusulas: considerarlas como abuso de posición dominante. Una consideración en la que no se han centrado particularmente las autoridades comunitarias, pues, como se observará, el control ha sido fundamentalmente en atención a considerarlas como acuerdos verticales en el ámbito de la competencia y la aplicación del artículo 101 TFUE, cuando, como advierte MIRANDA SERRANO¹¹, una vía que puede resultar útil para afrontar estas cláusulas es la atención a la figura del abuso de la posición de dominio atendiendo al artículo 102 TFUE y al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española; o incluso ante la falta de existencia de una posición de dominio pero cuando, pese a ello, sí existiera una imposición unilateral (no concertada) sistemática y extendida de estas cláusulas que pudiera falsear la competencia, limitando precios y autonomía comercial de los proveedores de servicios hoteleros, cabría, a juicio de este autor, atender al artículo 3 de esta última ley española citada y considerar dichos actos como competencia desleal con la sanción oportuna, actuando así este artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia “como una válvula de escape del sistema *antitrust* permitiendo intervenir a la autoridad de competencia en supuestos donde las herramientas tradicionales no alcanzan, pero el efecto anticompetitivo es evidente”¹².

El caso es que ante la falta de normativa específica y de actuación rápida por parte de las autoridades de defensa de la competencia nacionales, el sector hotelero ha ido demandando desde hace años la atención de las instituciones europeas y, en particular, de la Comisión Europea. Y es que debe tenerse en cuenta que el Derecho de la Competencia actúa *ex post*, en el marco de la resolución de conflictos y reclamaciones, por ello de forma casuística en atención al caso particular y con lentitud y larga tramitación de los procedimientos; inconvenientes que se suman al carácter poco disuasorio de las sanciones que se imponen finalmente. De ahí que se exigía una normativa concreta de control.

Desde la Unión Europea, sin embargo, se ha seguido apostando fundamentalmente por el Derecho de la Competencia para afrontar este tipo de prácticas y cláusulas de paridad¹³: así en el caso del Reglamento (UE) 2022/720, de 10 de mayo, de acuerdos verticales y prácticas concertadas¹⁴ (en adelante RAV) bajo un

control *ex post*. Ahora bien, también ha tratado de prever un control *ex ante* a través del Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre, de Mercados Digitales¹⁵, pero con un ámbito de aplicación restringido a las plataformas calificadas como guardianes de acceso (*gatekeepers*), condición adquirida precisamente por Booking en mayo de 2024. Antes que estos Reglamentos se abordó el control de estas cláusulas desde la perspectiva contractual en el marco de esas relaciones interempresariales P2B mediante el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante REP2B)¹⁶.

II.2.A) El Reglamento 2019/1150

Este Reglamento sobre el fomento de la equidad y transparencia en las relaciones interempresariales en el marco de la intermediación electrónica atiende en su artículo 10 a las “restricciones a la oferta de condiciones diferentes por otros medios”, en las cuales podríamos incluir las cláusulas de paridad objeto del presente trabajo.

El objetivo fundamental de este Reglamento, y particularmente también en cuanto a estas cláusulas, es dotar de transparencia a esas relaciones contractuales, por lo cual se exigen a las plataformas intermediarias el cumplimiento de una serie de obligaciones. Por lo que al objeto de este trabajo respecta, se exige que la plataforma intermediaria explique en sus condiciones generales los motivos que justifiquen esa restricción, poniendo dichas condiciones y motivos a disposición del público de forma fácilmente accesible. Entre esas razones justificativas se detallarán “las principales consideraciones económicas, comerciales o jurídicas que fundamenten la restricción”.

La virtualidad de este REP2B es precisamente que por primera vez se atiende a las cláusulas de paridad con una perspectiva contractual y con la finalidad de un control *ex ante*. Pero no se valora la legalidad de estas cláusulas, sino solo se impone un deber de información y explicación. Se trata de un control de mera transparencia formal, sin atender al contenido de la cláusula: ni a su equidad ni a su transparencia material. Así pues, con la simple explicación unilateral de la plataforma que impone la restricción justificando su existencia y permitiendo un fácil acceso a esas explicaciones al proveedor del alojamiento, con independencia de su contenido efectivo, será suficiente para considerar válidas estas cláusulas en el ámbito de aplicación de este REP2B (sin perjuicio de que otra norma nacional o comunitaria determine su nulidad o prohibición, como en el caso de la normativa sectorial sobre competencia en Francia, Italia, Austria o Bélgica); el considerando 36 de este Reglamento apoya la previsión del apartado 2 del artículo 10 REP2B en cuanto a la aplicabilidad de otras normas con prohibiciones o limitaciones de este tipo de cláusulas restrictivas¹⁷.

En definitiva, es una regulación insuficiente ésta prevista en el REP2B, pues se limita a un control de transparencia formal. Habría que atender a otras normas: si existe normativa nacional sectorial o general que prevea su prohibición, a ello deberá atenderse; lo mismo si se prevén limitaciones o condiciones. Si no existe

normativa nacional al respecto, habrá que atender a la normativa de la Unión Europea para el control de la validez de estas cláusulas: y al respecto habrá que tener en cuenta las previsiones de los Reglamentos analizados a continuación.

Realmente es criticable que la actuación desde la perspectiva contractual se quede tan limitada y que el control de las condiciones generales en el ámbito de los contratos interempresariales (B2B) obvie el control de contenido o no contenga un control que atienda a la protección del empresario adherente individual, especialmente en casos como estos en el entorno digital, en el que la contraparte es una plataforma digital con gran poder en el mercado. Sin duda hay una evidente asimetría entre las partes en estos contratos de intermediación con plataformas y debería articularse un control efectivo de las cláusulas de estos contratos, similar al existente para los consumidores, para evitar abusos para el adherente desde la perspectiva contractual, sin obligarle a acudir al Derecho de la competencia, que lo que protege y a lo que atiende es principalmente al mercado en su conjunto y exige mayor carga probatoria¹⁸.

II.2.B) El Reglamento (UE) 2022/720

El Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (RAV) vino a sustituir a partir del 1 de junio de 2022 al Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, con el mismo título que aquél, es decir, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y que, por su propia previsión, dejó de tener vigencia el 31 de mayo de 2022.

Este RAV, junto con las Directrices aprobadas para su interpretación¹⁹, a diferencia del anterior de 2010, sí que contempla las cláusulas de paridad y atiende a ellas desde la perspectiva económico competencial o concurrencial, como parte del contenido de los contratos por servicios de intermediación entre los proveedores del alojamiento y las plataformas u OTAs y en tal sentido se incluye a estos dentro de la categoría amplia de acuerdos verticales que es el objeto de este Reglamento²⁰.

Como premisa hay que tener en cuenta lo indicado en el artículo 101 TFUE. Este precepto en su apartado 1 señala: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”, señalando algunos ejemplos de lo que en particular se considerará incompatible. En su apartado 2 se advierte de la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones prohibidos por este artículo 101 TFUE. Y en su apartado 3 prevé la exención de la aplicación de esa prohibición contenida en el apartado primero a ciertas prácticas y acuerdos entre empresas (acuerdos verticales si contienen restricciones verticales: cfr. artículo 2 RAV) “que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio

resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

En el artículo 2 RAV se detalla la aplicación de esa exención. Y en el artículo siguiente se recogen las condiciones para esa exención: la cuota del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la cuota del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales.

Y en los artículos 4 y 5 RAV se acogen restricciones que implican la no aplicación de esa exención a que se refiere el artículo 2 RAV, incluyéndose en el artículo 5 las cláusulas de paridad, tanto las relativas a otras plataformas competidoras (paridad amplia) como respecto a los canales de venta directa del proveedor del alojamiento (paridad restringida).

Atendiendo a las previsiones normativas (incluidas las Directrices de interpretación) y a la doctrina²¹, cabe señalar sobre las cláusulas de paridad que, como acuerdo vertical, las cláusulas de paridad quedarían en principio admitidas, al aplicarse el criterio general de exención del art. 2.1 RAV. Ahora bien, respecto de las cláusulas de paridad amplia, por aplicación de lo indicado en el artículo 5.1 RAV y como restricción excluida de la exención, en principio tales cláusulas amplias estarían prohibidas, pero atendiendo a las Directrices podrían admitirse si en ese caso concreto se acredita que la imposición de esa cláusula por la plataforma no produce efectos nocivos para la competencia en ese mercado concreto de referencia en el que actúa (apartados 361-368 de las Directrices). En cuanto a las cláusulas de paridad restringida, en virtud del artículo 5 RAV y el apartado 359 de las Directrices, cabría entenderlas admitidas pues *a priori se* considera que no afectan tanto a la competencia como las amplias, pero igualmente se deja abierta la posibilidad de que sí sean consideradas como prácticas con efectos restrictivos relevantes para la competencia en un mercado de referencia concreto, y si así por son consideradas, entonces también deberán ser objeto de evaluación individual conforme al art. 101.3 TFUE (cfr. apartados 372-374 Directrices).

Por lo tanto, conforme a este Reglamento finalmente existirá una valoración *ad hoc*, caso por caso, y *ex post* sobre estas cláusulas, tanto de carácter amplio como restringido, en atención a cómo afecta esa cláusula dentro del mercado de referencia. De considerarse contrarias a este RAV se determinarán multas y sanciones económicas, así como posibles reclamaciones por indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, esto será así salvo que se trate de una OTA o plataforma calificada como guardián de acceso (como es el caso de Booking), pues para éstas el uso de las cláusulas de paridad está prohibido conforme al artículo 5.3RMD, tal y como se detallará a continuación.

II.2.C) El Reglamento (UE) 2022/1925

El Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 de Mercados Digitales (RMD) alude en su artículo 5.3 ex-

presamente a las cláusulas de paridad y lo hace con una clara prohibición de las mismas, tanto las de carácter amplio como restringido.

Pero aquí el problema radica en el ámbito subjetivo de aplicación de este Reglamento y por ello, de efectos de esa prohibición ex artículo 5.3 RMD: sólo se aplica a las plataformas consideradas como guardianes de acceso (*gatekeepers*) a los efectos de esta norma comunitaria y de conformidad con los criterios y presunciones recogidos en el artículo 3 RMD. El 13 de mayo de 2024 la Comisión Europea designó como guardián de acceso a Booking²²; pero en el ámbito de las plataformas intermediarias de alojamiento y OTAs ella es la única que por ahora cumple con los requisitos para ser considerada como tal.

Si Booking u otro guardián de acceso impone cláusulas de paridad, éstas serán nulas de pleno derecho, pudiendo el proveedor del servicio de alojamiento o servicio principal afectado reclamar que se declare nula y exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; pero, además, su uso contrario a la prohibición por el RMD determinará importantes sanciones económicas por parte de la Comisión Europea²³.

Para aquellas plataformas intermediarias que no sean guardianes de acceso el RMD no será aplicable y, por tanto, el control de validez o del carácter contrario a la leal competencia de la cláusula de paridad vendrá determinado por el examen individual y *ad hoc* de cada caso en atención al RAV; lo mismo para el caso de Booking por su actuación en el período anterior a ser efectiva su calificación como guardián de acceso²⁴.

III. EL TJUE ANTE LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD: LA STJUE DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2024

III.1. ANTECEDENTES Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Inicialmente en la práctica la mayoría de las OTAs venían incluyendo cláusulas de paridad amplia en sus contratos de intermediación. Su uso empezó a cuestionarse y se presentaron reclamaciones ante distintas autoridades de defensa de la competencia de distintos países. Y concretamente en Alemania en 2013, tras una investigación sobre el uso de dichas cláusulas amplias por la OTA *Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH* (HRS), la autoridad federal de defensa de la competencia alemana, *Bundeskartellamt*, dictó una resolución el 20 de diciembre de 2013 por la que se declaró que dicho uso era contrario a la prohibición de prácticas colusorias en el Derecho de la Unión Europea y el Derecho alemán y por ello ordenó dejar de utilizarlas (decisión que fue recurrida por la OTA HRS, si bien se confirmó posteriormente por sentencia de 9 de enero de 2015 del Tribunal Superior Regional delo Civil y Penal de Dusseldorf).

Pero la autoridad de defensa de la competencia alemana no se limitó a investigar a HRS sino que en 2013 inició asimismo una investigación por el uso de la cláusula de paridad amplia por parte de Booking, pues era del mismo tipo que la usada por HRS. Autoridades homólogas de otros Estados iniciaron también sus investigaciones: fue el caso de Francia, Italia, Suecia, Irlanda, Dinamarca o Austria.

Ante la confirmación de la resolución contra HRS en 2015, y ante las distintas investigaciones que se le estaban haciendo en distintos países, pocos meses después en julio de 2015 Booking se comprometió ante las autoridades de defensa de la competencia francesa, italiana y sueca a suprimir esas cláusulas de paridad amplia del condicionado general de sus contratos interempresariales de intermediación con los proveedores de alojamientos para sustituirla por una de paridad restringida. Las autoridades de defensa de la competencia francesa, italiana y sueca lo aceptaron y pusieron fin a sus investigaciones, y a ellas le siguieron las autoridades irlandesa, danesa, austriaca, griega, polaca y holandesa cerrando también sus expedientes contra Booking²⁵.

Sin embargo, y al margen de decisiones legislativas paralelamente adoptadas por esos Estados²⁶, la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia alemana (*Bundeskartellamt*) continuó con su expediente contra Booking y mediante resolución de 22 de diciembre de 2015 determinó que el uso de esa cláusula restringida también suponía una práctica colusoria con restricción de la competencia y contravenía el artículo 101 TFUE, así como el Derecho alemán; entendió que se restringía la competencia tanto en el mercado de la prestación de servicios de alojamiento como en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en línea por las plataformas a los proveedores de alojamiento, advirtiendo además que dada la elevada cuota de Booking en el mercado de referencia esas cláusulas de paridad no podían quedar exentas de la prohibición en virtud del Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas²⁷, ni tampoco podían gozar de la exención prevista en el artículo 101.3 TFUE por no cumplir los requisitos para ello.

Booking recurrió esta última resolución del *Bundeskartellamt* y el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf el 4 de junio de 2019 estimó parcialmente su recurso declarando que efectivamente esa cláusula de paridad restringida limitaba la competencia pero la calificaba como restricción accesoria y necesaria para que la OTA pudiera percibir una remuneración equitativa, estando justificada para hacer frente a ese riesgo y actuaciones de parasitismo (*free riding*) que establecimientos hoteleros lleven a cabo, de forma desleal, al inscribirse en la plataforma pero incitar a los clientes a reservar directamente con ellos ofreciendo mejores tarifas en su propia web. Por ello este Tribunal alemán entendió que esta cláusula de paridad restringida no podía considerarse contraria a la prohibición de prácticas colusorias establecida en el Derecho nacional alemán y en el artículo 101.1 TFUE.

Sin embargo, esta resolución fue recurrida por la Autoridad de Defensa de la Competencia alemana y finalmente el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania (*Bundesgerichtshof*) la anuló mediante resolución de 18 de mayo de 2021 al entender que esa cláusula de paridad restringida limitaba sensiblemente la competencia tanto en el mercado de las plataformas de reserva hotelera online como en el mercado del alojamiento hotelero, no pudiendo calificarse como restricción accesoria (en la medida que no se había demostrado que sin dicha cláusula la rentabilidad de Booking quedaría comprometida) ni podía aplicarse ninguna exención en la prohibición ni con base en el Derecho alemán ni en el Derecho de la Unión Europea.

Ahora bien, previamente, probablemente ante la constante controversia que estaba suscitando este tipo de cláusulas en distintos países y aprovechando esa resolución del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf de 4 de junio de 2019, Booking decidió tomar la iniciativa e interpuso una demanda declarativa de contenido negativo ante los tribunales de primera instancia de Ámsterdam frente a 63 hoteles instando a que se declarara que esa cláusula de paridad restringida que usaba Booking no infringe el artículo 101 TFUE y que las partes demandadas no habían sufrido ningún perjuicio como consecuencia del uso de esa cláusula. Por su parte, las empresas demandadas instaron por vía reconvenzional que se declarara que tal cláusula sí infringe al artículo 101 TFUE y que, por ello, se condene a Booking al pago de una indemnización de daños y perjuicios sufridos por el uso de la cláusula de paridad restringida.

Ante esta controversia el tribunal holandés decidió interesar una decisión prejudicial del TJUE, la primera sobre esta materia, pese a la ya constante controversia existente sobre ello desde hace años, planteando concretamente dos cuestiones prejudiciales:

a) Si las cláusulas de paridad, tanto de carácter amplio como restringido, deben considerarse o no una restricción accesoría en cuanto a la aplicación del artículo 101.1 TFUE.

b) ¿Cómo debe delimitarse el mercado de referencia a la hora de aplicar el Reglamento (UE) 330/2010 sobre aplicación del artículo 101.3 TFUE [si bien esta norma perdió vigencia el 31 de mayo de 2022 y fue sustituida por el Reglamento (UE) 2022/720 (RAV) con el mismo título y vigente desde el 1 de junio de 2022] cuando en las transacciones intermedia una OTA en la que los alojamientos pueden ofrecer habitaciones y ponerse en contacto con los viajeros, los cuales pueden reservar una habitación a través de la plataforma?

III.2. FUNDAMENTOS Y FALLO

El TJUE resolvió las cuestiones prejudiciales en una sentencia posterior al RMD y a la designación como guardián de acceso de Booking, si bien esto último fue ya muy posterior a los hechos y actuaciones por los que se desarrollaba el proceso principal en Ámsterdam.

Por lo que se refiere a la primera cuestión prejudicial, el TJUE se manifiesta con rotundidad al afirmar que las cláusulas de paridad, tanto amplia como restringida, no deben considerarse en este caso restricciones accesorias y por ello no están excluidas del ámbito de aplicación (y prohibición) del art. 101 TFUE. Y ello con base en los siguientes argumentos:

a) Como premisa se señala la importancia de distinguir claramente entre “restricciones accesorias” del apartado 1 del artículo 101 TFUE y la exención prevista en el apartado 3 de ese mismo precepto: sólo para esta última se puede realizar una ponderación entre los efectos favorables y contrarios a la competencia que deriven de un acuerdo.

b) Por otro lado, el TJUE advierte que ya resolvió en anteriores ocasiones que la restricción en la autonomía comercial de algún participante en una actividad no puede considerarse prohibida en el marco del artículo 101 TFUE si esa actividad

es neutral o tiene efectos positivos en el ámbito de la competencia ni tampoco si esa restricción es necesaria objetivamente para la puesta en marcha de la operación o actividad y proporcionada a los objetivos de una u otra (así, entre otras, SSTJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto *MasterCard y otros*, C-382/12; de 23 de enero de 2018, asunto *F. Hoffmann-La Roche y otros*, C-179/16; y de 26 de octubre de 2023, asunto *EDP-Energias de Portugal y otros*, C-331/21). Por tanto, debe examinarse la compatibilidad con el artículo 101 TFUE tanto de la restricción como de la operación de la que se dice es accesoría.

Para que pueda calificarse de accesoría tal restricción, en primer lugar debe determinarse si puede llevarse a cabo la operación principal sin esa restricción. Y a este respecto, advierte el TJUE: “No puede considerarse que el hecho de que dicha operación solo sería más difícilmente realizable, o generaría menos beneficios, sin la restricción confiera a dicha restricción el carácter de «objetivamente necesaria» exigible para ser calificada de «accesoria». En efecto, dicha interpretación llevaría a ampliar dicho concepto a restricciones que no son estrictamente imprescindibles para llevar a cabo la operación principal. Tal resultado sería contrario al efecto útil de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1”; en igual sentido, las SSTJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto *MasterCard y otros*, C-382/12), de 23 de enero de 2018 (asunto *F. Hoffmann-La Roche y otros*, C-179/16) y de 26 de octubre de 2023 (asunto *EDP-Energias de Portugal y otros*, C-331/21).

Y, en segundo lugar, debe examinarse la proporcionalidad de la restricción controvertida con respecto a los objetivos que subyacen a la operación de que se trate. Y a tal fin las autoridades nacionales de competencia podrán atender a la existencia de alternativas realistas y menos restrictivas de la competencia que la actuación controvertida.

c) El TJUE advierte que, en principio, corresponde únicamente al tribunal remitente determinar si concurren los requisitos que permiten determinar la existencia de una restricción accesoría. No obstante, el TJUE aporta unas indicaciones o guías para examinar el carácter objetivamente necesario de una restricción en relación con la actividad principal:

i) Señala el TJUE el efecto neutro o incluso positivo sobre la competencia de la prestación de servicios de reservas hoteleras por Booking y otras OTAs o plataformas similares: “Estos servicios generan mejoras de eficacia importantes al permitir, por una parte, a los consumidores tener acceso a una amplia gama de ofertas de alojamiento y comparar de manera simple y rápida dichas ofertas según diversos criterios y, por otra parte, a los proveedores de alojamiento adquirir una mayor visibilidad y aumentar, de este modo, el número de clientes potenciales”.

ii) Pero no se ha demostrado que las cláusulas de paridad de tarifas (tanto amplia como restringida), por una parte, sean objetivamente necesarias para la realización de esta operación principal y, por otra, sean proporcionadas al objetivo perseguido por esta. En el caso de las cláusulas de paridad amplia, se destaca los evidentes efectos restrictivos en la competencia y el hecho de que no existe ninguna relación intrínseca entre la continuidad de la actividad principal de la plataforma de reservas hoteleras y la imposición de tales cláusulas; “dichas cláusulas, además de que pueden reducir la competencia entre las distintas plataformas de reservas hoteleras, entrañan riesgos de expulsión de las pequeñas plataformas y de

las plataformas nuevas que se incorporan al mercado”. Y en los casos de paridad restringida, aunque los efectos restrictivos de la competencia son menores, según indica el TJUE “no parece que sean objetivamente necesarias para garantizar la viabilidad económica de la plataforma de reservas hoteleras”.

iii) Con respecto al riesgo de parasitismo alegado por Booking, el TJUE recuerda la diferencia entre “restricciones accesorias” y exención en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartados 1 y 3 respectivamente y advierte que no se trata de analizar si la restricción es necesaria para garantizar el éxito comercial de la operación sino si es intrínsecamente necesaria para que la operación principal pueda realizarse en cualquier caso (lo que sucedía en los supuestos analizados en las SSTJUE de 11 de julio de 1985, asunto *Remia y otros*, C-42/84, de 28 de enero de 1986, asunto *Pronuptia de Paris*, C-161/84, de 19 de abril de 1988, asunto *Erauw-Jacquery*, C-27/87, de 15 de diciembre de 1994, asunto *DLG*, C-250/92 y de 12 de diciembre de 1995, asunto *Oude Luttikhuis y otros*, C-399/93).

Entiende el TJUE en este caso que el hecho de que al no incluir esas cláusulas de paridad pudieran derivarse algunas consecuencias negativas en la rentabilidad de los servicios ofrecidos por la plataforma, esto no lleva *per se* a considerar tales cláusulas como objetivamente necesarias; el que dichas cláusulas se conciban con la finalidad de luchar contra el parasitismo de empresas hoteleras no implica que deban calificarse como restricciones accesorias en el sentido del artículo 101.1 TFUE.

Resulta oportuno hacer un análisis de contraste y examinar de qué manera los servicios de intermediación en línea habrían funcionado de no existir la cláusula de paridad (como ya se hizo en el caso de la STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto *MasterCard y otros*, C-382/12). Y concretamente en este caso el TJUE advierte que “aunque las cláusulas de paridad, tanto amplia como restringida, han sido prohibidas en varios Estados miembros, la prestación de los servicios por Booking.com no se ha visto comprometida”.

Afirmado, por tanto, que la restricción no es objetivamente necesaria, no es pertinente ya analizar si se trata o no de cláusulas proporcionadas a los efectos del artículo 101.3 TFUE pues ya debe concluirse que no son restricciones accesorias ni cabría por tanto atender a ninguna exención de la prohibición contenida en dicho precepto comunitario²⁸.

Por último, en lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE deja la decisión y análisis particular al tribunal remitente, pues el TJUE “no está en condiciones de establecer una definición rigurosa del mercado de los productos de referencia”. Y en este sentido advierte que para determinar la cuota de mercado de Booking como proveedor de servicios de intermediación en línea a los proveedores de servicios de alojamiento, a efectos de la aplicación del artículo 3.1 Reglamento (UE) 330/2010, “debe examinarse si otros tipos de servicios de intermediación y otros canales de venta pueden sustituir los servicios de intermediación desde el punto de vista de la demanda, por un lado, de los proveedores de alojamiento de estos servicios de intermediación y, por otro, de los clientes finales”. Por ello el TJUE da unas orientaciones al Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam: “para determinar el mercado de referencia, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar si existe concretamente una sustituibilidad entre los servicios de intermediación en línea y los demás canales de venta, con indepen-

dencia de que estos canales presenten características diferentes y no ofrezcan las mismas funcionalidades de búsqueda y comparación de las ofertas de servicios hoteleros”; y el tribunal remitente lo deberá hacer atendiendo a todos los elementos que se le hayan presentado en su caso concreto.

A este respecto el TJUE concluye que en una situación en la que una plataforma de reservas hoteleras en línea sirve de intermediario en las operaciones celebradas entre los establecimientos de alojamiento y los consumidores, la definición del mercado de referencia a efectos de la aplicación de los umbrales de cuotas de mercado previstos en el artículo 3.1 Reglamento 330/2010 exige un examen concreto de la sustituibilidad, desde el punto de vista de la oferta y de la demanda, entre los servicios de intermediación en línea y los demás canales de venta.

IV. CONCLUSIONES

I. El uso extendido de las cláusulas de paridad (inicialmente de carácter amplio y posteriormente de carácter restringido) en el marco de las OTAs como distribuidoras de servicios de alojamiento, fundamentalmente en relación con proveedores hoteleros, ha dado lugar a una gran controversia por considerarse abusivas y contrarias al Derecho de la competencia.

II. El control de estas cláusulas de paridad se ha planteado sobre todo en el marco del Derecho de la competencia, con la intervención de las autoridades de competencia nacionales atendiendo a su propia normativa y al Derecho de la Unión Europea que sólo a partir del 2019 con el REP2B aludió expresamente a este tipo de cláusulas, aunque desde el Reglamento 330/2010 en el marco de los acuerdos verticales cabe entender que podría darse una respuesta desde el punto de vista del Derecho de competencia comunitario; posteriormente con el RAV de 2022 y el RMD de ese mismo año se ha completado la respuesta legislativa comunitaria a este respecto.

III. Sin embargo, el REP2B cuya virtualidad radica en atender a la perspectiva contractual y a un control *ex ante*, resulta insuficiente pues se limita a imponer unos deberes de información y explicación justificando el uso de esa cláusula de paridad; atiende únicamente a la transparencia formal, sin entrar en el contenido.

Es criticable que la actuación desde la perspectiva contractual se quede tan limitada y que el control de las condiciones generales en el ámbito de los contratos interempresariales (B2B) obvie un control de contenido o no contenga un control que atienda a la protección del empresario adherente individual, especialmente en casos como estos en el entorno digital, en el que la contraparte es una plataforma digital con gran poder en el mercado. La evidente asimetría estructural existente entre las partes en estos contratos de intermediación con plataformas exige que se articule un control efectivo de las cláusulas de estos contratos, similar al existente para los consumidores, para evitar abusos para el adherente empresario desde la perspectiva contractual, sin obligarle a acudir al Derecho de la competencia.

IV. El RMD prevé una prohibición total del uso de las cláusulas de paridad, pero sólo es aplicable a los llamados guardianes de acceso, como es el caso de Booking desde su designación como tal por la Comisión Europea el 13 de mayo de 2024.

V. Para aquellos distribuidores que no sean guardianes de acceso o para los que lo sean pero en relación con períodos anteriores a la designación como tales, la norma de referencia a tener en cuenta a nivel comunitario es el RAV que implica un control desde la perspectiva económica concurrencial y en atención a la inclusión de las cláusulas en un contrato entre la OTA y el proveedor del servicio principal que se considera como un acuerdo vertical. Este RAV implica la necesaria evaluación individual del caso para concretar si es o no aplicable la exención o se cumplen las condiciones previstas en este Reglamento o en sus Directrices de interpretación.

VI. El TJUE en su sentencia de 19 de septiembre de 2024 sobre Booking y las cláusulas de paridad incluidas en sus contratos con diversas empresas hoteleras determinó la consideración de que la restricción impuesta no es objetivamente necesaria y por ello no pueden calificarse como restricciones accesorias ni cabría, por tanto, atender a ninguna exención de la prohibición contenida en el artículo 101 TFUE.

A raíz de esta resolución numerosas empresas hoteleras han anunciado la interposición de demandas de indemnización de daños y perjuicios contra Booking.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 11 de julio de 1985 (asunto *Remia y otros*, C-42/84).
- STJUE de 28 de enero de 1986 (asunto *Pronuptia de Paris*, C-161/84).
- STJUE de 19 de abril de 1988 (asunto *Erauw-Jacquery*, C-27/87).
- STJUE de 15 de diciembre de 1994 (asunto *DLG*, C-250/92).
- STJUE de 12 de diciembre de 1995 (asunto *Oude Luttikhuis y otros*, C-399/93).
- STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto *MasterCard y otros*, C-382/12).
- STJUE de 23 de enero de 2018 (asunto *F. Hoffmann-La Roche y otros*, C-179/16).
- STJUE de 26 de octubre de 2023 (asunto *EDP-Energias de Portugal y otros*, C-331/21).
- STJUE de 19 de septiembre de 2024, con texto rectificado por auto de 30 de enero de 2025 (asunto *Booking.com*, C-264/23).

BIBLIOGRAFÍA

- CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas de paridad en las plataformas de comercio electrónico. En: J. I. Ruiz, F. González y C. Estevan (dirs.), *Mercados digitales y competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 261-295).
- FLAQUER RIUTORT, J. (2022). Cláusula de paridad tarifaria y criterios de clasificación de búsqueda online en el marco del derecho comunitario vigente y proyectado. *La Ley Mercantil*, núm. 88, versión electrónica, pp. 1-16.
- GILABERT GASCÓN, A. (2024). La validez de las cláusulas de paridad de precios a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE: el caso Booking.com. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 35, versión electrónica, pp. 1-22.

- MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas de paridad en la contratación turística y su regulación en la Unión Europea: del vacío legal a la múltiple regulación. En: K. J. Albiez y J. A. Castillo (dirs.), *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*. Barcelona: Atelier (pp. 173-201).
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad tarifaria en plataformas digitales: estado de la cuestión. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 36, versión electrónica, pp. 1-40.
- OLMEDO PERALTA, E. (2021). Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (most favoured nation). *Revista General de Derecho del Turismo*, núm. 4, versión electrónica.
- ZURIMENDI ISLA, A. (2025). Cláusulas de paridad: ¿fin de la discusión? *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 36, versión electrónica, pp. 1-19.

NOTAS

¹ A este respecto *vid.* el comunicado de prensa sobre dicha resolución: <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2025/pressemitteilung.1626886.php> (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

² Entre otros, *vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad tarifaria en plataformas digitales: estado de la cuestión. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 36, versión electrónica, p. 5; y MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas de paridad en la contratación turística y su regulación en la Unión Europea: del vacío legal a la múltiple regulación. En: K. J. Albiez y J. A. Castillo (dirs.), *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*. Barcelona: Atelier, p. 174.

³ Otro de los principales mercados en los que se ha manifestado esta controversia sobre las cláusulas de paridad es el de los libros electrónicos, siendo Amazon la plataforma intermediaria que se encuentra en el centro de las investigaciones y quejas en el ámbito europeo. Respecto a esta controversia sobre los libros electrónicos *vid.*, entre otros, ZURIMENDI ISLA, A. (2025). *Cláusulas de paridad: ¿fin de la discusión?* *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 36, versión electrónica, p. 3.

⁴ Entre otros, *vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, p. 4; OLMEDO PERALTA, E. (2021). Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (most favoured nation). *Revista General de Derecho del Turismo*, núm. 4, versión electrónica; y CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas de paridad en las plataformas de comercio electrónico. En: J. I. Ruiz, F. González y C. Estevan (dirs.), *Mercados digitales y competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 265 y ss.

⁵ *Vid.* entre otros, OLMEDO PERALTA, E. (2021). Comercialización..., *op. cit.*; y GILABERT GASCÓN, A. (2024). La validez de las cláusulas de paridad de precios a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE: el caso Booking.com. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 35, versión electrónica, p. 4.

⁶ Entre otros, *vid.* ZURIMENDI ISLA, A. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 2 y 3.

⁷ Sobre ese riesgo de parasitismo, poniendo en duda que tenga lugar de modo generalizado y automático, *vid.* ZURIMENDI ISLA, A. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 6-8. Cfr. OLMEDO PERALTA, E. (2021). Comercialización..., *op. cit.*

⁸ Sobre los efectos de estas cláusulas *vid.*, entre otros, ZURIMENDI ISLA, A. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 5 y ss.; OLMEDO PERALTA, E. (2021). Comercialización..., *op. cit.*; y CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 266 y ss.

⁹ Al respecto, *vid.*, entre otros, MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas..., *op. cit.*, p. 175.

¹⁰ Esta Resolución de la CNMC de 29 de julio de 2024 puede consultarse en <https://www.cnmc.es/expedientes/s000521> (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

¹¹ A este respecto *vid.* MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹² MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, p. 25. Señala este autor que “resulta fundamental que la autoridad de competencia española consolide una doctrina interpretativa clara y coherente sobre el alcance y límites del artículo 3 de la LDC, que permita reforzar la seguridad jurídica de los operadores sin renunciar a la eficacia del control *antitrust* en entornos digitales. En mi opinión, una circunstancia relevante para la aplicación del artículo 3 de la LDC habría de ser que la conducta en cuestión —en este caso, la imposición de cláusulas de paridad tarifaria— se aplique de forma generalizada a numerosos operadores del mercado, afectando así significativamente a su estructura y funcionamiento”.

¹³ Sobre la regulación comunitaria recogida en los tres reglamentos que se citarán y comentarán a continuación, *vid.* el detallado análisis que al respecto hacen, entre otros, MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 176 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.

M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 11 y ss.; y CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 270 y ss.

¹⁴ Puede consultarse el texto consolidado a fecha 11 de febrero de 2024 de este Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02022R0720-20240211> (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

¹⁵ El texto consolidado a fecha 12 de octubre de 2022 de este Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02022R1925-20221012> (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

¹⁶ Puede consultarse esta norma en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019R1150> (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

¹⁷ *Id.*, entre otros, FLAQUER RIUTORT, J. (2022). Cláusulas de paridad tarifaria y criterios de clasificación de búsqueda online en el marco del derecho comunitario vigente y proyectado. *La Ley Mercantil*, núm. 88, versión electrónica, pp. 4 y 5; MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 180 y ss.; y CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 272 y 273.

¹⁸ De la misma opinión es MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, p. 28: "es necesario reconocer y corregir las asimetrías estructurales en las relaciones B2B, asegurando que el Derecho de contratos no sea un mero espectador, sino un actor en la protección de los intereses legítimos de los clientes empresariales de la economía digital. La asimetría estructural en las relaciones B2B, especialmente en el dinámico y creciente entorno digital, reclama una respuesta integral que vaya más allá de la mera sanción *antitrust*".

¹⁹ Estas Directrices relativas a las restricciones verticales aprobadas por la Comisión Europea mediante la Comunicación 2022/C 248/01 pueden consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022XC0630%2801%29> (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

²⁰ *Id.*, entre otros, CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 274 y ss.; y MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 190 y ss.

²¹ A este respecto, *vid.* entre otros, MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 13-19; MARTÍNEZ NADAL, A. (2024). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 190 y ss.; y CARBAJO CASCÓN, F. (2022). Las cláusulas..., *op. cit.*, pp. 274 y ss.

²² *Id.* comunicado de prensa de la Comisión Europea al respecto en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2561 (fecha de última consulta: el 18 de diciembre de 2025).

²³ Entre otros, *vid.* MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, p. 12.

²⁴ *Id.* GILABERT GASCÓN, A. (2024). La validez..., *op. cit.*, p. 12.

²⁵ *Id.* entre otros, OLMEDO PERALTA, E. (2021). Comercialización..., *op. cit.*; y GILABERT GASCÓN, A. (2024). La validez..., *op. cit.*, p. 4.

²⁶ Es el caso de Francia que, pese a esa aceptación de la autoridad de defensa de la competencia, en 2015 prohibió por ley toda cláusula de paridad en estos contratos, conforme a la llamada Ley Macron (Ley 2015/990, de 6 de agosto); del mismo modo y en años posteriores se aprobaron esas prohibiciones legislativas en otros países europeos como Italia (Ley 124/2017 de 4 de agosto modificando su Ley de Competencia) y Austria (modificación de su Ley de Competencia Desleal de 9 de noviembre de 2016). A este respecto *vid.* FLAQUER RIUTORT, J. (2022). Cláusula de paridad..., *op. cit.*, p. 4.

²⁷ Reglamento (UE) 330/2010 que puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32010R0330>, (fecha de última consulta: el 18 de diciembre

de 2025) pero cuya vigencia se extinguió el 31 de mayo de 2022 por previsión del propio Reglamento y sustituido por el ya mencionado Reglamento (UE) 2022/720 (RAV) con el mismo título y vigente desde el 1 de junio de 2022.

²⁸ Entre otros, *vid.* GILBERT GASCÓN, A. (2024). La validez..., *op. cit.*, pp. 6-7; y MIRANDA SERRANO, L. M. (2025). Cláusulas de paridad..., *op. cit.*, pp. 8-10.

1.6. Responsabilidad Civil

¿Ha dejado la fuerza mayor de ser una causa de exoneración para las compañías aéreas?

Has force majeure ceased to be a cause of exoneration for airlines?

por

JUAN DUEÑAS MARTÍNEZ

Profesor ayudante-doctor en la Universidad Rey Juan Carlos.

Miembro del Grupo de investigación de alto rendimiento en Responsabilidad Civil Extracontractual de la Universidad Rey Juan Carlos.

RESUMEN: En abril de 2024 se conoció la condena impuesta a la compañía aérea Vueling, obligada a indemnizar a los pasajeros de un vuelo cancelado pese a que el tribunal apreció la existencia de fuerza mayor. Este pronunciamiento podría implicar un cambio significativo en el esquema tradicional de la responsabilidad civil en España. El presente trabajo analiza si la fuerza mayor sigue exonerando a las compañías aéreas o si, por el contrario, en el transporte aéreo de pasajeros opera un sistema de responsabilidad objetiva pura, ajeno al ordenamiento jurídico español. Para abordar esta cuestión, se examinan, en primer lugar, los elementos configuradores de la responsabilidad civil en la navegación aérea; en segundo término, las normas que regulan la fuerza mayor en España, tanto con carácter general como en el ámbito específico del transporte aéreo, con especial atención a la normativa comunitaria e internacional; en tercer lugar, se estudian las resoluciones judiciales más recientes; y, finalmente, se ofrece una respuesta a la pregunta que vertebra este trabajo.

ABSTRACT: In April 2024, the court issued a ruling against Vueling, which was ordered to compensate passengers on a canceled flight despite the court finding force majeure. This ruling could imply a significant change in the traditional framework for civil liability in Spain. This paper analyzes whether force majeure continues to exonerate airlines or, on the contrary, a system of pure strict liability operates in air passenger transport, alien to the Spanish legal system. To address this issue, we first examine the elements that shape civil liability in air navigation; second, we examine the rules governing force majeure in Spain, both generally and in the specific field of air transport, with particular attention to EU and international regulations; third, we

study the most recent court rulings; and, finally, we offer an answer to the question at the heart of this paper.

PALABRAS CLAVE: Fuerza mayor. Responsabilidad civil. Transporte aéreo de pasajeros. Obligaciones y contratos.

KEYWORDS: *Force majeure. Civil liability. Passenger air transport. Obligations and contracts.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA NAVEGACIÓN AÉREA.—III. LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—IV. ANÁLISIS DE CASOS. 1. Los casos de cancelaciones o retrasos por circunstancias humanas externas al transportista. 2. Los casos de cancelaciones o retrasos por causas climatológicas. 3. Los casos de cancelaciones o retrasos por el impacto de un ave. 4. EL COVID-19 COMO CAUSA EXTRAORDINARIA.—V. TOMA DE POSTURA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES ANALIZADAS EN EL TRABAJO. 1. SENTENCIAS DE JUZGADOS NACIONALES CITADAS EN EL TRABAJO. 2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los mayores placeres de los ciudadanos es viajar, siendo el avión uno de los medios más utilizados; según los datos¹, en España, en el año 2023 hubo 283 millones de pasajeros que realizaron un viaje en avión. Esta cuestión provoca que el transporte aéreo cuente con una regulación específica que proteja los derechos de los pasajeros, frente a posibles retrasos o cancelaciones de su vuelo. Esta cuestión ha sido regulada por dos normas supranacionales, por un lado, los Convenios de Varsovia de 12 de octubre y el de Montreal de 28 de mayo de 1999² y, por otro, una norma comunitaria, el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque³ y de cancelación o gran retraso de los vuelos. La aplicación de una u otra norma, dependerá del aeropuerto de origen del vuelo o, en los casos de vuelos con destino a un territorio comunitario, si el transportista encargado es comunitario; es decir, si el vuelo tiene su origen en un aeropuerto de la Unión Europea se aplicará el Reglamento (CE) n° 261/2004 [de acuerdo con su art. 3 (ámbito de aplicación)]; mientras que, si el origen del vuelo es un país no comunitario, aunque el destino sí lo sea, salvo que el transportista sea comunitario, serán de aplicación el Convenio de Montreal de 1999⁴.

A este respecto, cabe apuntar que la aplicación de la norma comunitaria facilita la reclamación de los pasajeros al reconocer un automatismo en las indemnizaciones en caso de retraso o cancelación del vuelo; ya que el Reglamento establece unas cuantías indemnizatorias para estos casos [art. 7 (Derecho a compensación)]. Estos derechos de compensación de los pasajeros deben considerarse derechos de mínimos, pudiendo los usuarios acreditar perjuicios mayores⁵; sin embargo, los tribunales españoles han negado el automatismo en las indemnizaciones cuando se aplica el Convenio de Montreal de 1999, debiendo los consumi-

dores probar los daños acaecidos, y negando la reclamación de los actores que se limiten a aplicar los conceptos compensatorios del art. 7 del Rg (CE) 261/2004, sin acreditar los daños sufridos por el retraso o la cancelación del vuelo (SAP Madrid (Sección 28ª) 113/2024 de 9 de abril). No se presume la existencia del daño, sino que el demandante debe probarlo en juicio⁶.

En el caso de indemnizaciones ocasionadas como consecuencia de los vuelos nacionales será de aplicación el art. 94 de la Ley de Navegación Aérea (LNA), junto con el mencionado Reglamento 261/2004; según el art. 94 LNA, “cuando el viaje se suspenda o retrase por causa de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a la seguridad del mismo, el transportista quedará liberado de responsabilidad, devolviendo el precio del billete”. Si bien, en la actualidad la Ley de Navegación Aérea solo regula actualmente el transporte aéreo de mercancías de carácter nacional [SAP A Coruña, Sección 4ª, Sentencia 110/2025 de 24 Feb. 2025. (JUR\2025\88364)]⁷. En relación, con el resto de las situaciones que pueden originar la cancelación del transporte, la Ley de Navegación Aérea no señala nada al respecto⁸. De esta forma, en caso de que la cancelación del vuelo sea debida a otras causas, se aplicarán las reglas generales de la responsabilidad civil⁹; si bien, de acuerdo con el principio prioritario de aplicación de la normativa internacional¹⁰, es normal la invocación de la normativa internacional, en especial, del Reglamento 261/2004.

De las muchas controversias que pueden surgir en los incumplimientos contractuales entre las compañías y los pasajeros, en este trabajo, vamos a centrarnos en analizar los incumplimientos en el contrato de transporte debido a causas meteorológicas. Destaco como ejemplo, el caso seguido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Gavá (Barcelona), en noviembre de 2023¹¹, el órgano judicial ha condenado a Vueling a indemnizar a dos pasajeros con una suma total de 1.031,98 euros, debido a los perjuicios generados por el retraso de su vuelo, llegando los pasajeros con 12 horas de retraso a su destino; el vuelo que debía realizar el trayecto Barcelona-Keflavik (Islandia)¹² fue cancelado por causas meteorológicas, siendo los pasajeros trasladados en un vuelo alternativo. Esta línea jurisprudencial puede verse también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) núm. 27/2024 de 25 de enero (JUR\2024\120953), en la que también fue parte demandada la compañía Vueling. Ambas resoluciones nos conducen al estudio de las causas de exoneración en el transporte aéreo de viajeros y, en especial, a la cuestión de si la cancelación de un vuelo por causas meteorológicas debe considerarse como una causa de exoneración de la responsabilidad del transportista o no.

II. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA NAVEGACIÓN AÉREA

La obligación del transportista aéreo tiene su origen en el contrato que realiza con el pasajero (art. 1089 CC). Como señala el art. 1091 CC las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben ser cumplidos en los términos pactados; por tanto, el primer elemento deberá ser que exista un contrato válido entre el transportista y pasajero.

El segundo elemento será que exista un daño resarcible. El daño es un elemento esencial en la responsabilidad civil, sin daño podremos hablar de que exista responsabilidad administrativa o penal de la compañía aérea, pero nunca de la existencia de responsabilidad civil. En la navegación aérea, los perjuicios se producen fruto de un incumplimiento contractual (cancelación del vuelo o denegación del embarque), un cumplimiento defectuoso (retraso del vuelo), además de otros posibles menoscabos que puedan sufrir los pasajeros como son los perjuicios físicos, morales o incluso en los casos de mayor fatalidad el fallecimiento del pasajero.

El tercer elemento será la existencia de relación de causalidad entre el mencionado daño y el cuarto elemento que es la acción u omisión que ha causado el perjuicio; en resumen, debe existir un nexo causal entre el perjuicio padecido por el pasajero y el comportamiento de la compañía aérea. La causalidad tendrá que ser natural y jurídica.

Por último, deberá determinarse que existe un título de imputación subjetiva, siendo la responsabilidad civil en la navegación aérea una responsabilidad por culpa presumida. El transportista podrá exonerarse probando que actuó como un buen padre de familia (art. 1.104 CC); es decir, que hizo todo lo necesario para evitar que se produjera el evento dañoso.

En los casos que analizaremos en este trabajo, la obligación consistirá en el cumplimiento del contrato de transporte aéreo de personas. Según BERCOVITZ ÁLVAREZ, esta relación contractual consistirá en el compromiso de una parte, denominada transportista, a trasladar “a un pasajero y su equipaje a un destino distinto del de partida de la aeronave, en una fecha y horario concreto y asumiendo igualmente la obligación de asistirle¹³ y velar por su integridad personal y la de su equipaje mientras está a su cargo”¹⁴. Como señala FERRER TAPIA¹⁵, el transporte aéreo puede calificarse como un medio de transporte básico que sirve para garantizar el derecho de los ciudadanos a la libre circulación de personas¹⁶.

El contrato de transporte aéreo de viajeros es un contrato de obra cuyas peculiaridades son que es bilateral, oneroso, de resultado y consensual¹⁷. El pasajero deberá pagar el precio, mientras que el transportista se compromete a llevarle a su destino junto con su equipaje en el momento acordado, siendo el plazo de inicio y llegada del transporte un elemento esencial del contrato¹⁸; el acuerdo de transporte es una obligación de resultado e implica el incumplimiento de la obligación del transportista, cuando no se haya logrado el objeto del contrato (contrato de obra)¹⁹; los sujetos del contrato son el pasajero y el transportista²⁰.

Una práctica común en el transporte aéreo de viajeros es que el vuelo contratado sea operado por otro transportista que será el encargado de realizar el vuelo, en estos supuestos, el art. 2.5 del Reglamento 261/2004 establece la responsabilidad solidaria de ambos transportistas; si bien, en los casos en los que sea de aplicación el art. 40 del Convenio de Montreal, el “transportista contractual” queda obligado respecto de todo el transporte previsto en el contrato, mientras que el “transportista de hecho” queda sólo comprometido con respecto al transporte que realiza.

Un elemento propio del contrato de transporte aéreo de viajeros es su articulación como un contrato de adhesión²¹. Este tipo de acuerdos tienen la peculiaridad de formularse para una generalidad de posibles contratantes, circunstancia

que provoca que sus cláusulas sean condiciones generales que no variaran para quienes quieran formar parte de ellos, en estos casos, los pasajeros. Cabe señalar que los pasajeros o consumidores van a ser la parte débil del contrato; para poder protegerlos, el legislador español promulgó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que en esta materia ha sido aplicada en varias ocasiones por nuestros tribunales para salvaguardar los derechos de los pasajeros. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Granada declaró nula por abusiva una cláusula que solía introducir la compañía Ryanair, según la cual la compañía aérea no se responsabiliza del establecimiento de vuelos de enlace ni de las pérdidas o los gastos ocasionados en caso de que el pasajero no pueda efectuar el enlace programado (SAP Granada 9 de marzo de 2010). Otra cláusula abusiva que solía introducir la compañía irlandesa en sus contratos de adhesión era la sumisión por parte de las partes a los tribunales y las leyes irlandesas, en el caso de existir alguna controversia entre Ryanair y los consumidores, así lo ha declarado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 554/2021 de 20 Jul. 2021, Rec. 5168/2017. (RJ/2021/3582). Además, debemos señalar como importantes aspectos del contrato de transporte aéreo de pasajeros ha sido regulado por normas imperativas²², bien a nivel nacional (Ley 48/1960 de 21 de julio de Navegación aérea); bien por medio de Convenios Internacionales (Convenio de Varsovia de 1929 y Convenio de Montreal de 1999); y en los últimos años por medio de las Normas de la Unión Europea que protegen a los usuarios (Reglamento (CE) 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, o el Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento Europeo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos)²³.

Hoy en día, la protección de los pasajeros resulta imprescindible para luchar contra las posibles conductas lesivas que puedan menoscabar sus derechos por parte de las compañías aéreas; en este sentido, desde hace más de diez años algunas compañías low cost cobran a los pasajeros por el equipaje de mano, siendo una práctica abusiva y contraria a la legalidad tal y como ha establecido la jurisprudencia comunitaria STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-487/12 (Vueling Airlines, S.A. contra el Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia)²⁴. La continuidad en esta práctica lesiva para los derechos de los pasajeros ha provocado que en el año 2024 (diez años después de la STJUE de 18 de septiembre de 2014), el Ministerio de Consumo de España haya sancionado a las aerolíneas Ryanair, Vueling, EasyJet, Volotea y Norwegian con la millonaria multa de 179 millones de euros por no respetar los derechos de los usuarios²⁵. Además, han sido muchos los usuarios que han reclamado el importe que les habían hecho pagar por la maleta de mano y han ganado el pleito, véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 4 de Ciudad Real, 122/2025 de 7 de abril 2025, Rec. 1058/2024, (JUR/2025/203488). De igual forma, la jurisprudencia ha considerado abusiva, la práctica de las compañías aéreas tendente a la cancelación del vuelo de vuelta del pasajero si no ha tomado el vuelo de ida, en aquellos casos en los que el cliente comprara un billete de ida y vuelta [SAP Madrid (Sección 25ª) 177/2025 de 2 Jun. 2025, Rec. 527/2024. (JUR/2025/198368)].

Otra facultad que se garantiza a los pasajeros es el derecho de información [art. 14 del Reglamento 261/2004 (Obligación de informar a los pasajeros de sus derechos)]. La norma comunitaria exige a las compañías aéreas, el deber de tener en el mostrador de facturación hojas de información a disposición de los usuarios; en impresos deben aparecer los derechos de los pasajeros en casos de cancelación, retraso o denegación de embarque, y que, además, en el caso de que se produzcan, las compañías aéreas deberán informar a los pasajeros del motivo y poner a su disposición la información sobre las normas de compensación y asistencia que el Reglamento 261/2004 recoge para estos casos, así como la información sobre el órgano administrativo encargado de velar por el cumplimiento de la citada norma comunitaria²⁶. Por su parte, el Reglamento 261/2004 establece el nombramiento en cada Estado de la Unión Europea de un órgano administrativo encargado de velar por el cumplimiento de la norma comunitaria en su territorio (art. 16.1); mientras que el art. 16.2 del Reglamento 261/2004 establece la posibilidad en favor del pasajero de reclamar ante el organismo designado, en caso de producirse un incumplimiento en el contrato de transporte.

Por otra parte, el derecho de asistencia a los pasajeros, por parte de las compañías aéreas, requerirá de mayores estándares de cuidado en aquellos casos en los que se produzcan situaciones no previstas por los usuarios. Así, en los casos de denegación de embarque por overbooking o cancelación del vuelo, las compañías aéreas deberán ofrecer a los pasajeros de forma gratuita: 1) comida y bebida suficientes en relación con el tiempo de espera; 2) hotel, en caso de que sea necesario que los pasajeros pernocten hasta que puedan llegar a su destino; 3) transporte para llegar al hotel; 4) ayuda con la comunicación²⁷ (al menos dos llamadas telefónicas, acceso al correo electrónico, etc.).

No obstante, nos encontramos con un tipo de obligación que presenta una serie de peculiaridades que la hacen especial y compleja; así interpretar el contrato de transporte aéreo de pasajeros, como una obligación de resultados, identificando una parte contratante más débil, afectará a la hora de estudiar las causas de exoneración de la obligación por parte de las compañías aéreas.

En el siguiente apartado, analizaré las causas de exoneración respecto a la responsabilidad civil, primero en general y, después, en particular de este sector, objeto de análisis de este trabajo.

III. LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Una vez analizados los elementos de la responsabilidad civil, debemos centrarnos en aquellos supuestos en los que el agente puede exonerarse de su obligación de reparar el daño, debido a la contribución al daño de elementos extraños; me refiero a las denominadas causas de exoneración de la responsabilidad civil que, como enumera YZQUIERDO TOLSADA en su obra²⁸, son “el caso fortuito o la fuerza mayor²⁹, el hecho de un tercero o la acción de la propia víctima”.

Las causas de exoneración variarán en función del título de imputación; si bien, todas ellas van a suponer que la alteración del cumplimiento de la obligación se deba a la aparición de un evento extraño e imprevisible, o que, siendo un suceso previsible, sea inevitable para el agente dañoso³⁰. De esta forma, en el caso de la

responsabilidad subjetiva o por culpa, las causas de exoneración son la falta de prueba de la culpa del agente dañoso, además de la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de tercero, la asunción del riesgo por la víctima³¹ y la culpa exclusiva de la víctima; así el art. 1182 CC exonera al deudor contractual si la prestación se hace imposible sin concurrir culpa ni mora del deudor³². En segundo lugar, en el caso de la responsabilidad denominada cuasiobjetiva o subjetiva objetivada, las causas de exoneración serán las mismas que en el caso anterior, pero en este caso será el agente que ha causado el daño, quien deba de probar que no ha existido culpa en su actuación, además se le reclamará al agente dañoso una diligencia especial, de acuerdo con el riesgo específico de la actividad³³. Por último, en el caso de la responsabilidad objetiva u objetiva atenuada³⁴, como hemos visto, en estos casos, será el propio legislador quien determine que, en ese concreto sector, la responsabilidad civil será objetiva o sin culpa, apareciendo en la propia norma las causas de exoneración³⁵.

Por lo general, las causas de exoneración serán la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de tercero y la asunción del riesgo; en cambio, no será causa de exoneración en la responsabilidad objetiva el caso fortuito, al ser el riesgo típico cubierto por la responsabilidad objetiva³⁶. En relación con el caso fortuito o la fuerza mayor, me parece interesante la reflexión que realiza ATAZ LÓPEZ³⁷, según este autor, en la mayoría de los casos, ambos términos se pueden utilizar indistintamente³⁸, siendo complicada su diferenciación. Esto se debe a que, en los supuestos de responsabilidad civil por culpa, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito exonerarán al responsable al eximirle de culpa; sin embargo, sí es preciso diferenciarlos en los casos de responsabilidad civil objetiva, dado que en estos casos se responderá aun existiendo caso fortuito (riesgo de la actividad), pero no en los casos de fuerza mayor. Así, por ejemplo, el art. 1905 CC, responsabilidad civil objetiva del dueño o poseedor del animal, exonera por fuerza mayor y no por caso fortuito (SSTS 15 de marzo de 1982 y 28 de abril de 1983), por ello en los casos de responsabilidad civil objetiva debemos distinguir uno y otro concepto. Según el mencionado civilista, por fuerza mayor debemos “entender un suceso externo a la conducta del sujeto y que no tenga relación con el riesgo que fundamenta el establecimiento del sistema de responsabilidad civil objetiva de que se trate”³⁹. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, citando al jurista germano-ruso VON TUHR, ha sostenido que “la fuerza mayor es el evento imprevisible que tiene lugar desde el exterior de la actividad del deudor. Pero los acontecimientos que componen el concepto de caso fortuito suelen ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida: se confía en que no sucedan, pero son algo inevitable, pero forman parte del círculo de actividades del deudor”. Aquí los autores matizan la diferencia entre el riesgo externo a la actividad (fuerza mayor) o el riesgo intrínseco a la actividad (caso fortuito). La fuerza mayor será una causa de exoneración presente en todos los sistemas de responsabilidad, en caso contrario, si hiciéramos responsable al causante del daño, incluso en el caso de que el daño estuviera provocado por factores externos e imprevisibles nos encontraríamos ante un sistema de responsabilidad objetiva puro. En relación con las causas de exoneración en la responsabilidad civil objetiva, la autora ÁLVAREZ OLALLA ha señalado que cuando concurren una de estas situaciones o causas, no se ha producido el “riesgo típico” que protege la norma objetiva. Esta autora afirma

que en estos casos “no se dan los requisitos necesarios para que se desencadene la responsabilidad objetiva”⁴⁰. Por su parte, el hecho de tercero será una causa de exención de la responsabilidad civil, en aquellos casos en los que la actuación del tercero modifique el curso causal, sin que su actuación se encuentre predeterminada por la actuación del agente, no pudiendo aplicarse esta causa de exoneración cuando el agente se valió del tercero como instrumento para la realización del menoscabo⁴¹. Por último, debe estudiarse la actuación de la víctima como causa de exoneración de la responsabilidad civil, tanto en los casos de asunción del riesgo de la víctima en “actividades dañosas intrínsecamente peligrosas”⁴², como en los casos de culpa exclusiva de la víctima, de acuerdo con la norma especial que regule cada materia⁴³.

Si bien, no es el objeto de esta investigación, debemos señalar que el Código Civil establece la exoneración, por causas de caso fortuito o fuerza mayor, de los conductores por la pérdida o avería que pueden sufrir los objetos que transporta (art. 1602 CC). A este respecto, ALBIEZ DOHRMANN⁴⁴ ha mantenido que los artículos 1601 y 1602 del Código civil suponen una excepción a las normas generales de la responsabilidad civil contractual (arts. 1101 y ss. CC), al no mencionar el título de imputación de la culpa como presupuesto de responsabilidad del conductor. Por su parte, ATAZ LÓPEZ ha sostenido que la exoneración de responsabilidad civil que realiza el art. 1602 CC debe conectarse con el principio establecido en el art. 1183 CC: “si la cosa debida (en este caso la cosa transportada) se pierde —o deteriora— en poder del deudor, responderá por ello salvo que pruebe su no culpa”⁴⁵.

El sistema de responsabilidad, para los casos de compensación y asistencia de viajeros por retrasos o cancelación de vuelos [Reglamento (CE) 261/2004], es un sistema de responsabilidad civil objetiva y directa⁴⁶. En relación con el transporte de viajeros en avión, las normas supranacionales han previsto la exoneración del transportista en dos supuestos: 1) Si cancela el transporte cumpliendo los plazos de cancelación y ofrece a los usuarios un transporte alternativo que cumpla las pretensiones de los pasajeros afectados (art. 5.1 c) Reglamento 261/2004)⁴⁷, informando⁴⁸ de la cancelación correctamente a los consumidores (art. 7.2)⁴⁹; 2) si el transportista consigue probar que no tuvo posibilidad de evitar el daño del pasajero. Esta segunda posibilidad, objeto de estudio de este trabajo, aparece recogida tanto en el Convenio de Montreal de 1999⁵⁰, como el Reglamento UE 261/2004.

En primer lugar, el Convenio de Montreal de 1999 en sus artículos 19 y 20⁵¹ recoge la exoneración del transportista, cuando actuando con la diligencia exigible, no puede evitar el daño; según el mencionado art. 19, “el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias⁵² para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas”. Además, el transportista quedará exonerado por la culpa exclusiva de la víctima⁵³ de forma total⁵⁴ o de forma parcial por la culpa concurrente del usuario⁵⁵, por ejemplo, en el caso de que el pasajero invada la pista que estaba correctamente señalizada⁵⁶.

En segundo lugar, el art. 5.3 del Reglamento UE 261/2004 establece que “un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar una compensación conforme al artículo 7 si puede probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hu-

bieran tomado todas las medidas razonables”. La expresión “circunstancias extraordinarias” que utiliza el Reglamento 261/2004, debemos interpretarla en un sentido similar a nuestro art. 1.105 CC, el precepto que contiene la figura de la fuerza mayor.

Según el art. 1.105 CC, “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”; la doctrina civil ha relacionado este precepto del Código Civil con la “no-culpa”⁵⁷ (caso fortuito) o la no-causa (fuerza mayor)⁵⁸; al respecto, el civilista ATAZ LÓPEZ ha defendido que, en los casos de responsabilidad civil objetiva, la apreciación de fuerza mayor implica la ruptura del nexo causal, de forma que no pueda atribuirse el daño al agente demandado, sino al suceso que se califique como fuerza mayor.

Así las cosas, cuando el Reglamento 261/2004 utiliza la palabra “extraordinario” quiere decir aquellos daños exteriores e inevitables⁵⁹. Merece la pena aclarar, que para apreciar que existe fuerza mayor, lo inevitable no es el suceso (la lluvia intensa, la niebla, la huelga, etc.), sino el daño, dado que en numerosas ocasiones se puede prevenir; de esta forma, en la jurisprudencia civil encontramos resoluciones en las que no se ha determinado que existiera fuerza mayor, a pesar de que el daño se produjo fuertes rachas de viento⁶⁰ o por el desbordamiento de un río⁶¹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las Sentencias 4 de mayo de 2017, (asunto C-315/15) y de 13 de junio de 2024 (asunto C-385/23), establece que pueden calificarse de circunstancias extraordinarias, según el artículo 5.3, del Reglamento 261/2004, “los acontecimientos que, por su naturaleza o su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapen al control efectivo de éste (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de diciembre de 2008, Wallentin-Hermann, C-549/07, EU:C:2008:771, apartado 23; de 31 de enero de 2013, McDonagh, C-12/11, EU:C:2013:43, apartado 29, y de 17 de septiembre de 2015, van der Lans, C-257/14, EU:C:2015:618, apartado 36)”. A su vez, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado una interpretación de la exoneración del transportista recogida en el art. 5.3 del Reglamento 261/2004. En tal sentido, el Alto Tribunal Europeo ha establecido que el transportista aéreo no tendrá que compensar a los pasajeros, si el obligado puede probar que el retraso o la cancelación producido “se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado las medidas razonables, es decir, circunstancias que escapen al control efectivo del transportista” [STJUE de 19 de noviembre de 2009 (Asuntos acumulados C-402/07, Bock y Lepuschitz vs. Air France)]. Así, no toda concreción de una “circunstancia extraordinaria” va a provocar la exoneración del transportista, pues se deberá probar que se tomaron las “medidas razonables” por parte del obligado. A este respecto, debemos acudir a la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que podemos ver en las SSTJUE de 22 de diciembre de 2008; 12 de mayo de 2011 (a. C-294/10); 4 de mayo de 2017 (Petková y Petka, C-315/15); y 4 de abril de 2019 (C-501/17), resoluciones que han sido analizadas en la SAP Madrid (Sección 28ª) 963/2022, de 22 de diciembre.

Según estas resoluciones, el transportista deberá cumplir con tres obligaciones para quedar exonerado por la aparición de “circunstancias extraordinarias”; en primer lugar, el obligado debe haber tomado todas las medidas razonables que

hubieran evitado la cancelación o el retraso; en segundo lugar, las circunstancias extraordinarias, así como, “las medidas razonables” deberán ser probadas por quien se beneficie de ellas, es decir, por el transportista, punto encuentra también apoyo en el art. 217 LEC; en tercer y último lugar, el obligado debe probar que incluso utilizando todos los medios materiales, financieros y humanos disponibles, no podría haber evitado el retraso o la cancelación del vuelo. Como podemos observar, las normas relativas a la compensación por denegación de embarque, cancelación de vuelos o grandes retrasos, se realiza de acuerdo con el carácter pro consummatore⁶². A este respecto la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la Sentencia 1211/2022, de 20 de diciembre, ha establecido que “dicha prueba debe ir encaminada a acreditar no solamente que en las franjas horarias del vuelo de referencia existía en el aeropuerto de despegue o aterrizaje una determinada condición meteorológica que, en general, puede afectar a la seguridad de la navegación aérea, sino que, además, es preciso que la prueba vaya encaminada a acreditar que la condición meteorológica afectó de una manera concreta y específica al vuelo en cuestión y que la compañía demandada no podía hacer razonablemente nada para evitar el retraso o la cancelación. Este criterio de afectación concreta del vuelo no se colma con la mera indicación de que el vuelo en cuestión se retrasó o fue cancelado”. La resolución reclama un alto nivel de diligencia a la compañía aérea, circunstancia propia de un sistema de responsabilidad civil objetiva en la que la normativa ha trasladado el riesgo a quien obtiene el beneficio económico de la operación, es decir, al transportista. Esta circunstancia provoca que incluso en los casos de cancelación del vuelo por la concurrencia probada de circunstancias extraordinarias, la compañía aérea deberá realizar el reembolso del billete⁶³, si bien no deberá compensar a los pasajeros por la cancelación⁶⁴. En este punto surgen dos interpretaciones doctrinales, de un lado, la vinculación de la noción de “causas extraordinarias” con causas externas a la navegación aérea, siendo circunstancias que producirán la exoneración del transportista; mientras que las causas intrínsecas propias del hecho de la navegación aérea no producirán la exoneración del obligado⁶⁵. Por otro lado, MONFORT FERRERO ha sostenido que se debe distinguir entre los riesgos típicos de la navegación aérea como los fenómenos meteorológicos o atmosféricos que provocan cancelaciones de los vuelos y que pueden ser previsibles, de otros riesgos atípicos al desarrollo de la actividad que si deben ser calificados como causas de fuerza mayor y que sí provocarán la exoneración del transportista⁶⁶. Tal y como veremos en el análisis jurisprudencial, esta línea doctrinal es la acogida por la jurisprudencia más reciente, si bien, parece incompatible con el art. 14 del Reglamento (CE) 261/2004 que afirma que las causas meteorológicas pueden ser incompatibles con la navegación aérea. Si bien como hemos señalado, la carga de la prueba de la incompatibilidad recaerá en la compañía aérea que deberá aportar informes de los organismos meteorológicos que motiven la cancelación del vuelo. En relación con los retrasos o cancelaciones de vuelos provocadas por la congestión del tráfico aéreo, los transportistas no quedarán exonerados, al ser quienes se benefician de dicha circunstancia. Es por esta razón, por la que como señala FERRER TAPIA⁶⁷, las compañías no pueden alegar la congestión del tráfico aéreo como circunstancia que les exonere del pago de la obligación (SAP Vizcaya de 7 de febrero de 2005).

En este sentido, el transportista debe probar la fuerza mayor, es decir, la causa externa que origina el incumplimiento, así, como que intentó evitar el daño; la exoneración no vendrá porque pueda evitar la causa (la lluvia intensa, la huelga externa, etc.) que escapa de su control, sino porque haya realizado todo lo que estuviera a su alcance para evitar el daño al pasajero; al respecto, la autora FERRER TAPIA⁶⁸ sostiene que lo trascendente no es la causa alegada que ha impedido el cumplimiento de la obligación, sino la reacción del transportista ante esta causa. Entre las causas que no exoneran de responsabilidad civil⁶⁹, encontramos los fallos en las aeronaves, debido a que es obligación del transportista que sus equipos se encuentren en condiciones óptimas para realizar el vuelo⁷⁰. Posición que puede verse en la jurisprudencia menor en la reciente Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca (Sección 18ª) 41/2024 de 13 de febrero⁷¹.

De todo lo dicho se deriva una diversa casuística⁷² en este campo de la responsabilidad civil, dando origen a diferentes fallos judiciales. Dado el tema central de este trabajo, en el siguiente apartado, analizamos casos recientes en los que los tribunales civiles han discutido la exoneración del transportista por la aparición de circunstancias extraordinarias.

IV. ANÁLISIS DE CASOS.

1. LOS CASOS DE CANCELACIONES O RETRASOS POR CIRCUNSTANCIAS HUMANAS EXTERNAS AL TRANSPORTISTA.

A. *SAP Madrid (Sección 28ª) 963/2022, de 22 de diciembre.*

En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid no exonera a la compañía aérea en un caso en el que se produce la cancelación del vuelo Oviedo-Milán el día 13 de mayo de 2018, debido a una huelga de controladores aéreos⁷³ en Francia.

El Tribunal civil reconoce que la huelga es una de las circunstancias extraordinarias que puede exonerar al transportista de responsabilidad civil. Considerar la huelga una circunstancia extraordinaria no es una posición jurisprudencial unánime; al respecto, conviene destacar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Unión Europea, asuntos acumulados C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-286/17 y C-290/17 a C-292/17 (Caso Helga Krüsemann y otros / TUIfly GmbH), de 17 de abril de 2018. En esta resolución el Alto Tribunal comunitario niega que una “huelga salvaje” del personal de navegación, motivado por el paro provocado por el anuncio de una reestructuración de plantilla, suponga una “circunstancia extraordinaria”, debiendo la compañía indemnizar a los usuarios cuyos vuelos fueran retrasados o cancelados por este motivo. En la misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona no exonera de responsabilidad civil a una compañía aérea, en un supuesto en el que la cancelación del vuelo se debe a una huelga no notificada de los trabajadores de tierra, del aeropuerto, quienes invadieron la pista impidiendo la realización del vuelo [SAP Barcelona (Sección 15ª) 7 de septiembre de 2009)]. En la doctrina, LÓPEZ SANTANA⁷⁴ y FERRER TAPIA⁷⁵ han señalado que las huelgas de tripulación de la compañía o de empresas vinculadas, que le

permiten al transportista incrementar sus ganancias, no son causas extraordinarias que exoneren al obligado. En cambio, estos autores sí sostienen que el operador de navegación aérea no deberá responder en aquellos casos en los que la huelga escape de su control.

Por otra parte, la SAP Madrid (Sección 28ª) 963/2022, de 22 de diciembre continúa con la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁶ que ha establecido que el obligado debe probar la existencia de una circunstancia extraordinaria (la huelga de controladores)⁷⁷ y demostrar que hizo todo lo posible para que no se produjera la cancelación del vuelo, exigiendo una diligencia máxima al transportista, quien debe utilizar todos los medios económicos, materiales y humanos de los que la compañía aérea disponía, con el propósito de evitar que la huelga provocará la cancelación del vuelo. En este caso, se produce la condena de la compañía, al no “acreditar que no existían otras alternativas que la cancelación del vuelo”⁷⁸.

B. SAP Madrid (Sección 28ª) 684/2022, de 23 de septiembre.

Esta resolución dirime un supuesto en el que se produce la cancelación de un vuelo por un fallo del sistema del control del tráfico aéreo. A diferencia del anterior, en este caso, la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid sí establece la exoneración de la compañía aérea KLM, de acuerdo con el art. 5.3 Reglamento (CE) 261/2004.

El Tribunal señala que la cancelación del vuelo se produjo por un “circunstancia extraordinaria que consistió en el fallo del sistema de control del tráfico aéreo del Aeropuerto de Ámsterdam (Schiphol), que produjo la interrupción del sistema de control y radar de tráfico aéreo de la Agencia de Control del Tráfico Aéreo de los Países Bajos. Este fallo fue imprevisible y ajeno al normal funcionamiento de la compañía que no tuvo tiempo para adoptar medidas para paliar la situación de los pasajeros.

En cambio, de forma reciente el Juzgado de Primera Instancia de Arganda del Rey ha declarado la responsabilidad de Ryanair en un caso en el que el incumplimiento contractual de la aerolínea se debió a que el aeropuerto de destino estaba cerrado, debido a restricciones del tráfico aéreo impuestas por EUROCONTROL (Sentencia 191/2025 del Juzgado N°9 de Arganda del Rey, Comunidad de Madrid). En este caso, a pesar de que el Juez considera que la restricción del tráfico aéreo se considera una causa de fuerza mayor, señala que el avión llegó a su destino con el aeropuerto cerrado debido a un retraso en la salida, circunstancia que se debió a problemas operativos de la compañía.

2. LOS CASOS DE CANCELACIONES O RETRASOS POR CAUSAS CLIMATOLÓGICAS.

A. SAP Barcelona (Sección 15ª) 1189/2022, de 13 de julio.

En este caso, los demandantes tenían programado un vuelo Praga-Barcelona, el día 21 de noviembre de 2016, el vuelo fue cancelado debido a causas climato-

lógicas (niebla densa⁷⁹). La compañía trasladó a los pasajeros al aeropuerto de Dresden (Alemania), trayecto que duró 2 horas y media en autobús, la compañía les ofreció únicamente un desayuno durante la espera y el trayecto; una vez en el aeropuerto alemán, el vuelo que les debía conducir a su destino también fue cancelado.

En este caso, la Audiencia Provincial de Barcelona condena a la compañía a indemnizar a las víctimas por la cancelación del segundo vuelo (Dresden-Barcelona). El Tribunal reconoce la exoneración de responsabilidad civil de la compañía por el primer vuelo (Praga-Barcelona) y acepta el cambio de aeropuerto; sin embargo, la Audiencia matiza que la obligación del transportista continua en el vuelo reprogramado y las causas extraordinarias que provocaron la cancelación del segundo vuelo no han sido acreditadas por la compañía. Esta posición jurisprudencial puede verse también en la SAP Valencia (Sección 8ª) 599/2024 de 23 diciembre de 2024, Rec. 969/2023. (JUR\2024\559310). En este último caso, se produce la cancelación del vuelo Punta Cana-Lisboa debido al huracán Fiona, el vuelo fue reprogramado y nuevamente cancelado, causando un perjuicio a los consumidores; el Tribunal señala que la responsabilidad del transportista no cesa en el segundo vuelo y, por tanto, determina la responsabilidad de la compañía que no pudo acreditar la concurrencia de una causa extraordinaria que impidiera la realización del segundo vuelo.

En la misma línea, la reciente SAP Madrid 113/2024 (Sección 28ª) de 9 de abril establece que las causas meteorológicas adversas exoneran a la compañía de la realización de la obligación del transporte, pero no de sus obligaciones de atención a los pasajeros recogidas en el mencionado art. 9 del Reglamento (UE) 261/2004. Esta posición puede verse en la reciente STJUE dictada en el asunto C-399/24, de 16 de octubre de 2025 (ECLI:EU:C:2025:791), en este caso, el Tribunal valora si el retraso en la ruta Iasi (Rumanía)-Viena (Austria), debido al previo impacto de un rayo en la aeronave, constituye una causa extraordinaria, dando en este caso el Alto Tribunal Europeo la razón a la aerolínea (Austrian Airlines) y exonerándola de responsabilidad por el retraso al considerar que “el impacto de un rayo, por su naturaleza imprevisible y ajena al funcionamiento ordinario de la aeronave, constituye efectivamente una «circunstancia extraordinaria» en el sentido del reglamento comunitario”.

B. SAP Barcelona (Sección 15 ª) 1031/2022, de 15 de junio.

Los pasajeros tenían contratados un vuelo Funchal (Isla de Madeira, Portugal)-Barcelona el 25 de julio de 2017, el vuelo fue cancelado debido a circunstancias climatológicas extraordinarias (fuertes rachas de viento, superiores a 10 kt (18 km/h).

La compañía Vueling acreditó que ese día se cancelaron más de 20 vuelos que salían del aeropuerto portugués. Sin embargo, el transportista no consiguió probar que hubiera hecho todo lo posible para no perjudicar a los consumidores, “pues no consta que la compañía aérea actuara con la diligencia que le era exigible tomando para ello todas las medidas razonables para evitar la cancelación”. Según el Tribunal, entre las obligaciones del transportista se encuentran informar

de los motivos de cancelación (art. 9 Reglamento 261/2004), aspecto que Vueling no ha podido probar que hiciera, y ofrecer un transporte alternativo. En relación con este último punto, los demandantes acreditaron que, aunque se cancelaron más de veinte vuelos, no se anularon todos los vuelos y la compañía podría haber intentado recolocar a los pasajeros en otros vuelos.

Esta sentencia es un caso en el que se pide un nivel de diligencia máximo a la compañía aérea. El Tribunal reconoce que existe una causa de fuerza mayor para no realizar el vuelo, pero considera que existe responsabilidad de la compañía por no ofrecer un transporte alternativo a los consumidores, quienes se encontraban en una isla. En este supuesto, la circunstancia de la localización me parece importante, dado que, al encontrarse en una isla, la única alternativa que tiene la compañía es recolocar al pasaje en otros vuelos que seguramente no irían al destino del vuelo cancelado.

C. SAP Asturias (Sección 4ª) 27/2024, de 25 de enero.

En este caso, la Audiencia Provincial de Asturias condena a la compañía Vueling a indemnizar a los pasajeros de un vuelo que fue cancelado, debido a circunstancia climáticas adversas. En concreto, el vuelo entre Barcelona y Reikiavik fue cancelado por la aparición de grandes rachas de viento que provocaron que el vuelo no pudiera efectuarse. Este fallo es interesante porque supone una ruptura con la jurisprudencia tradicional civil que ha establecido que la fuerza mayor exonera al obligado civil. De hecho, el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Avilés consideró que debía ser absuelta la compañía Vueling, debido a que su decisión de cancelar el vuelo se debió al fuerte viento que hacía en el aeropuerto de destino, considerándose una “causa extraordinaria” y que justificó cancelar el vuelo.

En cambio, la Audiencia Provincial de Asturias estimó parcialmente el recurso presentado por los pasajeros agraviados. El Tribunal matiza que, para apreciar la responsabilidad civil de la aerolínea, ha tenido especial relevancia que los portavoces de Vueling señalaron que el problema era que la ruta al aeropuerto de Islandia estaba prevista con unos requisitos personales y técnicos que impedían su realización, al no poder soportar rachas de viento superiores a 10 kt (18 km/h). En la Sentencia, el juez civil deja en su segundo plano, la circunstancia de las fuertes rachas de viento que había en el aeropuerto de destino; circunstancia exoneradora que debe ser probada por la compañía aérea, tal y como establece la SAP Barcelona (Sección 15ª) 83/2023 de 31 de enero⁸⁰.

La compañía aérea no contaba con pilotos ni aviones capaces de realizar un vuelo en esas condiciones, motivo por el que tomaron la decisión de cancelarlo. Al quedar probado que otras compañías sí pudieron operar en esas circunstancias, la Audiencia Provincial de Asturias señala que no puede considerarse una condición exoneradora. Así, el Tribunal Civil traslada el incumplimiento a un problema de organización empresarial, al declarar los portavoces de la compañía que la falta de medios humanos y materiales se debía a que la ruta Barcelona— Reikiavik no era un “destino primordial en su estrategia comercial”; matiza el Tribunal civil, al respecto, que “si la propia compañía organiza su personal, sus medios materiales y sus medios financieros sabiendo que no va a poder dar el servicio que sí podría

garantizar con una inversión de medios superior, y que de hecho ofrecen otras compañías con condiciones meteorológicas similares, habrá de asumir las consecuencias económicas de la cancelación de los vuelos”. Por ello, la cancelación se debe a un “criterio de afectación concreta”.

Por tanto, la SAP Asturias (Sección 4ª) 27/2024 revoca la Sentencia de Primera Instancia que exoneró de responsabilidad civil a la compañía aérea por causas meteorológicas. A este punto, la Audiencia Provincial matiza que, para considerar las causas meteorológicas como una circunstancia extraordinaria, es necesario que el transportista lo acredite documentalmente por parte de un organismo oficial. Esta línea jurisprudencial continua y puede verse en la reciente SAP Asturias (Sección 6ª) 128/2025, de 11 marzo de 2025, Rec. 583/2024 (JUR\2025\110135); en este caso, no se produjo la cancelación del vuelo sino un retraso indemnizable.

Este fallo continua la línea jurisprudencial de la SAP Barcelona (Sección 15ª) 1031/2022, de 15 de junio, incluso da un paso más en relación con el estándar de diligencia exigible al transportista. Estas resoluciones suponen un cambio en nuestra jurisprudencial civil, al reclamar a la compañía una diligencia máxima por encima de sus posibilidades en el momento de la realización del contrato de transporte. Línea jurisprudencial que puede verse en el caso mencionado en la introducción y resuelto por el Juzgado Núm. 3 de Gavá, Barcelona [Sentencia 227/2023 de 2 Nov. 2023, Proc. 383/2023 (JUR\2024\105182)]. En este caso, el Juez sostiene que “el simple hecho de que a priori sea conocida la climatología adversa en Islandia ya permite concluir que dicha climatología no puede calificarse de excepcional, sino de ordinaria. En consecuencia, sin perjuicio de que el comandante de la aeronave tome la correcta decisión de suspender un vuelo si no aprecia condiciones de seguridad, ello no exime de la obligación de la aerolínea de indemnizar a los pasajeros. Y es que la aerolínea asume el riesgo de eventuales cancelaciones cuando decide llevar a cabo una ruta en zona de climatología normalmente adversa”. Es decir, considera que el mal tiempo en Islandia no es una circunstancia extraordinaria, al ser una zona donde es frecuente que haya cambios bruscos de temperatura.

3. LOS CASOS DE CANCELACIONES O RETRASOS POR EL IMPACTO DE UN AVE.

En la reciente SAP Palma de Mallorca (Sección 5ª) 331/2025 de 29 de mayo (JUR\2025\246450), el Tribunal civil estudia un caso de cancelación de un vuelo debido al impacto de la aeronave con un ave. En este caso, el juez aplica la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2024 (asunto C-385/23), determinando que el impacto del avión con un ave supone una “circunstancia extraordinaria” conforme a lo recogido en el art. 5.3 Rg. (UE) 261/2004. El fallo exonera de responsabilidad civil a la compañía aérea por el incumplimiento de la obligación de transporte; en este caso, los pasajeros no presentaron ninguna reclamación de compensación por la falta de atención de la compañía aérea después de la cancelación del vuelo, por lo que la sentencia no entra a estudiar este punto.

En cambio, la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha establecido la responsabilidad de la compañía aérea en un caso de cancelación del vuelo, moti-

vado por el impacto de la aeronave con un ave [SAP Madrid (Sección 8ª) 211/2025 de 2 junio, Rec. 767/2023. (JUR\2025\197079)]. En este caso, el Tribunal reconoce la responsabilidad de la compañía al considerar el riesgo conocido y previsible, señalando que la aerolínea no contaba con los “medios racionalmente adecuados para la evitación del daño”, dado que a raíz del incidente la aerolínea adoptó nuevas medidas para evitar riesgos análogos.

4. EL COVID-19 COMO CAUSA EXTRAORDINARIA

En 2020 vivimos una pandemia con graves consecuencias, uno de los aspectos más afectados fue el transporte de viajeros⁸¹, muchos vuelos fueron cancelados y las compañías aéreas reembolsaron las cantidades abonadas, bien en dinero o en bonos para usarlos con la compañía en futuros vuelos, considerando la pandemia una circunstancia extraordinaria que exoneraba de responsabilidad civil a las compañías aéreas. A este respecto, puede verse la SAP Las Palmas (Sección 4ª) 641/2024 de 29 de octubre⁸², resolución en la que el Tribunal da la razón a la parte demandante, la compañía aérea italiana⁸³ que decidió cancelar un vuelo en marzo de 2020, debido a la mencionada Pandemia.

Otro caso relacionado con la Pandemia COVID-19, fue el caso seguido por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona [SAP Barcelona 613/2025 de 8 de mayo (JUR\2025\201530)], en este supuesto, la parte actora sufrió la cancelación de un vuelo Guayaquil-Barcelona y reclamaba que la compañía le reembolsara los billetes que tuvo que comprar con otra compañía. La resolución analiza varias cuestiones interesantes, en primer lugar, afirma que en noviembre de 2020 ya no concurrían las circunstancias extraordinarias para la cancelación del vuelo, esto provoca que la cancelación del vuelo implicara un incumplimiento contractual por parte de la compañía aérea; en segundo lugar, el Tribunal admite que la demandante deba abonar los billetes que los afectados por la cancelación debieron comprar para volar a su destino.

En relación con la forma de reembolso, es interesante analizar el fallo de la STJUE (Sala Séptima) de 16 de enero, (C-642/2023), (Caso Flightright) (Compte de fidélité) (JUR\2025\683). En esta resolución, el Alto Tribunal comunitario establece que en caso de reembolso del importe del billete por la no realización del vuelo, será el cliente quien decida si quiere un bono con la compañía o el reembolso del dinero, al respecto, el Juez aplica el apartado 3 del artículo 7 del Reglamento n.º 261/2004, en relación con su artículo 8, apartado 1, letra a), llegando a la conclusión de que “en caso de cancelación de un vuelo por el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo, no se considerará que el pasajero ha dado su «acuerdo firmado» para el reembolso del billete mediante bonos de viaje si ha creado, en el sitio web de dicho transportista, una cuenta de fidelidad a la que debían transferirse esos bonos, sin haber confirmado, mediante su aceptación expresa, definitiva e inequívoca, su consentimiento respecto de este modo de reembolso”. Es decir, debe el consumidor de forma expresa quien solicite el reembolso a través de un bono con la compañía y, en caso contrario, el reembolso deberá realizarse en la forma en la que compró el billete. En España, nuestros Tribunales ya estaban interpretando la normativa en esta línea, así, la Audiencia Provincial de Granada,

en otro caso de cancelación debido a la Pandemia del COVID-19, reconoció la exoneración de la compañía por fuerza mayor, pero señaló que no podía imponer a los consumidores como se les iba a reembolsar el importe de los billetes [SAP Granada 516/2024 de 25 de octubre]⁸⁴; esta resolución es muy interesante, debido a que el Tribunal reconoce el derecho del transportista a la cancelación de un vuelo por estar prácticamente vacío o para salvaguardar la salud de la tripulación. Si bien, la Audiencia Provincial matiza la importancia de realizar la obligación, consiguiendo un transporte alternativo para el usuario o reembolsando la cantidad abonada por los consumidores.

V. TOMA DE POSTURA

La responsabilidad civil del transportista aéreo de pasajeros se configura como una responsabilidad objetiva, de modo que solo quedará exonerado cuando concurran circunstancias extraordinarias que imposibiliten el cumplimiento del contrato de transporte. Esta imposibilidad puede derivar de factores meteorológicos (fuertes lluvias, nieve, niebla, viento huracanado, entre otros) o de circunstancias ajenas al control del transportista (huelgas, fallos del sistema, etc.). En todo caso, la carga de la prueba de la circunstancia impeditiva corresponde al transportista [SAP Madrid 172/2024, de 24 de mayo]. Asimismo, la compañía aérea debe acreditar que informó a los usuarios sobre los motivos de la cancelación y, en su caso, sobre la disponibilidad de transportes alternativos. Se trata de exigencias procesales habituales en un sistema de responsabilidad objetiva.

Lo singular en este ámbito es el elevado nivel de diligencia que los tribunales vienen exigiendo en los últimos años. La jurisprudencia consolidada establece que no todas las “circunstancias extraordinarias” liberan de responsabilidad al transportista. Para exonerarse, este debe demostrar no solo la existencia de la circunstancia impeditiva, sino también que, una vez conocida, desplegó todos los medios económicos, materiales y personales disponibles para intentar cumplir el contrato. Esta interpretación impone un estándar máximo de diligencia que, en la práctica, obliga a la compañía a compensar a los usuarios incluso en supuestos en los que la prestación resulta imposible. Así lo reflejan resoluciones como la SAP Barcelona (Sección 15ª) 1031/2022, de 15 de junio; la SAP Asturias (Sección 4ª) 27/2024, de 25 de enero; y la SAP Asturias (Sección 6ª) 128/2025, de 11 de marzo. En estos casos, los vuelos fueron cancelados por fuertes rachas de viento que impedirían llegar al destino sin asumir riesgos, y, pese a ello, las Audiencias Provinciales condenaron a las compañías al pago de compensaciones.

El análisis jurisprudencial permite identificar la razón de esta atribución de responsabilidad: el alto estándar de diligencia exigido por los tribunales. Así, en la Sentencia 227/2023, de 2 de noviembre, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Gavà consideró previsible la cancelación de un vuelo con destino Islandia por mal tiempo, al ser frecuentes los cambios bruscos de temperatura en dicho país. Esta interpretación resulta discutible, pues, de seguirse, la compañía no debería programar vuelos que luego se ve obligada a cancelar. Igualmente, parece excesivo imponer la obligación de buscar alternativas de transporte tras la

cancelación de un vuelo por fuertes rachas de viento en Madeira (SAP Barcelona, Sección 15ª, 1031/2022, de 15 de junio).

En respuesta a la cuestión que origina este trabajo, la fuerza mayor continúa siendo una causa de exoneración para las compañías aéreas, tal como reconoce la legislación y diversas resoluciones que absuelven al transportista ante circunstancias extraordinarias. No obstante, no pueden ignorarse los casos en que los tribunales atribuyen responsabilidad a las aerolíneas, al exigirles un nivel de diligencia elevado tanto en la ejecución del transporte como en la asistencia posterior a los pasajeros cuando la obligación no puede cumplirse.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Artículo 1602” en Bercovitz Rodríguez-Cano (director): Comentarios al Código Civil, T. VI. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2013.
- ÁLVAREZ OLALLA, P, Manual de Derecho de daños. (2ª ed.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022.
- ATAZ LÓPEZ, J., “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: La distinción entre ambas nociones”. En Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios. Vol. I. En Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón / coord. por Joaquín Ataz López, José Antonio Cobacho Gómez; Juan Roca Guillamón. Editorial Aranzadi, Cizur Menor. 2021.
- ATAZ LÓPEZ, J., “Invocación oportuna del caso fortuito y de la fuerza mayor en pleitos de daños”. Daño y resarcimiento. Director Mariano José Herrador Guardia. Editorial Sepin, Madrid. 2024.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación”. Tratado de contratos. Coord. por Nieves I. Moralejo Imbernón, María Susana Quicios Molina; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Vol. 5. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2020.
- CARRASCO PERERA, A., Derecho de contratos. (3ª ed.) Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid. 2021.
- DUEÑAS MARTINEZ, J., “Josh Norman y su participación en los encierros de San Fermín. La doctrina de la asunción del riesgo”. Revista Digital Sepin Julio de 2022. (SP/DOCT/119385).
- FERRER TAPIA, B., El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad. Un análisis de la jurisprudencia española. Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- GIANFELICI, M.C., Caso fortuito y caso de fuerza mayor. (1 ed.) Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1995.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J., La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- LÓPEZ SANTANA, N., El incumplimiento del contrato de viaje combinado por causa de huelga. La protección de turista. Editorial Comares, Granada. 2003.
- LUBOMIRA KUBICA, M., “Responsabilidad civil en la navegación aérea (daños a terceros) en el Derecho civil español y en el Derecho comparado”. El derecho

- aéreo entre lo público y lo privado: Aeropuertos, acceso al mercado, drones y responsabilidad. Dir. GUERRERO LEBRÓN, M.J., & PEINADO GARCÍA, J.I., Coord. CONTRERAS DE LA ROSA, I., Editado por la Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla. 2017.
- MEDINA ALCOZ, M., La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos tau-
rinos y deportivos. Editorial Dykinson. Madrid. 2004.
- La culpa exclusiva en la producción del daño contractual. Editorial Dykinson,
Madrid. 2003.
- MONFORT FERRERO, M.J., “Responsabilidad por daños en la navegación aé-
rea”. En Derecho de daños. Dir. Mario Enrique Clemente Meoro, María Elena
Cobas Cobiella (dir.). Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: la responsabilidad del transpor-
tista aéreo por los equipajes”. Actualidad jurídica Aranzadi, N.º 423, 2000.
- MONTERROSO CASADO, E. “La reparación ad integrum por daño moral en la
responsabilidad civil de accidentes”. Cuadernos de Derecho Privado, núm. 9.
2024.
- SEIJAS QUINTANA, J.A., “Responsabilidad civil. Principios y fundamentos”. En
Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales (2ª ed.). Editorial Sepin, Ma-
drid, 2015.
- VON TUHR, Tratado de las obligaciones. T. II. Editorial Reus, Madrid. 1934.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte gene-
ral. (3ª ed.) Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. (3ª
ed.). Editorial Dykinson, Madrid, 2017.

VII. RESOLUCIONES ANALIZADAS EN EL TRABAJO.

1. Sentencias de juzgados nacionales citadas en el trabajo.

- SAP Vizcaya de 7 de febrero de 2005.
- SAP Barcelona (Sección 15ª) 7 de septiembre de 2009).
- SAP Granada 9 de marzo de 2010.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º. 1 de Oviedo, 19 abril 2011,
Proc. 459/2010. (AC2011\526)
- Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo N.º. 7,
191/2012 de 12 julio 2012, Rec. 871/2011. (RJCA\2012\435).
- STS (Sala de lo Civil) de 14 de mayo de 2014.
- STS (Sala de lo Civil) 4 de febrero de 2015.
- STS (Sala de lo Civil) 11 de febrero de 2016.
- STS (Sala de lo Civil) 3 de junio de 2016.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º. 1 de Las Palmas de Gran Ca-
naria, 105/2019 de 22 abril 2019, Rec. 605/2018. (JUR\2019\134327).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º. 6 de Lleida, 6/2020 de 21
de enero 2020, Rec. 521/2019. (JUR\2023\14511).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º. 6 de Lleida, 105/2020 de
28 de octubre de 2020, Rec. 69/2020. (JUR\2023\47560).
- STS (Sala de lo Civil) 554/2021 de 20 Jul. 2021, Rec. 5168/2017.
(RJ\2021\3582).

- SAP Barcelona (Sección 15^a) 1031/2022, de 15 de junio.
- SAP Barcelona (Sección 15^a) 1189/2022, de 13 de julio.
- SAP Madrid (Sección 28^a) 684/2022, de 23 de septiembre.
- SAP Vizcaya (Sección 4^a) 1211/2022, de 20 de diciembre.
- SAP Madrid (Sección 28^a) 963/2022, de 22 de diciembre.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°. 3 de Gavà 227/2023 de 2 Nov. 2023, Proc. 383/2023. (JUR\2024\105182).
- SAP Asturias (Sección 4^a) núm. 27/2024 de 25 de enero (JUR\2024\120953).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca (Sección 18^a) 41/2024 de 13 de febrero.
- SAP Madrid (Sección 28^a) 113/2024 de 9 de abril.
- SAP Granada 516/2024 de 25 de octubre.
- SAP Valencia (Sección 8^a) 599/2024 de 23 diciembre de 2024, Rec. 969/2023. (JUR\2024\559310).
- SAP Madrid, Sección 14^a, 61/2025 de 14 de febrero, Rec. 122/2024. (JUR\2025\86417).
- SAP A Coruña, Sección 4^a, Sentencia 110/2025 de 24 Feb. 2025. (JUR\2025\88364).
- SAP Asturias (Sección 6^a) 128/2025, de 11 marzo de 2025, Rec. 583/2024 (JUR\2025\110135).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°. 4 de Ciudad Real, 122/2025 de 7 de abril 2025, Rec. 1058/2024, (JUR\2025\203488).
- SAP Barcelona 613/2025 de 8 de mayo (JUR\2025\201530).
- SAP Palma de Mallorca (Sección 5^a) 331/2025 de 29 de mayo.
- SAP Madrid (Sección 25^a) 177/2025 de 2 Jun. 2025, Rec. 527/2024. (JUR\2025\198368).
- SAP Madrid (Sección 8^a) 211/2025 de 2 junio, Rec. 767/2023. (JUR\2025\197079).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°. 1 de Marbella, 54/2025 de 9 junio, Proc. 321/2024. (JUR\2025\147898).

2. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- STJUE de 22 de diciembre de 2008.
- STJUE de 19 de noviembre de 2009 (Asuntos acumulados C-402/07, Bock y Lepuschitz vs. Air France).
- STJUE de 12 de mayo de 2011 (a. C-294/10).
- STJUE (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012 (Caso Emeka Nelson y otros contra Deutsche Lufthansa AG y TUI Travel plc y otros contra Civil Aviation Authority). Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht Köln y la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Asuntos acumulados TJUE C-581/10 y C-629/10).
- STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-487/12 (Vueling Airlines, S.A. contra el Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia).
- STJUE de 4 de mayo de 2017, (Petková y Petka, C-315/15).
- STJUE (Sala Tercera) (Asuntos acumulados C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a

C-286/17 y C-290/17 a C-292/17 (Caso Helga Krüsemann y otros / TUIfly GmbH), de 17 de abril de 2018.

- STJUE 4 de abril de 2019 (C-501/17).
- STJUE de 13 de junio de 2024 (asunto C-385/23).
- STJUE (Sala Séptima) de 16 de enero, (C-642/2023), (Caso Flightright) (Compte de fidélité) (JUR\2025\683).

NOTAS

¹ <https://es.statista.com/estadisticas/540927/trafico-total-de-pasajeros-de-avion-en-espana/>

² Ratificado por España en el año 2004. En la práctica esta norma ha sustituido, en la práctica, casi totalmente al Convenio de Varsovia. La similitud de la regulación de ambos Convenios ha sido observada por la doctrina FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad. Un análisis de la jurisprudencia española*. Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 254.

³ La denegación de embarque no motivada dará también lugar a una compensación a favor de los consumidores [Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Marbella, 54/2025 de 9 junio, Proc. 321/2024. (JUR\2025\147898)]. Caso en el que la aerolínea es condenada a indemnizar en la cantidad de 2.000€ a dos pasajeros a los que denegó el embarque y reasignó en un vuelo dos días más tarde.

⁴ Aunque no es la temática del trabajo, es interesante señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la obligación de compensación del artículo 7 del Reglamento 261/2004 es compatible con la obligación de artículo 29 Convenio de Montreal [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012. (Caso Emeka Nelson y otros contra Deutsche Lufthansa AG y TUI Travel plc y otros contra Civil Aviation Authority). Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht Köln y la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Asuntos acumulados TJUE C-581/10 y C-629/10).

⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” *Tratado de contratos* / coord. por Nieves I. Moralejo Imbernón, María Susana Quicios Molina; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Vol. 5. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2020, p. 7166.

⁶ MONTEROSO CASADO, E. “La reparación ad integrum por daño moral en la responsabilidad civil de accidentes”. *Cuadernos de Derecho Privado* núm. 9, 2024, p. 109.

⁷ En este caso, la Audiencia Provincial de A Coruña resuelve sobre la aplicación de la Ley de Navegación Aérea o el Convenio de Montreal, decantándose por la segunda norma. La demandante era una pasajera de un vuelo Madrid-Santiago de Compostela que durante el embarque sufrió lesiones debido a la premura de los miembros de la compañía aérea.

⁸ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p. 255.

⁹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7172.

¹⁰ MONFORT FERRERO, M.J., “Responsabilidad por daños en la navegación aérea”. En *Derecho de daños*. Mario Enrique Clemente Meoro (dir.), María Elena Cobas Cobiella (dir.). Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2021, p. 1326.

¹¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 3 de Gavà/Gavá, 227/2023 de 2 Nov. 2023, Proc. 383/2023. (JUR\2024\105182).

¹² Centro urbano de Islandia que pertenece a la península de Reykjanes y se sitúa a unos 40 kilómetros de la capital Reikiavik.

¹³ En relación con las obligaciones de asistencia merece consideración el tratamiento específico que realiza el Reglamento (CE) 1107/2006 de 5 de julio. Esta norma comunitaria se centra en la protección de los pasajeros con discapacidad o movilidad reducida, estableciendo un marco de derechos y cautelas específicas en favor de este colectivo, como, por ejemplo, el derecho de asistencia en el aeropuerto.

Además, el 28 de junio de 2025 será de aplicación para las compañías que operen en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/882, conocida como Acta Europea de Accesibilidad, cuya trasposición en España se ha realizado a través de la promulgación de la Ley 11/2023 de 8 de mayo. Esta norma establece los requisitos de accesibilidad para determinados productos y servicios dentro de la Unión Europea, incluyendo productos digitales y de consumo. De acuerdo con esta norma, las compañías aéreas estarán obligadas a facilitar la accesibilidad

a los portales web, crear terminales de consumo y adaptar los billetes electrónicos de las compañías aéreas.

¹⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., pp. 7158 y 7165.

¹⁵ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad. Un análisis de la jurisprudencia española.* ..., p. 25.

¹⁶ Noción que ya estableció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de abril de 2007.

¹⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p.7161.

¹⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p.7165.

¹⁹ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p.43. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7165. GUERRERO LEBRÓN, M.J., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.25-30.

²⁰ A este respecto, la Sala de lo Civil ha establecido que sólo existe relación contractual entre el pasajero y la compañía aérea en la Sentencia de 15 de junio de 2012. Esta resolución es muy interesante, en ella el Alto Tribunal establece la falta de legitimidad activa de una empresa que había comprado un billete para su empleado (el pasajero), frente a la compañía aérea, la sentencia declara que debe ser el pasajero quien ostente la legitimación activa para presentar la demanda.

²¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7158.

²² BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7158.

²³ Se exceptúan de las normas de compensación los billetes gratuitos, incluyendo las personas que han contratado un billete a precio reducido que no se encuentra a la venta para el público general. FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p.238.

²⁴ En esta resolución, el Alto Tribunal comunitario establece que había que distinguir entre el equipaje facturado y el no facturado pues este último, a diferencia del facturado, sí debe considerarse un elemento indispensable del transporte aéreo por lo que la compañía aérea viene obligada a transportarlo sin poder exigir ningún tipo de suplemento o sobrecoste sobre el precio del billete al pasajero.

²⁵ En junio de 2025, los ministros de Transporte del Consejo de Europa han aprobado una reforma del Reglamento 261/2004 que pretende modificar las normas de la admisión del equipaje de mano. Las medidas proponen restringir el tamaño del equipaje básico, possibilitando a las compañías aéreas cobrar por la maleta de mano, tal y como hacen ahora las compañías de bajo coste. Si bien, a finales del mismo mes el Parlamento de Europa ratificó su postura, reafirmando que el cobro del equipaje de mano es ilegal al considerar esta práctica abusiva.

²⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7161.

²⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7178.

²⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte general.* (3ª ed.) Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. (3ª ed.). Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p.221.

²⁹ VON TUHR, *Tratado de las obligaciones. T. II.* Editorial Reus, Madrid. 1934, p. 101. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte general* ..., p.227.

³⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte general.* (3ª ed.) ..., p.221.

³¹ Según la autora MEDINA ÁLCOZ, “la asunción del riesgo por la víctima sirve para imputarle causalmente su daño y para excluir la responsabilidad del creador del riesgo, cuando éste no ha actuado de forma culpable”. En su obra, MEDINA ÁLCOZ ha manifestado que la aceptación del riesgo por parte de la víctima lo que supone es un desplazamiento “del riesgo creado al riesgo consentido”, lo que produce una “irresponsabilidad como consecuencia del riesgo (aceptado)” MEDINA ÁLCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Ries-*

gos taurinos y deportivos. Editorial Dykinson. Madrid. 2004, pp. 52 y 167. En la misma línea, puede verse el desarrollo de esta doctrina en mi reciente estudio DUEÑAS MARTINEZ, J., “Josh Norman y su participación en los encierros de San Fermín. La doctrina de la asunción del riesgo”. Revista digital Sepin Julio de 2022. (SP/DOCT/119385).

³² ATAZ LÓPEZ, J., “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: La distinción entre ambas nociones”. En *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios Vol. I. En homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón* / coord. por Joaquín Ataz López, José Antonio Cobacho Gómez; Juan Roca Guillamón. Editorial Aranzadi, Cizur Menor. 2021, p. 488.

³³ SELJAS QUINTANA, J.A., “Responsabilidad civil. Principios y fundamentos”. En *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales* (2ª ed.). Editorial Sepin, Madrid, 2015, p. 38.

³⁴ Recordemos que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce ninguna actividad en la que exista una responsabilidad civil objetiva pura, en la que no existan causas de exoneración y por tanto la responsabilidad civil sea inexcusable.

³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte general*. (3ª ed.) ..., pp. 223 y 224.

³⁶ ATAZ LÓPEZ, J., “Invocación oportuna del caso fortuito y de la fuerza mayor en pleitos de daños”. *Daño y resarcimiento*. Director Mariano José Herrador Guardia. Editorial Sepin, Madrid. 2024, p. 259. ÁLVAREZ OLALLA, P, *Manual de Derecho de daños* ..., p.121.

³⁷ ATAZ LÓPEZ, J., “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: La distinción entre ambas nociones” ..., pp. 500-503.

³⁸ Este autor recuerda que antes de la promulgación del Código Civil eran términos intercambiables y en su trabajo demuestra que en muchas ocasiones el Código Civil emplea uno u otro indistintamente.

³⁹ ATAZ LÓPEZ, J., “Invocación oportuna del caso fortuito y de la fuerza mayor en pleitos de daños” ..., p. 259.

⁴⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P, *Manual de Derecho de daños*. (2ª ed.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor; Navarra, 2022, p.121.

⁴¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte general*. (3ª ed.) ..., p. 229.

⁴² La doctrina de la asunción del riesgo por parte de la víctima es una causa de exoneración de la responsabilidad civil para el agente. En estos casos, el riesgo es asumido en “actividades dañosas intrínsecamente peligrosas”; por ejemplo, en los festejos taurinos y las prácticas deportivas. En relación con la doctrina del riesgo nos remitimos a la obra de la civilista MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos* ..., p. 80 y 167.

⁴³ Así, por ejemplo, el art. 1.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, establece que “en los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente”. De esta forma, la norma niega la exoneración del agente por la culpa exclusiva de la víctima de un menor de catorce años, igual que el mencionado precepto determina que en los casos de los mayores de 14 años, la exención de la responsabilidad civil por será como máximo del 75%. De acuerdo con este artículo no podemos afirmar que, en los casos de daños corporales causados en la circulación de vehículos a motor, la culpa exclusiva de la víctima sea una causa de exoneración de la responsabilidad civil.

⁴⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Artículo 1602” en Bercovitz Rodríguez-Cano (director): *Comentarios al Código Civil*, T. VI. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 11.336.

⁴⁵ ATAZ LÓPEZ, J., “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: La distinción entre ambas nociones” ..., p. 490.

⁴⁶ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad ...*, p.237.

⁴⁷ Según el art. 5.1 c) “los pasajeros afectados tendrán derecho a una compensación por parte del transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo conforme al artículo 7, a menos que:

i) se les informe de la cancelación al menos con dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, o

ii) se les informe de la cancelación con una antelación de entre dos semanas y siete días con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca un transporte alternativo que les permita salir con no más de dos horas de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de cuatro horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista, o

iii) se les informe de la cancelación con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca tomar otro vuelo que les permita salir con no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista”.

⁴⁸ Según el art. 5.4 del Reglamento 261/2004, la carga de la prueba de la correcta transmisión de la información corresponde al transportista.

⁴⁹ El transportista debe informar a los usuarios de los transportes alternativos existentes, incluso en aquellos casos en los no vaya a quedar exonerado de responsabilidad. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7168.

La Audiencia Provincial de Madrid ha condenado a la compañía área por la falta de información a los pasajeros después del retraso de un vuelo el día 12 de agosto de 2022 desde la localidad de Punta Cana, en República Dominicana, hasta Madrid [SAP Madrid, Sección 14ª, 61/2025 de 14 de febrero, Rec. 122/2024. (JUR/2025/86417)].

⁵⁰ Norma internacional que continua la línea del Convenio de Varsovia de 1929.

⁵¹ Según el art. 20 del Convenio de Montreal, “si el transportista prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización, o de la persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él, el transportista quedará exonerado, total o parcialmente, de su responsabilidad con respecto al reclamante, en la medida en que esta negligencia u otra acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él. Cuando pida indemnización una persona que no sea el pasajero, en razón de la muerte o lesión de este último, el transportista quedará igualmente exonerado de su responsabilidad, total o parcialmente, en la medida en que pruebe que la negligencia u otra acción u omisión indebida del pasajero causó el daño o contribuyó a él”.

⁵² El Convenio de Varsovia señalaba “todas las medidas necesarias”, mientras que como vemos el Convenio de Montreal promulga “todas las medidas razonablemente necesarias” (art. 21 Convenio de Varsovia).

⁵³ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa exclusiva en la producción del daño contractual*. Editorial Dykinson, Madrid. 2003, p. 282. MONFORT FERRERO, M., “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: la responsabilidad del transportista aéreo por los equipajes”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 423, 2000, pp. 1-6.

⁵⁴ A este respecto, aplicando el Convenio de Montreal, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establece que “la única causa de exoneración del transportista aéreo es que el daño haya sido causado por la propia víctima” (STS 17 de mayo de 2019).

⁵⁵ MONFORT FERRERO, M.J., “Responsabilidad por daños en la navegación aérea”. En *Derecho de daños*. Mario Enrique Clemente Meoro (dir.), María Elena Cobas Cobiella (dir.). Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2021, p. 1325.

⁵⁶ LUBOMIRA KUBICA, M., “Responsabilidad civil en la navegación aérea (daños a terceros) en el Derecho civil español y en el Derecho comparado”. *El derecho aéreo entre lo público y lo privado: Aeropuertos, acceso al mercado, drones y responsabilidad*. Dir. GUERRERO LEBRÓN, M.J., & PEINADO GARCÍA, J.I., Coord. CONTRERAS DE LA ROSA, I., Editado

por la Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla. 2017, pp. 366 y 367. MONFORT FERRERO, M.J., “Responsabilidad por daños en la navegación aérea” ..., p. 1326.

⁵⁷ ATAZ LÓPEZ, J., “Invocación oportuna del caso fortuito y de la fuerza mayor en pleitos de daños” ..., p. 259. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*. (3ª ed.) Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid. 2021, pp. 1084 y 1085.

⁵⁸ ATAZ LÓPEZ, J., “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: La distinción entre ambas nociones” ..., p. 503.

⁵⁹ GIANFELICI, M.C., Caso fortuito y caso de fuerza mayor. (1 ed.) Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1995, pp. 104 y 105.

⁶⁰ STS 28 de marzo de 1994, en este caso, la caída de una rama provoca daños indemnizables. Se prueba que la caída se debe a que se alcanzaron rachas de viento superiores a los 74 km/h. El Alto Tribunal señala que el condenado (Ayuntamiento de Burgos) podría haber tomado medidas que evitaran el daño (cortar las ramas). Por todo ello, no aprecia circunstancia exoneradora.

⁶¹ STS 20 de febrero de 1997, en este supuesto, las fuertes lluvias torrenciales provocan el desbordamiento del río y las inundaciones causan daños antijurídicos. El Tribunal condena a la Confederación Hidrológica del Segura a reparar los daños causados debido a su actitud “pasiva”; la sentencia considera que el Organismo, dentro de sus atribuciones, podría haber realizado tareas previas a las lluvias torrenciales que hubieran evitado el desbordamiento.

⁶² FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p.249.

⁶³ Como ejemplo, podemos ver las cancelaciones de vuelo que tuvieron lugar en 2020, debido a la pandemia del COVID-19, en estos casos, las compañías aéreas debieron devolver el precio pagado por los usuarios a pesar de que las cancelaciones se debían a la pandemia y las normas contrarían a la libertad de circulación que aprobaron todos los países.

⁶⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7168.

⁶⁵ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p.261.

⁶⁶ MONFORT FERRERO, M.J., “Responsabilidad por daños en la navegación aérea” ..., pp. 1327 y 1328.

⁶⁷ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p.259.

⁶⁸ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* ..., p.288.

⁶⁹ En la jurisprudencia menor podemos encontrar algún caso aislado que exonera al transportista por un fallo mecánico de la aeronave [SAP Barcelona (Sección 12ª) de 12 de marzo de 2003].

⁷⁰ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios” *Estudios sobre consumo*. Nº 50, 1999, pp. 67-70. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Contratación del transporte y la navegación” ..., p. 7171.

⁷¹ En este caso, un fallo en el motor imposibilitó la realización del vuelo y, por tanto, el cumplimiento de la obligación.

⁷² Casuística que no es ajena a la responsabilidad civil. Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el año 2014 consideró que existía fuerza mayor extraña a la conducción en un caso de colisión de un conductor con una piara de jabalís (STS 14 de mayo de 2014); en cambio, en el año 2015 en un supuesto similar de colisión contra otra piara de jabalís, el Alto Tribunal Civil no consideró la apreciación de la fuerza mayor, al señalar que “el cruce de una piara de jabalís no es un hecho extraño a la circulación, como lo acredita la multitud de siniestros que se producen en las carreteras con animales de caza” (STS 4 de febrero de 2015; en la misma línea, SSTS 11 de febrero de 2016; 3 de junio de 2016).

⁷³ En relación con la mediática huelga de controladores en España, en el puente de diciembre de 2010 es interesante señalar que se determinó la responsabilidad de AENA, como

rama de la Administración Pública en la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo N.º 7, 191/2012 de 12 julio 2012, Rec. 871/2011. (RJCA2012\435).

El Tribunal administrativo sostiene que la responsabilidad es de los trabajadores de AENA, funcionarios de este órgano público y que será AENA quien responda en su lugar del incumplimiento.

⁷⁴ LÓPEZ SANTANA, N., *El incumplimiento del contrato de viaje combinado por causa de huelga. La protección de turista*. Editorial Comares, Granada. 2003, pp. 4-15.

⁷⁵ FERRER TAPIA, B., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad ...*, p.262.

⁷⁶ SSTJUE de 22 de diciembre de 2008;12 de mayo de 2011 (a. C-294/10); 4 de mayo de 2017 (Petková y Petka, C-315/15); y 4 de abril de 2019 (C-501/17).

⁷⁷ En la misma línea, puede verse la SAP Palma de Mallorca 493/2012, de 21 de noviembre de 2012. Esta resolución, también resuelve un caso de cancelación del vuelo debido a una huelga de controladores franceses. La compañía no consigue justificar la cancelación debido a la huelga y el Tribunal condena a la compañía al pago de la compensación.

⁷⁸ Anteriormente, en la misma línea véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, 105/2019 de 22 abril 2019, Rec. 605/2018. (JUR\2019\134327); Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º. 6 de Lleida, 6/2020 de 21 de enero 2020, Rec. 521/2019. (JUR\2023\14511); y Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º. 6 de Lleida, 105/2020 de 28 de octubre de 2020, Rec. 69/2020. (JUR\2023\47560); en esta última resolución, el Tribunal declara que la huelga no puede considerarse una circunstancia extraordinaria, independientemente de que sea una huelga lícita o ilícita,

⁷⁹ No en todos los casos la niebla densa se ha considerado una causa extraordinaria, así, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º. 1 de Oviedo, 19 abril 2011, Proc. 459/2010. (AC\2011\526). En este caso, el Juez sostiene que “el simple hecho de que existiera niebla no puede ser configurado como causa de fuerza mayor”.

⁸⁰ En este supuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona no aplica la circunstancia exoneradora prevista en el art. 5.3 del Rg. 261/2004, debido a que la compañía no probó que el vuelo se canceló debido a la existencia de una niebla densa.

⁸¹ Recordemos que en España se aprobó un Estado de Alarma que, en otras cuestiones, limitaba la libre circulación de personas.

⁸² Rec. 1289/2023, JUR\2024\492571.

⁸³ El vuelo cancelado debería haber operado la línea aérea el 10 marzo de 2020 entre Delhi y Madrid con escala en Roma.

Por su parte, la compañía aérea abonó a los clientes el importe de los vuelos no disfrutados.

⁸⁴ El Tribunal de Granada establece que, una vez cancelado el vuelo, el transportista debe comprometerse a la devolución del importe o a ofrecer un transporte alternativo al usuario. De acuerdo con la sentencia, lo que no puede hacer la compañía es imponer a los pasajeros la aceptación de bonos que sustituyan el reembolso, debiendo por ello, recompensar a la parte demandada.

1.7. Concursal

La rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado¹

The rehabilitation of contracts for the acquisition of assets in installments

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El Texto Refundido de la Ley Concursal contempla una regulación especial para la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado, en interés de la masa del concurso, para el mantenimiento de la actividad empresarial del concursado. La rehabilitación procede en caso de resolución anterior a la declaración de concurso producida en los tres meses previos a la fecha del auto declaratorio del concurso, siempre que la administración concursal abone las cantidades pendientes de pago al tiempo de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. La rehabilitación debe producirse antes de que concluya el plazo para la comunicación de créditos y no requiere el planteamiento de un incidente concursal sino una mera notificación que es recomendable sea fehaciente. En el caso de que se hubiera ejercitado en los tres meses previos a la declaración de concurso la acción resolutoria de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio aplazado y derivada de condición resolutoria explícita inscrita en el Registro de la Propiedad, la rehabilitación tendrá lugar en el ámbito de dicho procedimiento y dará lugar al cierre del mismo. Lo mismo cabe decir en el caso de que se hubiese ejercitado en dicho plazo las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles. El transmitente puede oponerse a la rehabilitación por causas tasadas y tiene derecho a la resolución del contrato en caso de incumplimiento posterior del contrato rehabilitado, sin posibilidad de ulterior rehabilitación.

ABSTRACT: *The Consolidated Text of the Bankruptcy Law provides special regulations for the reinstatement of contracts for the acquisition of movable or immovable property with a deferred price, in the interest of the bankruptcy estate and to*

maintain the business activity of the bankrupt. Rehabilitation is permitted in the event of a resolution prior to the declaration of bankruptcy that occurred in the three months prior to the date of the bankruptcy order, provided that the bankruptcy administrator pays the outstanding amounts at the time of the reinstatement and assumes future payments from the estate. Rehabilitation must occur before the expiration of the deadline for the communication of claims and does not require the filing of a bankruptcy incidental proceeding, but rather a mere notification, which is recommended to be reliable. If, in the three months prior to the declaration of bankruptcy, an action resolutive of the sale of real estate was exercised due to non-payment of the deferred price and arising from an explicit resolutive condition registered in the Property Registry, the reinstatement will take place within the scope of said procedure and will result in its closure. The same applies if, within this period, actions to recover assets sold in installments with retention of title have been exercised through contracts registered in the Registry of Movable Property. The transferor may object to the reinstatement for specific reasons and has the right to resolve the contract in the event of subsequent breach of the reinstated contract, without the possibility of further reinstatement.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores, adquisición de bienes a plazos rehabilitación de contratos resueltos

KEYWORDS: *Bankruptcy proceedings, acquisition of assets in installments, rehabilitation of resolved contracts*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EJERCICIO DEL DERECHO DE REHABILITACIÓN.—III. CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE REHABILITACIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 167 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.—IV. CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA REHABILITACIÓN POR PARTE DEL TRANSMITENTE DEL BIEN ADQUIRIDO A PLAZOS POR EL CONCURSADO.—V. INCUMPLIMIENTO POSTERIOR DEL CONTRATO REHABILITADO POR EL CONCURSADO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado es una institución concursal procedente de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que la regulaba en su artículo 69.

Dicho artículo indicaba:

“1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. El incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación.

2. El transmitente podrá oponerse a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración de concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo en favor de tercero, lo que habrá de acreditar suficientemente si no constare a la administración concursal”.

Actualmente, esta institución aparece regulada en el artículo 167 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal con la siguiente redacción prácticamente idéntica a la del anterior artículo 69 Ley 22/2003:

“1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso.

2. La notificación del ejercicio de la facultad de rehabilitación a la otra parte del contrato deberá realizarse por la administración concursal antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, con previa o simultánea satisfacción o consignación de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y con asunción de los pagos futuros con cargo a la masa.

3. El transmitente podrá oponerse a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración de concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo en favor de tercero, lo que habrá de acreditar suficientemente si no constare a la administración concursal.

4. El posterior incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación”.

El precepto se encuentra ubicado en el Capítulo IV, Título III, Libro Primero del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), esto es, en sede de efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, concretamente en la sección 3ª del Capítulo IV “relativa al derecho a la rehabilitación de contratos”. En esta sección, se regula en el artículo 166, la rehabilitación de contratos de financiación; en el artículo 167, la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes como un derecho con precio aplazado y en el artículo 168, la rehabilitación de contratos de arrendamientos urbanos^{2 3}.

De la rúbrica de la sección en que se ubica se deduce que la ley configura esta rehabilitación de contratos de adquisición de bienes, como un derecho del concursado para la conservación de los bienes necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, “de igual forma que se impone un sacrificio a los titulares de garantías reales y, por asimilación a estos, a los acreedores de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, a los arrendadores financieros y a los vendedores de bienes inmuebles con condición resolutoria inscrita, consistente en una espera en cuanto a la realización de la garantía o la recuperación del bien (arts. 145 a 151)”⁴.

Por lo tanto, es el interés del concurso y una mejor gestión de la crisis empresarial la que fundamenta la rehabilitación de los contratos, “presupuesto que habilitará el reconocimiento de un crédito contra la masa”⁵.

El nuevo artículo 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal ha mejorado la redacción del artículo 69 de la Ley 22/2003, al ubicar en un apartado distinto el derecho del acreedor a resolver el contrato sin posibilidad de ulterior rehabilitación en caso de incumplimiento del contrato rehabilitado (derecho que anteriormente se reconocía en el mismo art. 69.1 LC)⁶.

En cuanto a la virtualidad práctica de este precepto y de los artículos 166 y 168 del Texto Refundido de la Ley Concursal, lo cierto es que ha sido escasa en los años de vigencia de la Ley 22/2003, señalando PAÑEDA USUNARIZ que ello “a pesar de que se trata de instrumentos muy vigorosos de recuperación de contratos estratégicos, vitales en ocasiones, para la subsistencia de la actividad empresarial o profesional del deudor”, viendo las causas de esta falta de utilización en “las limitaciones temporales y objetivas a que la Ley sujeta su utilización”, “la patológica demora con la que ordinariamente se presentan las solicitudes de concurso” y en el “estilo << defensivo >> de llevar la administración concursal, poco proclive a disponer prematuramente de dinero de la masa y a contraer compromisos de pago futuro con cargo a ella”. “La pronta venta de la unidad productiva, que en ocasiones es indispensable para la conservación del valor de la masa y la paralela consecución de otras finalidades (mantenimiento del empleo y de piezas importantes todavía potencialmente viables de tejido empresarial), llama a la utilización de esta clase de instrumentos —en particular, contratos de financiación y arrendamiento de locales— para mantener hasta el momento de la venta la integración organizativa en que la unidad productiva consiste (art. 200.2 TRLC)”⁷.

Estudiamos a continuación cómo se ejercita el derecho de rehabilitación, respecto de qué contratos cabe ejercitarlo, cuáles son las causas de oposición al ejercicio del derecho que puede plantear el transmitente y la imposibilidad de nueva rehabilitación tras el incumplimiento del contrato rehabilitado.

II. EJERCICIO DEL DERECHO DE REHABILITACIÓN

La facultad de rehabilitación que corresponde en todo caso a la administración concursal, ya estén sometidas las facultades de administración y disposición del deudor a intervención de la administración concursal o ya estén sometidas a suspensión, sustituyendo la administración concursal al deudor en el ejercicio de esas facultades (art. 106 TRLC), consiste en una subsanación del incumplimiento contractual del concursado, incumplimiento en el pago de la contraprestación o precio aplazado de la adquisición del bien mueble o inmueble producido antes de la declaración de concurso⁸.

Procede el ejercicio del derecho de rehabilitación en relación con contratos de adquisición (o sea, traslativos del dominio u otros derechos reales) de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado, cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso. Si la resolución se hubiese producido antes de ese plazo, ya no cabe subsanación⁹, si bien si se hubiesen ejercitado las acciones a que se refiere el artículo 150 del Texto

Refundido de la Ley Concursal, quedarán suspendidas por efecto de la declaración de concurso (art. 145 TRLC), para permitir la conservación para la masa activa del concurso de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. La suspensión procede hasta que se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio de tales acciones o hasta que haya transcurrido 1 año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación (art. 148 TRLC).

En relación con la fecha del auto de declaración de concurso y para el cálculo de los tres meses anteriores de que habla el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley Concursal será preciso tener en cuenta los artículos 10, 11 y 12 (en caso de concurso voluntario) y 26 (en caso de concurso necesario) 67 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en relación con el artículo 28 y 32 del Texto Refundido de la Ley Concursal y 5 del Código Civil. En concreto, según el artículo 25 y 26 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en el caso de que, interpuesto recurso de apelación contra el auto de desestimación de la solicitud presentada por el acreedor o por cualquier otro legitimado, el recurso fuera estimado por el tribunal superior, en el auto se fijará como fecha de la declaración de concurso la de la resolución apelada.

Corresponde la legitimación para ejercitar este derecho del concursado a la Administración Concursal, bien por iniciativa propia o del concursado. Para ello le basta remitir una notificación a la otra parte en el contrato. La legitimación exclusiva le corresponde a la Administración Concursal en la medida que es el órgano que puede valorar “si es posible hacer frente a las consecuencias de esta rehabilitación, que suponen la previa o simultánea satisfacción o la consignación de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y la asunción de los pagos futuros con cargo a la masa”¹⁰.

En efecto, de acuerdo con el artículo 242 del Texto Refundido de la Ley Concursal son créditos contra la masa “1. ... 15º. 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*”.

Como se trata de un derecho del concursado, la Administración Concursal dirige simplemente una notificación a la otra parte en el contrato antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos (art. 28.1.4º TRLC)¹¹, con previa o simultánea satisfacción o consignación de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y con asunción de los pagos futuros con cargo a la masa¹². Se prevé la consignación de las cantidades debidas para el caso de que el acreedor, como señala el artículo 1176 del Código Civil, a quien se hiciera el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan este, se niegue de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, quedando el deudor libre de responsabilidad (en este caso, realizada la rehabilitación del contrato).

En este sentido, la notificación de la rehabilitación debería verificarse mediante acta notarial (para dejar constancia fehaciente de la misma)¹³ con simultáneo o previo ofrecimiento de pago al acreedor y en la que se anuncie subsidiariamente que si el pago no es aceptado, se procederá a la consignación judicial o notarial¹⁴.

No obstante, para que se entienda verificada la rehabilitación será preciso que, si hay consignación, y es judicial, sea aceptada por el acreedor o el juez la

tenga por bien hecha. Si la consignación es notarial será preciso que sea aceptada por el acreedor¹⁵. Pues el precepto habla de “satisfacción o consignación de las cantidades debidas”, *luego debe producirse el pago o un subrogado del pago como es la consignación*.

Como señala ORELLANA CANO “la aparente sencillez de la tramitación de esta rehabilitación (mera notificación en el plazo fijado y pago o consignación previa o simultánea de créditos) puede complicarse en caso de controversia, por ejemplo, sobre la cantidad que ha de ser pagada o consignada, extremo no previsto en la norma. En cualquier caso, del apartado 3 del art. 167 TRLC se desprende que el transmitente puede oponerse, sin que tampoco se establezca el cauce procedimental para las controversias ... Por otra parte, tampoco se regula la posible impugnación de la decisión de rehabilitar (o no rehabilitar, si fuera a instancia del concursado)”. La autora concluye que “dado que conforme al art. 532 TRLC, todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada otra tramitación, se tramitarán por el cauce del incidente concursal”, estas discrepancias “podrán ser encauzadas por el trámite del incidente concursal, siendo favorable igualmente algún autor a la sustanciación por los trámites del incidente concursal de la impugnación de la decisión”¹⁶.

Como hemos indicado antes, la notificación de la voluntad de rehabilitar el contrato resuelto debe ir acompañada de la previa o simultánea satisfacción o consignación de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y con asunción de los pagos futuros con cargo a la masa.

Los créditos contra la masa son prededucibles y su pago se hace con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Es decir, salvo los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa, que se pagan de forma inmediata, los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagan a sus respectivos vencimientos (art. 245.2 TRLC) sin esperar a la fase de convenio o de liquidación, pudiendo ser objeto de subordinación con arreglo al artículo 281.1.7º del Texto Refundido de la Ley Concursal¹⁷.

Tratándose de contratos de compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado y condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad, en relación con los cuales se hubiera ejercitado en los tres meses previos a la declaración de concurso el ejercicio de la acción resolutoria, hay que tener presente que el proceso queda suspendido por la declaración de concurso (art. 145.2 en relación con el art. 150.1º TRLC) siempre que se trate de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, por lo que el ejercicio del derecho de rehabilitación entiendo se producirá en el seno del procedimiento dando lugar al cierre del mismo.

Igualmente, tratándose de compraventa de bienes muebles vendidos a plazos con reserva de dominio e inscritos en el Registro de Bienes Muebles, la declaración de concurso suspenderá la acción tendente a recuperar el bien necesario para la actividad empresarial que hubiera ejercitado el vendedor dentro de los tres meses previos a la declaración de concurso, por lo que el derecho de rehabilitación se ejercerá en el marco de dicho procedimiento dando lugar al cierre del mismo (art. 145.2 en relación con el art. 150.2º TRLC).

III. CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE REHABILITACIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 167 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

De acuerdo con el artículo 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal son susceptibles de rehabilitación los contratos resueltos dentro de los tres meses previos a la fecha de la declaración de concurso, que sean contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles (o derechos reales sobre los mismos como p.e. el usufructo o el derecho de uso), siempre y cuando se haya aplazado el precio o contraprestación que debe pagar el adquirente (concurtido).

Debe pues de tratarse de contratos traslativos, tendentes a la adquisición del dominio u otros derechos reales limitados sobre bienes muebles e inmuebles, por lo que queda incluido en su ámbito de aplicación “la compraventa a plazos, con o sin reserva de dominio”¹⁸ y con o sin condición resolutoria explícita en caso de impago del precio aplazado, suscitando dudas la permuta, y quedando excluidos los contratos a título gratuito (donación)¹⁹.

El contrato debe haber quedado resuelto dentro de los tres meses previos a la fecha de la declaración de concurso. Esta resolución no es preciso que se haya declarado judicialmente, “ya que la resolución del contrato produce efectos desde que se llevó a cabo extrajudicialmente, siendo la sentencia que la confirma meramente declarativa. ... Esta interpretación queda corroborada por el apartado 2 del art. 167 TRLC, que permite al transmitente oponerse a la rehabilitación << cuando con anterioridad a la declaración de concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido >> *lo que presupone que la resolución del contrato ya se había producido, aun cuando se ejercite la acción judicial para su declaración, ya que parece referirse a una acción en trámite*”²⁰.

Señalan CLEMENTE MEORO y SERRA RODRIGÚEZ en relación con el ejercicio de la facultad resolutoria que “el artículo 1124 CC no determina claramente el carácter judicial o extrajudicial de la resolución. Esta falta de concreción ha dado lugar a dos líneas jurisprudenciales y doctrinales, según predomine el carácter judicial o extrajudicial de la resolución. a) Para la primera de ellas la resolución solo cabe extrajudicialmente si el deudor la acepta, lo que es tanto como afirmar que la resolución solo es extrajudicial si resulta de un acuerdo extintivo de la relación contractual, confundiéndose con el mutuo disenso y, sobre todo, con la transacción. Porque si no hay acuerdo, hace falta una declaración judicial, que tendrá carácter constitutivo, en el sentido de que los efectos de la resolución sólo se producirán si y desde que haya sentencia que la decrete. b) Sin embargo, otra línea jurisprudencial y doctrinal más generalizada entiende que es el acreedor y no la sentencia la que determina la resolución del contrato, de manera que si hay controversia sobre ella la sentencia se limitará a declarar si la resolución se ajustó o no a Derecho, pero sus efectos se producirán desde que el acreedor optó por ella, bien mediante declaración extrajudicial, bien mediante demanda judicial. *Resulta preferible esta segunda línea jurisprudencial: porque es más consecuente con el carácter de facultad que el art. 1124 CC atribuye a la resolución por incumplimiento y porque la posibilidad de ejercicio extrajudicial no significa, ni mucho menos, privar a los tribunales de sus potestades de control respecto de los actos del acreedor a fin*

de evitar que este pretenda la resolución del contrato por causa inexistente o insuficiente"²¹.

En caso de que esté pactada como condición resolutoria explícita que el impago del precio aplazado dará lugar a la resolución del contrato (pacto comisorio o de *lex comisoría*), la resolución se produce cuando impagado el precio, el vendedor ejercita el requerimiento resolutorio de que habla el artículo 1504 del Código Civil²². Dicho requerimiento no es de pago sino que es un requerimiento resolutorio pues el precepto indica que el comprador solo puede pagar *mientras no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial*²³. Esto diferencia al artículo 1504 del 1124 del Código Civil, pues en este caso, el juez a pesar de que se haya pedido la resolución (judicial o extrajudicialmente) puede conceder plazo al deudor para el pago, como señala ALBALADEJO (art. 1124.3º CC)²⁴.

En el mismo sentido, indica OLIVA BLÁZQUEZ que "el requerimiento implica, por de pronto, que el comprador, incluso en los casos en que se haya pactado la condición resolutoria, puede pagar mientras no se la haya requerido, lo cual significa que el pacto comisorio nunca tendrá una eficacia directa y automática en caso de impago"²⁵.

Por lo demás, en caso de condición resolutoria explícita, "si la resolución no es aceptada por la otra parte, la compradora, se precisa declaración judicial que lo declare"²⁶.

IV. CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA REHABILITACIÓN POR PARTE DEL TRANSMITENTE DEL BIEN ADQUIRIDO A PLAZOS POR EL CONCURSADO

El Texto Refundido de la Ley Concursal "contempla la posibilidad de que el acreedor transmitente a quien previamente le ha sido notificada la pretensión de rehabilitar el contrato, se oponga a ello, siempre que << ... *con anterioridad a la declaración de concurso* ... >> haya realizado una de las tres siguientes actuaciones: haber << ... *iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido* ... >>; haber << ... *recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida*...>> o haber << ... *realizado actos dispositivos sobre el mismo en favor de tercero* ...>>"²⁷.

De lo dicho se desprende que la efectividad de la rehabilitación regulada en el artículo 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal requiere también que el transmitente "decida no oponerse a ella cuando así pueda hacerlo". Asimismo, cabe deducir de la existencia de estas causas de oposición que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal "aquellas hipótesis donde no haya habido una previa entrega del bien al deudor concursado"²⁸.

En relación con la primera causa de oposición el precepto parece referirse al caso de que no haya sido aceptado el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil en vía extrajudicial o el requerimiento resolutorio del artículo artículo 1504 del Código Civil y el transmitente haya iniciado por dicho motivo la acción resolutoria para obtener una sentencia declarativa que constate

que la resolución está bien hecha con efectos retroactivos al momento en que el transmitente optó por la resolución²⁹.

Como señala MARTÍNEZ ROSADO “si el deudor no atendió el requerimiento realizado en su día y el transmitente acudió al juez, se antoja excesivo conceder a aquel ahora la facultad de rehabilitar el contrato como consecuencia de la declaración de concurso”³⁰.

El precepto, además, insta al transmitente a plantear en breve plazo la reclamación judicial (en los tres meses siguientes al ejercicio de la facultad resolutoria), pues si se demorase no cabría que se opusiera a la rehabilitación instada por la Administración Concursal (art. 167.1 TRLC en relación con el 167.3 TRLC *a sensu contrario*)³¹.

En cuanto a las acciones de restitución del bien, el artículo 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal parece referirse al ejercicio de acciones de trascendencia judicial (en los tres meses siguientes al ejercicio de la facultad resolutoria), pues si se demorase no cabría que se opusiera a la rehabilitación instada por la Administración Concursal, siempre que hubiese ejercitado la acción de recuperación del bien con anterioridad a la declaración de concurso.

En segundo lugar, también puede oponerse el transmitente a la rehabilitación del contrato resuelto en los tres meses previos a la declaración de concurso cuando antes de ésta hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y, además, hubiese devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida³².

En la medida en que es una causa distinta de oposición, el transmitente ha tenido que recuperar el bien por cauce distinto del ejercicio de la acción judicial de resolución o reivindicatoria, refiriéndose al supuesto en que “el adquirente haya decidido devolver el bien al conocer la resolución extrajudicial del contrato”³³. A esta situación se podría equiparar el haber conseguido la reinscripción del bien a nombre del transmitente en el Registro de la Propiedad aunque aún no se hubiese recuperado la posesión material art. 1462.2º CC), como señala ALBALADEJO. Además será preciso que el transmitente haya devuelto o consignado la contraprestación recibida, “disminuida con indemnizaciones o sanciones por el incumplimiento contractual”³⁴.

La necesidad por parte del adquirente de devolver la contraprestación recibida para poder oponerse a la rehabilitación del contrato obedece a “evitar el enriquecimiento injusto del transmitente que recupera el bien en perjuicio de la masa”³⁵. En cuanto a la posibilidad de que el transmitente consigne la contraprestación recibida está prevista “para evitar que se impida la oposición a la rehabilitación en aquellos casos en que el adquirente se niegue a recibir la contraprestación, por ejemplo, por considerar que no alcanza la cuantía que él entiende como justa”³⁶.

La tercera causa de oposición se refiere a que el transmitente hubiese realizado actos dispositivos sobre el bien en favor de tercero. Esto es, aceptada la resolución por el adquirente y antes de que se proceda a la restitución de las contraprestaciones, el transmitente, que ha recuperado el dominio como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1124 o del 1504 del Código Civil o que lo conservaba mediante un pacto de reserva de dominio, ha procedido a la

enajenación del bien a un tercero, adquiriendo este la propiedad. En este supuesto, al estar el bien en el patrimonio de un tercero, el transmitente puede oponerse a la rehabilitación del contrato³⁷. Pero para que opere esta causa de oposición el tercero ha de ser de buena fe, como ha indicado la doctrina científica.

Así se ha señalado “la protección de este tercero solo estaría justificada si este tercero es << de buena fe >>, es decir, el tercero desconocía que el bien que se le transmite por quien acaba de recuperarlo tras la resolución del contrato de transmisión celebrado con el adquirente original (futuro concursado) constituía el objeto de un contrato susceptible de ser rehabilitado”³⁸.

Es decir, el transmitente ha conseguido la reinscripción del bien a su nombre en el Registro de la Propiedad, aunque aún no se hubiese recuperado la posesión material, y transmite a tercero hipotecario que desconoce que el contrato previamente inscrito cuya resolución ha dado lugar a una nueva inscripción a favor de su transmitente y a una nueva transmisión del bien a su favor puede ser rehabilitado en sede concursal (art. 34 LH), es decir, desconoce las causas que darían lugar a la resolución del derecho de su transmitente en beneficio de la masa activa del concurso. Dicho conocimiento existiría en el caso de que el Registro de la Propiedad publicase la declaración de concurso tras la primera transmisión al concursado con precio aplazado, pues dicha declaración sería oponible al tercero comprador (art. 37 TRLC que modaliza el artículo 11 LH).

Como señalan FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, “estos hechos solo impiden la rehabilitación si son anteriores a la declaración de concurso; si se realizan después, no la impiden”³⁹. Esto es, “desde el punto de vista de la contraparte del concursado, la posibilidad de rehabilitación le debe animar a adoptar medidas contra la parte incumplidora cuanto antes, cuando prevea que esta pueda ser declarada en concurso, siempre, claro está, que le interese evitar la rehabilitación del contrato”⁴⁰.

El artículo 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal exige acreditar suficientemente a la administración concursal estas causas de oposición si a ésta no le constaren. P.e., la administración concursal puede tener noticia de la existencia del procedimiento judicial en curso por el que el transmitente ejercita la acción de resolución o la acción reivindicatoria *ex art. 7,3º* o *ex art. 28.2* del Texto Refundido de la Ley Concursal (artículos que detallan la documentación a aportar junto con la solicitud de concurso voluntario o una vez declarado el concurso necesario).

Para ORELLANA CANO, la acreditación solo se refiere al último motivo de oposición para evitar conductas fraudulentas⁴¹. No obstante, ZURUTUZA ARIGITA entiende (opinión que compartimos) que la dicción del precepto “se relaciona con las tres causas de oposición previamente referidas ..., de tal suerte que, para el ejercicio de la facultad de oposición, el transmitente deberá acreditar suficientemente la existencia de cualquiera de esas tres causas si todavía no le constan a la administración concursal”⁴². Añadiendo que aunque por la forma de expresarse el precepto “hay quienes entienden que esta dicción del art. 69.2 *in fine* se refiere exclusivamente a la última causa de oposición aludida por el precepto, es decir a la disposición del bien a favor de un tercero... seguramente ello se debe a que normalmente el transmitente no deberá acreditar a la Administración Concursal las dos primeras causas de oposición”⁴³.

Para hacer valer la causa de oposición bastaría con una comunicación del transmitente dirigida a la administración concursal, indicando la causa de oposición y acreditando convenientemente la misma. En caso de controversia sobre la concurrencia de la causa de oposición, la misma se sustanciaría por los trámites del incidente concursal, estando legitimado para la interposición de la demanda, tanto el transmitente como la administración concursal (art. 532 TRLC)⁴⁴.

V. INCUMPLIMIENTO POSTERIOR DEL CONTRATO REHABILITADO POR EL CONCURSADO

De acuerdo con el artículo 167.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal “el posterior incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación”. Se trata de que la Administración Concursal deja de realizar alguno de los pagos futuros con cargo a la masa, cuando los plazos van venciendo⁴⁵.

ZURUTUZA ARIGITA señala a este respecto: “Aunque pudiera pensarse que el reconocimiento legal de este derecho en este supuesto es superfluo por venir establecido con carácter general en base al art. 1124 del CC, ello no es así, pues hay que tener presente que según se infiere del art. 62.1 en relación con el art. 61.2 de la LC por regla general << la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos ... por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes >> siempre y cuando estos tengan << ... obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte >> a la fecha de la declaración de concurso. En efecto, en la medida en que el acreedor transmitente ya ha cumplido su prestación entregando el bien conforme a lo pactado al adquirente cuando es declarado el concurso, en base a estos dos preceptos podría afirmarse que en principio el acreedor no tendría un derecho a resolver el contrato. Sin embargo, y para el caso específico de un contrato rehabilitado que se vuelve a incumplir, por aplicación del art. 69.1 *in fine* el acreedor podrá optar por exigir el cumplimiento o por instar su resolución”⁴⁶.

Aunque este argumento el autor lo refería a los antiguos artículos 61.2 y 62.1 de la Ley 22/2003, Concursal, hoy puede referirse al artículo 160 y 161 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Según el primero de estos preceptos, “declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo”. Según el artículo 161 del Texto Refundido de la Ley Concursal “declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes”.

Resulta precisa, pues, una declaración del derecho del transmitente como la que realiza el artículo 167.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal. El transmitente puede resolver el contrato y recuperar el bien (art. 239.1 TRLC) o bien exigir el cumplimiento forzoso del crédito contra la masa (art. 284 TRLC).

La resolución se ejercitará ante el juez del concurso (art. 162 TRLC en relación con el art. 167.4 TRLC) por los cauces del incidente concursal⁴⁷.

Si el transmitente optara por el cumplimiento forzoso, de acuerdo con el artículo 248 del Texto Refundido de la Ley Concursal las ejecuciones judiciales para hacer efectivos créditos contra la masa sólo podrán iniciarse a partir de la fecha de eficacia del convenio, pero la prohibición de iniciar ejecuciones hasta entonces no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones por razón de la falta de pago a su vencimiento del crédito contra la masa⁴⁸.

Finalmente, dado que la *ratio legis* del artículo 167.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal es “la conveniencia de evitar que la Ley admita que se pueda obligar al dicho acreedor a soportar los reiterados incumplimientos en que incurra el deudor concursado, no cabrá ampararse en el art. ... [164 TRLC]... para sostener que el juez del concurso podría llegar a acordar el cumplimiento de tal contrato en interés del concurso”⁴⁹.

IV. CONCLUSIONES

I. El 167 del Texto Refundido de la Ley Concursal constituye un precepto especial respecto del artículo 164 del mismo texto legal.

II. La rehabilitación de contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado se refiere tanto a contratos de compraventa con o sin pacto de reserva de dominio, como contratos en los que se haya pactado o no como condición resolutoria explícita el impago del precio aplazado.

III. Si la acción resolutoria se refiere a compraventas de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado, que derive de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad la rehabilitación del contrato tendrá lugar en el procedimiento suspendido por la declaración de concurso, dando lugar al cierre del mismo. Igualmente, en el caso de acciones de recuperación de los bienes vendidos a plazos con reserva de dominio mediante contrato inscrito en el Registro de Bienes Muebles.

IV. La oposición a la rehabilitación por haber recuperado la posesión del bien mediante cauces legales incluye el supuesto de retransmisión del bien mediante nueva inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del transmitente.

V. La oposición a la rehabilitación por haber enajenado el bien a un tercero, exige que este tercero sea de buena fe, es decir, que desconozca la posibilidad de rehabilitación en favor de la masa del concurso del contrato resuelto, en cuya resolución se apoya el transmitente para una nueva transmisión a tercero distinto del inicial adquirente que fue declarado en concurso.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 638/2002, de 21 de junio de 2002
- STS 678/2020, de 15 de diciembre de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer.

- DEL BARRIO PÉREZ, A. (2017). La compraventa a plazos de bienes muebles. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Contratos Mercantiles, Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 343–394.
- ESPIÑEIRA SOTO, I. (2024) (1). Capítulo 2. Clases de obligaciones. En M^a. Linacero de la Fuente (dir.) y T.A. Jiménez París (coord.). *Tratado de Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 87–122.
- ESPIÑEIRA SOTO, I. (2024) (2). Capítulo 3. El pago o cumplimiento de la obligación. Los subrogados del cumplimiento. En M^a. Linacero de la Fuente (dir.) y T.A. Jiménez París (coord.). *Tratado de Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 123–150.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B. (2024). Efectos del concurso. En I. Villoria Rivera y M^a. Enciso Alonso-Muñamer (coord.). *Memento Práctico*. Madrid: Francis Lefebvre. Lefebvre – El Derecho.
- 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, pp. 117–163.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2024). Desahucio arrendaticio urbano y concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 811, pp. 2907 - 2932.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2021). Tema 6. Las condiciones. En S. Del Rey Barba y M. Espejo Lerdo de Tejada. *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 333–370.
- ORELLANA CANO, N. A. (2023). Artículo 167. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado. En J. Pulgar Ezquerria (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Las Rozas (Madrid): La Ley, pp. 957–965.
- PAÑEDA USUNARIZ, F, actualizado por Pablo González CARRERO FOJÓN (2023). Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos. En P. Prendes Carril (dir.) y Laura Prendes Figueras (coord.). *Practicum Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp. 1–45.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J y SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, B. (2024). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SERRA RODRÍGUEZ, A y CLEMENTE MEORO, M. (2023). Los efectos del incumplimiento. En J. R. de Verda y Beamonte. *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 131–148.
- THOMÀS PUIG, P. M. (2023). *Los créditos contra la masa activa del concurso*. Albolote (Granada): Comares.
- ZURUTUZA ARIGITA, I. (2016). *La rehabilitación de los contratos en el concurso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

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 Cuenca Casas.

² ORELLANA CANO, 2023, 957-958.

³ Sobre este derecho del concursado *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2025.

⁴ ORELLANA CANO, 2023, 958. Artículo 150 TRLC. Régimen de las acciones de recuperación. “Lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación a las siguientes acciones: 1º. A las acciones resolutorias de compraventas de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la propiedad. 2º. A las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de bienes muebles. 3º. A las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución”.

⁵ GARCÍA-POMBO, 2022, 160.

⁶ THOMÀS PUIG, 2023, 81, nota 152.

⁷ PAÑEDA USUNARIZ, actualizado por CARRERO FOJÓN, 2023, 10–11.

⁸ FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 22 de diciembre de 2023, 394.

⁹ FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 22 de diciembre de 2023, 394. Señalan los autores que “frente a la regla general sobre rehabilitación de contratos [art. 164 TRLC], esta regla especial es aplicable solo a la compraventa de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado, sujeto a sus presupuestos específicos y no se atribuye la decisión al juez, sino a la administración concursal. *Entendemos que ambos preceptos tienen distinto alcance y son compatibles, pues la facultad de la LC art. 164 opera a modo de excepción procesal, mientras que la facultad de la LC art. 167 produce sus efectos en un momento anterior*” (op. cit; loc. cit.). “Como razonamos en relación con el mantenimiento de los contratos incumplidos en interés del concurso, entendemos que la rehabilitación trata de resolver un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, pero que el incumplimiento posterior es plenamente imputable al concursado, en la medida en que las obligaciones vencidas con posterioridad son pagaderas a su vencimiento” (op. cit.; loc. cit.). En relación con el arrendamiento de vehículos, supuesto que carece de regulación especial en cuanto a la posibilidad de la rehabilitación del contrato por incumplimiento, cita THOMÀS PUIG la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cáceres, de 5 de abril de 2022, que aplica el artículo 164 TRLC como causa de oposición a la resolución instada por el arrendador en base a los siguientes argumentos: “Se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 164 LC, pues (i) una de las acciones ejercitadas es de resolución del contrato; (ii) ha existido un incumplimiento anterior al concurso y otro posterior a éste (impago de febrero de 2022); y (iii) el vehículo es necesario para el desarrollo de la actividad de la concursada, por lo que en este caso conviene al interés del concurso el cumplimiento del contrato —para su mantenimiento— en lugar de su resolución, ya que tanto a la concursada —en orden a su continuación previo convenio; posibilidad plausible al haberse presentado ya una propuesta— como al conjunto de los acreedores si es que se abriera la liquidación, conviene el mantenimiento del contrato, en este último caso porque hasta tanto se abriera la liquidación permitiría el mantenimiento de la actividad y con ello la generación de recursos. A lo anterior se une que el sacrificio del acreedor *in bonis* no es desmedido, toda vez que, aunque no se pagan puntualmente las cuotas, tampoco se dejan definitivamente impagadas, ni se ha informado por la administración concursal que la masa activa vaya a resultar insuficiente para el pago de los sucesivos créditos contra la masa que se generen (cuotas mensuales)” (THOMÀS PUIG, 2023, 80 nota 151). Señalando las diferencias entre el artículo 62,3 y los artículos 68 a 70 de la Ley 22/2003 (precedentes de los artículos 166, 167 y 168 TRLC), puede verse la STS 678/2020, de 15 de diciembre de 2020, que afirma “la identidad de razón que apreciamos en las sentencias 145/2012 y 161/2012 entre la regula-

ción del art. 62.3 LC, por un lado, para los casos en que se impone la continuidad del contrato a pesar de concurrir incumplimientos resolutorios y la de los arts. 68 a 70 LC, por otra, para la rehabilitación de contratos de préstamos o créditos y de adquisición de bienes con precio aplazado o para la enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, a fin de permitir la calificación de la deuda previa a la declaración del concurso como créditos contra la masa, no debe extenderse o proyectarse también sobre la imposición, a cargo de la masa del concurso, del cumplimiento efectivo, mediante su pago o consignación inmediato, de las obligaciones incumplidas que hubieran provocado la resolución contractual, o generado causa para ello, de no mediar la resolución judicial ordenando el cumplimiento del contrato. *Dicho pago o consignación, previo o simultáneo, es condición legal para la rehabilitación de los contratos incursos en causa de resolución y para la enervación del desahucio arrendaticio, a que se refieren los arts. 68 a 70 LC, pero la ley no ha impuesto también este requisito cuando al acreedor in bonis se le impone forzosamente, resolución judicial mediante, la continuación del contrato de tracto sucesivo, cuyo incumplimiento resolutorio (art. 1124 CC) es previo a la declaración del concurso y se mantiene tras éste, en interés del concurso.* En este caso, el sacrificio del acreedor al que se priva de la facultad resolutoria debe ser compensado, no según el canon normativo resultante de los arts. 68 a 70 LC, sino conforme a la regla específica establecida en el art. 62.3 LC respecto de los contratos de tracto sucesivo, en los términos en que la hemos interpretado, esto es, *calificando como crédito contra la masa no sólo el generado por el contrato de suministro tras la declaración del concurso, sino también el anterior.* Este último precepto no impone, a diferencia de aquellos, el pago o consignación simultáneo o previo de la totalidad de las cantidades debidas al tiempo de la resolución judicial que impone la continuación del contrato. Serán aplicables, en consecuencia, las reglas comunes sobre pago de los créditos contra la masa (arts. 84.3 y 154 LC). El régimen jurídico resultante de los arts. 68 a 70 LC (en contraste con el del art. 62.3) en la concreta cuestión ahora analizada sobre el momento del pago o consignación de los respectivos créditos a que se refieren aquellos preceptos, ha quedado más clara en la redacción de los arts. 166 a 168 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que reproduce el contenido de aquellos artículos pero con una redacción que despeja cualquier duda sobre la cuestión, al precisar que la notificación del ejercicio de la facultad de rehabilitación a la otra parte del contrato deberá realizarse por la administración concursal antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, << con previa o simultánea satisfacción o consignación de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y con asunción de los pagos futuros con cargo a la masa >> (arts. 166.2 y 167.2 TRLC). Sin embargo, la redacción del artículo 164 del texto refundido, equivalente al art. 62.3 LC, es idéntica a la de éste último, lo que confirma la diferencia entre el régimen jurídico, en esta cuestión, propio de los supuestos de continuación forzosa del contrato de tracto sucesivo a pesar de concurrir causa de resolución, y los de rehabilitación de préstamos, créditos y adquisición con precio aplazado, y de enervación de desahucios arrendaticios. Aunque el texto refundido de 2020 no estaba vigente al tiempo al que se refieren los hechos de la litis, tiene en este caso un indudable valor aclaratorio, explicativo o de concreción, del significado y alcance de las normas contenidas en los artículos 68 a 70 LC de 2003, del que resulta un claro contraste, en el extremo aquí relevante, con el régimen propio del art. 62.3 LC".

¹⁰ ORELLANA CANO, 2023, 959-960.

¹¹ Artículo 28.1.4º TRLC: "En todo caso, el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: ... 4º. El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el BOE". *Vid.*, art. 35 TRLC.

¹² No es preciso el planteamiento de un incidente concursal para el ejercicio del derecho de rehabilitación (THOMÁS PUIG, 2023, 81).

¹³ Fehaciencia que no exige la ley pero que ha sido recomendada doctrinalmente, como señala ORELLANA CANO (ORELLANA CANO, 2024, 962).

¹⁴ Cfr., ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (2), 142. El anuncio de la consignación a diferencia del ofrecimiento de pago “tiene que hacerlo el deudor al acreedor y a todos los interesados en el cumplimiento de la obligación (art. 1177.1 CC)”, por ejemplo al fiador o al asegurador (ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (2), 142). Sobre el procedimiento de consignación judicial y notarial, *vid.*, ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (2), 143–146.

¹⁵ “Conforme dispone el artículo 1180 CC para que se extinga la obligación [léase en nuestro caso, se entienda rehabilitado el contrato] es precisa la aceptación de la consignación por el acreedor o que exista una declaración judicial de que está bien hecha. La consignación no se produce por la simple puesta de la cosa a disposición de la autoridad judicial o del notario caso este último en el que la consignación sólo produce efecto si el acreedor la acepta pues no cabe que el notario la declare bien hecha, artículos 1180 CC y 69.4 Ley del Notariado” (ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (2), 146). La consignación debe ajustarse a las reglas que rigen el pago (art. 1177.2 CC), es decir, debe observar los requisitos de integridad (art. 1157), identidad (art. 1166 CC) e indivisibilidad (art. 1169 CC). (ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (2), 143). En este sentido indica el artículo 1177.2 CC que “la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago”.

¹⁶ ORELLANA CANO, 2023, 963.

¹⁷ ORELLANA CANO, 2023, 963. Artículo 281.1.7º TRLC: 1. Son créditos subordinados: ... 7º “Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas, a cargo de la contraparte del concursado, o del acreedor, en caso de rehabilitación de contratos de financiación o de adquisición de bienes con precio aplazado, cuando el juez constata, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso”. En este supuesto, perderán la consideración de créditos contra la masa (GARCÍA-POMBO, 2022, 161).

¹⁸ ORELLANA CANO, 2023, 960. Como explica ALBALADEJO, “por el pacto de reserva de dominio (*pactum reservati domini*) se determina que el vendedor, aun después de entregar la cosa al comprador, siga siendo dueño de esta hasta cierto momento o suceso (puesto que sería contradictorio con el fin de la venta que se reservase la propiedad *para siempre*). Se trata, pues, de que — a diferencia del caso normal— dicha entrega no es transmisiva del dominio, que luego, como ya el comprador tiene la cosa, se transfiere automáticamente, sin necesidad de desplazamiento posesorio, cuando llega el momento o acontece el suceso hasta el que se estableció la reserva. Generalmente con este pacto se persigue garantizar al vendedor el cobro del precio, cuando ha sido aplazado, haciendo que la transmisión de la propiedad al comprador no se verifique hasta el pago del mismo (lo que impele a pagarlo para convertirse en dueño)”. La jurisprudencia configura la venta con pacto de reserva de dominio como un supuesto de venta sometida a condición suspensiva (ALBALADEJO, 2011, 552 y 553, nota 5). El pacto de reserva del dominio es inscribible en el Registro de la Propiedad por tener transcendencia jurídico-real, “al colocar la titularidad del derecho en una situación de incertidumbre o inestabilidad necesitada de la publicidad registral” (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2024, 86). “Cuando el Registro publica una condición suspensiva en estado de pendencia, éste refleja dos titularidades: la actual del transferente y la expectante del adquirente, pudiendo disponer cada uno por separado de su derecho”... “Inscrita la transmisión condicional del derecho, los terceros adquirentes adquirirán un derecho condicional; pero si se hubiera omitido la inscripción de la condición, el Registro publicará una titularidad del derecho pura y simple, con la consiguiente repercusión de esta situación en favor de los terceros” (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2024, 87). En el caso de venta de bienes muebles a plazos incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio (*vid.*, sobre las notas características de este contrato, DEL BARRIO PÉREZ, 2017, 348–349), las partes, según el art. 7.10 de la ley, pueden incluir en el contrato el pacto de reserva de dominio. Para su eficacia frente a terceros de la reserva de dominio “el art. 15 LVPBM establece la obligación de que la misma esté inscrita en el Registro de Bienes Muebles para que sean oponibles frente a terceros”, si bien la jurisprudencia tiene declarado que “la reserva de dominio produce sus efectos entre el comprador y vendedor aun cuando

no esté inscrita”. La inscripción de la reserva de dominio en el Registro de Bienes Muebles permite “perseguir el bien aunque se halle en poder de persona distinta del comprador (art. 16.3 LVPBM)”. (BARRIO PÉREZ, 2017, 355–356). Artículo 15 LVPMB: “1. Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal. El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se llevará por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia”.

¹⁹ ORELLANA CANO, 2023, 961–962.

²⁰ ORELLANA CANO, 2023, 962. En idéntico sentido, señalan FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA que “la referencia legal de la LC art. 167 al eventual inicio de acciones judiciales pone de manifiesto que la contraparte puede haber resuelto el contrato por el cauce previsto en el mismo, o en su defecto, por medio de una comunicación de la que haya quedado constancia, no siendo necesario plantear demanda judicial o arbitral” (FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 22 de diciembre de 2023, 394).

²¹ SERRA RODRÍGUEZ y CLEMENTE MEORO, 2023, 143.

²² Como dice ALBALADEJO, “Lo que produce la resolución es el requerimiento, aunque se haya de acudir a la vía judicial si el requerido se resiste a admitir la resolución; en este caso la sentencia que se dicte es declaratoria, de modo que manifiesta que ya hubo resolución, no la ordena ella, de modo que al formular la demanda, basta pedir que se proclame la existencia anterior de la resolución, sin que sea preciso, pues, requerir de nuevo de resolución” (ALBALADEJO, 2011, 548, nota 10).

²³ ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (1), 111.

²⁴ ALBALADEJO, 2011, 547, nota 7. El artículo 1504 del Código Civil “contempla un supuesto especial de resolución contractual diferente a la modalidad general reconocida en el artículo 1124 CC, y específicamente dirigido a los casos de compraventa de bienes inmuebles en los que el comprador haya incumplido su obligación contractual principal por dejar de pagar el precio pactado en el contrato. En tal supuesto el vendedor podrá resolver; esto es, poner fin a la relación obligatoria en los términos y forma que se recogen” en el art. 1504 del Código Civil. Aunque “a primera vista pudiera parecer que este tipo de resolución tan sólo puede tener lugar cuando se haya pactado expresamente, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que el supuesto resolutorio del artículo 1504 CC se aplica a cualquier contrato de compraventa de bienes inmuebles, independientemente de que haya existido o no un pacto explícito al respecto, ya que la locución << aun cuando se hubiera estipulado >> vendría a indicar que es posible la resolución en todo caso. ...” (OLIVA BLÁZQUEZ, 2021, 346–347). Por eso dice ALBALADEJO que “el plus del artículo 1504 sobre el 1124 es el requerimiento” (ALBALADEJO, 2011, 547, nota 6). La razón de pactar una condición resolutoria explícita si siempre se puede aplicar el artículo 1504 CC radica en la posibilidad de inscribir la cláusula en el Registro de la Propiedad (art. 11 LH), ya que de esta manera tiene eficacia jurídico-real frente a terceros (art. 1537 CC), impidiendo el surgimiento de un tercero hipotecario (art. 11 y 34 LH). (OLIVA BLÁZQUEZ, 2021, 347). Sobre los requisitos para aplicar el artículo 1504 del Código Civil, *vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ, 2021, 348–357.

²⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, 2021, 355.

²⁶ ESPÍNEIRA SOTO, 2024 (1), 111. Si la condición resolutoria expresa o explícita está inscrita en el Registro de la Propiedad, afecta a terceros. “La STS 616/2021, de 21 de septiembre de 2021 subraya que el cumplimiento de una condición resolutoria inscrita tiene efecto retroactivo y virtualidad para fundamentar, además de la reinscripción a favor del transmitente, la cancelación de los asientos posteriores, sin necesidad del consentimiento de los titulares. Los terceros adquirentes, incluso con derecho inscrito o anotado, están afectados por la previa inscripción de la condición resolutoria, en el sentido de quedar subordinados sus derechos a las resultas del eventual incumplimiento de la obligación de satisfacer la contraprestación que corresponde al adquirente en virtud del contrato que estableció la condición

resolutoria (artículos 513, n.º 6, 529 y 1124 CC, y 11 y 107 LH; RRDGRN 1 de abril de 2011 y 24 de julio de 2014)” (ESPIÑEIRA SOTO, 2024 (1), 110). “La reinscripción de los bienes en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código Civil, está sujeta a rigurosos controles que se pueden sintetizar de la siguiente forma: Primero: Debe aportarse el título del vendedor (*cf.* artículo 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; Segundo: La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta y, Tercero: El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario)” (ESPIÑEIRA SOTO, 2024 (1), 111–112). Si simplemente consta en el Registro el aplazamiento del pago del precio (art. 11 LH que exige hacer constar en el asiento la forma en que se ha convenido el pago), “las acciones de que dispone el vendedor, de cumplimiento o de resolución del contrato, para el caso de que el precio no se satisfaga carecerán de eficacia frente al adquirente del comprador; la expresión del aplazamiento del pago << no surtirá efectos en perjuicio de tercero >>. Es decir, aunque el tercero pueda conocer registralmente la causa de resolución (impago del precio), no resultará perjudicado por ella; para él no existe la incertidumbre en la titularidad dominical creada por la posible resolución” (SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B, 2024, 88–89). Si el tercero no hubiese inscrito su título adquisitivo, el artículo 1124 del Código Civil señala en su último párrafo “esto [la resolución] se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”. Artículo 1295 del Código Civil que recoge una protección al tercer adquirente civil de buena fe al señalar que “tampoco tendrá lugar la rescisión [léase resolución] cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”. *Vid.*, a este respecto, la STS 638/ 2002, de 21 de junio. Los hechos que dieron lugar a la misma fueron los siguientes: El 21 de febrero de 1983 se celebró un contrato de permuta de un edificio, propiedad de los hermanos Morey Montaner, con la sociedad Construcciones Llabrés y Montaner, S.A. por virtud del cual los hermanos Morey se obligaban a transmitir la propiedad del edificio a la sociedad y ésta se obligaba a la rehabilitación de un hotel (en el edificio) y entregarles cuatro locales de vivienda. En este contrato figuraba una *condición resolutoria expresa* de que si en un determinado plazo no se concluían las obras, se resolvía el contrato. El 7 de marzo de 1983 Construcciones Llabrés y Montaner S.A. en documento privado vendió un local de la planta baja a la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona. Los hermanos Morey ejercitaron la acción de resolución y recayó sentencia el 23 de marzo de 1990, que declaró tal resolución. Posteriormente, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los hermanos Morey Montaner; Construcciones Llabrés y Montaner, S.A.; Síndicos de la Quiebra de Construcciones Llabrés y Montaner S.A., suplicando se declarase ser propietaria en pleno dominio de un determinado local. El problema que se plantea es si la resolución decretada en su día afecta a la compraventa del local que adquirió la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, *quien posee de buena fe y no ha inscrito en el Registro*. El Tribunal Supremo indica al respecto: “la cuestión se plantea porque en aquel contrato de permuta cuya resolución ha sido declarada por sentencia firme, obraba una condición resolutoria expresa consistente en que si el adquirente de la finca no construía el edificio en el plazo indicado, se producía la resolución: artículo 1123 CC. Lo cual no era sino la concreción al caso de la resolución de las obligaciones sinalagmáticas por razón del incumplimiento de una de ellas: art. 1124. En uno

y otro caso, se produce la resolución de las obligaciones con efecto retroactivo. En el caso presente, la entidad Construcciones Llabrés y Montaner, S.A., al quedar resuelto el contrato de permuta (y el de compraventa y la declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal) por el que adquirió la finca, dejó de ser propietario. A su vez, en principio, son ineficaces sus actos dispositivos sobre la misma, precisamente por su falta de poder de disposición, declarada posteriormente pero con efecto *ex tunc*. Sin embargo, el efecto retroactivo de la resolución, sea por condición resolutoria expresa, sea por incumplimiento de las obligaciones bilaterales, no alcanza a terceros adquirentes de buena fe. Partiendo de la norma del último párrafo del art. 1124 del CC se atenúa el efecto retroactivo de la resolución; ésta alcanza a los actos dispositivos efectuados, pero sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; por lo cual la disposición a terceros de buena fe, se resuelve en indemnización de daños y perjuicios. *El tercero de buena fe no sólo es el tercero hipotecario (al que se refiere el último inciso del último párrafo del art. 1124 CC); si la Caja demandante hubiera inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad su protección sería absoluta por mor del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y ni se habría seguido este proceso; tampoco si la cosa fuera mueble, aplicando el art. 464 CC. A la inversa, si aquel contrato que contenía la condición resolutoria hubiera estado inscrito en el Registro de la Propiedad tampoco había problema pues alcanzaría la resolución a la Caja de Ahorros adquirente, según el propio artículo 34, primer párrafo, último inciso. Faltando la seguridad que deriva de la legislación hipotecaria, no queda absolutamente desprotegido el tercero; es decir, el tercero adquirente de buena fe es respetado por el Derecho no necesariamente cuando es tercero hipotecario; en otras palabras éste no es el único tercero de buena fe que está protegido en derecho.*

²⁷ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 129–130.

²⁸ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 130.

²⁹ *Cfr.*, ORELLANA CANO, 2024, 964. Señala ALBALADEJO que “se puede demandar judicialmente requiriendo de resolución. Pero a esta demanda debe de haber precedido (es decir, debe ser anterior; luego no sirve requerir en la misma demanda de resolución, cosa que también dice la sentencia de 10 de junio de 1996) el requerimiento judicial o notarial que pide el artículo [1504 CC]” (ALBALADEJO, 2011, nota 7, 547–548).

³⁰ MARTÍNEZ ROSADO, citado por ORELLANA CANO, 2024, 964, nota 59.

³¹ VALPUESTA GASTAMINZA, citado por ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 130, nota 55.

³² ORELLANA CANO, 2023, 964.

³³ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 132.

³⁴ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 132.

³⁵ SALELLES CLIMENT citado por ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 132, nota 61.

³⁶ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 132.

³⁷ *Cfr.*, ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 133.

³⁸ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 134, nota 67.

³⁹ FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 22 de diciembre de 2023, 394.

⁴⁰ FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 22 de diciembre de 2023, 394.

⁴¹ ORELLANA CANO, 2023, 964.

⁴² ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 134.

⁴³ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 134 y nota 68.

⁴⁴ ORELLANA CANO, 2023, 965. En el mismo sentido, ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 134–135.

⁴⁵ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 126.

⁴⁶ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 127.

⁴⁷ *Cfr.*, ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 128.

⁴⁸ “La ejecución de los créditos contra la masa tiene un ámbito temporal bien delimitado. Sólo podrá iniciarse después de << la eficacia de convenio >> (arts. 248.1 y 393) y sólo durante la tramitación de la misma hasta la apertura de la fase de liquidación. Pues abierta la liquidación no caben ejecuciones singulares” (GARCÍA POMBO, 2022, 129). “En lo que respecta a la tutela del crédito contra la masa una vez aprobado el convenio, la reforma operada

por la Ley 16/2022 suprime un instrumento muy eficaz para su protección. Pues con arreglo al artículo 142.2 de la Ley Concursal y el artículo 407.2 del Texto Refundido, en cuanto el impago de los créditos contra la masa podrían revelar la reinsolvencia del concursado, el acreedor estaba facultado para solicitar la apertura de la liquidación. No obstante la eliminación de un importante instrumento de protección, la Ley otorga a los titulares de créditos contra la masa una especial prerrogativa con la aprobación del convenio. Pues su aprobación impone, ex art. 395.2, la rendición de cuentas por parte del administrador concursal, en la que << enumerará los pagos y, en su caso, las consignaciones realizadas de los créditos contra la masa >> (art. 478.2). De este modo, los acreedores contra la masa, en el caso de que no hayan sido atendidos sus créditos, podrán formalizar su oposición a la misma (art. 479). Por lo tanto, se trata de un eficaz instrumento de defensa de los créditos contra la masa” (GARCÍA POMBO, 2022, 129–130). La ejecución de los créditos contra la masa es competencia exclusiva del juez del concurso (art. 52.1.2ª TRLC), siendo posible la ejecución, según autorizadas opiniones “sobre la base del reconocimiento efectuado por la administración concursal, con acomodo en la regla contenida en el artículo 484.2 para el concurso de personas físicas, en cuanto “la inclusión del crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia firme de condena” (GARCÍA POMBO, 2022, 130–131).

⁴⁹ ZURUTUZA ARIGITA, 2016, 129.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

La subparticipación en la Sentencia del Tribunal
Supremo de 12 de junio de 2025.
Otras cuestiones para el debate

*Sub share in the Supreme Court ruling of June 12,
2025. Other issues for discussion*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025 analiza un caso desde el punto de vista de la subparticipación y la denuncia unilateral ad nutum del contrato.

ABSTRACT: *The Supreme Court ruling of June 12, 2025, analyzes a case from the perspective of underparticipation and unilateral termination of the contract ad nutum.*

PALABRAS CLAVE: Subparticipación, denuncia unilateral, ad nutum, pactos parasociales.

KEYWORDS: *Sub shares, unilateral termination, ad nutum, shareholders agreements.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUBPARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD INTERNA.—III. LA SUBPARTICIÓN COMO PACTO PARASOCIAL.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025 (Roj: STS 2734/2025 – ECLI:ES:TS:2025:2734) nos ofrece la posibilidad de analizar un caso no muy frecuente conceptualmente hablando pero que sin lugar a dudas se aprecia en la

práctica en bastantes ocasiones, aunque sin el *nomen iuris* específico de subparticipación y sin que realmente se conozca en su plenitud el alcance de la figura misma a lo que por otro lado puede coadyuvar las dificultades propias de su caracterización y de la terminación de la subparticipación, principalmente en aquellos casos de duración indefinida y cuando se quiera realizar el desistimiento unilateral sin tener que alegar justa causa o motivos.

Como puede observarse, simplemente un planteamiento tan escueto nos ofrece realmente un campo de análisis que excede con creces un trabajo de las presentes características, aunque sí que queremos al menos sentar unas bases que posiblemente puedan ser desarrolladas posteriormente y con acierto.

Prueba de lo anterior, es la dificultad que tuvieron las partes de esta casación en enmarcar o calificar su relación jurídica para poder abordar la cuestión de su terminación, así como que interpretado el contrato por parte de la Audiencia Provincial de Madrid como de “subparticipación”, simplemente se aquietaron sobre lo mismo, lo que nos llevó a que en la casación el Tribunal Supremo no entrara a discutir la naturaleza del contrato y fallase el recurso de casación con la mera aplicación de los preceptos que regulan la terminación de la sociedad civil, particularmente en atención a la inexistencia de justa causa en la posibilidad de terminación de la misma.

En nuestra opinión, el debate podría y creemos que puede ser mucho más amplio de lo que se deduce de la sentencia de casación reconociendo, no obstante, la dificultad sino imposibilidad —como por otro lado, suele ocurrir— en el planteamiento de unas conclusiones que sirvan de forma generalizada, ya que en este tipo de casos cobra si cabe con más fuerza la atención de lo pactado y de las circunstancias de lo convenido.

Empecemos ofreciendo un acercamiento al problema planteado desde el análisis del caso que hiciera en su momento la sentencia de apelación, a saber, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 410/2019 de 4 Dic. 2019, Rec. 550/2018 (JUR\2020\95517), centrándonos en lo que nos ocupa, es decir, la subparticipación y la solución que se da a la misma, sin entrar al comentario de otras cuestiones que se originaron en esta *litis*, como por ejemplo, la relación laboral de alta dirección que unía a las partes, sobre la que sí nos llama la atención la calificación de contrato coligado que se efectúa con relación a la subparticipación, y sin embargo, no se planteara la cuestión de la coligación entre la subparticipación y la sociedad principal a la que se refería, al menos, para haberse tenido en cuenta dicha conexidad por si la respuesta final al problema objeto de debate hubiera tenido un sentido diferente o no.

Según el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de apelación desde 2003, Acciona y D. Alejandro mantenían una relación que Acciona dice mercantil y que, en el momento de su ruptura, se ajustaba a dos contratos (conjuntamente, “Contratos”). Así, Bestinver Gestión y D. Alejandro suscribieron tres contratos de trabajo alta dirección sucesivos, el último de 6/5/2013 (en lo sucesivo, “Contrato de Alta Dirección”). En paralelo, el 15/2/2005, Acciona y D. Alejandro suscribieron un contrato para “asegurar e incentivar la permanencia y máxima involucración” de D. Alejandro en el Grupo Bestinver (en adelante, “Acuerdo”), en síntesis, Acciona se comprometió a abonar a D. Alejandro una compensación para el caso de transmisión a terceros de acciones de las sociedades del Grupo Bestinver y, en

contrapartida, D. Alejandro gestionaba Bestinver Gestión, asumiendo un pacto de no competencia poscontractual, un preaviso de un año si dejaba la Sociedad, la reinversión y mantenimiento de una parte sustancial de sus inversiones personales en los fondos gestionados por Bestinver Gestión (desde ahora, “Fondos”) durante el quinquenio posterior a la extinción de su relación, así como una obligación de confidencialidad.

Acciona alegó que D. Alejandro ha incumplido las obligaciones asumidas: (a) trasladó su residencia a Londres, forzando a Bestinver Gestión a abrir una oficina de representación para acomodarse a los deseos del gerente; (b) proporcionó información confidencial de la Sociedad a terceros para ayudarle a tomar el control de la Sociedad; (c) anunció su intención de no cumplir los Contratos y exigió a Acciona su modificación; (d) ha incumplido su obligación de mantener en la Sociedad una parte sustancial de sus inversiones personales y (e) ha resuelto la relación incumpliendo el plazo de preaviso. Por su parte, D.^a Sandra, mediante unas nuevas capitulaciones matrimoniales, se habría atribuido ilícitamente bienes como privativos, sin atender previamente las deudas de la sociedad de gananciales.

La sentencia de apelación llega a la siguiente interpretación de la relación societaria existente, calificándola de subparticipación, lo que nos ha suscitado un indudable interés:^{1 2}

“48. A nuestro juicio, la relación entre Acciona y D. Alejandro puede calificarse de subparticipación —“asociarse a un tercero en su parte” (art. 1696 CC)— sin que el partícipe devenga socio de la sociedad principal: “es socio solamente para aquel que lo admitió” (Dig. 17.2.19) “porque el socio de mi socio no es socio mío” (Dig. 17.2.20). Propiamente, es una subparticipación en la condición de socio indirecto que Acciona ostenta en Bestinver Gestión. Este interesamiento permanente en la parte económica de socio bien puede obedecer a finalidades de política empresarial, fiscales o regulatorias.”

El Tribunal Supremo, dado que las partes no discutieron en el recurso la calificación de la relación negocial (subparticipación) falla con aplicación de las normas generales de la sociedad civil (interna) aplicables al caso, a saber, los artículos 1705 y 1706 CC, razonando del siguiente tenor:

“En el presente caso es aplicable el art. 1705 del Código Civil porque el acuerdo suscrito entre Acciona y el Sr. Constantino no tenía señalado término para su duración ni esta resultaba de la naturaleza del negocio. Por tanto, la relación societaria podía finalizar por la voluntad de cualquiera de los socios, mediante lo que se denomina «denuncia ordinaria», a la que son aplicables las exigencias del art. 1705 del Código Civil: que haya sido hecha de buena fe, en tiempo oportuno, y puesta en conocimiento de los otros socios.

(...)

A falta de una norma o de una cláusula contractual en el acuerdo societario que fijara un determinado plazo de preaviso, la apreciación de si se ha cumplido el requisito de que la denuncia haya sido efectuada en tiempo oportuno ha de realizarse apreciando las circunstancias concurrentes y tomando en consideración la finalidad del requisito, consistente en que la salida del Sr. Constantino del acuerdo societario no cause al otro socio un daño mayor que el anudado ineludiblemente a no poder contar con la actividad de su consorcio en el negocio en el que ambos participaban. Ese daño se produciría, por ejemplo, si la denuncia se produjera cuando la sociedad

acabara de empezar su andadura y la salida temprana del socio no permitiera recuperar la inversión realizada, cuando estuviera en curso la negociación de un contrato en el que era indispensable la concurrencia del socio, cuando la salida del socio fuera sorpresiva para la otra parte, etc.

En el presente caso, la existencia del anexo de 24 de junio de 2014 y de las posteriores adendas, muestra con suficiente claridad que existían desavenencias entre Bestinver Gestión y el Sr. Constantino sobre su continuidad en la empresa, así como que existían conversaciones para mantener la presencia del Sr. Constantino en Bestinver Gestión. Ante estas circunstancias, no puede considerarse que la renuncia del Sr. Constantino, que supuso no solo la extinción de su contrato de trabajo de alta dirección con Bestinver Gestión sino también la extinción de su acuerdo societario con Acciona, pudiera considerarse sorpresiva, hecha entiendo inoportuno, y que determinara el derecho de Acciona a ser indemnizada.”³

Sentado lo anterior, la respuesta jurisprudencial en aplicación de los artículos 1705 y 1706 CC, al considerar a la subparticipación como una suerte de sociedad civil interna, no deja de ser la respuesta que en un primer momento habría de aplicarse al caso, a los efectos, de determinar la posibilidad del desistimiento *ad nutum* y los requisitos del mismo en el supuesto de la existencia de una subparticipación. Sin embargo, ¿habría otras posibilidades dignas de exploración que nos permitieran abordar la respuesta a dichos interrogantes? En nuestra opinión, creemos que sí, aunque la respuesta desde esta otra óptica, a buen seguro, tampoco ofrezca un consenso generalizado y una seguridad en cuanto a qué atenerse al respecto.

Es decir, nos estamos refiriendo al tratamiento de la subparticipación desde la figura del contrato de cuentas en participación como supuesto de sociedad interna mercantil con llegada a la aplicación de la normativa de la sociedad colectiva e incluso como su configuración como pacto parasocial en los casos de conexión de la misma a una sociedad de capital, lo que nos llevaría a la atención del problema desde la coligación contractual entre el pacto parasocial y la sociedad a la que viene referido.

II. LA SUBPARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD INTERNA

Paz-Ares⁴ se hace eco del sentir doctrinal general al calificar la subparticipación como de sociedad civil interna aunque haciéndonos asomar al fenómeno de las cuentas en participación, cuando dice que: <La subparticipación ha de calificarse como *sociedad civil interna* (v. Girón, *Der. Soc.* pág. 607; Scaevola /Batlle, *Código XXV-2*, pp. 133-134; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema II*, pág. 529, etc.; para una opinión distinta —que tiende a reconducir la figura a los negocios parciales—, v. Capilla, *Com. Edersa*, XXI-1, p. 502). El objeto de la sociedad a que da lugar la subparticipación es participar en la sociedad principal. La estructura de la subparticipación es muy similar a la de las cuentas en participación, lo cual, como señalamos a continuación, reviste una gran trascendencia normativa. 3. La identificación del *régimen jurídico* de la subparticipación suscita ciertas dificultades. A modo de directiva general, puede decirse que la disciplina aplicable es la de la sociedad aplicables es la de la sociedad civil, que no obstante debe ser reducida

teleológicamente para dar entrada a la aplicación analógica de las normas más adaptadas de las cuentas en participación (arts. 239 C de C ss.)>

La anterior opinión doctrinal ha sido acogida por nuestra Jurisprudencia, es decir, la subparticipación ex. artículo 1696 CC goza de la naturaleza del contrato de cuentas en participación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 121/2010, 16 de marzo de 2010, razona expresamente lo siguiente: “...Sin embargo, la relación societaria existiría entre D. Eloy y D. Rodolfo, por cuanto el primero se asocia en la parte de socio del segundo, que es la figura que tipifica el artículo 1696 CC. la “asociación en la parte de socio” (también llamada “subparticipación”) se produce, como ha ocurrido a juicio de la Sala en este caso, cuando un socio (D. Rodolfo) consigue interesar a un tercero (D. Eloy) en su participación en la sociedad (Consulting Empresarial Canario S. L.), sin que ello suponga transmisión de la parte de socio y sin que el tercero asociado devenga socio de la sociedad principal (“socii mei socius meus socius non est”). La del artículo 1696 CC se califica doctrinalmente como “sociedad civil interna”, pero dado que en este caso su objeto se adscribe nítidamente al tráfico mercantil, y dado además que la figura presenta importantes afinidades estructurales con las cuentas en participación, habría que aplicarle el régimen de los artículos 239 a 243 CCom.”

El siguiente escalón es que sin considerarse una sociedad (externa), la Jurisprudencia entiende aplicable analógicamente las causas de extinción del contrato de sociedad, así de esta forma, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 464/2008, 30 de mayo de 2008: “La Sala, por tanto, no comparte el razonamiento de la de instancia en orden a la existencia de un crédito por el importe de lo aportado en cuentas en participación. Cabe, desde luego, la resolución, como cabe la de la sociedad, cuya regulación sería aplicable por analogía (artículo 1700 CC), dado que, en el fondo, se trata de una de las llamadas “sociedades internas”, y pueden citarse como supuestos de extinción, entre otros, el transcurso del tiempo señalado en el contrato, el mutuo disenso o la imposibilidad sobrevenida fortuita de la gestión, además del incumplimiento de las obligaciones convenidas por el gestor.”

De interés nos resulta, la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 5ª, Sentencia 135/2010 de 15 Abr. 2010, Rec. 555/2009 (AC\2010\1109), al calificar el contrato de cuentas en participación como de sociedad mercantil interna, resultando la mercantilidad por los sujetos participantes y no por el objeto, cuando razona que:

“SEGUNDO.— A modo de adelanto, Las cuentas en participación (art. 239 C. de C.) son el único tipo de sociedad interna que conoce el Derecho Mercantil. Se trata de una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno de ellos (el partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último. Su condición de sociedad no ofrece dudas: el fin común perseguido es la obtención de ganancias mediante la explotación del negocio del gestor y ambas partes contribuyen a su consecución. Por lo que respecta al origen negocial, éste se encuentra fuera de toda duda a la vista de lo dispuesto en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio.

La cuenta en participación es un tipo mercantil, no por razón de la materia, sino de los sujetos. En efecto, del artículo 239 del Código de Comercio se desprende que las cuentas en participación son mercantiles y, por tanto, sujetas a la disciplina del Código de Comercio, siempre que se constituyan entre comerciantes. No hay,

sin embargo, dificultad para que se recurra a ellas en el tráfico civil, creando una forma análoga usando de la libertad contractual o utilizando las mismas cuentas para posibilitar que un tercero no comerciante se interese en la actividad.

En la esfera interna, las relaciones patrimoniales se asientan sobre el deber de aportación. El partícipe queda obligado a entregar al gestor o dueño del negocio el capital convenido que podrá consistir en dinero o bienes y lo aportado pasa al dominio del gestor, salvo que otra cosa se diga en el contrato. No se crea, por tanto, un patrimonio común entre los partícipes. El gestor, por su parte, vendrá obligado: a gestionar el negocio con la diligencia de un buen comerciante y, aunque el Código no lo diga responderá del dolo y de la culpa lata pues la gestión se hace en interés ajeno, como en las sociedades personalistas; a rendir cuentas de su gestión y a liquidar al partícipe en la proporción que se haya convenido al cierre del ejercicio (art. 243 C. de C.). Si nada se pacta será anualmente. En cuanto a la esfera externa, la cuenta en participación no da lugar a la creación de un ente jurídico con personalidad; por ello tampoco trasciende a las relaciones con terceros.

No están previstas en el Código las causas de extinción de las cuentas, pero dada su naturaleza societaria serán de aplicación las reglas sobre disolución de sociedades (art. 1.700 CC y concordantes)."

El carácter societario interno de la subparticipación y por tanto de las cuentas en participación, en este caso, con carácter mercantil por razón del carácter comerciante de los sujetos (en nuestro caso la persona que gestiona Fondos de forma profesional participados por su parte contratante) y su utilización incluso en el tráfico civil, no nos ofrece dudas.⁵ Las razones jurisprudenciales expuestas nos parecen asumibles, aunque la cuestión se torna menos clara con la analogía societaria propugnada, ya que en nuestra opinión dicha analogía por la mercantilidad citada ha de ser en primer lugar la prevista para la extinción de la sociedad colectiva, como el tipo general de la sociedad mercantil y no el de la sociedad civil.⁶

Aplicando la normativa de la sociedad colectiva (artículo 222 C de Com) a las cuentas en participación (pese a la remisión genérica a las causas de extinción de la sociedad civil), destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, Sentencia 558/2012 de 21 Nov. 2012, Rec. 248/2012 (AC\2013\585), que razona lo siguiente:

Cabe, desde luego, la resolución, como cabe la de la sociedad, cuya regulación sería aplicable por analogía (artículo 1700 CC), dado que, en el fondo, se trata de una de las llamadas "sociedades internas", y pueden citarse como supuestos de extinción, entre otros, el transcurso del tiempo señalado en el contrato, el mutuo disenso o la imposibilidad sobrevenida fortuita de la gestión, además del incumplimiento de las obligaciones convenidas por el gestor." El artículo 1700 del Código Civil establece que "La sociedad se extingue: 1º) Cuando expira el término por que fue constituida 2º) Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto. 3º) Por muerte, insolvencia, incapacidad o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y en el caso previsto en el art. 1699 4º) Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 1705 y 1707. Se exceptúan de lo dispuesto en los números 3º y 4º de este artículo las sociedades a que se refiere el art. 1670, en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio ". A su vez el artículo 222 del C de Com. establece que las compañías colectivas y en comandita se disolverán además totalmente por las siguientes causas: "La quiebra de cual-

quiera de los socios colectivos". En el presente supuesto y dado el paralelismo que puede observarse entre las sociedades colectivas y la cuenta en participación, donde solo el gestor aparece en el tráfico, la quiebra del mismo debe suponer la extinción del contrato de cuentas en participación"

Y en cuanto al problema que nos ocupa, no hemos de olvidar que el tipo de la sociedad colectiva cuenta con su propia regulación del contrato de sociedad y que ello nos acerca a otro problema al hilo del tema que trata la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025, a saber, la denuncia *ad nutum* del contrato de sociedad, desde la perspectiva mercantil,⁷ lo que supone entrar en el debate sobre si existe alguna diferencia al respecto entre la normativa de la sociedad colectiva y la de la sociedad civil.

Es en este punto, donde nos encontramos con una clásica polémica doctrinal y con una Jurisprudencia no lo suficientemente clara, en función de la dicción del artículo 224 del Código de Comercio, que prevé lo siguiente:

Art. 224.

En las compañías colectivas o comanditarias por tiempo indefinido, si alguno de los socios exigiere su disolución, los demás no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que lo proponga.

Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía.

Empecemos por el parecer de Girón Tena,⁸ por la autoridad del autor. Girón, opina al respecto lo siguiente: <No parece que en el Derecho español esta denuncia tenga el carácter de unilateralidad que la terminología sugiere. Conviene detenerse en la oposición a la misma de que habla el artículo 224. Los antecedentes de este texto —artículo 333 del C. de c. del 29— evidentemente construían en forma bilateral —o plurilateral— a esta causa de disolución. Parece que debemos entender que el Código vigente ha querido innovar, pero sólo en el sentido de atribuir el significado de una aceptación tácita a la no oposición. Al no tratarse de una denuncia "ad nutum" y reconocerse una oposición no puede atribuirse la eficacia de acto de denuncia a la sola manifestación de voluntad recepticia del denunciante. Pero esta posibilidad de oposición abre un período de incertidumbre, difícilmente precisable como cuestión de hecho, acerca de cuando se determina si hay o no voluntad de oponerse. La Jurisprudencia parece exigir el consentimiento de los consocios dando seguridad a la materia (Ss. del TS de 18-II-1948 y 7-VV-1964)>.⁹

En contra, Paz-Ares¹⁰ entiende que: <el carácter recepticio de la denuncia no implica que ésta haya de ser consentida. No obstante, la Jurisprudencia así lo ha entendido en ocasiones (v. SSTs de 18 de febrero de 1948 y de 7 de marzo de 1964; claramente en contra, STS de 17 de febrero de 1993). La razón que ha inducido a exigir el consentimiento reside en el poco afortunado tenor literal del artículo 224 del Código de Comercio, que establece que los demás socios "no podrán oponerse [a la denuncia] sino por causa de mala fe en el que la proponga". Pero de ahí no debe inferirse que sea necesario el consentimiento. La finalidad de inciso se proyecta, como veremos, en otro plano. La declaración de denuncia, no requiere forma, ni ha de ser motivada, ni está sujeta a otras condiciones. Es eficaz siempre que recoja inequívocamente la voluntad del socio de poner fin a la sociedad (o en su caso, de separarse de ella). No basta la mera amenaza. La denuncia

puede condicionarse, y concretamente no es objetable la denuncia condicionada a la modificación del contrato. Los efectos de la denuncia son claros: provoca la disolución de la sociedad y, por tanto, la apertura de su liquidación (v. STS de 17 de mayo de 1971)>.

Previamente, Paz-Ares ¹¹ya se había pronunciado al respecto en sede civil, cuando dice que: <Aunque el Código Civil no se exprese en estos términos, es obvio, que también reconoce esa facultad de oposición. Al exigir que la renuncia se haga de buena fe y en tiempo oportuno, está reconociendo implícitamente que en caso concreto los demás pueden paralizar sus efectos>

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 discurre por otros derroteros. ¹²

El razonamiento del Tribunal Supremo descansa en los siguientes puntos fundamentales:

1) «Reconocimiento de la facultad del socio de separarse unilateralmente de una entidad de la que forma parte, fundamentado en la necesidad de evitar que entre sus componentes no reine la armonía necesaria para la buena marcha de los intereses comunes.» Facultad que encontramos ya reconocida en el Derecho romano, que se recoge en nuestro Derecho histórico y que pasa a ser contenido de los preceptos 1.705 del Código civil y 224 del Código de comercio.

2) La eficacia de esta facultad frente a los demás asociados está condicionada, en términos del artículo 224, a que se trate de una Sociedad colectiva o comanditaria, que esté concertada por tiempo indeterminado, que el promotor de la disolución del ente social obre de buena fe, y no con animus sibi lucrandi.

3) De ser la denuncia extrajudicial «el acuerdo de disolución habrá de ser adoptado por unanimidad y no por simple mayoría». Y en defensa de esta afirmación aporta los siguientes argumentos:

«Que si para el simple nacimiento de los negocios jurídicos se exige el consentimiento de cuantos en ellos intervienen artículos 1.258 y 1.261, núm. 1, del Código civil., para su disolución, que en las Sociedades de tipo personalista conduce inexorablemente a su extinción, tras un período provisional liquidatorio, deberá requerirse igualmente una emisión conjunta de voluntades, tanto porque mientras ello no se consiga, las obligaciones anteriormente contraídas vinculan en todos los socios y tienen fuerza de ley entre los mismos: *contractus enim legem est conventionione accipiunt* (arts. 1.091 y 1.278 del Código civil), sin que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de alguno o varios de ellos, aunque representen la mayoría (art. 1.256 del Código civil), como por virtud del apotegma jurídico que dice que: *ubi est eadevi ratio debe esse eadem juris dispositio*.

Que la Sociedad colectiva se formalizó en documento notarial inscrito en el Registro Mercantil de acuerdo con los artículos 119 y 125, en relación con el artículo 17 del Código de comercio y 90 del Reglamento de 14 de octubre de 1956. De donde, su disolución habrá de obtenerse también por medio de escritura pública, que causará asiento en la misma oficina registral, «para lo cual es indispensable que se haya hecho constar el consentimiento de todos los socios, conforme a las prevenciones del artículo 139 del indicado Reglamento».

Que si los actos de administración de estas Compañías corresponden a la totalidad de los componentes..., los de disposición, de mayor entidad, no pueden gozar de un tratamiento jurídico inferior y ser adoptados por simple mayoría de

votantes, siendo así que el convenio de disolución lleva consigo, como secuela ineludible, la división del capital social y el reparto entre los asociados del remanente, si lo hubiere...

Que «si se admitiese la tesis de que para resolver estos problemas no fuese preciso el acuerdo unánime de los componentes de la entidad social colectiva, los derechos que el artículo 224 otorga a los minoritarios serían ilusorios, porque si fuesen éstos quienes unilateralmente denunciaran el contrato la disolución de la Sociedad no se produciría imperativamente, como establece dicho precepto al emplear el verbo 'exigir', sino que se supeditarían a la voluntad de los demás, y si, por el contrario, fuesen los socios mayoritarios los que desearan desvincularse de las estipulaciones concertadas, los disidentes carecerían de la potestad conferida por el artículo 224 de oponerse a tal pretensión, alegando la mala fe de los peticionarios y de la que les concede el artículo 1.706 del Código civil al ser éstos quienes habrían de enjuiciar su propia conducta, soluciones ambas que por conducir al absurdo deben de ser rechazadas» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1873 y de 25 de marzo de 1915).

Destaca la crítica a esta sentencia que hiciera Puente Muñoz ¹³ cuando razona que: < A primera vista, nos encontramos aquí con una condición para el ejercicio del derecho de disolución, que recoge cierta jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pero que no aparece en el Código de comercio de 1885, con la necesidad de que la disolución propuesta por el socio sea aceptada por todos los demás socios. Quizá sea éste el origen de una jurisprudencia que tendría así una razón de ser bajo un régimen jurídico, el del Código de 1829, pero que, como habremos de concluir, no tiene apoyo legal en el vigente. Esto nos lleva a preguntarnos por qué no se recoge en el artículo 224 actual la necesidad de que los demás socios acepten la voluntad de disolver la Compañía. Y yo entiendo que fue simplemente por no hacerse eco de una redundancia, ya que una cuidadosa interpretación del art. 333 nos lleva a concluir que, en definitiva, la única causa que aparece en este precepto de oposición a la aceptación de los demás socios es la probada mala fe por parte del socio que ejercita el derecho: «y éstos podrán rehusarla siempre que aparezca mala fe en el socio que la proponga», es decir, no en ningún otro caso. Otra interpretación lleva a privar de eficacia a un derecho singular impuesto por una necesidad específica. Sin embargo, cabe que el Tribunal Supremo se dejase influenciar por una interpretación que conduce a esta concepción de que el derecho de disolución planteado por voluntad unilateral está condicionado a la aceptación de los demás socios.>

En nuestra opinión y en cuanto al caso que nos atiene, realmente no es menos cierto que el debate sobre la necesaria aceptación de la contraparte en la denuncia de la subparticipación podría haberse visto ampliado en función de la exigibilidad de consentimiento que ha venido a demostrar cierta Jurisprudencia y alguna doctrina (Girón, Uría) en la denuncia social, no creemos que el resultado hubiera sido contrario sólo en atención a dicha discrepancia sobre la interpretación del artículo 224 del Código de Comercio, ya que como se ha opinado (Paz Ares), no es menos cierto que la misma posibilidad de oposición del resto de socios a la denuncia de mala fe, viene dada en aplicación de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil, aunque ahí queda apuntada la discusión jurisprudencial que al menos

ha de servirnos para aceptar una mayor amplitud en términos de estudio del caso resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025.

III. LA SUBPARTICIPACIÓN COMO PACTO PARASOCIAL

En un trabajo dedicado a la naturaleza jurídica de la subparticipación realizado por Martínez Balmaseda ¹⁴ya se apuntó a la consideración de la subparticipación como pacto parasocial, cuando esta autora se pronuncia al respecto de la siguiente forma: <En estos casos cuando la subparticipación se refiera a una sociedad anónima o a una sociedad de responsabilidad limitada se presenta con la consideración de pacto parasocial y como un mecanismo de los socios para regular sus relaciones al margen de la sociedad, no siendo, por tanto, oponible a la misma (art. 11.2.LSC)>. ¹⁵

Coincidimos con la citada autora en cuanto a dicha calificación y por nuestra parte estimamos que la subparticipación se podría encuadrar dentro la categoría de los pactos parasociales de relación, ¹⁶ lo que nos lleva a abrir otra nueva línea de debate —al menos dialécticamente— en el caso de la sentencia de 12 de junio de 2025, como es el análisis de la denuncia *ad nutum* de los pactos parasociales y concretamente de la subparticipación de la que trata la sentencia del Alto Tribunal.

Realmente, es imposible abordar este problema, sin atender al magnífico trabajo del profesor Miquel González sobre el particular, con ocasión de su discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. ¹⁷

Miquel (op. cit. pág. 18) va a sostener la imposibilidad de denuncia *ad nutum* del pacto parasocial, principalmente (en nuestra opinión) en función del carácter coligado del pacto parasocial al contrato social, cuando afirma: <Es inconsecuente sostener que debe aplicarse la denuncia unilateral a los pactos parasociales porque el contrato social tiene duración indefinida, a pesar de reconocerse que están funcionalmente unidos al mismo. El razonamiento debería ser otro: puesto que están coligados al contrato social, no hay razón para que no tengan la misma duración que este, si esa es la voluntad de las partes. Parece forzado sostener que el orden público imponga la denuncia unilateral de unos pactos funcionalmente vinculados a un contrato de duración indefinida, cuando, como sucede en España y en la generalidad de países, la duración de las sociedades de capital no está sometida a límites temporales>. ¹⁸

Posteriormente, estimamos que Miquel (pág. 23) se refiere a que sólo el pacto parasocial omnilateral coligado al contrato social forma realmente un único contrato con el contrato de sociedad, cuando razona lo siguiente: <Si los pactos son de todos los socios, no parece viable sostener que configuren una sociedad civil paralela a la sociedad de capital a la que se refieren. En este caso, me parece muy claro que se trata de una única sociedad en la que concurren regulaciones diversas. La idea de que los pactos parasociales configuran un contrato semejante a una sociedad civil interna puede tener cierta verosimilitud respecto de los sindicatos de voto, mas no me parece viable cuando se trate de pactos de todos los socios.> ^{19 20}

De hecho, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2019 (JUR\2019\211365) también estima el carácter coligado del pacto parasocial al contrato social cuando establece que:

“46. B) Precisiones sobre los Pactos parasociales. Los Pactos parasociales tienen eficacia contractual. Los acuerdos parasociales son válidos en cuanto contrato entre socios, aquí entre todos los socios —pactos omnilaterales— y, como tales, protegidos por el reconocimiento constitucional y legal de la autonomía privada (arts. 10 CE y 1255 CC). Así lo reconoce el Legislador al recibir la figura (arts. 530 y ss. LSC).

47. Como pactos contractuales, se les aplican todas las normas que protegen el carácter vinculante de los pactos entre particulares (art. 1091 CC) y otorgan remedios para su incumplimiento, entre ellos, la acción de cumplimiento, la indemnizatoria e incluso la de remoción; habiéndose opuesto aquí la excepción de incumplimiento.

48. Los pactos parasociales están adjuntos (Nebenverträge) y subordinados al contrato de sociedad. El contrato parasocial es un contrato coligado funcionalmente con el de sociedad, unilateralmente (contrato dependiente o subordinado) o, con menos frecuencia, hay interdependencia o coordinación entre uno y otro”.

No es menos cierto que la coligación entre el pacto parasocial y el contrato social, ya había sido puesta de manifiesto también por Oppo²¹ como un supuesto de coligación unilateral funcional en virtud del que la vinculación del contrato social incide necesariamente en el pacto parasocial, aunque no a la inversa, ya que las vicisitudes del pacto parasocial les resultan ajenas al contrato social.

En función de lo anterior y en sede de la doctrina de los contratos coligados, ¿estamos en esta subparticipación (pacto parasocial no omnilateral) ante un único contrato? ¿puede denunciarse libremente un contrato coligado?

Para responder a estas preguntas vamos a partir de las valiosas reflexiones contenidas en la tesis doctoral de López Frías (op. cit. pág. 391),²² al ser una de las obras que con mayor extensión y profundidad se han ocupado del tema en nuestra doctrina española, aceptando la definición del contrato conexo (coligado) que realiza dicha autora, cuando nos propone que: <Para nosotros se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante>.

Sobre si estamos ante un contrato único, la doctrina no es unánime al respecto, encontrándonos con posiciones diferentes. En este sentido y entre las más claras con signo opuesto podemos destacar a García Villaverde²³ que habla de las “uniones de contratos” como “contratos con prestaciones interdependientes que, en su conjunto, persiguen la consecución de un determinado resultado económico, sin que lleguen a fusionarse para formar un contrato único>.

Por su parte, Díez-Picazo,²⁴ opina lo siguiente: <Los tres supuestos antes descritos plantean el problema fundamental de decidir si nos encontramos en presencia de un contrato único o de una pluralidad de contratos. En los que hemos llamado contratos mixtos [donación mixta] y contratos complejos [contrato de obra por solar, contrato de portería], la unidad contractual es a mi juicio evidente, tanto si se mide a través de la unidad del intento empírico (punto de vista subjetivo) como si se contempla a través de la finalidad o función del contrato (punto de vista objetivo). La cuestión aparece más difícil de resolver en los contratos coligados.

Algunos autores, partiendo de la idea de que cada uno de los contratos yuxtapuestos conserva su propia fisonomía (préstamo e hipoteca, arrendamiento y opción), entienden que existe una pluralidad de contratos, cada uno de los cuales jugaría separado y sometido a su propio régimen. Sin embargo, lo cierto es que el fenómeno jurídico constituye una auténtica unidad económica, puesto que obedece a una unidad de interés y de función que exige que el fenómeno sea considerado como una unidad jurídica y que, por consiguiente, se entienda que existe un solo contrato. Ello no es obstáculo para distinguir dentro de la unidad contractual diferentes partes en su contenido y calificar a cada una de ellas como esencial o no esencial, lo que puede tener una evidente repercusión práctica en orden a la posible nulidad parcial o a las consecuencias de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones, pero ello no es una característica específica de este tipo de contratos, sino que, como ya hemos visto, se produce en toda clase de contratos>.

En cuanto al desistimiento sólo de uno de los contratos coligados, también ha sido tratado por López Frías (op. cit. págs. 435 y ss.) con base en la doctrina y jurisprudencia italianas.

López Frías colaciona la sentencia de la Corte di Cassazione de 27 de febrero de 1976 y la del mismo órgano de 14 de junio de 1990 que niegan dicho desistimiento unilateral aislado de uno de los contratos coligados, tesis que sustenta también Schizzeroto pero no seguida por Macioce.

La reflexión de la citada autora nos parece acertada al respecto, cuando opina lo siguiente: <También nosotros creemos que, sí puede tener lugar el desistimiento de un contrato (porque la ley o las partes hayan previsto esa posibilidad), no hay razón para excluir la procedencia de tal forma de extinción del contrato, cuando el sujeto facultado para desistir ejercite su derecho. Cosa distinta será la eventual incidencia que tenga la desaparición del contrato, tras el desistimiento, sobre el otro acuerdo concluido. Aquí habrá que aplicar el criterio expuesto en el epígrafe precedente sobre la propagación de la ineficacia, y determinar si el contrato subsistente conserva o no el elemento causal>.

En nuestra opinión, creemos que la subparticipación cuando sea considerada un pacto parasocial (sociedad mercantil interna referida a una sociedad de capital) sí que puede mantenerse la existencia de una unidad negocial fáctica pero escindible en términos causales, cuando no nos encontramos ante un pacto omnilateral.²⁵

En caso de pacto omnilateral, entendemos que la causa del mismo sí se integra en el contrato social (es un único contrato), existiendo una única unidad negocial o causal, a diferencia de lo que ocurre cuando no es un pacto omnilateral en cuyo caso, la causa de la sociedad interna entendemos que no se integra en el contrato social (obedeciendo a un interés, propósito negocial o causa concreta y finalidad económica diferente, tanto la sociedad externa o contrato social y la sociedad interna o subparticipación), coexistiendo la pluralidad causal inicial, pese a la unidad negocial fáctica que se consigue con la coligación, lo que nos llevaría a permitir la escindibilidad del desistimiento unilateral sólo para la sociedad interna (ex. artículo 224 C de Com, o si se quiere, por aplicación de lo previsto en el artículo 1705 CC), lo que cobra fuerza si entendemos la coligación del contrato social con el pacto parasocial, como una coligación unilateral en el que las vicisi-

tudes del contrato social inciden en el pacto parasocial pero no a la inversa, según hemos apuntado anteriormente.²⁶

Es decir, en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025, también a través de esta vía se podría defender la validez de la denuncia *ad nutum* de la subparticipación en cuestión.

IV. EPÍLOGO

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, el debate que nos abre el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025 al haber caracterizado la relación contractual habida como una subparticipación, puede a buen seguro ser más amplio que el ofrecido en la casación, ya que existen bastantes aspectos susceptibles de ser objeto de la oportuna discusión, cuyo resultado no está exento de ofrecernos una solución pacífica sobre el tema controvertido del desistimiento unilateral *ad nutum* ejercitado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO AGUILA-REAL, <La sentencia García Paramés (Bestinver) de la Audiencia Provincial de Madrid y la manía de la jurisdicción laboral de no admitir demandas de indemnización de daños contra los trabajadores por parte de sus empleadores> <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2020/04/la-sentencia-garcia-parames-bestinver.html>.
- ALFARO ÁGUILA REAL, <Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno. El que denuncia sin preaviso está obligado a indemnizar los daños imputables a la falta de preaviso>, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2025/06/para-que-la-renuncia-surta-efecto-debe.html>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, <Las cuentas en participación>. <https://almacenedderecho.org/las-cuentas-participacion>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, <Denuncia unilateral y derecho de separación en las sociedades de personas>. <https://almacenedderecho.org/denuncia-unilateral-y-derecho-de-separacion-en-las-sociedades-de-personas>.
- ÁLFARO AGUILA-REAL, <Pactos parasociales con terceros y efectos sobre los acuerdos sociales que infringen dichos pactos>. <https://almacenedderecho.org/pactos-parasociales-terceros-efectos-los-acuerdos-sociales-infringen-dichos-pactos>
- ALFARO ÁGUILA REAL, <La duración de los pactos parasociales>. <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2022/06/la-duracion-de-los-pactos-parasociales.html>
- BASOZABAL ARRUE, <Contrato parciario>. Indret 1/2005.
- CARRASCO PERERA, <Coligación entre contrato de sociedad civil y contrato de trabajo: régimen del desistimiento societario ad nutum. STS 941/2025, de 12 de junio>. GAP análisis mercantil Julio 2025.
- Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Thomson-Civitas, 2007.
- GARCÍA VILLAVERDE, Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en

- el mercado financiero. <Tipicidad contractual y contratos de financiación>. Autores Varios, 1990.
- GIRÓN TENA, Derecho de Sociedades, Madrid, 1976.
- JORDANO BAREA. <Contratos mixtos y unión de contratos>. Anuario de Derecho Civil, 1951.
- LÓPEZ FRÍAS, Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal. Granada, 1992.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, <El socio del socio: Características y régimen jurídico de la subparticipación>. Revista de Derecho de Sociedades, núm. 37, Julio-Diciembre 2011.
- MIQUEL GONZÁLEZ, La duración de los pactos parasociales. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- OPPO, I contratti parasociali, Milano 1942.
- PAZ-ARES, Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia, Tomo II, BOE, 1991.
- PAZ-ARES, RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ. Curso de Derecho Mercantil I, Civitas, 1999.
- PAZ-ARES, <El Enforcement de los pactos parasociales>. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 5/2003.
- PAZ-ARES, RODRIGO URÍA GONZÁLEZ (dir.), AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), MARÍA LUISA APARICIO GONZÁLEZ. Curso de Derecho Mercantil, Vol. I, Civitas, 2006.
- PAZ-ARES, <La denuncia ad nutum de los contrato de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo (Reflexiones a propósito de joint ventures y pactos parasociales)>. Liber Amicorum Juan Luis Iglesias. Uría Menéndez. Thomson Reuters-Civitas, 2014.
- PÉREZ MILLÁN, <Pactos parasociales con terceros>. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM, 2011.
- PUENTE MUÑOZ, <La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 y el artículo 224 del Código de Comercio> Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 455, agosto-julio 1966.
- REDONDO TRIGO, <Protocolo familiar, pactos parasociales y sucesión contractual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020>. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 96, Nº 779, 2020.
- SERRA CALLEJO, <Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático>. Revista CEFLegal.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1951
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo 30 de mayo de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo 16 de marzo de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears de 15 de abril de 2010
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 21 noviembre de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 diciembre 2019

NOTAS

¹ Sin embargo, Alfaro Aguila-Real, cuando se hizo eco de esta sentencia, opinó que: *Y la calificación de la relación como sociedad interna —“subparticipación”— resulta más artificial todavía. Pero todo parece irrelevante porque el asunto se resuelve aplicando las reglas generales sobre la responsabilidad contractual.* <La sentencia García Paramés (Bestinver) de la Audiencia Provincial de Madrid y la manía de la jurisdicción laboral de no admitir demandas de indemnización de daños contra los trabajadores por parte de sus empleadores> <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/2020/04/la-sentencia-garcia-parames-bestinver.html>.

Vid. también Alfaro Águila Real, en cuanto a la entrada que dedica a esta Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2025. <Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno. El que denuncia sin preaviso está obligado a indemnizar los daños imputables a la falta de preaviso>, <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/2025/06/para-que-la-renuncia-surta-efecto-debe.html>

² Carrasco Perera que también se ha acercado a este asunto, no aborda el tema de la subparticipación sino desde el aspecto de su caracterización como sociedad civil y con tratamiento de la aplicación al caso de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil, tal y como hace la sentencia de casación. Carrasco Perera <Coligación entre contrato de sociedad civil y contrato de trabajo: régimen del desistimiento societario ad nutum. STS 941/2025, de 12 de junio>. *GAP análisis mercantil Julio 2025*.

³ Carrasco Perera (vid. op. cit) sobre el Fallo de la sentencia opina lo siguiente: <El ir y venir de la sentencia sobre el artículo 1706 del Código Civil deja finalmente en la incertidumbre cuál es la interpretación adecuada de este precepto. Los predicados normativos específicos de la norma no se consideran taxativos, pero tampoco es lícito integrar el precepto con lo dispuesto por ley para otro tipo de relaciones contractuales. Todo dependerá entonces de las circunstancias del caso, remisión que finalmente se alivia merced a la importante tesis de que las negociaciones en el borde de la ruptura equivalen a un preaviso. Es digno de nota que la Sala no haya sacado ninguna consecuencia de que ambos contratos estuvieran coligados>.

⁴ Paz-Ares. *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, pág. 1476, BOE, 1991.

⁵ Paz-Ares, trata este particular del siguiente modo: <La mercantilidad de este tipo de sociedad no depende de la materia, sino de los sujetos. Del artículo 239 del Código de Comercio parece deducirse, en efecto, que las cuentas en participación son mercantiles, y por tanto, se sujetan a la disciplina del Código de Comercio, siempre y cuando se constituyan entre comerciantes. El problema consiste en determinar si es posible recurrir a ellas en el tráfico civil. La respuesta ha de ser claramente afirmativa, y no tanto porque se considere aplicable al caso el artículo 1.670 del Código Civil, cuanto porque, tratándose de meras relaciones obligatorias la autonomía privada tiene capacidad para tratar un régimen semejante a las cuentas en participación reguladas en el Código de Comercio. La solución no ha de ser distinta cuando las partes no han configurado el negocio como cuentas en participación, pero el propósito empírico que las anima coincide con la finalidad típica de las cuentas (v. gr. una persona proporciona a un abogado el capital preciso para instalar su despacho profesional y éste le hace partícipe en sus rendimientos profesionales, o, más en general, el supuesto el supuesto en que un no comerciante allega fondos a un comerciante para participar en los beneficios de la explotación, como es el caso típico de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro, contempladas en la disposición adicional 12 Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito) (STSS de 24 de abril de 1947 y 15 de noviembre de 1956). Carece de sentido recurrir a la disciplina general de la sociedad civil, cuando el ordenamiento dispone de una disciplina pensada para el supuesto específico. Además, la función general de la sociedad civil, según veíamos en su momento cuando la razón de la atipicidad de la sociedad (en este caso, no ser comerciantes las partes) sea irrelevante para definir el régimen societario sustantivo. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la subparticipación o asociación de tercero en la parte de socios (art. 1696 CC). La aplicación

analógica de los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio se impone, entonces, por si sola (v. STS de 22 de mayo de 1987).

Paz-Ares, en: Rodrigo Uría González (dir.), Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), María Luisa Aparicio González. *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, Civitas, 2006, págs. 605 y 606.

⁶ En este sentido para la aplicación final de la normativa de la sociedad colectiva a las cuentas en participación, Vid. Alfaro Águila-Real: <...Las cuentas constituyen el instrumento adecuado para los casos en los que se trata de financiar la empresa de otro, no los casos en los que el que aporta capital interviene en la gestión del negocio común. Para tales supuestos, las normas aplicables supletoriamente serán las de la sociedad civil o las que no presupongan la personalidad jurídica de la sociedad colectiva.>

Alfaro Águila-Real. <Las cuentas en participación>. <https://almacenedderecho.org/las-cuentas-participacion>.

⁷ Sin embargo, en la doctrina está generalizada la remisión a la normativa de la sociedad civil para observar las causas de extinción de las cuentas en participación. De esta forma, Basozabal Arrue nos dice que: <la sociedad interna de cuentas en participación se disuelve (por aplicación supletoria de la normativa de la sociedad civil, art. 1707 CC: Fernández de la Gándara, 1998, p. 298 y nota nº 179. Girón, 1976, p. 79. Paz-Ares, 1993, pp. 1366 y ss.)>.

Basozabal Arrue. <Contrato parciario>. *Indret* 1/2005, pág. 9.

⁸ Girón Tena. *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, págs. 635 y 636.

⁹ El artículo 333 del Código de Comercio de 1829 preveía lo siguiente: “la disolución de la sociedad ilimitada por la voluntad de uno de sus individuos, no tiene lugar hasta que los demás socios la han aceptado, y estos podrán rehusarla siempre que aparezca mala fe en el socio que la proponga. Se entenderá que este obra con mala fe cuando a favor de la disolución de la sociedad pretenda hacer un lucro particular que no tendría efecto, subsistiendo esta”.

¹⁰ Paz-Ares, en: Rodrigo Uría González (dir.), Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), María Luisa Aparicio González. *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, Civitas, 2006, pág. 725.

En los mismos términos, Vid. Alfaro Águila-Real: <Denuncia unilateral y derecho de separación en las sociedades de personas>.

<https://almacenedderecho.org/denuncia-unilateral-y-derecho-de-separacion-en-las-sociedades-de-personas>.

¹¹ Paz-Ares. *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, pág. 1507, BOE, 1991.

¹² No es éste, sin embargo, el camino que parece seguir el Tribunal Supremo que equipara el artículo 224 del Código de Comercio con el artículo 1706 del Código Civil, resultando por otro lado apreciable el análisis del entendimiento del requisito de la buena fe y con acogimiento de la ejemplificación que hiciera Paz-Ares, por lo que resulta muy interesante lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997 (RJ 1997/143) que explica lo anterior del siguiente modo:

“El hecho de que exista coincidencia entre el artículo 224 del Código de Comercio y el artículo 1706 del Código Civil hace completamente inútil la larga discusión en que tanto la sentencia del Juzgado de Vera como la de la Audiencia Provincial de Almería se introducen para decidir si la sociedad para la explotación de una oficina de farmacia es una sociedad civil o mercantil. La existencia de un lucro no es decisiva, porque el lucro define también la sociedad civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil. Y cuando se trata de sociedad para el ejercicio de una actividad profesional y no mercantil, la sociedad debe calificarse como sociedad civil, aunque el problema es por completo intrascendente en estos momentos. – Para el Juzgado de Primera Instancia de Vera la falta de buena fe y la pretensión del apoderamiento del lucro particular estribaría en que el demandado, «pretende que le sea adjudicada en exclusiva la oficina de farmacia en lugar de pedir que se disuelva la sociedad y se liquide el haber social con el resultante de lo obtenido en venta a un tercero ya sea de común acuerdo ambas partes o en subasta judicial». El párrafo entrecomillado es perfectamente inadmisibles desde el punto de vista del artículo 224 del Código de Comercio. Naturalmente la necesidad de partir los bienes que se obtengan en la liquidación de la sociedad no tiene nada que ver con buena o mala fe que

motiva la denuncia o la facultad de disolver, puesto que, en el lucro obtenido, cada uno lleva su parte y en la disolución, cada uno recibe, también, su parte del haber, sin que ello tenga que producirse, por la venta de los bienes sociales a un tercero puesto que el artículo 1706 del Código Civil es perfectamente claro en el sentido de que la liquidación del haber social se rige por las reglas de la partición hereditaria. En ese sentido, no debe olvidarse que en la sociedad discutida en este pleito lo que estaba en sociedad era la explotación y no la titularidad administrativa que en ningún caso habría formado parte del haber social. –Menos convincente es el razonamiento de la Audiencia pues trata de ligar el hecho de una denuncia que contraviene la regla de la buena fe con el dato de que la disolución se haya pedido al poco tiempo de entrar en funcionamiento la sociedad. Lo que pasa es que ésta no es una razón que tenga encaje en el artículo 224 del Código de Comercio, que solamente limita la disolución unilateral a los casos de falta de buena fe. Si una sociedad entre dos socios, porque estos se llevan mal dura más o menos tiempo, no es un problema que ninguno de los preceptos hasta aquí citado pueda impedir. – El precepto legal mencionado, como motivo de casación, ha sido además mal aplicado, porque la consecuencia de una violación de la buena fe en la petición de disolución no es nunca el que la disolución quede impedida. La conclusión que debe extraerse es la que Garrigues extrae del artículo 224 del Código de Comercio, que es la de que se debe excluir la sociedad respecto del socio que pidió la disolución, entregando a éste lo que sea su parte en el haber social. Es notorio que esta solución, única que los preceptos citados ligan a la disolución pedida de esta manera, resulta imposible en la sociedad de un solo socio, de manera que tampoco en este caso puede quedar impedida. La cita de la Sentencia de 27 junio 1985 (RJ 1985\3626), que hace la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vera y que acepta la Audiencia Provincial de Almería, no sirve absolutamente para nada en el punto que a nosotros nos ocupa. – C. Par-Ares, al comentar el artículo 1706 al ilustrar otros supuestos semejantes al que el Código alude (apropiarse para sí solo el lucro que debía ser común) señala lo siguiente: a) Es de mala fe la renuncia hecha con ánimo de perjudicar a los consocios y con absoluta falta de consideración en relación con sus intereses. b) Ha de juzgarse de mala fe la renuncia que, en términos generales, resulte contraria a los actos propios. c) Ha de enjuiciarse rigurosamente la denuncia que pretende ejercitarse en el período inicial de la vida de la sociedad, sobre todo cuando aún no ha transcurrido un lapso de tiempo para amortizar o tener la oportunidad de amortizar las inversiones realizadas, aunque parece razonable entender que esta circunstancia no puede ser opuesta por aquel consocio al que se restituyen sus inversiones, pues no puede olvidarse que la disolución, aunque se produzca por la voluntad unilateral, lleva aparejada la liquidación y, como consecuencia de ello, la división del haber social. d) Se considera también de mala fe la denuncia o renuncia cuando se producen circunstancias especiales que la convierten en desleal o abusiva, de los consocios. – A conclusiones parecidas conduce la Sentencia de 7 diciembre 1988, recaída en el caso que puede llamarse del «Bar Magril's» de Bañolas (Gerona). La sociedad se inició en la Semana Santa de 1980 y el acto de renuncia se produjo en 1983 y fue acogido por el Tribunal que corroboró la disolución al no estimar el recurso de casación. Para esta sentencia, «la buena fe a que alude el Código al tratar de la disolución de la sociedad, no viene a coincidir con la del contenido genérico y generalizado que pudiera recoger algunas otras normas del ordenamiento civil...» sino que tiene un sentido significativo específicamente singular en la disolución de sociedades y dicho sentido tiene un aspecto negativo que destaca el recurrente, esto es, como contrapuesto por exclusión al concepto de mala fe que define el artículo 1706. y – Conviene señalar, asimismo, que cualquier otra interpretación conduce inevitablemente al absurdo. Pretender que la «apropiación del lucro que debería ser común» de que el precepto habla, se refiere a cualquier lucro que la sociedad pueda producir a lo largo de toda su existencia, es hacer inviable toda pretensión de disolución y convierte a la sociedad en una sociedad perpetua y el socio que quería separarse de ella se verá vinculado durante toda su vida y durante toda la vida de sus herederos, lo que no puede ser admisible. Se comprende así, que el artículo 224 del Código de Comercio y el 1706 del Código Civil sólo se puedan aplicar si en un determinado momento la sociedad tenía a la vista operaciones especiales que deberían producir para todos los socios un lucro también especial. Por ello, no

puede aplicarse, cuando la marcha de la sociedad es la ordinaria y los lucros a obtener son también los ordinarios o comunes—.”

Vid. Paz-Ares. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, 1991. Vol. II, página 1510; Paz-Ares. Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, 1999, página 688.

¹³ Puente Muñoz. <La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 y el artículo 224 del Código de Comercio> *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 455, agosto-julio 1966, págs. 1009 y ss.

Esta autora se hace del sentir doctrinal al respecto cuando dice que: <Cabe hacer una referencia a Echavarri y De Benito como doctrina clásica. Y Garrigues y Uría, como posiciones típicas en el Derecho moderno.

Para Echavarri, el derecho de los socios a pedir la disolución de la Sociedad tiene carácter «indeclinable», por su propia naturaleza (se fundamenta en que no deben de ser permitidos los compromisos perpetuos). Y a su actuación sólo puede oponerse la mala fe del socio que la plantea (pág. 434 de sus Comentarios al Código de comercio, Valladolid, 1935). De Benito se limita a admitirla como causa de disolución de las Compañías, haciéndose eco de las Sentencias de 23 de marzo de 1885 y de 24 de octubre de 1903, que exigen la necesidad de la mayoría para que la disolución surta efecto.

Garrigues, en su Tratado, al estudiar el que califica de derecho de denuncia legal y de derecho a exigir la disolución, escribe, que en las Sociedades colectivas por tiempo indefinido, para exigir su disolución, no es necesario «ni el acuerdo de todos los socios ni la alegación de un justo motivo». «Basta con que un socio, sin necesidad de dar cuenta de su motivación personal..., exija la disolución de la Sociedad.» «Basta, pues, en este caso la voluntad unilateral para romper el vínculo creado por el acuerdo de los socios» (pág. 1.215 del t. I, v. III).

Los términos son concluyentes: no hay necesidad alguna de que se produzca la unanimidad ni la mayoría ante la denuncia del socio que pretende la disolución.

Basta la voluntad unilateral del socio, sin más limitaciones que la ausencia de mala fe y la que aparece en el artículo 225, puramente temporal, que supedita en el caso de que existan negociaciones pendientes, el cumplimiento de las mismas de la manera más favorable para la Sociedad para que el derecho tenga efectividad.

Contrariamente, Uría, en su breve referencia al tema, se hace eco de las Sentencias de 18 de febrero de 1948, que acabamos de analizar, y de la que está siendo objeto de este comentario, concluyendo, en la línea de las mismas, que no basta, cuando la denuncia unilateral del contrato de Sociedad es extrajudicial, con la voluntad del socio para producir la disolución, sino que es preciso el acuerdo unánime de todos los demás socios (Curso de Derecho Mercantil, Madrid, 1964), pág. 156, 5.a edic.)

Además, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de febrero de 1948, se plantea concretamente la cuestión de si es suficiente por sí sola la denuncia del contrato para producir la disolución de la Sociedad. Y concluye negativamente, entendiendo «que el hecho de haberse pedido la disolución en el tiempo y forma previstos en el contrato no opera por sí solo el efecto jurídico de la disolución querido, pues para conseguir esta finalidad es necesario que concurra la conformidad de todos los interesados, o que sea vencida la oposición mediante la correspondiente interpelación judicial, sin que exista posibilidad de prescindir de este elemento complementario para la eficacia de la denuncia». Pero en la Sentencia no encontramos ningún argumento en apoyo de esta pretendida necesidad de la unanimidad de todos los socios.

Se argumenta únicamente que si no cabe prescindir de este elemento complementario es en razón a que la denuncia «no se trata de una condición resolutoria propiamente, que por sí misma determine la cesación de la Sociedad en el momento de ser cumplido el evento de la denuncia..., sino que se está en presencia de una estipulación o supuesto de hecho, ex voluntate, que actúa únicamente con la concurrencia del referido elemento complementario»... Pienso no sólo que no es suficiente hacer descansar el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 224 en un elemento complementario, cuya fuente desconocemos, ya que la Sentencia

no hace referencia alguna a ella, sino que no cabe plantearse el problema de si el derecho del socio es una condición, una estipulación o un supuesto de hecho ex voluntate, ya que estamos simplemente ante un derecho o facultad explícitamente reconocido por la Ley>

¹⁴ Martínez Balmaseda. <El socio del socio: Características y régimen jurídico de la subparticipación>. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 37, Julio-Diciembre 2011, pág. 76.

¹⁵ Respecto de la posibilidad de los pactos parasociales con terceros y un análisis de los mismos, Vid. Pérez Millán. <Pactos parasociales con terceros>. *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, 2011, 42, diciembre, 2011.

Vid, igualmente, Álfaro Aguila-Real. <Pactos parasociales con terceros y efectos sobre los acuerdos sociales que infringen dichos pactos>. <https://almacendederecho.org/pactos-parasociales-terceros-efectos-los-acuerdos-sociales-infringen-dichos-pactos>

¹⁶ Paz-Ares, nos ofrece algunos ejemplos de los pactos parasociales de relación como los que siguen: <Los supuestos que ilustran esta categoría son los acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o algunos de los socios derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de lock up, obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentaje («pactos de no agresión»), obligaciones de ceder o de adquirir las participaciones bajo determinadas condiciones, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de equalización o de redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos, cláusulas de valoración, etc. Lo característico de este tipo de pactos —como se desprende a primera vista del elenco de ejemplos anterior— es que no tienen incidencia o repercusión jurídicamente apreciable sobre la esfera social (...) Con alguna frecuencia nos encontramos con acuerdos en cuya virtud los socios reconocen a favor de uno o varios de ellos —normalmente aquellos que han realizado una contribución especial a la sociedad (por ejemplo, le han aportado una patente o le han prestado fondos para facilitar su saneamiento en un momento de crisis)— el derecho a obtener una parte de los beneficios que les corresponden de acuerdo con las reglas legales o estatutarias. Pues bien, en principio, el beneficiario o beneficiarios de esta clase de pactos no disponen de una acción directa contra la sociedad para que abone en su cuenta los dividendos que les corresponden en el ámbito parasocial.>

Paz-Ares. <El Enforcement de los pactos parasociales>. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5/2003, páginas 19, 20 y 32.

Vid. para la clasificación de los pactos parasociales, Vid. Oppo, *I contratti parasociali*, Milano 1942, págs. 6-12).

¹⁷ Miquel González. *La duración de los pactos parasociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Es cierto que Miquel (págs. 82 y 83), niega con carácter general la configuración del pacto parasocial como sociedad civil (con lo que coincidimos como premisa), cuando razona que: La calificación de sociedad civil aplicada a los pactos parasociales se hace, por tanto, despojando a la sociedad regulada por el Código civil de sus características típicas. En realidad, se parte así de un supra concepto de sociedad que hace abstracción de los caracteres propios del tipo legal.

En efecto, los pactos parasociales no coinciden con el tipo de sociedad regulado por el CC, pues no pretenden configurar un grupo de sujetos que opere unificadamente en el tráfico median-te contratos con terceros para obtener un lucro partible. Tampoco se trata de una sociedad en la que los socios respondan frente a terceros con un fondo común y en la que cada uno de sus miembros responda ilimitadamente con su propio patrimonio.

La analogía entre pactos parasociales y sociedad civil tiene lugar en un plano muy general en el que apenas queda, como característica común de ambas figuras, su carácter de contrato>.

Sin embargo, en nuestro supuesto y en el caso de la subparticipación la cuestión sobre su naturaleza jurídica como sociedad civil interna es indiscutida por Jurisprudencia y doctrina, por lo que no es que estemos reconduciendo o aplicando analógicamente la normativa de

la sociedad civil a un pacto parasocial, sino que a la inversa estamos tratando a una sociedad interna (a nuestro juicio, mercantil, por reconducción del contrato a las cuentas en participación) como de pacto parasocial en función del contenido del mismo, respecto de un contrato social propio de una sociedad de capital.

Vid. también la referencia al mismo por parte de Alfaro Águila Real: <La duración de los pactos parasociales>. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/06/la-duracion-de-los-pactos-parasociales.html>

¹⁸ Muy interesante, nos resulta la apreciación de Alfaro Águila Real, cuando opina lo siguiente: <Estoy seguro de que Miquel no pretende extender su tesis a todos los pactos parasociales (a aquellos en los que no coinciden subjetivamente las partes del pacto parasocial y las partes del contrato de sociedad coligado). Porque en los no omnilaterales, no es excesivo considerar el pacto parasocial como un contrato “con vida propia” que tiene la naturaleza de sociedad interna. De hecho, Miquel sólo sostiene la artificialidad de considerar que hay dos sociedades “si los pactos son de todos los socios”. En tal caso Miquel sostiene que “se trata de una única sociedad en la que concurren regulaciones diversas”>.

¹⁹ En su momento aunque en otro contexto (aunque en el caso que nos ocupa también hay prestaciones de hacer en la subparticipación, pudiendo ser extrapolables también nuestras anteriores reflexiones), ya nos manifestamos genéricamente sobre la duración de los pactos parasociales, de la siguiente forma: <Llegados a este punto hemos de retomar la idea apuntada de que a nuestro juicio sólo el pacto parasocial que imponga una obligación de prestar o hacer al firmante puede ser considerado opresivo y por tanto susceptible de ser denunciado ad nutum. En nuestro caso, tal denunciabilidad ad nutum no puede analizarse ni siquiera respecto con un inexistente pacto parasocial de relación de intransmisibilidad de acciones /participaciones sociales ya que como decíamos esto no es objeto de pacto en el Protocolo Familiar y aunque así fuera entendemos que por sí solo dichos pactos parasociales de relación no son denunciados ad nutum al no conllevar la obligación de prestación opresiva a la que habíamos hecho referencia, sino es con atención al pacto de dedicación exclusiva>.

Vid. Redondo Trigo. <Protocolo familiar, pactos parasociales y sucesión contractual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 96, Nº 779, 2020, págs. 1906-1924.

²⁰ De nuevo Paz-Ares es lo suficientemente claro y expresivo sobre la cuestión al razonar lo siguiente, Vid. <La denuncia ad nutum de los contratos de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo (Reflexiones a propósito de joint ventures y pactos parasociales)>. *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*. Uría Menéndez. Thomson Reuters-Civitas, 2014, págs. 858 y 859):

<Es evidente, por ejemplo, que un préstamo perpetuo no es opresivo para el prestamista, pues una vez entregado el capital comprometido, ninguna obligación pesa sobre él; a partir de ese momento, sólo tiene derechos, que ciertamente no pueden reputarse opresivos. Por eso es perfectamente legítimo pactar un préstamo de esta índole, siempre y cuando al prestatario —sobre el que pesa la obligación periódica de satisfacer intereses— se le permita amortizarlo a discreción. Algo similar cabe decir del contrato de sociedad anónima o limitada. En la configuración legal de estas formas sociales, normalmente constituidas por tiempo indeterminado, el socio no dispone de la posibilidad de denunciar el contrato o de salirse de él, y a pesar de ello nadie juzga que la situación sea opresiva. La razón no estriba —como a veces se ha dicho— en el hecho de que las partes puedan transmitir sus participaciones libremente (lo que jurídicamente no es cierto en muchos casos —por ejemplo— cuando la circulación de las acciones está sujeta a restricciones estatutarias —y prácticamente a menudo es una quimera por la inexistencia del mercado líquido para las participaciones de sociedades cerradas). La razón reside en que, una vez realizada la aportación, el socio no está sujeto a nuevos deberes de prestación. A partir de ese momento, no tiene obligaciones; solamente tiene derechos, como en cierto modo viene a establecer la STS 19 de diciembre de 2007 (otra cosa ocurrirá si el contrato de sociedad contempla prestaciones accesorias o deberes estatutarios personales a cargo de los socios (obligación de administrar; obligación de no competir con la sociedad,

obligación de prestar su trabajo personal, obligación de suministro a la sociedad, obligación de distribuir los productos de la sociedad, obligación de realizar aportaciones adicionales para reponer el capital, salvo que estén limitadas en el importe y en el tiempo, etc.). En tales casos, necesariamente ha de reconocerse a los socios derechos de salida, so pena de que la configuración de la sociedad infrinja el principio de orden público y constitucional que veda las vinculaciones perpetuas o excesivas.

Otro tanto cabe decir de ciertos pactos parasociales, cuya finalidad es básicamente organizativa de la posición de socio: pactos que reconocen derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, derechos de arrastre, derechos de veto o derechos a tener una representación en el Consejo; derecho a obtener periódicamente cierta información de la sociedad; derecho a obtener ciertas prestaciones de la sociedad; etc. Nada impide que la terminación de estos pactos se supedita a la terminación de la sociedad o a la salida de los socios de la misma, puesto que mientras duran no son opresivos. En realidad, su significación funcional no es distinta de la configuración estatutaria de la participación que eventualmente podría hacerse a través del establecimiento de mayorías cualificadas para materias reservadas, cláusulas restrictivas de la circulación, derechos de representación proporcional, participaciones de voto plural, cláusulas de información reforzada, etc. Es cierto que, en ocasiones, reclaman el concurso del socio para votar, pero su significación es meramente accesorias, pues puede hacerse simplemente cediendo la acción o su representación. Cabe incluso constituir una sociedad civil configurada de tal manera que pueda eliminarse el derecho a la denuncia ad nutum previsto en los artículos 1700.4º y 1705 CC; la sociedad se configuraría como mera sociedad interna con obligaciones de aportación patrimonial únicas (por ejemplo, un club de inversión) y sólo con derechos a favor de los socios.»

²¹ Oppo, *I contratti parasociali*, Milano 1942, pág. 2.

²² López Frías. *Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*. Granada, 1992.

²³ García Villaverde. *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*. <Tipicidad contractual y contratos de financiación>. Autores Varios, 1990, pág. 11.

²⁴ Díez-Picazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Thomson-Civitas, 2007, pág. 491.

²⁵ Vid. Serra Callejo. <Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático>. *Revista CEFLegal*, 249, págs. 41 y 42, opina que: <el pacto omnilateral, en el aspecto organizativo, tiene la causa societatis no ya de la sociedad interna entre los firmantes, sino de la externa>.

²⁶ Nos parece conveniente recordar las reflexiones de Jordano Barea sobre este aspecto: <Hace falta dar un paso más, y ascender del fin (subjetivo) real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas de cada una de las partes contratantes (causa de la obligación) al fin (objetivo) abstracto y genérico del contrato considerado en su conjunto (causa del contrato o función económico-social del mismo). Y entonces se descubrirá o una pluralidad de causas, señal clara de que bajo la apariencia de un contrato único se esconden varios contratos (tantos como causas), o una causa mixta o compleja, resultante de la combinación de las causas correspondientes a los elementos de dos o más negocios típicos o atípicos, que justifique la unidad del contrato, a pesar de la pluralidad de prestaciones o promesas. Existirá esa causa cuando las partes puedan conseguir a través del contrato, no uno, sino varios fines conexos y coherentes, sin lo cual se tornaría de nuevo a la pluralidad de causas y, consiguientemente, a la pluralidad de contratos>.

Jordano Barea nos ofrece tal reflexión al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1951, que declaró la imposibilidad de separar un arrendamiento del contrato de opción pactado con el mismo, por la existencia de una única contraprestación, sobre la apreciación de una causa mixta y por tanto de un único.

Vid. Jordano Barea. <Contratos mixtos y unión de contratos>. *Anuario de Derecho Civil*, 1951, págs. 334 y 335.

3. URBANISMO

Regulación autonómica y actuaciones relacionadas con la planificación y ejecución de las infraestructuras comunes

Regional regulation and actions related to the planning and implementation of shared infrastructure

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La necesaria respuesta a la complejidad creciente de la gestión y ejecución de los grandes desarrollos urbanísticos, analizada en comentarios precedentes con relación a la vinculación de los procesos de ordenación y ejecución entre diversos ámbitos urbanísticos por la previsión de infraestructuras comunes entre ellos, no sólo viene siendo objeto de tratamiento en la reciente legislación autonómica sino que, con base en ello, empieza a trascender igualmente en el ámbito de la acción administrativa y también de la jurisprudencia de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo, de cuyos primeros testimonios se da cuenta en este comentario.

ABSTRACT: *The necessary response to the growing complexity of the management and implementation of large-scale urban developments, examined in previous commentaries in relation to the linkage between planning and implementation processes across different urban sectors due to the provision of shared infrastructure, has not only been addressed in recent regional legislation but, on that basis, is also beginning to extend into the sphere of administrative action and into the case law of the courts of the contentious-administrative jurisdiction, the first examples of which are reported in this commentary.*

PALABRAS CLAVE: Planeamiento urbanístico, ejecución, redes comunes, normativa.

KEYWORDS: *Urban planning, implementation, common networks,*

SUMARIO: I. SITUACIONES ESPECIALES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS REDES COMUNES A VARIAS ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN. 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. EL ARTÍCULO 118 BIS DE LA LEY DE URBANISMO DE CATALUÑA, DE 3 DE AGOSTO DE 2010. 3. EL ARTÍCULO 97 BIS DE LA LEY 9/2001, DE 17 DE JULIO, DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—III. SUPUESTOS REALES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS REDES COMUNES. 1. DESDE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. A. El caso del Plan Especial de Infraestructuras de Brunete de 20 de mayo de 2019. B. El caso de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid denominada “Madrid Nuevo Norte”. 2. DESDE LA GESTIÓN URBANÍSTICA. A. La Comisión Coordinadora del U.Z.P. 1.03 “Ensanche de Vallecas” del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid. B. La Comisión Coordinadora del U.Z.P. 1.03 “Ensanche de Vallecas” del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.

I. SITUACIONES ESPECIALES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La creciente opción por la Administración urbanística a favor de la definición desde el planeamiento urbanístico de actuaciones de nueva urbanización de gran extensión superficial¹ e interconectadas entre sí por la previsión de un entramado de redes públicas cuyo servicio va más allá de cada una de ellas individualmente consideradas, se presenta en los últimos tiempos como una realidad cada vez más habitual ante la que, sin embargo, muy pocas legislaciones autonómicas contemplan la articulación de posibles respuestas con vistas, en particular, a los sucesivos procesos de ejecución.

En este sentido y frente a los modelos típicos de actuaciones de transformación caracterizados por la resolución de la totalidad de los deberes legales de cesión y urbanización en el marco de procesos reparcelatorios desarrollados en el interior de los correspondientes ámbitos de gestión, en una anterior colaboración del año 2015² apuntábamos a la posible utilización de nuevos instrumentos capaces de dar respuesta a escenarios complejos en los que, como ocurre con el apuntado, se rompen los diques de separación entre ellos por efecto de ordenaciones de las que resultan elementos de interconexión que las vinculan recíprocamente.

Nos referíamos entonces, como instrumento jurídico complementario que pudiera contribuir a la resolución de problemas surgidos en el citado contexto de procesos entrelazados de ejecución de sectores por la previsión de vínculos comunes entre ellos, a la posible constitución de entidades urbanísticas colaboradoras superpuestas a las propias de cada uno de ellos a fin de cumplir funciones de coordinación en el doble plano de la ejecución de la obra urbanizadora y del cumplimiento del principio de equidistribución.

En cuanto a la urbanización, por sus lógicas implicaciones recíprocas en relación con la necesaria participación, de un lado, en el proceso de redacción y tramitación de los correspondientes proyectos de obras y, de otro, en su ejecución material.

En cuanto al cumplimiento del principio de equidistribución, por la procedente definición de un marco jurídico que atendiera al conjunto de cuestiones relacionadas con el pago de los gastos de urbanización.

A este fin ha de tenerse presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, elaborada desde su Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6863), por la que, lejos de diferir tal cumplimiento a la fase de ejecución del planeamiento como si fuera una cuestión ajena a éste, rechaza que pueda desentenderse de su consecución al atribuirle la necesaria previsión de aquellas determinaciones que así lo faciliten, lógicamente sin invadir cuestiones propias de los instrumentos de ejecución.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016 (RJ/2016/3333), que se remite a las anteriores de 30 de junio de 2009 (RJ/2009/6863), 2 de marzo de 2011 (RJ/2011/1899) y 6 de mayo de 2011 (RJ/2011/4073), dice lo siguiente:

“Desde tal perspectiva, nos corresponde dar respuesta a la alegación de que en la fase inicial del planeamiento no puede apreciarse la posible infracción del principio de equidistribución, debiendo realizarse tal apreciación con motivo de su ejecución, dejando de lado, las demás consideraciones que el propio recurrente sitúa en el campo de la legislación autonómica.

A este respecto, esta Sala en Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6863), recurso n.º 1738/2005, ha mantenido que no procede remitir a la ejecución del planeamiento o a los instrumentos de gestión, el cumplimiento efectivo del principio de equidistribución de beneficios y cargas, sino que este principio debe presidir las actuaciones urbanísticas desde el mismo momento de la aprobación del planeamiento. En concreto, en la Sentencia de 6 mayo 2011 (RJ 2011, 4073) (Recurso de Casación 1891/2007), dijimos textualmente que: «Este principio de justa distribución es tributario del derecho constitucional a la igualdad del artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836), en la medida en que ha de garantizarse que ninguno de los propietarios tenga un trato discriminatorio en el reparto de beneficios y cargas. Esta exigencia igualitaria se ha de proyectar, de modo horizontal, a las distintas fases de adopción de decisiones, desde el planeamiento a la gestión y a la ejecución. De modo que, aunque es cierto que normalmente, y esto es lo que señala la sentencia recurrida, es en la fase de ejecución cuando se puede apreciarse el recto entendimiento y aplicación de este principio, sin embargo en este caso dicha infracción se aprecia ya en la fase de planeamiento. Así es, las determinaciones del plan predeterminan ya un trato discriminatorio sin necesidad de esperar a lo que sucede en las fases posteriores que, en todo caso, no pueden contradecir a las previsiones del planeamiento. Obsérvese que las unidades de ejecución están establecidas en el propio plan recurrido en la instancia, que fija también para cada área de reparto, identificada con cada unidad, el aprovechamiento tipo. De modo que el diseño establecido impide desde ese momento la justa distribución de beneficios y cargas, porque ya en el inicio se introduce el germen de la discriminación.» En el mismo sentido la Sentencia de 2 marzo 2011 (RJ 2011, 1899) (Recurso de Casación 5989/2006) dispone que: «El principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los afectados, como manifestación del derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución ha sido configurado como un principio general rector en materia de urbanismo, de aplicación tanto en la redacción de los planes como en la posterior ejecución...».

II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS REDES COMUNES A VARIAS ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Desde la legislación urbanística tan solo dos Comunidades Autónomas se han ocupado de las implicaciones que sobre varios ámbitos de ordenación pueden derivarse de la previsión por el planeamiento urbanístico de elementos pertenecientes a la red de infraestructuras con una incidencia indiferenciada sobre ellos.

La primera de ellas fue la Comunidad Autónoma de Cataluña a raíz de la introducción de un nuevo artículo 118 bis en el texto refundido de la Ley de urbanismo de 3 de agosto de 2010 por la Ley 5/2017, de 28 de marzo³.

Su regulación representó un primer paso ante la problemática subyacente a la presencia de redes comunes a varios ámbitos de actuación, cuestión a la que se dio una respuesta en cierto modo parcial en la medida en que, según se verá a continuación, quedó reducida a un enfoque general en relación con su tratamiento desde el planeamiento, la concreción de la autoría de los proyectos de obras, la definición del responsable de la ejecución y el régimen de pago de los gastos correspondientes.

La segunda regulación se corresponde con la modificación de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, la cual incorporó un nuevo artículo 97 bis con el título “*Redes públicas comunes a varios ámbitos de actuación o sectores*” objeto también de comentario en esta sección⁴.

2. EL ARTÍCULO 118 BIS DE LA LEY DE URBANISMO DE CATALUÑA, DE 3 DE AGOSTO DE 2010.

Dicho artículo 118 bis, titulado “*Infraestructuras comunes a varios polígonos de actuación urbanística*”, partiendo del presupuesto de que hubiera varias actuaciones de gestión integrada cuyo desarrollo requiriera la ejecución previa o simultánea e íntegra de una infraestructura común a todas ellas, dispone lo siguiente:

a) Faculta al planeamiento urbanístico general para afectar tales polígonos a fin de garantizar la ejecución de la infraestructura común y repartir su coste de ejecución entre los mismos, coste del que se dice que ha de formar parte el que pudiera corresponder a la obtención del suelo.

b) A fin de materializar la anterior previsión, se añade que el planeamiento general debe determinar la cuota de participación que corresponda a cada polígono en el coste de ejecución en proporción a su respectivo aprovechamiento.

c) En todo caso, la afectación requiere que los terrenos destinados a la infraestructura común estuvieran parcialmente incluidos en los polígonos afectados o, en su defecto, que fuera necesaria para su conexión con los sistemas generales o para la ampliación o refuerzo de la ya existente en cuanto así fuera lo demandaran las actuaciones respectivas.

d) En cuanto a la formulación del proyecto de obras de la infraestructura común, corresponde a la Administración actuante o a las entidades urbanísticas colaboradoras constituidas para cada polígono afectado si la infraestructura estuviera en su interior y a la Administración pública o entidad privada que hubiera de convertirse en titular de la infraestructura si ésta no se encontrara en el interior de los polígonos afectados.

e) La ejecución de la infraestructura común corresponderá a la Administración o entidad que hubiera formulado el respectivo proyecto de obras y correrá a

cargo de los propietarios afectados a los que se podrá exigir el pago de anticipos, acudiendo a la vía de apremio en caso de impago.

d) Finalmente, en los proyectos de reparcelación de los polígonos afectados “*debe hacerse repercutir*” el coste de ejecución de la infraestructura común como gasto de urbanización a cargo de los propietarios en proporción a su respectiva cuota de participación, contemplándose igualmente el pago mediante la adjudicación de solares resultantes previo acuerdo entre la entidad urbanística colaboradora y la Administración o entidad que hubiera ejecutado la infraestructura.

Finalmente, en relación con el artículo 118 bis se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia de 23 de mayo de 2024 en relación con dos cuestiones.

Por un lado, ante la alegación sobre la falta de previsión legal del carácter fijo de la cuota de participación que corresponde a cada polígono afectado en proporción a su respectivo aprovechamiento urbanístico, la citada Sentencia mantiene la posibilidad de que tal cuota fuera la misma para los polígonos concernidos sin perjuicio, no obstante, de que pudiera ser distinta si es que su aprovechamiento respectivo fuera igualmente diferente.

Por otro lado, incurriendo en lo que parece una defectuosa interpretación del principio de equidistribución, la Sentencia manifiesta que no cabe comparar los beneficios y cargas entre diversos ámbitos sino entre los propietarios de un único polígono, lo cual pasa por alto que, en último término, la atribución de la cuota de participación que corresponde a cada polígono según su aprovechamiento en el coste de ejecución constituye una determinación del planeamiento general igualmente fundada en el cumplimiento del citado principio.

3. EL ARTÍCULO 97 BIS DE LA LEY 9/2001, DE 17 DE JULIO, DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Con el antecedente remoto que se corresponde con el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1975 (expedientes números 39.484 y 35.802), en el que se sostuvo la admisión de la creación de entidades urbanísticas colaboradoras con objeto específico no predeterminado legalmente bajo la referencia desde el ordenamiento a las mismas como categoría general, el legislador madrileño da un paso más, respecto del catalán.

Así, de un lado, si bien igualmente remite al planeamiento general el establecimiento de los criterios de imputación de los costes de ejecución de las redes comunes sobre cada uno de los ámbitos o sectores afectados, así lo dispone sujeto al decisivo matiz de que tales criterios sean respetuosos con el principio de equidistribución en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo más atrás destacada, lo que, por lo demás, ciertamente ha de considerarse que se encuentra en la ley catalana aunque sea implícitamente.

De otro lado, habilita para la constitución de una entidad urbanística colaboradora para la gestión y ejecución coordinada de las redes comunes respecto de la que se pronuncia sobre el contenido mínimo de sus estatutos, las singularidades aplicables cuando los ámbitos afectados estuvieran sujetos al sistema de compensación y el régimen de aplicación supletoria de las normas reguladoras de las en-

tidades propias de tales ámbitos, de lo cual se dio cuenta en un detallado análisis en la colaboración anteriormente señalada⁵.

Por lo demás y en línea con la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, la propia regulación de este tipo de entidad pone de manifiesto la superación al menos en parte de la compartimentación del desarrollo de los sectores de suelo urbanizable en función de su integración en áreas de reparto independientes por la previsión de redes comunes y la consiguiente necesidad de garantizar la equidistribución entre todos aquellos sectores que, aun perteneciendo a áreas de reparto distintas, se vieran afectados por su implantación.

III. SUPUESTOS REALES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS REDES COMUNES

1. DESDE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A. *El caso del Plan Especial de Infraestructuras de Brunete de 20 de mayo de 2019*

La relevancia del Plan Especial de Infraestructuras de Brunete aprobado el 20 de mayo de 2019⁶ en desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana de Brunete se justifica por la previsión por este último instrumentos de una serie de infraestructuras cuya definición detallada requería de su formulación al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001 con la finalidad de establecer un marco normativo que pudiera ordenar el conjunto del proceso de ejecución toda vez que afectaban a un pluralidad de sectores de suelo urbanizable.

En este sentido, el objeto del Plan Especial se correspondió con las siguientes consideraciones:

a) La necesidad de garantizar la ejecución de las infraestructuras de cada sector independiente en coordinación con la ejecución de las infraestructuras esenciales para la totalidad del suelo urbanizable.

b) La garantía de una ejecución coherente del conjunto del suelo urbanizable para el supuesto de que se anticipara el desarrollo de un sector.

c) La asignación de los porcentajes sobre los costes a satisfacer por cada sector conforme a un criterio de proporcionalidad en relación con el aprovechamiento urbanístico respectivo, costes que constituyen una carga de los propietarios que ha de gravar las fincas resultantes de los correspondientes proyectos de equidistribución.

d) El establecimiento de los mecanismos de reacción frente a los posibles incumplimientos de las obligaciones imputables a los sectores afectados y de recuperación de los anticipos que en su caso se hubieran realizado.

e) La regulación igualmente de un marco de corrección de los excesos y defectos de los gastos de urbanización inicialmente asumidos por ciertos sectores por razón de las diferencias existentes entre el coste correspondiente a las redes asignadas y el procedente en razón de la aplicación de su respectiva cuota de participación, diferencias en relación con las cuales se dispuso la consideración del tales excesos y defectos como partida de abono o de cargo para su reflejo en la cuenta de liquidación provisional de los instrumentos repartelatorios.

A estos efectos por el Plan Especial se definieron las normas particulares para ambos supuestos de exceso y defecto de cargas partiendo del presupuesto del desarrollo no necesariamente simultáneo de los sectores afectados.

En el primer caso, se dispuso que el Ayuntamiento había de certificar el exceso de coste asumido por el sector excedentario y los sectores deficitarios llamados a su compensación en metálico o en aprovechamiento urbanístico.

En el caso de defecto de cargas, las normas previeron que el importe correspondiente había de reflejarse en la cuenta de liquidación para hacerse efectivo con motivo de la aprobación del instrumento reparcelatorio o garantizarse como carga real hasta el momento de su pago al Ayuntamiento para pago a quien resultara acreedor del importe. Igualmente se dispuso la obligación de que el sector deficitario ingresara en el Ayuntamiento la diferencia con carácter previo a la recepción de las obras de urbanización.

f) Desde un planteamiento de carácter técnico, la previsión de una programación temporal y un marco de garantías en relación con la ejecución coordinada de las redes comunes y las propias de cada sector.

g) El documento de las normas urbanísticas del Plan Especial se ocupó también de las implicaciones registrales del proceso de ejecución de las redes comunes relacionadas con la afección de las fincas de resultado de los proyectos de reparcelación al cumplimiento de la obligación de urbaniza.

Igualmente se dispuso que en la cuenta de liquidación de los proyectos de equidistribución se incluyera como coste de obras de urbanización con el rango de carga real preferente el correspondiente a las redes públicas objeto del Plan Especial.

En otro orden, interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Plan Especial en el que fueron cuestionadas, entre otras determinaciones, las reglas en él establecidas en relación con los aludidos excesos y defectos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Sentencia desestimatoria de 29 de octubre de 2021 (rec. 908/2019) en la que al respecto dijo lo siguiente:

“19. El tercer motivo de impugnación contenido en la demanda sostiene que las reglas sobre el «reparto de costes entre sectores excedentarios y deficitarios» obliga a financiar durante décadas a los excedentarios en beneficio del Ayuntamiento. Admite la corrección jurídica —con arreglo al artículo 91 LSCM— de que el Consistorio «haga de una especie de Cámara de Compensación entre Sectores». Ello en tanto que según observa «el reparto del PEIN es proporcional a la edificabilidad homogeneizada de cada Sector en relación con la total del suelo urbanizable sectorizado».

Postula en todo caso que «donde quiebran las reglas» (si bien no precisa cuáles) es cuando se obliga al Sector que ejecuta más obra del PEIN a que sólo pueda cobrar el exceso una vez que el Consistorio lo perciba, a su vez, de Sectores deficitarios, circunstancia que en la práctica podría dilatarse durante décadas. Señala que es el Ayuntamiento el que debería soportar el exceso y luego repercutírselo al suelo deficitario por cuanto la fórmula por la que el PEIN se decanta supondría un «claro beneficio» para la Corporación local en tanto que la regla dispuesta implica una carga más sin cobertura normativa contra unos propietarios de suelo urbanizable sectorizado en favor de otros del mismo carácter.

(...).

El régimen que se impugna viene dado por el artículo 16 de las NN.UU. del PEIN (...) en relación con el apartado 4.3 de la Memoria («La distribución de los costes de

ejecución de las infraestructuras incluidas en el Plan Especial de Infraestructuras») y con el apartado 4.4 («Régimen de aplicación por los excesos o defectos de infraestructuras objeto del presente PEIN asumidas por los promotores de las iniciativas»). (...).

21. Al margen de la operativa del sistema que se implementa y de la ausencia de infracción normativa que siquiera se invoque, no está de más traer a colación la explicación que sobre su razón de ser se ofrece en la contestación a la demanda. Así, el artículo 18 LSCM —por remisión del artículo 21 LSCM— obliga a los propietarios de suelo urbanizable sectorizado a llevar a cabo la actividad de ejecución con arreglo al principio de justa distribución de beneficios y cargas, según el sistema de ejecución por el que se desarrolle el Sector de que se trate, es decir, que todos los propietarios de suelo del Sector tendrán un reparto equitativo de beneficios y de cargas. Sobre tal base normativa, los propietarios de los Sectores denominados excedentarios tienen el deber específico de costear los gastos de urbanización siguientes: i) el coste de la ejecución de las obras de urbanización que precisa el Sector en su interior; ii) todas aquellas obras necesarias para asegurar la conexión del Sector con las redes generales de todo tipo: equipamientos, servicios e infraestructuras; y iii) las obras necesarias para reforzar, mejorar o ampliar las redes estructurantes para que puedan ser útiles y seguir funcionando.

De esta forma, lo que haría el PEIN es tratar de compensar para igualar los costes de urbanización de todos los propietarios de Sectores de suelo urbanizable sectorizado y precisamente a quién beneficiaría sería a los propietarios de suelo de los Sectores excedentarios (aquellos cuya ejecución precisa de una mayor obra urbanizadora). Les permite poner en carga el Sector y recuperar su inversión mientras que con la LSCM no podrían recuperar estos gastos. Con ello todos los propietarios de todos los Sectores más las redes están obligados a costear la elaboración de dicho PEIN y la de los oportunos proyectos de obras que éste contenga, así como a costear la ejecución de dichas obras, considerando esos costes como carga urbanizadora vinculada al aprovechamiento patrimonializable correspondiente”.

B. El caso de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid denominada “Madrid Nuevo Norte”⁷.

El modelo de ordenación dispuesto para la actuación urbanística “Madrid Nuevo Norte” quedó articulado mediante la diferenciación de cuatro ámbitos de actuación de desarrollo independiente cada uno de ellos en orden a su respectiva gestión urbanística interna y a la ejecución de las obras de urbanización propias que, no obstante, quedaron igualmente entrelazados por la existencia de dos tipos de redes públicas, las comunes a los cuatro y las compartidas por parte de ellos.

Pues bien, dada la anterior configuración de los ámbitos urbanísticos y de su relación entre sí, también como en el caso del Plan Especial de Infraestructuras de Brunete pero dando un paso más, desde la Memoria de la modificación se abordan dos cuestiones relevantes:

De un lado, la conveniencia de definir un marco de colaboración que definiera posibles fórmulas de coordinación, a cuyo fin planteó, entre otras, la creación de un ente instrumental a modo de entidad urbanística colaboradora que los agrupara o la figura del convenio urbanístico de ejecución a fin de prever la forma de

hacer frente a las cargas de urbanización respecto de ambas clases de redes, en particular la necesaria previsión de las consecuencias debidas a la eventual asunción anticipada por un ámbito de gastos superiores a los que les fueran imputables, la garantía de su reintegro.

En relación con la cuestión de la posible constitución de una entidad urbanística colaboradora cuyo objeto fuera la coordinación de las implicaciones que en la fase de ejecución derivaran de la aludida estructura de redes comunes y compartidas, se planteó, en uno de los recursos contencioso-administrativos que fueron interpuestos contra el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación, que con ello se vaciaba de contenido las competencias correspondientes a las juntas de compensación de los ámbitos de actuación afectados.

Tal posición, sin embargo, fue desautorizada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2023 (P.O. 462/2020)⁸ toda vez que, al tratar la modificación de la posible constitución de dicha entidad urbanística, se hizo la expresa salvedad de las funciones propias de las juntas de compensación de cada ámbito⁹.

De otro, la definición de los términos para el reparto de las cargas correspondientes a las citadas redes de tal modo que en su distribución por ámbito de actuación quedara debidamente garantizado el cumplimiento del principio de equidistribución.

2. DESDE LA GESTIÓN URBANÍSTICA.

A. *La Comisión Coordinadora del U.Z.P. 1.03 “Ensanche de Vallecas” del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid*

Aunque se ignora si con antelación llegó a existir alguna entidad urbanística colaboradora de naturaleza administrativa con funciones de coordinación en relación con la ejecución de infraestructuras que pudieran incidir en una pluralidad de sectores o ámbitos de gestión, la primera de la que se tiene noticia es la denominada Comisión Coordinadora del ámbito U.Z.P. 1.03 “Ensanche de Vallecas” constituida en desarrollo del Plan Parcial del mismo nombre mediante escritura pública otorgada en diciembre de 2000.

La Comisión, cuya aprobación estuvo sujeta a los mismos trámites previstos en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 para la aprobación de las juntas de compensación, quedó integrada por seis juntas de compensación, una para cada una de las seis unidades de ejecución al efecto delimitadas en el Plan Parcial que estableció su ordenación detallada.

A su vez, conforme a sus Estatutos, la función de coordinación de la Comisión se refería también a las que denominaba “*infraestructuras vertebradoras*” y “*restantes actuaciones que afecten al conjunto del ámbito*”, comprendiendo, entre otras actuaciones, la elaboración y tramitación de los proyectos de obras y de expropiación, la elaboración y aprobación de los pliegos de los concursos para la adjudicación de obras, la supervisión de la fase de ejecución de obras y la labor de coordinación con la actuación de las juntas de compensación.

Por último y en sintonía con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2023 (P.O. 462/2020) al ocuparse de la necesaria salvaguarda de las competencias de las juntas de compensación integradas en una entidad de esta naturaleza, aunque con ciertos matices diferenciales también en el caso de la Comisión Coordinadora del “Ensanche de Vallecas” quedaron garantizadas tales competencias, en este caso bajo la fórmula consistente en establecer una serie de acuerdos sometidos a la previa ratificación de tales entidades.

B. La Entidad Urbanística Colaboradora de Coordinación “Madrid Nuevo Norte” en formación¹⁰

Con base en las determinaciones de planeamiento sucintamente expuestas más atrás en relación con la actuación “Madrid Nuevo Norte”, por acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 9 de octubre de 2025 (BOCM de 6 de noviembre de 2025) se aprueba inicialmente y se somete a información pública el proyecto de estatutos de la entidad urbanística de coordinación en ella anunciada.

Así tuvo lugar conforme a su identificación como una de las posibles alternativas consideradas en el planeamiento general para organizar la fase de gestión de un desarrollo urbanístico que exigía, en el marco del sistema de compensación, la participación conjunta de los propietarios de cada uno de los cuatro ámbitos de actuación involucrados, ya fuera por sí mismos según lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, ya constituidos en junta de compensación.

Tomando por lo tanto como base el texto correspondiente al proyecto de estatutos de la entidad de coordinación que fue objeto de información pública y prescindiendo de cuanto se refiere a la regulación de sus relaciones con las entidades propias de los ámbitos que la integran, su régimen de organización, el régimen de imputación de costes o, entre otras cuestiones, las reglas para la ejecución coordinada de las redes comunes y las obras de urbanización de cada ámbito, interesa destacar una específica previsión con trascendencia registral.

En efecto, teniendo en cuenta la razón última que subyace a la necesidad de constitución de la entidad vinculada a la previsión de una estructura de redes comunes, el proyecto de estatutos dirige un mandato a los instrumentos reparcelatorios de cada uno de los ámbitos de actuación a fin de que su respectiva cuenta de liquidación exprese de modo separado el saldo total del conjunto de las cargas de urbanización de cada ámbito y el desglose de los saldos parciales de cada una de las cargas comunes y compartidas.

Así tiene lugar con el propósito último de la constancia registral de la afección según lo previsto en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, facilitando la posibilidad de su cancelación parcial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 17 de junio de 2016
- STS de 6 de mayo de 2011
- STS de 2 de marzo de 2011

- STS de 30 de junio de 2009
- STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2024
- SSTSJ de Madrid de 10 de febrero de 2023
- STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2021

NOTAS

¹ La notable dimensión a la que pueden llegar los desarrollos urbanísticos se pone de manifiesto en el caso de los sectores que conforman el área del Sureste de la ciudad de Madrid compuesta por los sectores El Cañaveral (5.388.000 m²), Los Ahijones (5.762.000 m²), Los Berrocales (8.300.000 m²), Los Cerros (4.700.000 m²) y Valdecarros (19.280.000 m²) o, ya en suelo urbano, de los cuatro ámbitos de la actuación denominada Madrid Nuevo Norte (3.300.000 m²). Entre otros, son igualmente de una notable extensión los sectores 9 Punctum Millenium en el municipio de Pinto (4.185.953 m²), Arpo en Pozuelo de Alarcón (1.330.000 m²), PAU-2 Nuevo Miramadrid en Paracuellos del Jarama (2.116.799,87 m²), Los Carriles en Alcobendas 2.174.160 m²) y los de uso residencial previstos por el Plan General de Ordenación Urbana de Brunete: Primera Corona (755.863 m²). El Olivar (992.897 m²), Ensanche Norte (730.711 m²), Ensanche Este (845.216 m²), Ensanche Sur (954.326 m²), Ensanche Sureste (327.637 m²), La Pellejera (1.860.038 m²) y Los Rosales (959.567 m²).

² LASO BAEZA, V., *Procesos complejos de gestión urbanística y su acceso al Registro de la Propiedad*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 752, 2015, págs. 3757-3768.

³ Se trata de la Ley 5/2017, de 28 de marzo de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono

⁴ LANZAS MARTÍN, E., *Tratamiento de las obras de urbanización comunes a varias actuaciones de transformación urbanística: las entidades urbanísticas de coordinación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 795, 2023, págs. 684 a 700.

A la entidad urbanística colaboradora de coordinación se refieren también los trabajos de FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Urbanismo y reactivación económica. A propósito de la reforma de la legislación territorial y urbanística de Madrid de 21 de diciembre de 2022*, Revista de Urbanismo y edificación, núm. 50, 2023, e IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Comentario crítico de los cambios en materia de urbanismo introducidos por la Ley de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica de la Comunidad de Madrid*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 359, 2023.

⁵ LANZAS MARTÍN, E., *Tratamiento de las obras de urbanización...*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 795, 2023, págs. 684 a 700.

⁶ El acuerdo de aprobación definitiva del Plan Especial de Infraestructuras de Brunete de 20 de mayo de 2019 se publicó en el BOCM de 29 de mayo siguiente.

⁷ La aprobación definitiva de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid “Madrid Nuevo Norte” tuvo lugar por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 25 de marzo de 2020 publicado en el BOCM de 27 de marzo siguiente.

⁸ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2023 (P.O. 462/2020) desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid denominada “Madrid Nuevo Norte”, pronunciamiento coincidente con el de las Sentencias de igual fecha dictadas en los recursos contencioso-administrativos núm. 437/2020, 438/2020, 440/2020, 461/2020, 464/2020, 465/2020 y 560/2020 interpuestos contra el mismo acuerdo.

⁹ Sobre el supuesto vaciamiento de las competencias de las Juntas de Compensación por efecto de la constitución de una entidad urbanística de coordinación, la Sentencia de 10 de febrero de 2023 (P.O. 462/2020) dice lo siguiente:

“De una detenida lectura de estos pronunciamientos del planificador de la presente MPG se desprende con meridiana claridad que en ningún caso esa futura Entidad Urbanística de Coordinación (EUC) vaya a vaciar necesariamente el contenido de la futura junta de compensación de los ámbitos.

En primer lugar, la constitución de dicho órgano no se prevé como obligatorio pues se razona que depende de la iniciativa de todos los ámbitos o de cualquiera de ellos, con regula-

ción de las futuras adscripciones de aquellos ámbitos que se desarrollen en etapas posteriores. Además, se constituiría conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU), actuando, en todo caso, bajo la tutela, fiscalización y control del Ayuntamiento de Madrid. Ello, sin perjuicio de las funciones propias de las juntas de compensación sobre cada ámbito de actuación.

Efectivamente, el prever, no imponer, un marco de colaboración y la posible constitución de una entidad urbanística de coordinación y gestión de los deberes compartidos entre ámbitos de actuación, obviamente no supone necesariamente vaciar de competencias a las juntas de compensación, que, como se expone en la memoria, se mantienen tal exige la normativa vigente, y esas funciones de dicha entidad ad hoc son además de las propias de aquellas, por lo que no se vulnera el ordenamiento jurídico. Incluso si no se estableciera esa entidad, las obras de urbanización de cada ámbito y las actuaciones singulares se deberán resolver en esos proyectos de urbanización con intervención de administraciones y organismos afectados, pero dichas entidades urbanísticas siguen existiendo pues el propio planificador las prevé al establecer que la ejecución de la ordenación se lleve a cabo por el sistema de compensación, siendo distintas, se reitera, esas funciones de la futura EUC pues se sitúan en las infraestructuras comunes y compartidas entre los ámbitos y todo ello en el ámbito de la gestión”.

¹⁰ La aprobación inicial y sometimiento a información pública del Proyecto de Estatutos de la Entidad Urbanística Colaboradora de Coordinación “Madrid Nuevo Norte” tuvo lugar mediante acuerdo de la Junta de gobierno de la Ciudad de Madrid de 9 de octubre de 2025 (BOCM de 6 de noviembre de 2025), estando pendiente de aprobación definitiva a la fecha de redacción de esta colaboración.

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 reseñas 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). Ciudad: 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 Colegio 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.

