

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año C • Mayo - Junio • Núm. 809



# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

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

---

Año C • Mayo - Junio 2025 • Núm. 809

---

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](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto:revista.critica@corpme.es)

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España  
I.S.S.N.: 0210-0444  
I.S.B.N.: 84-500-5636-5  
Depósito legal: M. 968-1958  
Marca Comunitaria N.º 013296281

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

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

## ÓRGANOS RCDI

### **Presidente**

**Don Francisco Javier Gómez Gállico**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

### **Secretario**

**Don Basilio Aguirre Fernández**

*Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

### **Comité editorial**

**Doña María Emilia Adán García**

*Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Francisco Javier Gómez Gállico**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Basilio Aguirre Fernández**

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

**Don Celestino Pardo Núñez**

*Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

**Don Francisco Marín Castán**

*Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

### **Consejo Científico**

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don José Manuel García García**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Antonio Pau Pedrón**

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

**Don José Poveda Díaz**

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

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Juan Sarmiento Ramos**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Carlos Lasarte Álvarez**

*Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid*

**Don Antonio Manuel Morales Moreno**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Ángel Rojo Fernández-Río**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Fernando Curiel Lorente**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Francisco Javier Gómez 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 Andrés de la Oliva Santos**

*Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid*

**Don Fernando de la Puente Alfaro**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Joaquín Delgado Ramos**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Manuel Espejo Lerdo de Tejada**

*Catedrático de Derecho Civil Universidad de Sevilla*

**Don Antonio Fernández de Buján**

*Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid*

**Doña María Paz García Rubio**

*Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago*

**Don Eugenio Gomeza Eleizalde**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Vicente Guilarte Gutiérrez**

*Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid*

**Don Guillermo Jiménez Sánchez**

*Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla*

**Don Francisco Marín Castán**

*Ex Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo*

**Doña Cristina Martínez Ruiz**

*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

**Don Fernando Pantaleón Prieto**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Doña María Ángeles Parra Lucán**

*Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza*

**Doña Juana Pulgar Ezquerro**

*Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Doña Encarnación Roca Trías**

*Magistrada del Tribunal Constitucional*

**Don Ignacio Sancho Gargallo**

*Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo*

**Don Ignacio Tirado Martí**

*Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Ángel Valero Fernández-Reyes**

*Registro de la Propiedad y Mercantil*

**Doña Fátima Yañez Vivero**

*Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid*

**Don Manuel Ballesteros Alonso**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos**

*Secretaria General del Consejo de Estado*

**Doña Piedad García-Escudero Márquez**

*Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales*

**Doña Pilar Palazón Valentín**

*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

**Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Dña. María José de la Fuente y de la Calle**

*Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.*

**Dña. María José García Valdecasas**

*Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.*

**Dña. Esther Muñoz Espada**

*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.*

**D. Juan José Jurado Jurado**

*Registrador de la Propiedad y Mercantil.*

**Doña Maria Luz Sánchez-Jaúregui Lázaro**

*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

**Doña María del Rosario Jiménez Rubio**

*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### ESTUDIOS/STUDIES

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: Consideraciones actuales en torno a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda y de temporada / <i>Current considerations regarding the duration of the housing lease contract and the seasonal contract</i> .....                                                                           | 1247 |
| CUCURULL POBLET, Tatiana: Generaciones Digitales: El legado sucesorio de las redes sociales / <i>Digital Generations: The legacy of social media</i> .....                                                                                                                                                                         | 1287 |
| GALEOTE MUÑOZ, María Del Pilar: Actualidad de los MASC en el ordenamiento jurídico español: el caso especial de la mediación y su coexistencia con la inteligencia artificial / <i>Current situation of ADR in the Spanish legal system: the special case of mediation and its coexistence with artificial intelligence*</i> ..... | 1321 |

### DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

|                                                                                                                                                                                     |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: Garantía por falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales / <i>Warranty for non-conformity of digital content and services</i> ..... | 1359 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

### DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

|                                                                                                                                                                                                                       |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta: El derecho real de habitación y de servidumbres en Cuba, de la atipicidad a la tipicidad / <i>The real right of habitation and easements in Cuba, from atypicality to typicality</i> ..... | 1405 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

**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 ..... | 1447 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES***

**1. DERECHO CIVIL**

**1.1. Parte general**

|                                                                                                                                                                                                         |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| — La determinación de la filiación no matrimonial en la reproducción asistida / <i>The establishment of non-matrimonial filiation in assisted reproduction</i> , por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA..... | 1499 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

**1.2. Derecho de familia**

|                                                                                                                                                                                                                                                  |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| — La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (II) / <i>Family housing in situations of family crisis and economic and social vulnerability (II)</i> , por Ana Isabel BERRO-CAL LANZAROT ..... | 1515 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

**1.3. Derechos reales**

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| — La progresiva reducción del derecho de propiedad inmobiliaria como consecuencia de la función social: un análisis jurisprudencial / <i>The progressive reduction of real estate property rights as a consequence of the social function: a jurisprudential analysis</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... | 1641 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

**1.4. Sucesiones**

|                                                                                                                                                                                                                           |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| — Conflicto de intereses en la representación legal de menores en una herencia / <i>Conflict of interest in the legal representation of minors in an inheritance</i> , por M <sup>a</sup> Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... | 1667 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

### 1.5. Obligaciones y contratos

- Créditos *revolving*: ¿Abusividad directa por falta de transparencia? ¿Una nueva concepción del concepto de transparencia? / *Revolving Credit: Direct Unfairness Due to Lack of Transparency? A New Conception of the Transparency Standard?*, por Robert REINHART SCHULLER ..... 1687

### 1.6. Responsabilidad Civil

- La responsabilidad civil en el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión por críticas en contextos de crisis: manifestaciones relativas a la gestión en situación de pandemia / *Civil Liability in the Conflict Between the Right to Honor and Freedom of Expression for Criticism in Crisis Contexts: Comments on Management During a Pandemic*, por Esther MONTERROSO CASADO ..... 1713

### 1.7. Concursal

- Los efectos del concurso de acreedores sobre la opción de venta con promesa de recompra (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 245/2025, de 14 de febrero) / *The effects of insolvency proceedings on the put option with a promise to repurchase (commentary on Supreme Court ruling 245/2025 of 14 February)*, por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES ..... 1735

## 2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

- Legitimación activa para impugnación de acuerdos sociales en los *equity swaps* / *Active legitimation to challenge social agreements in equity swaps*, por Francisco REDONDO TRIGO ..... 1759

## 3. URBANISMO

- Traslado de cargas en la reparcelación / *Transfer of rights, encumbrances and liens in a plot-redivision procedure*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN. 1777

## ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

- Información de actividades ..... 1795



# ESTUDIOS



# Consideraciones actuales en torno a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda y de temporada<sup>1</sup>

## *Current considerations regarding the duration of the housing lease contract and the seasonal contract*

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** El contrato de arrendamiento constituye un instrumento fundamental para garantizar el derecho a una vivienda digna, reconocido en el artículo 47 de la constitución. Sin embargo, las tensiones estructurales derivadas de la oferta y la demanda han dado lugar a un debate constante sobre diversos aspectos clave de esta figura jurídica, especialmente en lo que respecta a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda. Este trabajo se enfoca en dicho estudio, prestando especial atención a las prórrogas extraordinarias introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Asimismo, cabe señalar el incremento de los arrendamientos de temporada, a veces como estrategia para eludir la regulación protectora del arrendatario propia del arrendamiento de vivienda. En este contexto, se analiza su concepto y régimen jurídico actual, así como las diversas propuestas que se han presentado para su regulación.

Por otro lado, debe destacarse el auge de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, impulsados por la economía de plataformas. Esta actividad presenta graves deficiencias de información a lo que se ha tratado de dar respuesta a través del Real Decreto 1312/2024, que establece la creación del Registro Único de Arrendamientos y la Ventanilla Única Digital, y que también

trata de evitar el uso abusivo del contrato de temporada exigiendo al arrendador que acredite la causa que justifique la temporalidad.

Este estudio busca abordar de manera exhaustiva estas cuestiones, proporcionando un marco jurídico adecuado que, a partir de la evolución de la normativa española en esta materia, contribuya a fomentar vías de acceso a una vivienda digna, la promoción de un mercado inmobiliario justo y la protección de los derechos de las partes involucradas.

*ABSTRACT: The lease agreement constitutes a fundamental instrument for guaranteeing the right to decent housing, as recognized in article 47 of the Constitution. However, structural tensions arising from supply and demand have led to an ongoing debate on various key aspects of this legal figure, particularly concerning the duration of residential lease agreements. This study focuses on this issue, paying special attention to the extraordinary extensions introduced by Law 12/2023, of May 24, on the right to housing.*

*Additionally, it is worth noting the increase in seasonal rentals, sometimes used as a strategy to circumvent the tenant-protective regulations inherent in residential leases. In this context, the concept and current legal framework of seasonal rentals are analyzed, as well as the various proposals that have been put forward for their regulation.*

*Furthermore, the rise of short-term rental services, driven by the platform economy, should be highlighted. This activity presents significant informational shortcomings, which have been addressed through Royal Decree 1312/2024, establishing the creation of the Single Lease Registry and the Digital One-Stop Window. This decree also seeks to prevent the abusive use of seasonal contracts by requiring landlords to justify the temporary nature of the lease.*

*This study aims to comprehensively address these issues, providing an appropriate legal framework that, based on the evolution of Spanish regulations in this field, contributes to fostering access to decent housing, promoting a fair real estate market, and protecting the rights of the parties involved.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la vivienda. Arrendamientos urbanos. Arrendamiento de vivienda. Arrendamiento de temporada. Arrendamiento de corta duración. Estabilidad. Duración mínima. Prórroga del contrato. Gran tenedor. Zona de mercado residencial tensionado. Persona vulnerable. Plataformas digitales.

**KEYWORDS:** Right to housing. Urban leases. Residential lease. Seasonal lease. Short-term lease. Stability. Minimum duration. Contract extension. Large landlord. Stressed residential market area. Vulnerable person. Digital platforms.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. II.1. DURACIÓN INICIAL MÍNIMA. II.2. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA OBLIGATORIA EN CASO DE NECESIDAD PERSONAL O FAMILIAR DEL ARRENDADOR. II.3. PRÓRROGA DEL CONTRATO. *A. Prórroga tácita. B. Prórrogas legales extraordinarias.* A) Antecedentes. B) Primera prórroga legal extraordinaria. C) Segunda prórroga legal extraordinaria. D) Reglas comunes a ambas prórrogas. 4. DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO.—III. DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA. III.1. CONSIDERACIONES GENERALES. III.2. NUEVAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN. *A. Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda de Cataluña. B. Proposición de Ley relativa a la regulación de los contratos de alquiler de vivienda por temporada y alquiler de habitaciones.* III.3. REAL DECRETO 1312/2014, 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.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de arrendamiento constituye uno de los principales instrumentos para garantizar el derecho a la vivienda, reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española. Este precepto recoge el mandato dirigido a los poderes público de establecer las disposiciones necesarias para garantizar el derecho a una vivienda digna, lo que comprende la implementación de políticas públicas, pero también la regulación sustantiva de las diferentes modalidades de tenencia y disfrute de la vivienda, ya sea en propiedad o a través de otras alternativas, siendo la más importante entre estas últimas, la arrendaticia.

En la normativa que rige el arrendamiento de vivienda se han tratado de armonizar los intereses de propietarios e inquilinos, fomentando la estabilidad habitacional y un mercado de alquiler dinámico y accesible. Sin embargo, la evolución de esta regulación en España y los retos derivados de las tensiones entre oferta y demanda han generado un debate constante en torno a aspectos clave, como la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda, y de un tiempo a esta parte, también de los arrendamientos de temporada.

El régimen jurídico relativo a la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda ha sido objeto de diversas reformas legales en las últimas décadas. Estas modificaciones reflejan los cambios en las prioridades políticas y sociales, oscilando entre la protección de los derechos de los arrendatarios y la necesidad

de garantizar la seguridad jurídica para los arrendadores, buscando un equilibrio no siempre fácil ni exento de polémica. Por ejemplo, entre las reformas más recientes introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV), encontramos las nuevas prórrogas extraordinarias que han generado críticas por parte de ciertos sectores, que alegan un posible desincentivo para la oferta de vivienda en alquiler.

Por otro lado, los contratos de arrendamiento por temporada han adquirido un protagonismo creciente en España, en muchos casos como vía para eludir el régimen estricto del arrendamiento de vivienda. Aunque el arrendamiento por temporada está destinado a satisfacer necesidades habitacionales temporales, su uso indiscriminado y, en ocasiones, irregular, lo ha situado en el punto de mira del legislador estatal y de las administraciones locales y autonómicas, buscando limitar su impacto negativo en el mercado de vivienda residencial y los conflictos derivados de su uso para fines distintos de los previstos originalmente.

En este contexto, el análisis de las consideraciones actuales en torno a la duración de estos contratos es esencial para comprender los desafíos legales y sociales que enfrenta España en materia de arrendamientos urbanos como medio que permita hacer frente a las tensiones urbanísticas en las principales ciudades.

Este trabajo busca abordar de manera exhaustiva estas cuestiones, proporcionando un marco jurídico adecuado que, a partir de la evolución de la normativa española en esta materia, contribuya a fomentar vías de acceso a una vivienda digna, la promoción de un mercado inmobiliario justo y la protección de los derechos de las partes involucradas.

## II. DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

### II.1. DURACIÓN INICIAL MÍNIMA

La normativa que regula la duración mínima de los contratos de arrendamiento de vivienda tiene como objetivo atender la necesidad de estabilidad que demanda el arrendatario en su búsqueda de una residencia permanente. SSu fijación ha ido variando a lo largo del tiempo y así, frente a la situación de prórroga forzosa del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos (TRLAU), y el régimen liberalizador del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU), fijó en el artículo 9.1 una duración mínima de cinco años, a voluntad del arrendatario. Dicha duración se redujo a 3 años con la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que con esta disposición pretendió dinamizar el mercado de alquiler y dotarlo

de más flexibilidad. El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo -y ya antes, con el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, que no fue convalidado por el Congreso de los Diputados-, modificó de nuevo el artículo 9.1 LAU, para volver al plazo de duración mínima del texto original de 5 años, pero ahora ya solo si el arrendador es persona física, ya que si es jurídica, se fija un plazo mínimo de siete años. Con la LDV se vuelve a reformar la duración del contrato, pero ya no para incidir en su duración mínima, sino para introducir en favor del arrendatario dos prórrogas extraordinarias (art. 10.2 y 3 LAU)

De acuerdo con el artículo 9.1 LAU, la duración del contrato puede ser libremente pactada por las partes, si bien, cuando el plazo pactado fuera inferior a cinco años, o a siete años si el arrendador fuese persona jurídica, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, o de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si esta fuere posterior, correspondiendo al arrendatario la prueba de esta fecha.

Dado que constituye una norma imperativa a favor del arrendatario, deberán considerarse nulas las cláusulas contractuales que incluyan renunciaciones anticipadas a la facultad del arrendatario de prorrogar el contrato o permitan al arrendador resolver el contrato con anterioridad, y también las que impongan al arrendatario un preaviso mayor (ex art. 6 LAU)<sup>2</sup>. Asimismo, y dada la naturaleza temporal del arrendamiento (art. 1543 CC), resultarían ineficaces las cláusulas contractuales que atribuyeran la facultad de prórroga por la exclusiva voluntad del arrendatario sin limitación alguna.

Se trata de una prórroga potestativa para el arrendatario y obligatoria para el arrendador, pues recae únicamente sobre el arrendatario que no desee prorrogar el contrato el deber de preavisar al arrendador; comunicación para la que no se requiere una forma especial. Por lo tanto, si el arrendatario no manifiesta su voluntad contraria a la prórroga o lo hace extemporáneamente, el automatismo con que funciona esta figura hace que el contrato se prorrogue por una anualidad más<sup>3</sup>.

Cuando no se haya estipulado un plazo de duración o sea indeterminado, el contrato se entenderá celebrado por un año, sin perjuicio del derecho de prórroga obligatoria por plazos anuales para el arrendatario a que nos hemos referido (art. 9.2 LAU).

Si bien el artículo 9 LAU no aclara cuál es el régimen jurídico a que queda sometido el contrato prorrogado, parece aplicable el artículo 10.4 LAU que, en

referencia a la prórroga tácita y a las prórrogas extraordinarias que regula tal precepto, señala que al contrato prorrogado le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional a que estuviera sometido. En cualquier caso, esta previsión es innecesaria, ya que cuando se habla de prórroga estamos ante el mismo contrato inicial que se sujeta a los mismos pactos que venían aplicándose<sup>4</sup>.

Si el contrato entra en fase de prórroga obligatoria (ex art. 9.1.1 LAU), habrá que atender al acuerdo entre el garante y el arrendador garantizado para determinar si se extingue o no la fianza otorgada en su caso, pues conforme al artículo 1827 CC, *“la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella”*, de donde se infiere que la obligación del fiador debe estar perfectamente determinada en su contenido, y para fijar su alcance hay que atender a lo convenido por las partes<sup>5</sup>. Ahora bien, si se ha pactado que las garantías lo son del cumplimiento contractual sin más precisiones, cabe plantearse si el fiador que no ha consentido la prórroga forzosa del arrendamiento puede alegar el artículo 1851 CC para estimar extinguida la fianza cuando se produce la prórroga forzosa, pues este precepto dispone que la prórroga concedida al deudor —en nuestro caso, arrendatario— por el acreedor —arrendador— sin consentimiento del fiador extingue la fianza. Pues bien, en principio y teniendo en cuenta los términos del contrato, cabe entender que la fianza subsiste en caso de prórroga obligatoria por responder a una previsión legal que depende de la voluntad del arrendatario, no del arrendador (sts de 27 de febrero de 1981)<sup>6</sup>.

Es distinto el supuesto en que el contrato de arrendamiento se renueva por tácita reconducción (art. 1566 CC), en que nace un contrato nuevo partiendo de la aquiescencia del arrendador una vez terminado el plazo de duración contractual, pues en tal caso, como dispone el artículo 1567 CC, CEsan las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del contrato principal, de forma que se extingue la fianza (arts. 1827.1 y 1851 CC)<sup>7</sup>, salvo pacto en contrario entre el garante y el arrendador<sup>8</sup>. Sin embargo, cuando en el contrato de fianza se extiende la garantía del fiador hasta el CEse de la posesión del arrendatario, habrá que entender que se mantiene dicha garantía, aunque se haya renovado el contrato por tácita reconducción, y no queda limitada al plazo de duración contractualmente pactado<sup>9</sup>.

## II.2. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA OBLIGATORIA EN CASO DE NECESIDAD PERSONAL O FAMILIAR DEL ARRENDADOR

No operará la prórroga obligatoria en caso de necesidad del arrendador persona física de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus padres o hijos por consangui-

nidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Esta posibilidad de recuperación del uso por razones personales o familiares debe figurar expresamente en el contrato y solo se puede ejercer cuando ha transcurrido ya el primer año del contrato (art. 9.3.1 LAU)<sup>10</sup>.

El artículo 9.3 LAU solo contempla este supuesto como causa de improcedencia de la prórroga obligatoria, no como motivo para interrumpir el plazo pactado. Por eso, este mecanismo solo opera cuando el contrato se encuentra en prórroga legal y no en plazo contractual<sup>11</sup>, impidiendo el comienzo de una primera prórroga anual obligatoria, una vez transcurrido el primer año de duración del contrato, o del resto de las prórrogas. En consecuencia, la causa de necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o para las personas que en el referido precepto se citan, solo se puede alegar en aquellos supuestos en que el contrato fuera de duración inferior a 5 años y transcurrido el primero de ellos<sup>12</sup>, de modo que se requiere como condición *sine qua non* que el contrato se encuentre efectivamente prorrogado o a punto de prorrogar.

Por otra parte, se discute si la concurrencia de la situación de necesidad no solo impide la prórroga futura, sino que también tiene efectos sobre la prórroga en curso, impidiendo su continuidad, de manera que la necesidad en realidad constituiría una causa de resolución del contrato a instancia del arrendador más que una excepción a la prórroga; o si, por el contrario, el arrendador debe esperar a la finalización de la prórroga anual vigente, siendo la necesidad un obstáculo únicamente para la prórroga subsiguiente. Ciertamente, el tenor literal del primer párrafo del artículo 9.3 LAU (“...no procederá la prórroga obligatoria del contrato cuando...”)<sup>13</sup> conduce a entender que se regula un supuesto de exclusión de la prórroga obligatoria del contrato y no de resolución que permitiría la interrupción de la prórroga que ya ha comenzado<sup>14</sup>. Sin embargo, debemos tener en cuenta el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 9 LAU que establece que para ejercer esta potestad de recuperar la vivienda, el arrendador ha de comunicar la necesidad, especificando la causa o causas<sup>14</sup>, con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se va a necesitar y el arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo. Esta previsión permite mantener que en cuanto aparece la necesidad, aunque sea a lo largo de la prórroga en curso —nunca durante el primer año de duración del contrato—, se puede resolver el contrato. Por otra parte, debemos hacer notar que los tribunales no exigen que la acción de resolución por concurrir causa de necesidad personal o familiar se ejercite cuando haya finalizado cada una de las prórrogas forzosas del contrato que regula el artículo 9.1 LAU, sino que, en cualquier momento, siempre que concurren los requisitos precisos para su ejercicio,

transcurrido el primer año, se admite que la arrendadora pueda instar la resolución por causa de necesidad<sup>15</sup>.

Se plantea la cuestión de si, en la cláusula de recuperación de la vivienda por parte del arrendador que ha de constar expresamente en el contrato, resulta indispensable que se indique de forma específica la causa concreta de necesidad que justifique la negativa a la prórroga en un momento determinado dentro del período de cinco años, excluyendo, por tanto, aquellas causas de necesidad sobrevenidas; o si, por el contrario, el artículo 9.3 LAU no exige tal concreción, siendo suficiente que el contrato contemple de manera general que la necesidad de ocupar el inmueble arrendado por parte del arrendador será causa que imposibilite la prórroga, dado que, por su propia naturaleza, dicha necesidad no existe al momento de la CElebración del contrato, sino que surge con posterioridad a partir de circunstancias sobrevenidas, ya sea en beneficio del arrendador o de las personas mencionadas en dicho precepto.

La doctrina no ha alcanzado una posición unánime al respecto<sup>16</sup>; y tampoco la jurisprudencia menor<sup>17</sup>, ante la falta de doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. Sin embargo, en la práctica, se ha extendido de manera habitual la inclusión de una cláusula que dispone la necesidad del arrendador como fundamento para impedir la prórroga.

Esta previsión que permite al arrendador oponerse a la prórroga obligatoria del contrato por razones personales o familiares no ha estado exenta de críticas por quienes consideran que en un marco legal que fuerza al arrendador persona física a soportar una duración mínima relativamente breve, el riesgo de que sobrevengan circunstancias que le lleven a preferir recuperar la posesión de la vivienda en lugar de continuar percibiendo las rentas del alquiler solo debería poderse ejercer una vez transcurrido el mínimo de duración legal, pues durante este período no debería sacrificarse en ningún caso el interés del arrendatario a su estabilidad residencial<sup>18</sup>.

El problema que se produce cuando el arrendador ejercita la facultad de poner fin al contrato en estos casos consiste en que la necesidad que justifica su ejercicio puede ser fácilmente fingida. Por ello, la ley atribuye al inquilino desahuciado un derecho de retorno o de indemnización si el arrendador o sus familiares no ocupan efectivamente la vivienda para instalar en ella su vivienda permanente en el plazo de 3 meses a contar desde la extinción del contrato o del desalojo<sup>19</sup>, salvo que la ocupación no hubiera tenido lugar por causa de fuerza mayor (art. 9.3.3 LAU). Sin embargo, esta cautela resulta frágil porque la norma no impone un plazo mínimo durante el cual la persona favorecida por la facultad de recuperación de la vivienda deba mantener efectivamente su ocupación<sup>20</sup>; y además el incumplimiento de la obligación de ocupar la vivienda muchas veces será difícil de verificar por el arrendatario<sup>21</sup>.

## II.3. PRÓRROGA DEL CONTRATO

### A. *Prórroga tácita*

Con el fin de garantizar la continuidad del arrendamiento y reforzar la estabilidad residencial, el artículo 10.1 LAU establece que, llegado el vencimiento del contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas, y siempre que la duración del contrato haya alcanzado al menos cinco años, o siete si el arrendador es una persona jurídica, operará una prórroga tácita por plazos anuales hasta un máximo de tres años, salvo que cualquiera de las partes comunique a la otra su voluntad de no renovarlo dentro de los plazos legalmente previstos.

No obstante, una vez iniciada esta prórroga, el arrendatario ostenta el derecho a manifestar al arrendador, con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovar el contrato. Por consiguiente, iniciada la prórroga tácita, únicamente el arrendatario queda facultado para resolver unilateralmente el contrato de manera anual.

Esta prórroga opera en contratos concertados por cinco, siete —si el arrendador es persona jurídica— o más años, una vez finalizado el período contractual, y en aquellos otros en los cuáles, convenidos por plazo inferior, el arrendatario haya hecho valer hasta el período mínimo, la prórroga forzosa del artículo 9.1 LAU<sup>22</sup>. El precepto solo precisa que haya transcurrido el mínimo legal pero no fija un máximo, de manera que es indiferente que esos cinco, o siete años si el arrendador es persona jurídica, procedan del pacto de las partes, cuya duración inicial sea igual o supere esa duración mínima (por ejemplo, siendo el arrendador una persona física, se haya pactado una duración de cinco o diez años), o del pacto inferior a la duración mínima más una o varias prórrogas obligatorias del artículo 9.1 LAU (por ejemplo, siendo el arrendador persona jurídica, se ha pactado una duración de un año, que se ha prorrogado anualmente hasta siete años, con seis prórrogas anuales). Por lo tanto, cuando expira el plazo pactado superior a la duración mínima del artículo 9.1 LAU, procede la prórroga del artículo 10.1 LAU, no la tácita reconducción.

La jurisprudencia menor viene estimando que no se exige una formalidad específica para la notificación de la voluntad de no prorrogar el contrato. En este sentido, no se requiere que la comunicación sea fehaciente ni necesariamente escrita, de manera que, manifestada dicha voluntad y conocida por la otra parte, se produce la extinción del contrato y no opera la prórroga, independientemente de la forma en la que se haya efectuado dicha comunicación. Ahora bien, a efectos de prueba es conveniente que el arrendatario la haga de modo que quede constancia de su existencia y fecha.

No obstante, debe tenerse en cuenta que se trata de una declaración recepticia, por lo que la notificación debe ser efectivamente recibida por la parte destinataria. De no ser así, carecería de eficacia, salvo que la falta de recepción sea consecuencia de circunstancias imputables a la conducta o a la voluntad del propio destinatario<sup>23</sup>.

Asimismo, dicha notificación deberá realizarse respetando el plazo mínimo que expresamente establece el artículo 10.1 LAU: en el caso del arrendador, deberá hacerlo con una antelación mínima de cuatro meses a la fecha de vencimiento; y, en el del arrendatario, con una antelación mínima de dos meses a la referida fecha. El incumplimiento de este plazo mínimo conllevará que la notificación sea considerada ineficaz por vulnerar una norma de carácter imperativo<sup>24</sup>.

Sobre si se mantiene durante el período de prórroga tácita del artículo 10.1 LAU la fianza otorgada por terceros sobre el cumplimiento del contrato, como hemos señalado anteriormente<sup>25</sup>, habrá que estar a lo convenido por las partes, pues la responsabilidad del fiador depende de lo acordado previamente por los interesados para determinar su contenido y fijar su alcance (ex art. 1827.1 CC). A falta de pacto sobre la extensión de la garantía, cuando el contrato entre en esta fase, en principio se extinguirían las garantías otorgadas por tercero<sup>26</sup>, pues a diferencia de lo que sucede con la prórroga establecida en el artículo 9 LAU, que es obligatoria para el arrendador, la prórroga del artículo 10.1 LAU se enmarca en el supuesto de extinción de la fianza del artículo 1851 CC, pues la permanencia del contrato de arrendamiento en la prórroga tácita depende tanto de la voluntad del arrendatario-deudor, como de la del arrendador-acreedor. Y si se ha pactado que la garantía se refiere al cumplimiento contractual sin más precisión, habrá que interpretar la voluntad de las partes en el título constitutivo a partir de los artículos 1851 y 1827.1 CC.

La jurisprudencia menor admite la validez del pacto contractual que excluye la prórroga voluntaria prevista en el artículo 10.1 LAU, de modo que el contrato de arrendamiento no se prorrogará aun cuando el arrendador no haya manifestado de forma tempestiva su voluntad contraria a la prórroga, dado que esta tiene carácter voluntario y no constituye un privilegio exclusivo en favor del arrendatario. Así, cualquiera de las partes puede evitar su nacimiento mediante la oportuna manifestación de oposición. A diferencia de la prórroga obligatoria regulada en el artículo 9.1 LAU, la prórroga del artículo 10 no se encuentra subordinada de forma exclusiva a los intereses o a la voluntad del arrendatario, ni le ocasiona perjuicio alguno (por lo que no se opondría al art. 6 LAU), dado que su aplicación depende de la voluntad concurrente de ambas partes, quienes son libres para decidir si continúan o no con el arrendamiento<sup>27</sup>. Ahora bien, debe tratarse de un pacto expreso en el que conste de manera clara e inequívoca la voluntad del arrendador de no conceder prórroga alguna.

No obstante, la doctrina no mantiene una posición uniforme al respecto. Por un lado, en el mismo sentido seguido por la jurisprudencia reseñada, una corriente doctrinal defiende la validez de dicho pacto, al entender que supone la exclusión voluntaria de una norma que no puede considerarse imperativa. Sostienen que la prórroga contemplada en el artículo 10 LAU puede ser eludida unilateralmente por cualquiera de los contratantes, por lo que la exclusión pactada no vulneraría la prohibición del artículo 6 LAU, en tanto que la facultad a la que se renuncia puede ser unilateralmente suprimida por la exclusiva voluntad del arrendador<sup>28</sup>. Por otro lado, una postura contraria sostiene que no resulta admisible la existencia de pactos en el contrato de arrendamiento que excluyan la prórroga contemplada en el artículo 10 LAU, al entender que su finalidad es fomentar la estabilidad de los contratos de arrendamiento, lo cual debe considerarse principalmente como un beneficio en favor del arrendatario<sup>29</sup>.

Por otra parte, nos parece que no cabría ampliar por pacto contractual el plazo de dos meses que tiene el arrendatario para comunicar su voluntad de no prorrogar el contrato. Ello supondría la pérdida de una garantía para aquel que el artículo 6 LAU proscribiera, pues supondría un perjuicio para la posición legal del arrendatario. Sin embargo, sí cabría reducirlo. Igualmente, se podría ampliar el plazo de cuatro meses del arrendador, pero no reducirlo.

Finalizadas las tres prórrogas anuales, si no proceden las que examinamos a continuación, entrará en juego la tácita reconducción del artículo 1566 CC cuando se den sus presupuestos<sup>30</sup>.

## *B. Prórrogas legales extraordinarias*

### *a) Antecedentes*

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, del derecho a la vivienda ha añadido dos nuevos apartados al artículo 10 LAU para regular dos prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento de vivienda.

Anteriormente, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, ya había establecido en su artículo 2 una prórroga extraordinaria de 6 meses que no dependía nada más que de la voluntad del arrendatario de solicitarla y que el arrendador estaba obligado a aceptar, salvo que por acuerdo de ambas partes, se hubieran fijado otros términos o condiciones, o salvo que el arrendador hubiera comunicado, en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia

firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. El periodo en el que se podía solicitar esta prórroga fue variando a través de diferentes modificaciones legislativas para establecerse definitivamente hasta el 28 de febrero de 2022<sup>31</sup>.

Posteriormente, el artículo 71 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la Isla de Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, vuelve a adoptar la prórroga extraordinaria sin requerir ninguna circunstancia personal específica que debiera concurrir en los contratantes, dado que solo seguía siendo necesaria la voluntad del arrendatario de prorrogar sin que el arrendador pudiera negarse, salvo en los mismos casos y con las mismas condiciones que ya las previstas en el Real Decreto-ley 11/2020 y con la misma duración. En este caso se podía solicitar hasta el 30 de junio de 2023.

La modificación del artículo 10 LAU ha supuesto la consolidación de la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en el ordenamiento jurídico, trasladándola de la normativa de urgencia a la legislación ordinaria. No obstante, su fundamento continúa residiendo en la excepcionalidad, dado que no opera con carácter general para todos los contratos de arrendamiento de vivienda ni para cualquier arrendatario, sino únicamente en dos supuestos específicos<sup>32</sup>.

#### b) Primera prórroga extraordinaria

La primera prórroga legal extraordinaria es de un año, siempre que el arrendatario esté en situación de vulnerabilidad social y económica y el arrendador sea un gran tenedor de viviendas, salvo que las partes hayan suscrito un nuevo contrato (art. 10.2 LAU). El arrendador que reúna dicha condición no podrá denegarla, siempre que el arrendatario se lo comunique por escrito y acredite su situación de vulnerabilidad antes de que venza el periodo de prórroga obligatoria o tácita. Si el arrendador no es gran tenedor, no está obligado a aceptar la prórroga extraordinaria que le solicite el arrendatario vulnerable, pero cabe que lo haga voluntariamente.

La situación de vulnerabilidad deberá acreditarse a través de un informe o CErificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico. A diferencia de lo que sucedía en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que contenía una definición de la situación de vulnerabilidad económica a los efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual, ahora no se concreta el concepto de vulnerabilidad a estos efectos, dejando absoluta discrecionalidad a la administración para que considere en cada caso si el arrendatario es o no vulnerable<sup>33</sup>.

El artículo 10.2 LAU remite al concepto de gran tenedor definido en la Ley 12/2023, de 24 de mayo<sup>34</sup>, concretamente en el artículo 3.k, que dispone que, a los efectos de lo establecido en dicha ley, lo será la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros<sup>35</sup>. Ahora bien, se prevé que esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la Comunidad Autónoma en la correspondiente memoria justificativa. Por lo tanto, se deja en manos de las Comunidades Autónomas la facultad de modificar este concepto dentro de los límites señalados; y a falta de una previsión autonómica, se aplicará con carácter subsidiario el concepto previsto por esta ley estatal<sup>36</sup>.

Tanto la situación de vulnerabilidad del arrendatario como la condición de gran tenedor para el arrendador creemos que han de concurrir en el momento del vencimiento del contrato y no al tiempo de su celebración. Además, el arrendatario debe haber comunicado por escrito y acreditado al arrendador su situación de vulnerabilidad antes de que venza el período de prórroga obligatoria o tácita.

Esta prórroga se aplicará *“en los contratos en los que finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el período de prórroga tácita previsto en el artículo 10. 1”*. Por lo tanto, cuando finaliza la prórroga de 5 o 7 años que establece el artículo 9.1 LAU [5/7+1 (primera extraordinaria)], o cuando finaliza la prórroga tácita de tres años del artículo 10.1 LAU [5/7+3 (tácita) +1 (primera extraordinaria)].

### c) Segunda prórroga extraordinaria

La segunda prórroga legal extraordinaria se aplica también a solicitud del arrendatario, y tiene carácter anual hasta un período máximo de 3 años a voluntad del dicho arrendatario siempre que la vivienda habitual se ubique en una zona de mercado residencial tensionado durante el periodo de vigencia de la declaración de la referida zona (art. 18 LDV). Deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador —sea o no un gran tenedor—, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes o se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 LAU (art. 10.3 LAU).

En el momento de escribir estas páginas se ha publicado la Resolución de 14 de marzo de 2024 de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana (BOE

15 de marzo de 2024) que declara 140 municipios de Cataluña como zonas de mercado residencial tensionado; y las Resoluciones de 28 de enero de 2025 (BOE de 30 de enero de 2025) por la que se declara así para Errenteria, y de 29 de abril de 2025 (BOE 30 abril de 2025) para Lasarte-oria, Zumaia, Irún y Baracaldo.

A diferencia de la prórroga extraordinaria anterior, en este caso, el arrendador puede denegarla si existe necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, siempre que así se lo haya comunicado al arrendatario en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU.

Dada la remisión al artículo 9.3 LAU, será preciso para que pueda operar esta excepción a la prórroga extraordinaria del artículo 10.3 LAU que el arrendador sea persona física, y al tiempo de la CElebración del contrato se hubiese hecho constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad. Las condiciones para su ejercicio son las mismas señaladas en el artículo 9.3.2 LAU y la sanción para el incumplimiento de la obligación por el arrendador de ocupar la vivienda, la dispuesta en el artículo 9.3.3 LAU.

En relación con los supuestos en que procede la prórroga extraordinaria regulada en el artículo 10.3 LAU, se dice que se aplicará cuando *“finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el período de prórroga tácita previsto en el apartado anterior”*. Esta segunda remisión resulta confusa, ya que la prórroga tácita se regula en el artículo 10.1 LAU, mientras que el apartado anterior al artículo 10.3 LAU es el 10.2 LAU, que regula la primera prórroga extraordinaria para personas vulnerables con arrendador gran tenedor, que no es tácita, y solo requiere la solicitud del arrendatario. Esto lleva a cuestionar si la segunda prórroga extraordinaria procede después de la prórroga tácita  $[5/7 + 3 \text{ (tácita)} + 3 \text{ (segunda extraordinaria)}]$  o de la primera prórroga extraordinaria  $[5/7 + 1 \text{ (primera extraordinaria)} + 3 \text{ (segunda extraordinaria)} \text{ o } 5/7+3 \text{ (tácita)} + 1 \text{ (primera extraordinaria)} + 3 \text{ (segunda extraordinaria)}]$ .

Ciertamente, parece que al hablar de prórroga tácita, se refiere a la prevista en el artículo 10.1 LAU, pero los términos confusos del artículo 10.3 LAU tampoco permiten descartar la petición de la segunda prórroga extraordinaria cuando se ha disfrutado de la primera. A nuestro juicio, debemos partir del principio que inspira la norma: dar mayor estabilidad en la tenencia a los arrendatarios, con especial atención hacia las personas vulnerables. La LDV señala en el preámbulo, entre sus objetivos, “facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las

realidades de los ámbitos urbanos y rurales”. Por ello, creemos que quizás cabría hacer una interpretación correctora y entender que procede la solicitud por el arrendatario de la segunda prórroga extraordinaria cuando se den los presupuestos legales —contrato de vivienda ubicada en una zona de mercado residencial tensionado mientras está vigente la declaración— tanto después de la prórroga tácita del artículo 10.1 LAU como después de la prórroga extraordinaria del artículo 10.2 LAU, para el arrendatario vulnerable si el arrendador es gran tenedor<sup>37</sup>.

Por lo tanto, de aceptar esta postura, podría pedirse la prórroga extraordinaria de tres años una vez finalizado el plazo de cinco o siete años del artículo 9.1 LAU (5/7+3), transcurrida la prórroga tácita del artículo 10.1 LAU (5/7+3+3) o una vez transcurrida la prórroga de un año del artículo 10.2 LAU si se trata de un arrendatario vulnerable y el arrendador es gran tenedor (5/7+1+3 o 5/7+3+1+3), cuando, cuando la vivienda esté en una zona de mercado tensionado.

Ahora bien, la prórroga para el arrendatario vulnerable en los términos señalados en el artículo 10.2 LAU siempre se ha de pedir antes que la de los tres años del artículo 10.3 LAU, pues el artículo 10.2 LAU no plantea duda cuando señala que procederá cuando *“finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el período de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1”*.

#### d) Reglas comunes a ambas prórrogas

En ambas prórrogas el arrendatario debe exteriorizar su voluntad de acogerse a ellas antes de que el contrato quede legalmente extinguido, pues entonces ya no se podría hablar de prórroga sino de rehabilitación del vínculo contractual, que no constituye la situación jurídica legalmente contemplada, tal como señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de octubre de 2022<sup>38</sup>, en relación con la prórroga establecida en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

Por otra parte, nos parece que proceden ambas prórrogas extraordinarias cuando el contrato no se halle en situación de prórroga obligatoria ni tácita, sino una vez finalizada la duración fijada contractualmente que coincide con la duración legal mínima, tal como señala la STS de 21 de diciembre de 2023<sup>39</sup> respecto a la prórroga contemplada en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020. Creemos que la referencia a los contratos *“en los que finalice el período de prórroga obligatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1”* (art. 10.2 LAU) y *“... en los que...finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 de esta ley...”* (art. 10.3 LAU), ha de interpretarse en el sentido de que haya finalizado el contrato por haber transcurrido el período de duración mínima, ya sea porque se ha pactado un plazo inferior y se ha ido prorrogando en virtud

del artículo 9.1 LAU hasta la duración legal mínima, o porque se ha pactado tal duración en el contrato. Dar un trato diferente a ambas situaciones carece de justificación y sería una interpretación contraria a su lógica, espíritu y finalidad.

No se contempla expresamente si son aplicables las prórrogas extraordinarias en los contratos en los que se ha pactado una duración superior a la duración legal mínima. Si una vez finalizada la duración pactada ha tenido lugar la prórroga tácita del art. 10.2 LAU, parece que se puede mantener que procedería cualquiera de las dos prórrogas extraordinarias, pues así se prevé legalmente (arts. 10.2 y 10.3 LAU), tal como hemos señalado. En otro caso, puesto que la regulación de la primera prórroga extraordinaria busca otorgar mayor estabilidad a los arrendatarios más necesitados de protección, cabe sostener que podría invocarse antes del vencimiento de los contratos que estén en plazo de duración tanto contractual como legal<sup>40</sup>, incluso cuando la duración convencional es superior a la legal. Igualmente podría alegarse que no hay razón para excluir la segunda prórroga en estos casos, pues la voluntad del legislador es proteger al arrendatario a la finalización del contrato cuando la vivienda se ubique en una zona declarada de mercado residencial tensionado, con independencia del plazo pactado. Sin embargo, también resulta razonable argumentar en contra de tal postura, que ya se habría alcanzado por pacto de las partes la estabilidad que se busca en estos casos, por lo que no se precisaría la intervención del legislador; además estamos ante unas prórrogas extraordinarias que no cabría extender a supuestos distintos de los previstos legalmente<sup>41</sup>.

Ante la falta de previsión legal tras la finalización de las prórrogas extraordinarias, y siempre que se den las condiciones del artículo 1566 CC, hay tácita reconducción del contrato por años o por meses según cómo se hubiera fijado la renta (art. 1581 CC). Ahora bien, como se ha señalado, en relación con la tácita reconducción hay una cuestión que no queda resuelta con claridad y es la relativa a aquellos contratos de arrendamiento CElebrados con anterioridad a la LDV, pero que se han renovado por tácita reconducción tras la entrada en vigor de esta ley<sup>42</sup>. En este contexto, parece razonable considerar que dichos contratos quedarían sujetos a la nueva regulación, dado que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tácita reconducción genera un nuevo contrato<sup>43</sup>.

Al contrato prorrogado en los tres casos previstos en el artículo 10 LAU le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido (art. 10.4 LAU).

No existe unanimidad a la hora de señalar los contratos de arrendamiento de vivienda a los que se aplica este nuevo régimen de prórrogas extraordinarias: solo a los contratos CElebrados después de la entrada en vigor de la LDV (26 de mayo de 2023)<sup>44</sup> o también a los CElebrados antes, pero que finalicen después de la entrada en vigor de la LDV y que se encuentre en las situaciones reguladas en los apartados 2 y 3 del artículo 10 LAU. En favor de la primera postura cabe acudir a

la disposición transitoria cuarta de la LDV que en su apartado 1 dispone que “*Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, CElebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación*”. Para fundamentar la segunda opinión se argumenta que si el legislador hubiese pretendido otorgar el mismo efecto positivo a la aplicación de las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento previstas en la modificación del artículo 10 LAU que el que se ha otorgado a la limitación de las rentas de alquiler en las zonas declaradas de mercado residencial tensionado, habría incluido en la disposición final primera de la LDV una nueva disposición transitoria en la LAU para asegurar que, al igual que con la limitación de las rentas en las zonas tensionadas<sup>45</sup>, el nuevo régimen de las prórrogas extraordinarias no se aplicase a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual suscritos antes de la entrada en vigor de la modificación. Sin embargo, no lo hizo porque no era necesario, ya que la prórroga no es un elemento esencial del contrato que deba determinarse en el momento de su CElebración. Ciertamente, las prórrogas no son elementos esenciales configuradores del contrato de arrendamiento, como sí es la renta, ni se concretan en el momento de contratar, sino que son consecuencia del vencimiento, que es el momento al que debe diferirse el régimen aplicable sobre ellas. No existe en tal caso, se argumenta, una aplicación retroactiva de la norma modificativa, sino una aplicación sin más de la norma vigente en el momento en el que nace el supuesto de hecho que esa norma regula, de modo que, cualquier excepción a esa regla general debe preverse expresamente mediante el establecimiento de un régimen transitorio específico, que no se ha previsto<sup>46</sup>.

Esta postura, sin embargo, nos parece que plantea un importante obstáculo en relación con los contratos susceptibles de ser objeto de la segunda prórroga extraordinaria, ya que para ellos cabe que el arrendador se oponga a la prórroga en caso de necesidad, y en este supuesto se exigen los mismos plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU, entre ellos, que se haya previsto en el contrato una cláusula de necesidad personal o familiar. El problema se plantea para los contratos perfeccionados antes de la entrada en vigor de la LDV en los que no se haya hecho tal previsión porque en el momento de CElebrarse el contrato el arrendador no pudo contar con una duración tan larga como la que ahora se impone con la modificación de la LAU, lo que ahora le impide oponerse a la prórroga por tal motivo.

#### II.4. DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO

De acuerdo con el artículo 11 LAU, el arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses de

duración, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días<sup>47</sup>. Se trata de un precepto imperativo, por lo que no cabe excluir por pacto el derecho de desistimiento ni pactar que solo cabe el desistimiento cuando haya transcurrido un plazo superior<sup>48</sup>. Lo que sí cabría pactar es que no es necesario el transcurso de 6 meses. Por otra parte, no se exige que el arrendatario alegue ningún motivo; basta su voluntad manifestada dentro del plazo legal, sin que se precise exigencia de forma para esta comunicación, si bien, a efectos de prueba es conveniente que el arrendatario la haga de modo que quede constancia de su existencia y fecha<sup>49</sup>.

Las partes pueden pactar que, para el caso de desistimiento, el arrendatario deba indemnizar al arrendador, si bien la indemnización acordada no puede superar una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización. Se trata de una indemnización de máximos, por lo que cabría pactar una indemnización menor pero no mayor (ex art. 6 LAU)<sup>50</sup>. A falta de pacto, no habría indemnización<sup>51</sup>.

Si el desistimiento se produce en los primeros seis meses de duración estaríamos ante un incumplimiento que confiere al arrendador las facultades de los artículos 1124 y 1101 CC<sup>52</sup>, lo que obligará al arrendatario a indemnizar los daños y perjuicios causados, que vendrán determinados normalmente en función de las rentas dejadas de percibir, si bien la jurisprudencia también toma en cuenta como factor corrector si la vivienda se ha vuelto a alquilar<sup>53</sup>.

### III. DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA

#### III.1. CONSIDERACIONES GENERALES

De acuerdo con el artículo 3.2 LAU, tienen la consideración de arrendamientos para uso distinto del de vivienda aquellos contratos que recaen sobre fincas urbanas y que se celebran con el propósito de un uso temporal, ya sea este de verano o cualquier otra temporada.

La característica esencial de este tipo de arrendamientos radica en la transitoriedad de su finalidad, derivada de circunstancias específicas distintas a la fijación de la residencia permanente o el domicilio habitual del arrendatario, y vinculadas a una causa concreta y determinada, como puede ser un desplazamiento laboral, vacacional o académico. Incluso cuando el arrendamiento se prolongue durante un período considerable, mantendrá su naturaleza de temporada siempre que la finalidad sea cubrir una necesidad transitoria y no establecer la residencia habitual del arrendatario. En definitiva, la temporalidad del contrato no está directamente vinculada al plazo de duración, sino a la naturaleza del uso que se

dará al inmueble, a su destino<sup>54</sup>. La voluntad de las partes reflejada en el contrato, así como las circunstancias del caso concreto, son los elementos determinantes para calificar jurídicamente la naturaleza del arrendamiento; su duración puede ser un indicio, pero nunca un criterio concluyente para su calificación<sup>55</sup>. Por ejemplo, un arrendamiento de seis meses puede ser considerado de vivienda si tiene como finalidad cubrir la residencia habitual del arrendatario, mientras que un contrato de igual duración será de temporada si está destinado exclusivamente a cubrir una necesidad temporal y concreta<sup>56</sup>.

Por otra parte, cabe resaltar que, siendo el arrendamiento de temporada, no puede convertirse por voluntad del arrendatario en permanente (STS de 15 de diciembre de 1999)<sup>57</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia menor viene exigiendo que sea el arrendador quien tenga que justificar la celebración de un contrato de temporada<sup>58</sup>.

La calificación de un contrato como arrendamiento de temporada tiene implicaciones relevantes en cuanto al régimen aplicable, pues mientras que el arrendamiento de vivienda se encuentra sometido a un marco protector específico en la LAU, el arrendamiento de temporada, aunque es un arrendamiento de vivienda, carece del carácter de permanencia que justifica la protección especial que el Título II de la LAU otorga al arrendatario y, de acuerdo con el artículo 4 LAU, se rige por lo dispuesto en los Títulos I y V LAU, quedando en lo demás sujeto a las disposiciones del Título III de la LAU y, de manera supletoria, a las normas del Código Civil. Por tanto a estos contratos no les resulta de aplicación el régimen jurídico previsto para los arrendamientos de vivienda habitual, incluyendo las normas relativas a la duración, que será la libremente pactada por las partes y, en ausencia de acuerdo, se acudirá a las disposiciones del Código Civil. Ahora bien, nos encontramos ante una figura contractual que carece de regulación pues la contenida en el Título III de la LAU no está en absoluto diseñada para regir el arrendamiento de temporada, sino que se orienta fundamentalmente a los arrendamientos de locales de negocio, e incluso de viviendas en las que se ejerza una actividad económica o profesional. Prueba de ello es que de los siete artículos que contiene el Título III de la LAU, cuatro se refieren expresamente a un local en el que se ejerce una actividad empresarial o profesional<sup>59</sup>.

La disposición adicional quinta de la LDV establece que, en un plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor, se deberá constituir un grupo de trabajo destinado a desarrollar una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento para usos distintos del de vivienda, y en particular de aquellos celebrados por temporada sobre inmuebles urbanos destinados al uso de vivienda.

La motivación de esta disposición radica en el significativo incremento de este tipo de contratos en los últimos años. Según los datos aportados por Idea-

lista, el volumen de los contratos temporales de vivienda se ha triplicado durante el último lustro, registrando un crecimiento del 232% y representando en la actualidad el 14% de la oferta total del mercado. Paralelamente, el mercado del arrendamiento destinado a vivienda habitual ha sufrido una notable contracción, con una reducción del 33% en el mismo período. Este fenómeno, como era previsible, se ha intensificado tras la promulgación de la LDV, como un modo de evitar el control de rentas y las nuevas prórrogas extraordinarias, evidenciándose un aumento de los alquileres de temporada en detrimento de los arrendamientos permanentes dentro del mercado inmobiliario. En el segundo trimestre de 2024, el peso de este tipo de alquileres llegó hasta el 13% de dicho mercado, con un incremento interanual de la oferta del 55%, mientras que la oferta de alquileres permanentes se redujo un 17% en el mismo periodo, según el último estudio de idealista en Barcelona, el 42% de las viviendas que se ofrecen en el mercado lo hace para alquiler de temporada, una cifra que baja hasta el 34% en el caso de San Sebastián. A continuación, se encuentran las ciudades de Badajoz (21%) y Girona (20%), seguidas de CERCA por Cádiz (19%), Madrid (16%) y Valencia (15%). Con un peso superior al 10% de la oferta están también Santander (14%), Palma (13%), Tarragona (12%), Málaga (11%) y Bilbao (10%)<sup>60</sup>.

En numerosos casos, nos encontramos ante auténticos contratos de arrendamiento por temporada, como los CELEBRADOS por estudiantes, trabajadores desplazados temporalmente u otras circunstancias análogas que requieren una duración o condiciones específicas, distintas de las previstas para los contratos de arrendamiento de vivienda. Sin embargo, en otras situaciones, no es raro observar un uso fraudulento de este tipo de contratos, recurriendo a la concatenación de arrendamientos con los mismos arrendatarios con el objetivo de eludir la regulación protectora contemplada en el Título II de la LAU.

### III.2. NUEVAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN

#### A. *Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda de Cataluña*

El legislador catalán se adelantó en la regulación de este contrato a través del Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda, que introdujo un nuevo artículo 66 bis.4 en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. Dicho Decreto Ley entró en vigor el 26 de abril de 2024, al día siguiente de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya<sup>61</sup>.

No obstante, en la sesión de la Diputación Permanente del Parlamento de Cataluña Celebrada el 23 de mayo de 2024, el Decreto Ley no superó la votación

de convalidación requerida, lo que llevó a su derogación conforme a lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Constitución Española<sup>62</sup>. Como consecuencia de esta decisión, el Decreto Ley quedó derogado formalmente tras la publicación del acuerdo de no convalidación en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el 27 de mayo de 2024<sup>63</sup>, pero estuvo vigente durante un mes.

Su objeto era regular los arrendamientos de temporada y los arrendamientos de habitaciones a fin de garantizar la efectiva aplicación de las medidas previstas en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda respecto de la limitación de los precios del arrendamiento.

De acuerdo con su Exposición de Motivos, el Decreto Ley respondía a la urgente necesidad de regular los arrendamientos temporales y de habitaciones, que han aumentado considerablemente tras la entrada en vigor de la nueva Ley por el derecho a la vivienda y que, según se afirmaba, se han venido utilizando en fraude de ley, como una forma de eludir la aplicación de la normativa en materia de contención de rentas, en la medida en que habían quedado al margen de la regulación autonómica y estatal.

En esta normativa, todo arrendamiento de vivienda suscrito con carácter temporal “por razones profesionales, laborales, de estudios, de atención o asistencia médica, de situaciones provisionales a la espera de entrega de vivienda o de regreso a la residencia habitual, o por otros usos análogos que no sean distintos a los de vivienda” se somete al régimen del arrendamiento de vivienda en lo relativo a “fianza y determinación de la renta, su actualización, elevación por mejoras y asunción de gastos generales y servicios individuales”. En definitiva, esta disposición no eliminaba la figura de los contratos de temporada, pues son un mecanismo que responde eficazmente a diversas necesidades y cuya aplicación no siempre puede considerarse fraudulenta, pero los sometía en ciertos aspectos a la normativa propia del arrendamiento de vivienda permanente. Ahora bien, entre estos aspectos no estaba la duración, de modo que podría seguir siendo temporal, y fijada por el acuerdo de las partes, sin quedar sometida a la regulación imperativa de los artículos 9 y 10 LAU.

Además, se establecía la obligación de que en todos estos contratos constase acreditada debidamente la causa o finalidad de carácter temporal del arrendamiento. De lo contrario, se presumía que el destino era de vivienda permanente (art. 5 DL 6/2024, que introducía un nuevo art. 66 bis.1 y 2 Ley 18/2007).

Frente a estos contratos, se disponía que se aplicarían las normas relativas al arrendamiento para usos distintos al de vivienda a los que tuvieran exclusivamente una finalidad de ocio, vacaciones o recreativa. Igual que en el caso anterior, esta causa o finalidad debían hacerse constar en el contrato y acreditarse debidamente (art. 5 DL 6/2024, que introducía un nuevo art. 66 bis.3 Ley 18/2007).

Como se puso de manifiesto, todo ello contravenía directamente la LAU, la cual, en su Exposición de Motivos, claramente estipula que fue vocación del legislador distinguir entre arrendamientos de vivienda (los destinados a la satisfacción de necesidad de vivienda permanente de los arrendatarios, art. 2.1 LAU) y arrendamientos urbanos de uso distinto, donde se incluyen los de temporada (art. 3 LAU); y, por ello concede, con normas de *ius cogens*, medidas de protección al arrendatario solo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia. Es decir, con el DL 6/2024 se alteraba el objeto de protección de la LAU estableciendo que situaciones transitorias de necesidad de vivienda comunes en el mercado, como los motivos de estudios o profesionales, se consideren “vivienda permanente”, cuando realmente tampoco lo son. Por otra parte, esta medida, además, *peRJudicaba* a los colectivos que realmente requieren contratos de temporada a causa de su práctica equiparación a los arrendamientos de vivienda habitual<sup>64</sup>.

Por otra parte, cabría discutir si Cataluña puede alterar el objeto de la LAU, de manera que ahora considere “vivienda habitual” a situaciones que no lo son (de nuevo el art. 149.1.8 CE en relación con las bases de las obligaciones, especialmente cuando le sirve al legislador para poder aplicar el control de rentas y otras medidas a supuestos no previstos ni en la LAU ni en la Ley 12/2023). Ya la STC 37/2022 dijo que una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio (las otras aún menos) no puede fijar el precio de un contrato que no esté previsto en la normativa estatal, como sería este supuesto para los arrendamientos de temporada, porque el precio de los arrendamientos es materia civil (SSTC 28/2012 y 54/2018): “la competencia estatal de las bases de las obligaciones contractuales del art. 149.1.8 CE debe ser entendida como una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí —un límite directo desde la Constitución— a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos” y “este principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales, inferida de la legislación actualmente vigente, en cuanto define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato, el cual, salvo algunos aspectos determinados imperativamente por el legislador (ámbito de aplicación del contrato, fianza y formalización) se rige por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes. Pero no solamente por ser una plasmación o concreción de la regla general de primacía de la autonomía de la voluntad, sino además porque la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado”<sup>65</sup>.

*B. Proposición de Ley relativa a la regulación de los contratos de alquiler de vivienda por temporada y alquiler de habitaciones*

A nivel estatal, se presentó una Proposición de Ley relativa a la regulación de los contratos de alquiler de vivienda por temporada y alquiler de habitaciones, por los Grupos Parlamentarios Plurinacional SUMAR, Euskal Herria Bildu, Republicano y Mixto (BODG 5 de julio de 2024) que pretendía la modificación de los arts. 2, 3, 4, 8, 11, 21 y 36 y añadía un artículo 9 bis y 21 bis a la LAU y que fue rechazada el 17 de septiembre de 2024 ante el voto en contra de PP, Vox, Junts y UPN.

Se añadía un nuevo apartado 3 al artículo 2 LAU en que se disponía que tendrían la consideración de arrendamientos de vivienda los arrendamientos de fincas urbanas destinados a la vivienda por motivos temporales, tales como actividades profesionales, estudios, atención o asistencia médica u otros análogos, así como aquellos CElebrados por temporada, con finalidades recreativas, culturales o artísticas u otras análogas. Además, se disponía que para que se entendiese que concurría causa justificada de temporalidad sería necesario que se especificase con precisión en el contrato la causa habilitante de la temporalidad, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. En caso de no quedar debidamente acreditadas, se presumía que dicho contrato era de vivienda habitual. Asimismo, se hacía recaer sobre el arrendador el deber de comprobar si se daban dichas circunstancias, quien debería requerir previamente la información a la parte arrendataria y hacerlo constar expresamente en el contrato. Se entendería que no concurrían tales circunstancias si el arrendador no las requería, en cuyo caso, se presumiría la existencia de un contrato de arrendamiento de vivienda habitual. Además se disponía que el régimen jurídico aplicable a estos arrendamientos sería el propio del arrendamiento de vivienda.

Una de las modificaciones más relevantes y controvertidas era la del artículo 8 LAU. Dicha reforma introducía una excepción significativa a la regla general sobre la CEsión del contrato de arrendamiento. Según esta propuesta, en los casos de arrendamientos de carácter temporal, el consentimiento escrito del arrendador, exigido como regla general para la CEsión del contrato, podría ser sustituido por una mera comunicación al arrendador. En consecuencia, el nuevo titular del contrato mantendría las mismas condiciones pactadas originalmente, independientemente de la voluntad del arrendador.

Esta medida podría ocasionar un grave peRJuicio a los derechos del arrendador, quien se vería obligado a aceptar un cambio en la persona del deudor (el arrendatario CEsionario) sin su expreso consentimiento. Tal situación vulneraría el principio de autonomía de la voluntad y la libertad contractual consagrada en el Código Civil (artículos 1255 y 1205), que reconoce al acreedor (en este

caso, el arrendador) el derecho a aprobar cualquier modificación subjetiva en la relación obligacional que pueda afectar su posición jurídica y que le llevaría a enfrentar riesgos adicionales, tales como la insolvencia del nuevo arrendatario o la imposibilidad de verificar su idoneidad como inquilino. Por tanto, la reforma del artículo 8 LAU, tal como se proponía, podría dar lugar a un desequilibrio contractual en perjuicio del arrendador, afectando sus derechos y garantías.

Desde una perspectiva de política legislativa, esta medida podría interpretarse como un intento de reforzar la protección del arrendatario en un mercado caracterizado por la creciente escasez de oferta de vivienda. Sin embargo, su implementación debería ser cuidadosamente ponderada para evitar que tal protección se tradujera en una limitación excesiva de los derechos del arrendador, lo que podría desincentivar la oferta de inmuebles en régimen de alquiler, agravando aún más la problemática habitacional.

Igualmente, y frente a la regla general por la cual la vivienda arrendada solo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador, se establecía que, si el contrato fuera temporal, el consentimiento escrito del arrendador podría sustituirse por una mera comunicación.

Respecto a la duración, se introducía un nuevo artículo 9 bis en la LAU que disponía que cuando el contrato fuera considerado temporal, la duración del arrendamiento sería libremente pactada por las partes, no pudiendo exceder de seis meses, en atención a las causas que lo motivasen. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal establecida y llegada la finalización de esta siguiera existiendo el motivo que causó la temporalidad, este podrá prorrogarse mediante acuerdo expreso de las partes, sin superar nunca la duración máxima de seis meses. No obstante lo anterior, se preveía que siempre que su duración excediera de seis meses o se encadenasen más de dos contratos consecutivos, el primero se entendería celebrado como un contrato de arrendamiento de vivienda habitual, y le serían de aplicación todos los preceptos previstos para dichos contratos, incluido el plazo mínimo y las prórrogas previstas en los artículos 9 y 10 LAU.

La propuesta de limitar la duración de los arrendamientos de temporada a un máximo de seis meses, aunque posiblemente motivada por la intención de combatir eventuales abusos en la calificación de contratos temporales y garantizar derechos básicos a los arrendatarios, no parece adecuada para responder de manera efectiva a las necesidades del mercado de alquiler de vivienda. Además, resulta insuficiente para abarcar los supuestos legítimos que justifican la temporalidad en los arrendamientos. La imposición de restricciones rígidas podría excluir modalidades tradicionales de arrendamiento temporal y dejar sin atender las demandas reales y diversificadas del mercado de alquiler. Un ejemplo evidente es el caso de los estudiantes universitarios, cuyo alquiler típico abarca la duración de un curso

académico (nueve meses). Lo mismo cabe decir para los trabajadores desplazados o profesionales que necesitan residir temporalmente en otra ciudad por proyectos laborales de mayor duración. Imponer un plazo uniforme desconoce la variedad de circunstancias particulares que justifican la temporalidad y sus consecuencias prácticas podrían ser contraproducentes, reduciendo la oferta de vivienda en alquiler, agravando la actual crisis habitacional, y afectando a colectivos legítimos que requieren contratos temporales. Una regulación más flexible, adaptada a las necesidades reales del mercado, sería una solución más equilibrada.

Una alternativa a esta propuesta sería permitir que las partes pacten libremente la duración del contrato temporal, siempre que esté justificada por una causa objetiva (como un curso académico, un proyecto laboral, tratamientos médicos, entre otros), e incluso estableciendo un límite superior razonable, como 12 o 18 meses, para evitar la desnaturalización del arrendamiento temporal.

Además, frente a la regla general de admitir el desistimiento por el arrendatario a partir de los seis meses, esta Proposición de Ley introducía un nuevo apartado en el artículo 11 LAU para establecer que, en los contratos temporales, el arrendatario podría desistir del contrato de arrendamiento una vez que hubiera transcurrido al menos un mes desde su formalización, comunicándolo al arrendador con diez días de antelación, sin que en ningún caso diera derecho a indemnización.

### III.3. 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 Y ALOJAMIENTOS DE CORTA DURACIÓN

El 24 de diciembre de 2024 se publicó en el BOE el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler y alojamientos de corta duración. Dicha norma entró en vigor el 2 de enero de 2025, si bien sus disposiciones no surtirán efecto hasta el 1 de julio de 2025, con el propósito de otorgar un plazo suficiente para que los sujetos implicados puedan realizar las adaptaciones tecnológicas y funcionales necesarias (disposición final cuarta).

Este Real Decreto crea y regula la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos y desarrolla el procedimiento de registro único de arrendamientos, para dar cumplimiento al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos rela-

tivos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724.

Los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, tradicionalmente complementarios a otras modalidades como hoteles y albergues, han experimentado un crecimiento significativo en la Unión Europea debido al auge de la economía de plataformas. Aunque esta expansión genera oportunidades para huéspedes, anfitriones y el sector turístico, también plantea desafíos para las comunidades locales y las autoridades públicas, destacando su impacto en la reducción de viviendas disponibles para arrendamientos de larga duración y el aumento de precios en el mercado inmobiliario. El Reglamento (UE) 2018/1724 aborda como reto principal la insuficiencia de información fiable sobre dichos servicios, específicamente en cuanto a la identidad de los anfitriones, la localización y la duración de las actividades. Esta falta de datos dificulta a las autoridades evaluar el impacto real de estas actividades y diseñar respuestas normativas adecuadas y proporcionadas<sup>66</sup>. Por eso, su objetivo principal es establecer un marco normativo armonizado para la recopilación y el intercambio de datos vinculados a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración en el ámbito de la Unión Europea, con el propósito de mejorar la transparencia y garantizar la disponibilidad de información fiable, permitiendo así a las autoridades públicas diseñar e implementar políticas de forma eficaz, proporcionada y fundamentada.

Por su parte, el Real Decreto 1312/2024 crea un sistema para hacer efectiva esa información y por el cual cualquier alquiler de una vivienda de corta duración debe registrarse y obtener un número de identificación, sin el cual no se podrá publicar la vivienda en las plataformas digitales. En definitiva, no pretende regular los arrendamientos de corta duración sino dar respuesta a la necesidad de información para los que se publiquen a través de dichas plataformas.

Define el servicio de alquiler de alojamientos de corta duración como *“el arrendamiento por un período breve de una o varias unidades, con finalidad turística o no, a cambio de una remuneración<sup>67</sup>, ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no, siéndole aplicable la regulación del arrendamiento de temporada del artículo 3.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, así como la que resulte de aplicación a los alquileres de embarcaciones sujetos al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, la que resulte aplicable a los arrendamientos de carácter turístico y su régimen sancionador establecido por comunidades autónomas y entidades locales, así como, cuando proceda, la relativa a la protección y defensa de las personas consumidoras y usuarias”* [art. 2.a)]. Por lo tanto, esta norma operará sobre los alquileres turísticos, alquileres de temporada, ya sea de vivienda entera, parte de ella o de habitación, o embarcaciones u otras propiedades que permitan el alojamiento de corta duración.

Para distinguir los arrendamientos de temporada y, en general, los de corta duración de los ordinarios de vivienda, el Preámbulo del Real Decreto 1312/2024 recuerda que la LAU parte de la causalidad como elemento fundamental, no haciendo referencia a un plazo determinado para la constitución de un tipo u otro de arrendamiento. Por eso, aunque el Reglamento (UE) 2024/1028 indica que para definir los alquileres de corta duración se puede partir de una duración habitual inferior a los doce meses, la situación de la normativa española impide adoptar dicho criterio y se dispone que los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración han de tener como destino primordial uno distinto del de arrendamiento de vivienda regulado en el artículo 2 LAU, derivándose de causas de carácter temporal, tales como las vacacionales o turísticas, las laborales, de estudios, de tratamiento médico o cualquier otra que no suponga una necesidad de vivienda de carácter permanente de la persona arrendataria, conforme al artículo 3 de la misma norma [art. 4.2.a)]. Por lo tanto, se trata de garantizar que los alquileres de temporada cumplan genuinamente con esa condición y no se fija un límite a su duración para estar sometidos a la norma que analizamos, sino que esta vendrá determinada por la finalidad que justifique la temporalidad.

Por otra parte, solamente están sometidos a esta norma los alojamientos que cuenten con equipamiento, mobiliario y enseres adecuados para atender el uso de la unidad de carácter temporal de acuerdo con el Reglamento (UE) 2024/1028 [art. 2.b) Real Decreto 131/2014, con las exclusiones que se recogen en dicho precepto, y art. 4.2.b)].

Asimismo, es preciso que el anfitrión o arrendador sea una persona física o jurídica que presta, o tiene la intención de prestar, un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración a cambio de una remuneración a través de una plataforma en línea de alquiler de corta duración<sup>68</sup>, ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no<sup>69</sup>. En cuanto al huésped o arrendatario, es la persona física alojada en una unidad.

En lo que respecta al arrendamiento urbano de temporada, y conforme a la nueva normativa, se establece que los propietarios que deseen ofrecer sus inmuebles a través de plataformas digitales deberán obtener un número de registro emitido por el registrador de la Propiedad competente que se asignará a cada inmueble o unidad parcial del mismo que se pretenda arrendar de manera separada, sin el cual no podrá llevarse a cabo su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración.

Igualmente, deberán presentar la documentación exigida al solicitar dicho código, atender los requerimientos de información formulados por las autoridades pertinentes y comunicar a las plataformas en línea el número de registro asignado (art. 5).

A su vez, las plataformas, entre otras responsabilidades, estarán obligadas a requerir que los arrendadores identifiquen sus propiedades mediante este número en sus sistemas, garantizar que se incluya en los anuncios y velar por su visibilidad para los usuarios (art. 6).

El número de registro obtenido tiene una vigencia de 12 meses. Transcurrido ese tiempo, deberá solicitarse su renovación aportando un listado de los arrendamientos por cada categoría constituidos durante la vigencia de ese número de registro y, en el caso de los de temporada, deberá hacerse constar la identificación de una de las finalidades de carácter temporal descritas en el artículo 4.2.a) y que haya justificado el tipo de arrendamiento. A los efectos de la comprobación de esta finalidad, se dispone que, en caso de que existieran dudas fundadas sobre la realidad de la misma, el registrador podrá requerir al arrendador documentación acreditativa complementaria (art. 10.4). Esta regulación persigue frenar la fuga de pisos desde el alquiler tradicional hacia el de temporada, y reforzar la causalidad que la ley exige para los contratos de temporada y evitar el fraude pues habrá que justificar el uso de un piso temporal y acreditarlo.

Cumpliendo los requisitos, tanto de alta como de renovación, el Registrador expedirá el número de registro y lo elevará a la Ventanilla Única Digital, cuya finalidad es CEntralizar y facilitar la recopilación, gestión, intercambio y acceso a la información relativa a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. En el caso de que se retire o suspenda el número de registro por el registrador, la Ventanilla Única Digital trasladará orden a las plataformas para que eliminen posibles anuncios asociados a ese número.

#### IV. CONCLUSIONES

- I. El contrato de arrendamiento constituye un instrumento esencial para garantizar el derecho a una vivienda digna, reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española. No obstante, las tensiones estructurales entre la oferta y la demanda, ha propiciado un debate continuo sobre aspectos fundamentales de esta figura jurídica, entre los que destaca la duración del contrato.
- II. La regulación de la duración del contrato de arrendamiento de vivienda refleja el esfuerzo por alcanzar un equilibrio entre la necesidad de estabilidad del arrendatario y la flexibilidad del mercado inmobiliario. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, y sus posteriores reformas, han fijado una duración inicial mínima (art. 9 LAU) y una prórroga tácita (art. 10.1 LAU). Esta tendencia a reforzar la estabilidad habitacional se ha visto confirmada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo,

del derecho a la vivienda, mediante la introducción de dos prórrogas extraordinarias (art. 10.2 y 3 LAU), que ya se habían regulado en cierta normativa de urgencia, y que ahora se han consolidado al introducirse como parte de la legislación ordinaria. Dichas prórrogas se aplican únicamente en supuestos específicos, si bien el tenor literal de la norma genera confusión y presenta dificultades interpretativas

- III. El notable incremento de los arrendamientos de temporada en los últimos años, motivado en parte por la intención de algunos arrendadores de evitar la aplicación de las medidas regulatorias dirigidas a controlar el mercado del alquiler de vivienda habitual, ha generado un impacto significativo en la disponibilidad de viviendas destinadas a residencia permanente, lo que ha planteado la conveniencia de establecer un marco jurídico específico y detallado para estos contratos.
- En este sentido, la disposición adicional quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, del derecho a la vivienda, establece la necesidad de constituir un grupo de trabajo que aborde las particularidades de esta figura contractual. No obstante, aunque se han presentado propuestas normativas en esta línea, dichas iniciativas no han sido finalmente acogidas.
- IV. El auge de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, impulsado por el desarrollo de la economía de plataformas, ha tenido un impacto considerable en el mercado inmobiliario. Este fenómeno ha contribuido a la reducción del número de viviendas disponibles para el arrendamiento de larga duración, así como al incremento de los precios tanto de los alquileres como de la vivienda en general. Asimismo, este crecimiento presenta desafíos significativos en relación con la falta de información fiable sobre los servicios de alquiler de corta duración.
- V. El Real Decreto 1312/2024 establece un marco regulatorio para el Registro Único de Arrendamientos y la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos, en cumplimiento del Reglamento (UE) 2024/1028, con el objetivo de mejorar la transparencia y garantizar la disponibilidad de información fiable sobre los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. La norma no regula directamente los arrendamientos de corta duración, sino que crea un sistema por el cual cualquier alquiler de este tipo debe registrarse y obtener un número de identificación sin el cual no se podrá publicitar la vivienda en las plataformas digitales. Además, crea un sistema de Ventanilla Única Digital de arrendamientos para Centralizar y facilitar la recopilación, gestión, intercambio y acceso a la información relativa a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. Por otra parte, incide en controlar la causalidad de los contratos de arrendamiento de temporada para evitar el fraude.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de febrero de 1981 (RJ 1981, 633).
- STS de 19 de febrero de 1982 (RJ 1982, 784).
- STS de 27 marzo de 1990 (RJ 1990, 1732).
- STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8778).
- STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9352).
- STS de 14 de abril de 2004 (RJ 2004, 1672).
- STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4232).
- STS de 21 de diciembre de 2023 (RJ 2024, 2147).
- SAP de Sevilla de 19 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2376).
- SAP de las Palmas, secc. 1ª, de 15 de junio de 1996 (AC 1996, 1159).
- SAP de Asturias, secc. 5ª, de 30 diciembre de 1996 (AC 1996, 2395).
- SAP de Álava, secc. 1ª, de 26 de enero de 2001 (AC 2001, 770).
- SAP de Murcia, secc. 5ª, de 24 de julio de 2002 (JUR 2002, 265852).
- SAP de Vizcaya, secc. 5ª, de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 141427).
- SAP de Albacete, secc. 2ª, de 14 de enero de 2004 (JUR 2004, 52721).
- SAP de Madrid, secc. 10ª, de 12 de julio de 2004 (JUR 2004, 225765).
- SAP de las Palmas, secc. 4ª, de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 133312).
- SAP de Navarra, secc. 1ª, de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004, 135388).
- SAP de Álava, secc. 1ª, de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004, 279503).
- SAP de Ciudad Real, sec. 1ª, de 5 de julio de 2004 (JUR 2004, 278896).
- SAP de Madrid, secc. 13, de 10 de junio de 2005 (JUR 2005, 211686).
- SAP de Burgos, secc. 3ª, de 25 de abril de 2006 (JUR 2006, 166931).
- SAP de Madrid, secc. 14ª, de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2007, 31969).
- SAP de Málaga, secc. 5, de 20 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 163990).
- SAP de Madrid, secc. 8ª, de 7 de julio de 2009 (JUR 2009, 369133).
- SAP de Guipúzcoa, secc. 3ª, de 18 de marzo de 2011 (JUR 2014, 178453).
- SAP de Guadalajara, secc. 1ª, de 19 de julio de 2012 (AC 2012, 1463).
- SAP de Cádiz, secc. 2ª, de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 348898).
- SAP de Cáceres, secc. 1ª, de 20 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 305018).
- SAP de Granada, secc. 3ª, de 1 de marzo de 2016 (JUR 2016, 159379).
- SAP de Madrid, secc. 8ª, de 8 de mayo de 2017 (JUR 2017, 296301).
- SAP de Barcelona, secc. 13ª, de 12 de mayo de 2017 (JUR 2017, 1987199).
- SAP de Asturias, secc. 5ª, de 29 de mayo de 2018 (JUR 2018, 205997).
- SAP de Madrid, secc. 12ª, de 22 noviembre de 2018 (JUR 2019, 15920).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª, de 19 de marzo de 2019 (JUR 2019, 198257).
- SAP de Alicante, secc. 9ª, de 12 de abril de 2019.
- SAP de Islas Baleares, secc. 3ª, de 6 de mayo de 2019 (JUR 2019, 185630).

- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 27 de junio de 2019 (JUR 2019, 205699).
- SAP de Pontevedra, secc. 6ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019, 231456).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 25 de junio de 2019 (AC 2019, 656).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 27 de junio de 2019 (JUR 2019, 205699).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 4 de febrero de 2020 (AC 2020, 561).
- SAP de Islas Baleares, secc. 3ª, de 25 de febrero de 2020 (JUR 2020, 161052).
- SAP de Lérida, secc. 2ª, de 7 de mayo de 2020 (AC 2020, 1039).
- SAP de Barcelona, secc. 13ª, de 28 de mayo de 2020 (JUR 2020, 191739).
- SAP de Valencia, secc. 11, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 83506).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 21 de abril de 2021 (JUR 2021, 184736).
- SAP de Madrid, secc. 20ª, de 10 de junio de 2021 (JUR 2021, 271021).
- SAP de Baleares, secc. 4ª, de 31 de enero de 2022 (JUR 2022, 184762).
- SAP de Málaga, secc. 4ª, de 7 de marzo de 2022 (JUR 2022, 260199).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 16 junio de 2022 (JUR 2022, 249212).
- SAP de Madrid, secc. 20ª, de 17 de junio de 2022 (JUR 2022, 295871).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 13 de octubre de 2022 (JUR 2022, 352400).
- SAP de Valencia, secc. 6ª, de 28 de octubre de 2022 (JUR 2023, 394838).
- SAP de Barcelona, secc. 13ª, de 18 noviembre de 2022 (JUR 2023, 283).
- SAP de Baleares, secc. 4ª, de 7 de marzo de 2023 (JUR 2023, 247767).
- SAP de Alicante, secc. 9ª, de 24 de abril de 2023 (JUR 2023, 340523).
- SAP de Barcelona, secc. 4ª, de 25 de mayo de 2023 (JUR 2023, 296727).
- SAP de Madrid, secc. 8ª, de 13 de julio de 2023 (JUR 2023, 356842).
- SAP de Valencia, secc. 6ª, de 25 de septiembre de 2023 (JUR 2024, 14946).
- SAP de Barcelona, secc. 13ª, de 19 de octubre de 2023 (JUR 2023, 414745).
- SAP de Sevilla, secc. 8ª, de 11 de julio de 2024 (JUR 2024, 409225).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, A. (2020). Comentario al artículo 11 LAU. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- FERRER I RIBA, J. (2021). L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal. En: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Girona: Documenta Universitaria, pp. 287-357.
- FEU FONTAÍÑA, P. (2024). El nuevo régimen de prórrogas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, *Revista de Derecho vLex*, núm. 239.
- FUENTES LOJO RÍUS, A., (2021). Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanent. En: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de

- Girona (coord.). *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Girona: Documenta Universitaria, pp. 481-502.
- (2023). La ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales, *AC*, núm. 6.
- (2024). Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas, *Diario La Ley*, núm. 10486.
- (2024). La renovación contractual por tácita reconducción y su importancia en el tráfico inmobiliario, *Diario La Ley*, núm. 10609.
- FUENTES LOJO RÍUS, A. (coord.), SALAS CARCELLER, A., ARROYO FIESTAS, F., CARRASCO PERERA, A. Y MOLINA ROIG, E. (2025). Problemática sobre la aplicabilidad de las prórrogas legales extraordinarias en arrendamientos de vivienda, *AC*, núm. 4.
- GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). Comentario al artículo 9 LAU. En: F. Crespo Allue y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova y Thomson Reuters.
- (2014). Comentario al artículo 10. En: F. Crespo Allue y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova y Thomson Reuters.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario al artículo 9 LAU., En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2020). Comentario al artículo 10 LAU. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- MARTENS JIMÉNEZ, I. M. (2023). *Los arrendamientos de vivienda. Tipos, problemas y propuestas de modernización*. Madrid: Atelier.
- MAS BADÍA, M. D. (2024). *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Madrid: Marcial Pons.
- MOLINA ROIG, E. (2023). Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, *AC*, núm. 5.
- NASARRE AZNAR, S. (2024). El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones, *Hay Derecho*, 2 de mayo de 2024. [En línea] disponible en <https://www.hayderecho.com/2024/05/02/vivienda-progresivo-debilitamiento/>
- PARRA LUCÁN, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PRATS ALBENTOSA, L. (1994). Comentario al artículo 9 LAU. En: R. Valpuesta Fernández (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch..
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2010). Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2010 (BIB 2010, 271).
- ROJO AJURIA, L. (1995). Comentario al artículo 10 LAU. En: Pantaleón Prieto, F. (dir.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid: Civitas

## NOTAS

<sup>1</sup> El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR), Universidad Complutense, y en el Proyecto de investigación I+D “La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) y dirigido por la Profª Matilde Cuenca Casas.

<sup>2</sup> PARRA LUCÁN, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 79; MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario al artículo 9 LAU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 321.

<sup>3</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario al artículo 9 LAU, *ob. cit.*, p. 322; PRATS ALBENTOSA, L. (1994). Comentario al artículo 9 LAU. En: R. Valpuesta Fernández (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 98. No obstante, GUILARTE GUTIÉRREZ considera que cabe una interpretación correctora en cuya virtud, el mero desalojo de la vivienda arrendada, una vez finalizado el período contractual, bastaría —aún sin la manifestación anticipada— para que Cese la operatividad de la prórroga forzosa si esta no es querida por el arrendatario [GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). Comentario al artículo 9 LAU. En: F. Crespo Allue y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova y Thomson Reuters, p. 220].

<sup>4</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario al artículo 9 LAU, *ob. cit.*, p. 391.

<sup>5</sup> STS de 27 marzo de 1990 (RJ 1990, 1732).

<sup>6</sup> En el supuesto enjuiciado en la STS de 27 de febrero de 1981 (RJ 1981, 633), se había alegado infracción del artículo 1851 CC para sostener que el aval prestado por un tercero no alcanzaba al contrato de arrendamiento de un local de negocio durante el período de prórroga forzosa. Nuestro Alto Tribunal entiende que el aval prestado como garantía del “cumplimiento del contrato de arrendamiento concertado” cuyo plazo finalizaba al término de un año, subsistía durante la prórroga legal de aquel, por los términos empleados en el contrato y porque el invocado artículo 1851 CC “se contrae a la prórroga voluntaria que el acreedor concede, y no a la que al tiempo del concierto de la correspondiente obligación viene impuesta por disposición legal con independencia y aun contra la oposición del acreedor y por la sola manifestación de voluntad del deudor, cual es el caso de la prórroga forzosa del arrendamiento urbano”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8778). En la jurisprudencia menor encontramos, entre otras, la SAP de Asturias de 30 diciembre de 1996 (AC 1996, 2395) y la SAP de Las Palmas de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 13312), que dice: “...al constituirse en fiador solidario de las obligaciones del arrendatario nacidas del contrato locativo, sin limitación a período de tiempo alguno y proyectado al cumplimiento del citado contrato de arrendamiento en el que expresamente se contemplaba la posibilidad de su prórroga, por cualquier causa, conocía, en consecuencia, la vinculación de la fianza a sus posibles prórrogas, que además responden a una previsión legal de derecho necesario (art. 9 LAU), por lo que con esa cláusula adicional del contrato locativo implícitamente estaba prestando su consentimiento a sus prórrogas legales, extendiéndose la garantía al pago de las rentas en dicho período. Y es que conforme al art. 9 de la LAU el plazo de duración del arrendamiento de vivienda si

fuera inferior a cinco años se prorroga obligatoriamente por plazos anuales, a voluntad del arrendatario, hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años. Luego si el apelante quería limitar la duración de la fianza al plazo de un año previsto en el contrato de arrendamiento debió hacerlo constar de forma expresa en la cláusula adicional constitutiva de la fianza, pues sabía, por preverlo el contrato y responder además a una previsión legal, de sus posibles prórrogas a instancia del arrendatario, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 1851 CC no solo porque el fiador al no limitar la duración de la fianza consintió las prórrogas sino también porque estas dependían de la voluntad del arrendatario y no del arrendador. En efecto, el efecto extintivo de la prórroga de la obligación principal para la fianza se produce cuando proviene la prórroga de un acto del acreedor que se debe a su exclusiva voluntad (TS 1.ª S 18 Jul. 1915), y ello no responde al supuesto fáctico de autos”.

<sup>7</sup> En este sentido, GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). Comentario al artículo 10 LAU. En: Crespo Allue, F. Y Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova y Thomson Reuters, p. 256 nota 5.

<sup>8</sup> La SAP de Sevilla de 19 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2376) mantiene que, a falta de pacto, la fianza desaparece cuando el contrato entra en fase de tácita reconducción.

<sup>9</sup> La STS de 14 de abril de 2004 (RJ 2004, 1672) analiza un supuesto en el que el recurrente, que resultó condenado, se constituía junto con otros en fiador solidario de todas las obligaciones asumidas por la arrendataria en un contrato de arrendamiento y en sus posibles prórrogas, y la garantía personal se extendía por voluntad de las partes a todo el tiempo en que la arrendataria siguiera en posesión de la industria. En dicha sentencia se señala: “Es cierto que la tácita reconducción genera una nueva relación de arrendamiento, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia (Sentencias de 30 de diciembre de 1.981, 14 de junio de 1.984, 20 de septiembre de 1.989, 15 de octubre de 1.996 ...), con la consecuencia de que, como resultado de ese efecto novatorio extintivo, los terceros garantes queden liberados (artículo 1.567 del Código Civil)”; pero se añade que la *ratio* de la decisión “se identifica con el entendimiento de que la voluntad de las partes del contrato de fianza, incorporado al de arrendamiento, fue la de garantizar el pago de la prestación debida por la arrendataria hasta el CEse de su posesión”.

En la SAP de Pontevedra, Secc. 6ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019, 231456), el fiador expresamente afianzó solidariamente todas las obligaciones contraídas por el arrendatario en el contrato de arrendamiento de la vivienda hasta su desalojo; por ello, la Audiencia Provincial estima que sus obligaciones subsisten durante la tácita reconducción.

<sup>10</sup> En la redacción original del artículo 9.3 LAU también se establecía como requisito para que la necesidad pudiera operar como causa de denegación de la prórroga obligatoria, que dicha circunstancia constara expresamente en el contrato. Este requisito fue suprimido mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, pero fue restablecido posteriormente por la redacción introducida en el citado precepto por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, que es la que se mantiene vigente.

<sup>11</sup> Como estiman PARRA LUCÁN, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, *ob. cit.*, p. 80; MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario al artículo 9 LAU, *ob. cit.*, p. 337; FUENTES LOJO, A., (2021). Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanente, En Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.), *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitari, p. 494.

<sup>12</sup> En este sentido, la SAP de Islas Baleares, Secc. 3ª, de 6 de mayo de 2019 (JUR 2019, 185630) declara la improcedencia de la denegación de la prórroga por necesidad de la arrendat-

dora porque el contrato de arrendamiento tenía una duración pactada de doce años. En contra, la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 25 de febrero de 2020 (JUR 2020, 161052).

<sup>13</sup> Como mantienen MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario al artículo 9 LAU, *ob. cit.*, p. 330.

<sup>14</sup> En relación con la especificación de la causa o causas que motivan la necesidad y que han de constar en la comunicación del arrendador al arrendatario, señala la SAP de Sevilla, Secc. 8ª, de 11 de julio de 2024 (JUR 2024, 409225): “no cabe duda de que aunque ciertamente no se exige al arrendador la acreditación fehaciente de todos aquellos hechos y circunstancias que tiendan a acreditar la causa de necesidad invocada para la denegación de la prórroga forzosa, la interpretación de dicha norma con base en el principio de seguridad jurídica, y el respeto al principio *pacta sunt servanda*, obligan al arrendador que pretende denegar la prórroga legal de un contrato de arrendamiento, a poner en conocimiento de la parte arrendataria un mínimo de datos que permitan a ésta conocer y valorar el motivo invocado, todo ello en evitación de indefensión a la parte arrendataria, amparada por una duración mínima contractual prevista legalmente, así como en evitación posibles conductas arbitrarias que pudieran perjudicar los derechos de la arrendataria”.

<sup>15</sup> Entre otras, SAP de Madrid, Secc. 20ª, de 10 de junio de 2021 (JUR 2021, 271021) y SAP de Málaga, Secc. 4ª, de 7 de marzo de 2022 (JUR 2022, 260199).

<sup>16</sup> Así, a favor de entender que no se requiere que conste la causa concreta de la necesidad se inclinan MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. (2020). Comentario del artículo 9 LAU, *ob. cit.*, pp. 326 y 327. Sin embargo, considera que, en la medida de lo posible, hay que expresar mínimamente y de forma amplia la previsible causa de necesidad FUENTES LOJO, A. (2021). Qüestions pràctiques entorn a l’arrendament de l’habitatge permanent, *ob. cit.*, p. 495.

<sup>17</sup> Consideran que no basta con una previsión genérica que exprese la posibilidad en futuro de una necesidad sobrevenida, sino que esa causa ha de constar de forma expresa en el contrato sin que sea suficiente la previsible y genérica, entre otras, la SAP de Murcia, Secc. 5ª, de 24 de julio de 2002 (JUR 2002, 265852); SAP Navarra, Secc. 1ª, de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004, 135388); SAP de Vizcaya, Secc. 5ª, de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 141427); SSAP Madrid, Secc. 14ª, de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2007, 31969) y Secc. 8ª, de 7 de julio de 2009 (JUR 2009, 369133); y SAP de Guipúzcoa, Secc. 3ª, de 18 de marzo de 2011 (JUR 2014, 178453). Mantienen la segunda posición que estima que no se precisa la constancia en el contrato de la causa de necesidad concreta, SAP de Las Palmas, Secc. 1ª, de 15 de junio de 1996 (AC 1996, 1159); SAP de Álava, Secc. 1ª, de 26 de enero de 2001 (AC 2001, 770) y de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004, 279503); SAP de Albacete, Secc. 2ª, de 14 de enero de 2004 (JUR 2004, 52721). *Vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L. (2010). Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2010 (BIB 2010, 271).

<sup>18</sup> FERRER i RIBA, J. (2021). L’arrendament d’habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal, En: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d’ús temporal de béns*, Girona: Documenta Universitaria, Girona., p. 315. .

<sup>19</sup> Como destaca la jurisprudencia menor, ocupada no es lo mismo que habitada, por lo que se entiende cumplido este requisito desde que se realice cualquier actividad posesoria sobre la vivienda que denote la inequívoca voluntad o el decidido propósito de habitarla o utilizarla conforme a su destino [SAP de Madrid 23 mayo 1995 (AC 1995, 1411); SAP de Madrid, Secc.

14ª, de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 7228); y SAP de Badajoz de 28 de febrero de 1996 (AC 1996, 418)].

<sup>20</sup> FERRER i RIBA, J. (2021). L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal, *ob. cit.*, p. 314.

<sup>21</sup> SSAP de Madrid, Secc. 8ª, de 8 de mayo de 2017 (JUR 2017, 296301) y Secc. 20ª, de 17 de junio de 2022 (JUR 2022, 295871); y SAP de Cádiz, Secc. 2ª, de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 348898).

<sup>22</sup> Como mantienen GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). Comentario al artículo 10. En: F. Crespo Allue y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova y Thomson Reuters, pp. 250 y 265; y MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2020). Comentario al artículo 10 LAU. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 383.

<sup>23</sup> SSAP Barcelona, Secc. 13ª, de 28 de mayo de 2020 (JUR 2020, 191739) y 19 de octubre de 2023 (JUR 2023, 414745); y SSAP Barcelona, Secc. 4ª, de 27 de junio de 2019 (JUR 2019, 205699), 4 de febrero de 2020 (AC 2020, 561) y 25 de mayo de 2023 (JUR 2023, 296727). Como señala la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 9ª, en su Sentencia de 12 de abril de 2019: "La jurisprudencia es meridianamente clara al respecto: un Burofax no entregado por ser rehusado o no retirado no implica una acreditación de falta de conocimiento por parte del destinatario, sino que por el contrario prueban la voluntad renuente del mismo a recoger la documentación correspondiente y ser notificado. Ciertamente la pasividad de la parte demandada en ningún caso puede perJudicar el derecho del demandante, por ser doctrina constitucional reiterada (Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2000, de 27 de marzo, 145/2000, de 29 de mayo, y 6/2003, de 20 de enero ), que los actos de comunicación producen plenos efectos cuando su frustración se debe únicamente a la voluntad expresa o tácita de su destinatario, o a la pasividad, desinterés, negligencia, error, o impericia de la persona a la que va destinada, y en este caso no consta que la parte demandada no recogiera la comunicación remitida por la arrendadora por alguna causa justificada distinta de su propia voluntad obstativa al cumplimiento del trámite de la comunicación previa del arrendador". La SAP de Madrid, Secc. 13, de 10 de junio de 2005 (JUR 2005, 211686) y la SAP de Barcelona, Secc. 13ª, de 18 noviembre de 2022 (JUR 2023, 283), consideran que no deja sin efecto la notificación por el arrendador de la voluntad de no prorrogar el contrato, el hecho de cobrar la renta ante la continuidad de la posesión por el arrendatario.

<sup>24</sup> Como sucede en el supuesto enjuiciado en la SAP Málaga, Secc. 5, de 20 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 163990).

<sup>25</sup> *Id.* II.1.

<sup>26</sup> En este sentido se decantan también MARÍN LÓPEZ, J. J. Y COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2020). Comentario al artículo 10 LAU, *ob. cit.*, p. 391; y GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). Comentario al artículo 10 LAU, *ob. cit.*, p. 256 nota 5.

<sup>27</sup> Así lo mantienen la SAP de Pontevedra, Sec. 6, de 21 junio de 2019 (JUR 2019, 231456) y la SAP de Madrid, Sec. 8, de 13 julio de 2023 (JUR 2023, 356842), así como la jurisprudencia en ella citada (SAP de Burgos, Sec. 3ª, de 25 de abril de 2006, SAP de Madrid, Sec. 10ª, de 12 de julio de 2004, SAP de Ciudad Real, Sec. 1ª, de 5 de julio de 2004, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3ª, de 19 de marzo de 2019 y SAP de Asturias, Oviedo, Sec. 5ª, de 29 de mayo de 2018).

<sup>28</sup> Posición que sustenta, entre otros, GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). Comentario al artículo 10 LAU, *ob. cit.*, pág. 253.

<sup>29</sup> Como estiman PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, *ob. cit.*, p. 81; y ROJO AJURIA, L. (1995). Comentario al artículo 10 LAU. En: Pantaleón Prieto, F. (dir.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid: Civitas, p. 162.

<sup>30</sup> *Vid.* FUENTES LOJO RIUS, A. (2024). La renovación contractual por tácita reconducción y su importancia en el tráfico inmobiliario, *Diario La Ley*, núm. 10609.

<sup>31</sup> Tras la última reforma de dicho precepto por el Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Como señala la SAP de Valencia, Secc. 6ª, de 25 de septiembre de 2023 (JUR 2024, 14946), las sucesivas modificaciones del citado precepto llevadas a cabo por Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto y Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, amplían el ámbito para los contratos que van expirando sucesivamente hasta la fecha indicada en las referidas modificaciones, pero no suponen prórrogas sucesivas de un mismo contrato, siendo el plazo máximo previsto de seis meses. *Vid.* SAP de Barcelona. Secc. 4ª, de 13 de octubre de 2022 (JUR 2022, 352400).

<sup>32</sup> FEU FONTAÍÑA, P. (2024). El nuevo régimen de prórrogas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, *Revista de Derecho vLex*, núm. 239.

<sup>33</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023). La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales, *AC*, núm. 6.

<sup>34</sup> La definición utilizada por la LDV es heredera de la contemplada por el art. 4 del RDL 11/2020, que estableció la obligación para los grandes tenedores de vivienda de ofrecer a arrendatarios en situación de vulnerabilidad a causa de la crisis sanitaria reducciones y moratorias en el pago de la renta.

<sup>35</sup> *Vid.* FUENTES-LOJO RIUS, A. (2024). Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas, *Diario La Ley*, núm. 10486.

<sup>36</sup> En la Resolución de 14 de marzo de 2024 de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana (BOE 15 de marzo de 2024) que declara 140 municipios de Cataluña como zonas de mercado residencial tensionado; y en las Resoluciones de 28 de enero de 2025 (BOE de 30 de enero de 2025) por la que se declara así para Errentería, y de 29 de abril de 2025 (BOE 30 abril de 2025) para Lasarte-Oria, Zumaia, Irún y Barakaldo, se considera gran tenedor de vivienda a la persona física o jurídica que sea titular de 5 o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados dentro de la zona de mercado residencial tensionado.

<sup>37</sup> Por el contrario, MAS BADÍA, M. D. (2024). *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Madrid: Marcial Pons, p. 132, entiende que cuando el artículo 10.3 LAU se refiere a la hipótesis en que "...finalice el período de prórroga tácita previsto en el apartado anterior", esta alusión debe entenderse efectuada solo a la prórroga tácita del art. 10.1 LAU.

<sup>38</sup> RJ 2022, 4232. En la jurisprudencia menor, SAP de Barcelona, Secc. 4, de 16 junio de 2022 (JUR 2022, 249212).

<sup>39</sup> JUR 2024, 2147. En el caso enjuiciado, dos particulares firmaron un contrato de alquiler para uso de vivienda en noviembre de 2017 por un período de 3 años, que era el plazo legal mínimo vigente en dicho momento. Meses antes del transcurso de este plazo, el arrendador comunicó al arrendatario su voluntad de resolver el contrato una vez finalizado dicho término. Sin embargo, el arrendatario contestó que quería acogerse a la prórroga extraordinaria de 6 meses regulada en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020. Frente a esta negativa de abandonar la vivienda, el arrendador ejercitó acción de desahucio. La cuestión jurídica discutida era si el hecho de pactar un contrato por un período de 3 años, llegado el término final del mismo, al no hallarse en situación de prórroga legal obligatoria del artículo 9 de la LAU, hace que no

resulte de aplicación la prórroga extraordinaria de 6 meses prevista en el referido artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020. El Juzgado de primera Instancia, cuyo criterio fue confirmado por la Audiencia Provincial, estimó la demanda al considerar que no resultaba aplicable la prórroga por no hallarse el arrendamiento en situación de prórroga legal como exige la ley. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza dicha interpretación, y estima que carece de sentido que, si se hubiera pactado un alquiler por un plazo inferior a los 3 años, sí que hubiera resultado aplicable la prórroga extraordinaria, careciendo de justificación alguna dar un trato diferenciado a ambas situaciones toda vez que el plazo de 3 años es un plazo del que el arrendatario ya gozaba por ministerio de la ley.

<sup>40</sup> En este sentido, FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023). La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales, *ob. cit.*

<sup>41</sup> *Vid.* FUENTES LOJO RÍUS, A. (Coord.), SALAS CARCELLER, A., ARROYO FIES-TAS, F., CARRASCO PERERA, A. Y MOLINA ROIG, E. (2025). Problemática sobre la aplicabilidad de las prórrogas legales extraordinarias en arrendamientos de vivienda, *AC*, núm. 4.

<sup>42</sup> MÁS BADÍA, M. D., (2024). *¿Una habitación propia?*, *ob. cit.*, p. 132.

<sup>43</sup> MOLINA ROIG, E. (2023). Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, *AC*, núm. 5, p. 5.

<sup>44</sup> En este sentido se manifiesta MÁS BADÍA, M. D. (2024), *¿Una habitación propia?*, *ob. cit.*, p. 130.

<sup>45</sup> Dicha disposición transitoria en su apartado 1 dispone: “La regulación establecida en el apartado 7 del artículo 17 se aplicará a los contratos que se formalicen desde la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, y una vez se encuentre aprobado el referido sistema de índices de precios de referencia, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler”.

<sup>46</sup> FEU FONTAÍÑA, P. (2024). El nuevo régimen de prórrogas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, *Revista de Derecho vLex*, núm. 239.

<sup>47</sup> Sobre incumplimiento del plazo de preaviso, SAP de Madrid, Secc. 12, de 22 noviembre de 2018 (JUR 2019, 15920).

<sup>48</sup> SAP de Barcelona, Secc. 4ª, de 25 de junio de 2019 (AC 2019, 656):

<sup>49</sup> Sobre el desistimiento y sus consecuencias cuando existe un coarrendamiento, *vid.* CARRASCO PERERA, A. (2020). Comentario al artículo 11 LAU. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 416-418.

<sup>50</sup> La SAP de Barcelona, Secc. 4ª, de 25 de junio de 2019 (AC 2019, 656) estima nula la estipulación que no permite el desistimiento hasta que trascurren 24 meses de contrato, cuando la ley lo autoriza a los seis meses; por lo tanto, el arrendatario podía desistir a partir del sexto mes. También es nula la estipulación que disponía que, si el desistimiento se producía dentro de los dos primeros años del contrato —su duración era por diez años—, el arrendatario debería abonar en concepto de indemnización la renta que correspondiera a los meses que restaran por cumplir hasta los 24. Ahora bien, el tribunal estima que es nula en tanto se fija una indemnización no coincidente con la prevista en la ley, pero válida en cuanto que establece una indemnización para el caso de desistimiento. Los términos de esa indemnización son lo que hay que ajustar a la ley, y lo cierto es que es más favorable para el arrendatario, por la fecha en que se produjo el desistimiento, la aplicación de la indemnización prevista en la cláusula que la prevista en la ley, por lo que se procede a la aplicación de esta.

<sup>51</sup> El supuesto enjuiciado en la SAP de Lérida, Secc. 2ª, de 7 de mayo de 2020 (AC 2020, 1039) parte de un contrato en el que se había previsto la posibilidad de desistir del contrato de arrendamiento una vez hubieran transcurrido al menos seis meses de su duración, siempre y cuando se comunicara con una antelación de treinta días, pero no se estableció ninguna cláusula penal, sino que se renunció a reclamar toda indemnización. Cuando desiste el arrendatario sin dicho preaviso, el tribunal de apelación estima que la arrendadora podía reclamar la indemnización de daños y perjuicios por no estar excluidos en virtud del pacto contractual.

<sup>52</sup> SAP de Barcelona, Secc. 13ª, de 12 de mayo de 2017 (JUR 2017, 1987199).

<sup>53</sup> SAP de Valencia, Secc. 11ª, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 83506).

<sup>54</sup> En esta línea se pronunció, aun cuando fuere al amparo del TRLAU 1964, la STS de 19 de febrero de 1982 (RJ 1982, 784), que declaró que los arrendamientos de temporada a que se refería el núm. 1.º el art. 2.º TRLAU 1964 para excluirlos de las normas reguladoras de la misma, y quedar sujetos, únicamente, a lo expresamente pactado y a las leyes comunes, eran aquellos en los que se cedía el uso y disfrute, mediante el pago de la renta correspondiente, de una vivienda o local de negocio durante un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar aquella para que le sirva de habitual residencia familiar o un local donde establecer con carácter permanente de un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en épocas determinadas, estas actividades negociales o para habitar transitoriamente y por razones diversas, debiendo entenderse este requisito de «temporalidad» de un modo amplio y flexible cuando claramente se infiera que el uso y ocupación de que el inmueble es objeto responda a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación; obedeciendo la exclusión de los arrendamientos de temporada de la legislación especial a no venir impuesta por la necesidad de residencia, sino por otras finalidades distintas y complejas.

<sup>55</sup> SAP de Guadalajara, Secc. 1ª, de 19 de julio de 2012 (AC 2012, 1463); SAP de Cáceres, Secc. 1ª, de 20 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 305018); SAP de Granada, Secc. 3ª, de 1 de marzo de 2016 (JUR 2016, 159379); SAP de Valencia, Secc. 6ª, de 28 de octubre de 2022 (JUR 2023, 394838); SAP Baleares, Secc. 4ª, de 31 de enero de 2023 (JUR 2022, 184762) y de 7 de marzo de 2023 (JUR 2023, 247767); y SAP de Alicante, Secc. 9ª, de 24 de abril de 2023 (JUR 2023, 340523).

<sup>56</sup> Como estima la SAP de Barcelona, Secc. 4ª, de 21 de abril de 2021 (JUR 2021, 184736), es irrelevante que el inmueble fuera ocupado por una familia, porque lo determinante es que cubra la necesidad de residencia de modo transitorio, provisorio y no permanente.

<sup>57</sup> RJ 1999, 9352.

<sup>58</sup> En este sentido, señala la SAP de Valencia, Secc. 6ª, de 28 de octubre de 2022 (JUR 2023, 394838): “Ante la crisis del sector turístico derivado de la pandemia, los arrendadores de viviendas turísticas, para cambiar el uso a residencial y luego volver a cambiarlo a turístico, han utilizado la figura jurídica de arrendamientos de temporada, pero es el arrendador quien tiene que acreditar la temporalidad del arrendamiento y en este caso el arrendatario ha demostrado que el apartamento arrendado es su vivienda habitual y permanente, y la de su hijo menor de edad, con independencia de que declare otra cosa a Hacienda con el fin de obtener una ventaja fiscal”

<sup>59</sup> Como pone de manifiesto MARTENS JIMÉNEZ, I. M. (2023). *Los arrendamientos de vivienda. Tipos, problemas y propuestas de modernización*. Madrid: Atelier, pp. 120 y ss.

<sup>60</sup> <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/07/16/818502-la-oferta-de-alquiler-de-temporada-se-dispara-un-55-y-la-permanente-se-hunde-otro>

<sup>61</sup> Publicado en el «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña» número 9150, de 25 de abril de 2024 y en el BOE núm. 151, de 22 de junio de 2024 ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-12642](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-12642))

<sup>62</sup> Votaron a favor de su convalidación ERC, CUP y Comuns; y en contra, Junts, PP, Cs y Vox. Se abstuvo PSC-Units.

<sup>63</sup> Publicado en el «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña» número 9170, de 27 de mayo de 2024 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOGC-f-2024-90105>

<sup>64</sup> NASARRE AZNAR, S. (2024). El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones, *Hay Derecho*, 2 de mayo de 2024. [En línea] disponible en <https://www.hayderecho.com/2024/05/02/vivienda-progresivo-debilitamiento/> (Consultado el 2 de mayo de 2024).

<sup>65</sup> NASARRE AZNAR, S. (2024). El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones, *ob. cit.*

<sup>66</sup> Considerando (1) del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024.

<sup>67</sup> Como dispone el art. 3.2: “No resultará de aplicación a los servicios de alquiler de alojamientos que no lleven asociada una remuneración. A estos efectos, por remuneración se entiende cualquier forma de compensación económica, independientemente de su valor o de la forma que adopte”.

<sup>68</sup> *Vid.* Art. 2.g) y h) del Real Decreto 1312/2024.

<sup>69</sup> El ámbito objetivo comprende tanto los servicios de alquiler de corta duración prestados por las plataformas en línea a anfitriones que prestan servicios de alquiler de alojamientos de corta duración en España, independientemente del lugar de establecimiento de dichas plataformas, como los servicios de alquiler que prestan los anfitriones a través de las plataformas. El ámbito geográfico de aplicación de la norma será todo el territorio nacional (art. 3).

*Trabajo recibido el 10 de febrero de 2025 y aceptado  
para su publicación el 29 de abril de 2025*

# Generaciones Digitales: El legado sucesorio de las redes sociales

## *Digital Generations: The legacy of social media*

por

TATIANA CUCURULL POBLET

*Profesora contratada doctora.*

*Universitat Oberta de Catalunya*

RESUMEN: La transformación digital ha modificado la forma en que las personas interactúan y generan contenido, dando lugar a una identidad digital que persiste más allá de la vida del individuo. Se destaca la evolución de la identidad digital, que se ha convertido en una extensión de la identidad física, y la importancia de las redes sociales en la vida personal y profesional. Este estudio analiza el tratamiento legal de los datos personales y el patrimonio digital tras el fallecimiento de su titular, con especial atención a la regulación en España y Cataluña. A partir del marco normativo vigente, se examina la protección de la identidad digital post mortem, la aplicabilidad de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) y el derecho al testamento digital. Se abordan cuestiones como la transmisión de activos digitales, la intervención de herederos y la autonomía de los prestadores de servicios en la gestión de cuentas de usuarios fallecidos. Asimismo, se analizan los retos y limitaciones que enfrenta la normativa actual, así como la necesidad de una regulación armonizada que garantice una adecuada gestión de la herencia digital. La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2019 y la evolución del testamento electrónico en distintos sistemas jurídicos permiten vislumbrar tendencias en la protección de la memoria digital y los derechos sucesorios en el entorno digital.

*ABSTRACT: Digital transformation has reshaped the way individuals interact and create content, giving rise to a digital identity that outlasts a person's lifetime. This digital identity has evolved to become an extension of one's physical identity, with social media playing a significant role in both personal and professional facets of life. This paper analyses the legal treatment of personal data and digital assets after the death of their owner, with a particular focus on the regulations in Spain and Catalonia. Drawing on the current legal framework, it examines the protection of digital identity after death, the applicability of Spain's Organic Law on the Protection of Personal Data and the Guarantee of Digital Rights (LOPDGDD) and the right to a digital will. Issues covered include the transfer of digital assets, the role of heirs and the autonomy of service providers in managing the accounts of deceased users. The study also looks at the challenges and limitations of existing regulations and the need for a harmonised framework to ensure the proper management of digital estates. The Constitutional Court ruling of 17 January 2019 and the development of electronic wills in different legal systems provide insights into emerging trends in the protection of digital memory and succession rights in the digital sphere.*

**PALABRAS CLAVE:** Sucesión digital; Redes sociales; Identidad digital; Testamento digital; Testamento electrónico; Protección de datos.

**KEYWORDS:** *Digital succession; Social media; Digital identity; Digital will; Electronic will; Data protection.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA IDENTIDAD DIGITAL.—III. LAS REDES SOCIALES Y SU EVOLUCIÓN.—IV. LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS.—V. LOS DERECHOS DIGITALES.—VI. HERENCIA ANALÓGICA VS HERENCIA DIGITAL.—VII. MARCO LEGISLATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN REDES SOCIALES.—VIII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) DE 17 DE ENERO DE 2019.—IX. TESTAMENTO DIGITAL.—X. TESTAMENTO ELECTRÓNICO. X.1. PRECEDENTES LEGALES DEL COMMON LAW. X.2. REGULACIÓN Y CRÍTICAS DEL TESTAMENTO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA.—XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La sociedad en la que vivimos es muy diferente respecto a la de hace solo unos pocos años. Uno de los motivos principales de este cambio ha sido propiciado por el desarrollo de las nuevas tecnologías, las cuales han marcado un antes

y un después en la actual sociedad. No todos los individuos son de la opinión de que estos cambios son beneficiosos para las personas, es más, existen verdaderos detractores de la incorporación de las nuevas tecnologías en sus vidas, sin embargo, existe una clara evidencia, y es que es algo indispensable para todos.

Fruto de esta evolución tecnológica, la mentalidad de la persona también ha cambiado. La tecnología no solo ha permitido que la sociedad tenga una mayor accesibilidad a la información y servicios, sino que ha permitido crear nuevos entornos de comunicación en la que se ha conseguido salvar los obstáculos que el medio físico imponía, de modo que la información se puede trasladar de un modo instantáneo y a nivel mundial.

A todo ello debe añadirse la influencia que este fenómeno ha impregnado en la sociedad, y en el que ha prevalecido el interés por compartir información por encima de poseerla para autoconocimiento o disfrute de uno mismo. Así pues, las redes sociales se han posicionado como una de las herramientas fundamentales para vehicular este objetivo. Estas están ampliamente aceptadas en nuestra sociedad e incluso la Real Academia Española ha admitido ya nuevo vocabulario de las redes sociales como: tuit, meme, selfi o viral, entre otras.

Con el paso de los años estas plataformas digitales han ido evolucionando y adquiriendo cada vez más importancia, de manera que no solo influyen en las conexiones personales y sociales, sino que también han pasado a ser un instrumento relevante en los negocios.

Fruto del uso de las redes sociales, se ha ido incorporando información y documentación que puede resultar ser valiosa, no solo en el ámbito personal o sentimental, sino también económico. El objetivo del presente estudio es analizar qué sucede con todo este material que hay almacenado en las distintas redes sociales cuando su titular fallece.

## II. LA IDENTIDAD DIGITAL

Cuando se habla de identidad digital, en general suele vincularse a un concepto que está muy relacionado con la manera en la que se nos reconoce en el mundo virtual. En ocasiones, incluso se asocia o confunde con la reputación digital u online, pero se debe resaltar que ambos conceptos no son ni significan lo mismo.

La identidad digital también se conoce bajo la denominación «identidad online». Esta identidad no se adjudica a través de un trámite administrativo previo y obligatorio a partir de los 14 años de edad, como sucede con el documento nacional de identidad, sino que está íntimamente relacionada con la actividad del

sujeto en cuestión en el entorno virtual, es decir, se forma a través de las señales que se van dejando cuando utilizamos la red.

El sentido del término «identidad» puede referirse a dos acepciones, por un lado, la que hace referencia a los signos o rasgos propios de una persona que la caracteriza e incluye en un grupo determinado de personas y, por otro lado, aquella a la que se le atribuye un carácter personalísimo y que, por tanto, refleja la concepción que cada persona tiene de sí misma y que está íntimamente relacionada con el autoconocimiento. Sobre este asunto se ha pronunciado GETE-ALONSO Y CALERA, la cual afirma que «la identidad comprende el conjunto de los rasgos propios esenciales del ser, los que caracterizan e individualizan a cada individuo frente a los demás, que son, a la vez, los que marcan y revelan la diferencia. También, en el aspecto de relación propio de la persona (como ser social), indica aquello a través de lo que en el ámbito geográfico en el que desarrolla su vida permite individualizarla de los demás»<sup>1</sup>.

A todo ello se añade que la identidad física va asociada a un conjunto de datos básicos inherentes a una persona y que necesariamente deben estar registrados. Dentro de este tipo de identificación tendrían cabida: el nombre y los apellidos, la fecha y lugar de nacimiento, el sexo, etc. Sin embargo, el rastro que dejamos en la red contribuye a formar nuestra identidad digital. Algunos autores como WOOD y SMITH han definido la identidad como «una construcción compleja, personal y social, consistente en parte en quien creemos ser, como queremos que los demás nos perciban, y como de hecho, nos perciben»<sup>2</sup>. De esta definición, los propios autores extraen un elemento muy importante y es que cuando se emplea la comunicación electrónica, el elemento predominante es la imagen que se quiere presentar a terceros. De este modo se puede afirmar que la identidad digital está ligada con las habilidades digitales, y es el resultado de la interrelación que tiene una persona con otros usuarios o con la creación de contenido en internet.

El desarrollo de las nuevas tecnologías marca un antes y un después en la sociedad actual. Este hecho lleva aparejado inevitablemente una evolución del concepto de identidad<sup>3</sup>. Tal y como afirman algunos autores, hasta mediados del siglo XX tan solo existía un tipo de identidad, la física, referida a circunstancias inmodificables y burocráticamente registrables<sup>4</sup>. Con el paso del tiempo se empezó a reconocer la llamada «identidad ideal» que en palabras de ALPA la conforma el patrimonio intelectual de las personas (y que tiene que ver con sus creencias, gustos, opiniones, etc.)<sup>5</sup>. En la actualidad, y fruto del progresivo reconocimiento de diferentes clases de identidad sumado a la implantación e inevitable uso de las nuevas tecnologías en el día a día, debe de tener cabida una nueva clase, la identidad digital.

Internet ha influido en muchos aspectos de la vida de las personas, afectando significativamente tanto sus actividades personales como profesionales. Ha per-

mitido almacenar una gran cantidad de información, lo que facilita la realización diaria de numerosas cargas y descargas. Su uso y alcance ha llegado a convertirse en un medio global de comunicación en nuestra vida cotidiana, que incluso está influyendo en la manera en que las personas se socializan y realizan sus compras. Autores como LLOPIS BENLLOCH han llegado a afirmar, a mi entender con acierto, que «las manifestaciones digitales están tan imbricadas en nuestra vida cotidiana que es absolutamente imposible hoy en día diferenciar la vertiente analógica de las personas con su vertiente digital»<sup>6</sup>.

Toda actividad que cada persona genera en la red produce una serie de datos. El uso cada vez más extendido de internet origina que se creen y almacenen una cantidad muy elevada de datos personales que provocan la creación de nuevas identidades digitales en el entorno digital. A tal efecto surge la necesidad de disponer de alguna protección jurídica que permita salvaguardar los derechos de la personalidad considerados como derechos fundamentales por la Constitución Española, entre los que se encuentran: el derecho a la dignidad, honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al secreto de comunicaciones y a la propiedad intelectual<sup>7</sup>.

A pesar de que la construcción de la identidad virtual de una persona puede coincidir o no con la identidad analógica, se debe tener muy en cuenta que lo que se hace bajo esa identidad digital puede tener consecuencias en el mundo real y a la inversa.

Con todo, y como muestra de los avances que el término de identidad digital está experimentando a lo largo de los años, es que no solo se está utilizando en los ámbitos de la informática, medios de comunicación y educación, sino que ya ha empezado a tenerse en cuenta en algunos textos jurídicos como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuya entrada en vigor se produjo el 7 de diciembre de 2018.

### III. LAS REDES SOCIALES Y SU EVOLUCIÓN

No resulta novedoso afirmar que, desde hace varios años, en el contexto digital las redes sociales han ido adquiriendo un significativo protagonismo en la sociedad. Sin embargo, lo que mucha gente no sabe es que el concepto de red social ya existía antes de la aparición de internet y sus plataformas.

En sociología, el concepto de red social ya se utilizaba para analizar interacciones entre individuos, grupos, organizaciones o hasta sociedades enteras desde finales del siglo XIX<sup>8</sup>. Con todo, los avances tecnológicos y la paralela evolución que ha experimentado la sociedad para adaptarse a las nuevas realidades han reformulado este concepto y lo han adaptado al nuevo contexto digital.

Así pues, en la actualidad, cuando nos referimos a redes sociales, lo asociamos a las plataformas que permiten la interacción entre las personas o entre éstas y las empresas.

La actuación de las redes sociales se puede llevar a cabo en distintos niveles: ya sea para crear relaciones personales como Instagram o Facebook; redes profesionales (LinkedIn, Slack, Universia, etc.) y redes de entretenimiento (Youtube, Spotify, Pinterest). Hoy en día, resulta difícil encontrar a una persona o empresa que no disponga de una red social para darse a conocer. A través de ellas ha sido posible favorecer el intercambio de informaciones, intereses, experiencias y conocimientos en busca de objetivos comunes entre los usuarios. Aunque en sus inicios las redes sociales no permitían demasiada interacción, en la actualidad esta situación ha cambiado mucho y facilitan la comunicación multidireccional entre los individuos.

El nuevo entorno en el que nos encontramos plenamente inmersos, en el que internet ha pasado a tener un papel fundamental en el funcionamiento tanto personal como empresarial, la protección de la identidad de los individuos se ha visto negativamente afectada. No hay que olvidar que en la red se encuentran almacenadas cantidades de datos referentes a las personas y que están relacionados con su identidad, como por ejemplo, el nombre, apellidos, edad, sexo, profesión, aficiones e incluso enfermedades, entre muchos otros. Con esta información, la creación de perfiles de cada individuo se convierte en una tarea muy sencilla.

Respondiendo a una creciente demanda de experiencias personalizadas y los encuentros virtuales entre las personas han provocado que, con mayor frecuencia, en el entorno virtual las personas se vean reemplazadas por perfiles algorítmicos remotos. Hoy por hoy, es más habitual que la identidad de los individuos se constituya a partir de construcciones digitales y patrones de comportamiento. El atractivo de los procesos algorítmicos que buscan optimizar las interacciones humanas en un gran número de sectores, fomenta la percepción de que la digitalización se está convirtiendo en una de las múltiples formas de representar a los individuos. Esta nueva realidad nos lleva a cuestionar si esta forma de representación digital de las personas podría exponerlas a nuevas formas de vulnerabilidad y daño.

Ante este hecho, el Grupo Asesor de Ética del Supervisor Europeo de Protección de Datos, apunta al cambio terminológico y conceptual del individuo por el de «sujeto digital»<sup>9</sup>. Sobre esta idea del paso del individuo al sujeto digital, PIÑAR MAÑAS se ha pronunciado y añade que el informe elaborado por el Grupo Asesor de Ética se enfrenta a situaciones trascendentales para el ser humano, que en realidad van más allá que el más limitado ámbito de la privacidad: cómo conectar las nuevas tecnologías a los valores europeos; consecuencias de la interacción entre el ser humano y las máquinas; la dignidad en situaciones de

una autonomía en declive; el poder del mercado para definir qué significa ser humano; el dilema de la multitud de opciones que proporciona un ecosistema digital controlado por nuevas formas de automatización; nuevos desafíos que se plantean a las nociones tradicionales de titularidad y derecho de propiedad aplicadas a datos personales; o la innovación responsable en el ecosistema digital<sup>10</sup>.

En definitiva, siendo esta la situación actual, se puede afirmar sin miedo a equivocarse que las personas, que hasta hace relativamente poco tiempo se consideraban únicamente como un individuo en el entorno físico o analógico, con el paso de los años y la incorporación de las nuevas tecnologías a nuestra vida han pasado a ser, en el nuevo escenario digital, también un sujeto digital, con una o varias identidades digitales que, entre otras cosas, se articulan a través de las redes sociales y que por lo tanto son merecedoras de un reconocimiento y regulación por parte del Derecho.

#### IV. LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

La publicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDG-DD), ha supuesto un punto de partida en la regulación de los hechos que suceden en el entorno digital. A pesar de que los objetivos de dicha ley son principalmente dos: por una parte, pretende lograr la adaptación del ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, Reglamento general de protección de datos, y completar sus disposiciones; y, por otra parte, establece que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica<sup>11</sup>, en el propio preámbulo también se hace una mención a la regulación de los datos referidos a las personas fallecidas.

Así pues, y a pesar de que en el propio artículo 2.2.b) de la propia LOPDG-DD se establece de forma expresa la exclusión a los tratamientos de datos de personas fallecidas de su ámbito de aplicación, también incorpora una excepción que permite a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos, la facultad de poder solicitar el acceso a sus datos personales, así como a la rectificación o supresión siempre que no existiera ninguna prohibición por parte del propio causante o cuando lo establezca una ley.

En efecto, la LOPDGDD contiene más de lo que el propio Reglamento (UE) 2016/679 pretendía ya que, de conformidad con lo dispuesto en los Considerandos 27, 158 y 160 de éste último texto legal, no resulta de aplicación a las personas fallecidas. Ahora bien, el legislador español, tomando como base la

competencia que el Reglamento (UE) 2016/679 otorga a los Estados miembros al disponer que «son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de éstas»<sup>12</sup>, ha incorporado en nuestra legislación el tratamiento de la huella digital del causante. De este modo, lo que la LOPDGDD ha pretendido es resolver aquellos conflictos que surgen por parte de quienes, en principio, están legitimados para la gestión post mortem de los datos personales del finado.

Con anterioridad, ya he mencionado cómo la inclusión de las nuevas tecnologías ha penetrado en todas las sociedades, formando parte consustancial de ellas. Esta realidad ha llevado aparejada una serie de cambios en el comportamiento y la manera de actuar de las personas. Hoy en día, no resulta extraño leer un eBook en vez de un libro en formato papel, escuchar música a través de Spotify, o incluso comprar indumentaria para vestirse o alimentarse sin necesidad de acudir presencialmente a ningún establecimiento. Estas pequeñas acciones implican necesariamente la introducción de nuestros datos personales en una plataforma virtual. A estas acciones, poco a poco se han ido añadiendo otras, como las redes sociales, que no solo inciden en las conexiones personales y sociales, sino también en la manera de hacer los negocios. Hay en día, las redes sociales se han convertido en un medio que se utiliza diariamente para interactuar con los demás y generar contenido personal y profesional.

Justamente la generación de todo este contenido que creamos y almacenamos de forma digital en las redes sociales, es sobre lo que versa el presente estudio, y más concretamente, sobre cómo debe considerarse todo este patrimonio cuando hemos fallecido.

## V. LOS DERECHOS DIGITALES

Hoy en día vivimos en una sociedad digital en la que, cada vez con mayor frecuencia, dependemos de sus entornos, dispositivos y servicios. Los avances tecnológicos experimentados en las últimas décadas han incidido de tal forma en las personas que han transformado su forma de vivir, trabajar, comunicarse y relacionarse.

Ante esta nueva realidad, nos vemos obligados a plantearnos cómo puede jurídicamente afectar a los derechos de las personas y más aún, si este nuevo contexto lleva aparejada la creación de nuevos derechos digitales que no tienen amparo en los derechos fundamentales ya reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

El nuevo escenario en el que nos hallamos ha propiciado que muchos países trabajen para seguir asegurando la protección de los derechos individuales

y colectivos. España inició sus pasos para reconocer los derechos digitales a través del Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y la publicación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, actualmente derogado y sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

De la lectura de esta nueva legislación, se desprende como el legislador no pretende crear unos derechos digitales distintos de los derechos fundamentales ya recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, sino que la persona y su dignidad siguen siendo los conceptos centrales sobre los que subyacen los derechos fundamentales y sobre los cuales los nuevos derechos digitales deberán asentarse.

La propia Constitución Española establece en su artículo 10 que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social». Sin lugar a dudas, este artículo es el fundamento sobre el que se apoya todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución.

Si desgranamos el contenido de este artículo constitucional, ya en su punto primero nos encontramos con una referencia a la dignidad de la persona, como valor inherente a la misma, que consiste en el derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás, tal y como ya señalaba la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril<sup>13</sup>, en su fundamento jurídico tercero. De ello se desprende como la Constitución Española protege todos aquellos derechos y contenidos de los derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano»<sup>14</sup>. Además, el artículo 10 del mismo texto legal se ocupa de otros supuestos que están íntimamente relacionados con la dignidad humana y que son: el libre desarrollo de la personalidad, los derechos inviolables, que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social, y establece unos límites en el ejercicio de los derechos que son el respecto a la ley y a los derechos de los demás.

El principio constitucional que subyace del articulado expresa una concepción de la persona y del Estado que no se estanca en el tiempo, sino que tiene una vocación de permanencia y continuidad a lo largo de los años. De este modo, con la aparición e incorporación de las nuevas tecnologías que diariamente son renovadas, se plantea la necesidad cada vez mayor de asegurar que todas las innovaciones y nuevas maneras de hacer de las personas queden amparadas bajo el marco normativo que garantiza los derechos individuales y colectivos de las personas.

## VI. HERENCIA ANALÓGICA VS HERENCIA DIGITAL

Tal y como dice el refrán popular «el morir es cierto; el cuándo, el cómo y el dónde, inciertos». Bajo esta premisa resulta lógica la preocupación que se genera cuando pensamos en qué sucederá con todo el patrimonio que hemos ido creando a lo largo de nuestra vida una vez ya no estemos.

Ya en la época clásica, los jurisconsultos romanos Gayo y Juliano, ambos de la escuela sabiniana, definían la herencia, el primero como «*nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius, quod defunctus habuit*»<sup>15</sup>, es decir, la herencia no es otra cosa sino la sucesión en la totalidad de los derechos que tuvo el difunto; y Juliano, como «*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*»<sup>16</sup>, que significa que la herencia no es otra cosa que la sucesión en la totalidad de los derechos que tuvo el difunto. Así pues, el hecho de suceder se entendía como la adquisición mortis causa y en un solo acto de todo el patrimonio del finado, convirtiendo así al beneficiario en titular de sus derechos y obligaciones.

Establecer una previsión sobre cómo se desea que se distribuya el patrimonio es altamente recomendable, no solo porque de esta manera se asegura que los bienes irán a parar en manos de las personas que expresamente designemos sino que, además, evitará futuros problemas entre los familiares del difunto.

Al margen de si resulta o no conveniente hacer testamento, el concepto de herencia en nuestro ordenamiento jurídico actual es muy similar del que se establecía en la época clásica, además de que dispone expresamente qué formará parte del contenido hereditario susceptible de transmisión. Para ello, hemos de remitirnos al artículo 659 del Código civil (en adelante, CC) que establece que «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte».

Al hilo de lo anterior, hemos de poner en conexión lo establecido en el artículo 659 CC que acabo de aludir, con el artículo 32 del mismo texto legal que dispone que la extinción de la personalidad civil de una persona física se produce con su fallecimiento. Por lo tanto, esta extinción de la personalidad comporta, entre otras cosas, por una parte, que las relaciones patrimoniales que sean susceptibles de transmisión pasen a los sucesores del finado (y para ello debemos atender a lo dispuesto en el artículo 659 CC antes mencionado). Y por otra parte, supone la extinción de los derechos personalísimos del causante así como la protección de su personalidad pretérita, tema cada vez más trascendente con el uso de las redes sociales.

En relación con el tema, es pertinente mencionar la jurisprudencia, que en diversas ocasiones ha propuesto soluciones a través de sus resoluciones ante la falta de normativa sobre la transmisibilidad o intransmisibilidad de los derechos

y obligaciones del difunto. A modo de ejemplo, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981 en la que expresa que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los *intuite personae* [...]»<sup>17</sup>.

Las nuevas realidades sociales han provocado que se trabaje de una manera más urgente sobre la protección jurídica de los derechos que derivan de este nuevo contexto. Así pues, se publicó la LOPDPGDD, cuya finalidad es resolver los conflictos que se generan en la persona designada para la gestión post-mortem de los datos personales y el acceso a los mismos.

Sobre el derecho a la herencia, siguiendo el punto de vista didáctico ofrecido por la doctrina de LACRUZ BERDEJO, se compone de tres elementos:

- a) El elemento personal, y que tiene que ver con las partes implicadas en la sucesión, por lo tanto, el causante y el sucesor;
- b) El elemento formal, en el que se encuentran, de una parte el título sucesorio (es decir, el testamento o declaración de herederos *abintestato*) y, de otra parte, la aceptación de la herencia;
- c) El elemento real, que lo conforma el conjunto de bienes y derechos que se heredan<sup>18</sup>.

Así pues, frente a estos componente clásicos de la herencia, se plantea la duda sobre si todos los archivos que el causante ha ido generando a lo largo de su vida y que al fallecer se encuentran almacenados en la red, deben considerarse incluidos dentro de la categoría de elemento real, o bien se trata de un elemento completamente nuevo que aún no tiene cabida en la regulación actual.

Por su parte, el artículo 657 CC establece el momento a partir del cual se produce la transmisión fijándolo en la circunstancia de la muerte de la persona. El contenido de este artículo queda reforzado por el 661 del mismo texto legal, el cual, tomando la perspectiva de los herederos sobre la herencia, determina de forma expresa que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones». No obstante, y consecuencia de la continua evolución de la sociedad, más aún con la llegada de las nuevas tecnologías, cabe tener en cuenta la importancia que deriva de las relaciones que se dan entre el derecho y los factores sociales del momento en que debe aplicarse. De este modo, surge la importancia de la interpretación de las normas, y más concretamente del artículo 3.1 CC en el que se enumeran los criterios hermenéuticos para llevar a cabo la labor de interpretación, el cual parece orientado

a la dirección objetiva ya que al decir que en la interpretación ha de tenerse en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», parece claro que con ella se deben afrontar situaciones que el legislador histórico no previó y que, por tanto, la norma vive una existencia que no se vincula exclusivamente al supuesto que contempló el legislador al elaborarla, por lo que cuando se aplica no se realiza su voluntad sino la de la ley.

Conforme a ello, las relaciones que se dan entre el Derecho y los distintos factores sociales, ya sean económicos, culturales o históricos, son de interdependencia. De este modo, y resumiendo la idea que se ha expuesto hasta ahora, el Derecho ha de entenderse desde el marco social en el que se encuentra y en el que se concibe. Así, el Derecho sirve para dar respuesta, regular y ofrecer un tratamiento jurídico regulado a diversas situaciones sociales y, consecuentemente, con su aplicación, se pueden producir unos efectos sociales que pueden coincidir o no con la finalidad para la cual el legislador originó la norma. En este sentido, tal y como se expone en la Carta de Derechos Digitales, elaborada por el Grupo asesor de Expertos y Expertas constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos económicos y Transformación Digital, «La propia naturaleza rápidamente cambiante del entorno digital hace necesario asegurar la existencia de un proceso abierto de reflexión que permita mejorar la adecuación del marco jurídico a las nuevas realidades»<sup>19</sup>.

Volviendo al tema de origen de este apartado, es necesario remarcar que el contenido del patrimonio digital no solo se compone de fotos, vídeos o textos que se hayan compartido en las redes sociales, sino que también se incluye el dinero que se pueda tener de manera virtual, como las criptomonedas o los NFTs.

## VII. MARCO LEGISLATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN REDES SOCIALES

A través de las redes sociales se genera información sobre los gustos e intereses, convicciones religiosas, afiliación política, salud o vida sexual. Cada vez que navegamos e interactuamos con la red de forma inconsciente dejamos un rastro que con el paso del tiempo ha pasado a conocerse comúnmente como «huella digital». Fruto de la evolución de las nuevas tecnologías, internet ha ido aumentando el uso convirtiéndose en la actualidad en una herramienta casi indispensable para llevar a cabo cualquier actividad. Todo aquel rastro que dejamos al navegar en internet, es lo que se conoce como huella digital. Cada vez que hacemos un «clic» o damos un «me gusta» en las redes sociales dejamos información personal, al igual que si usamos una aplicación desde el teléfono móvil o el ordenador. Uno de los principales riesgos que estas acciones comportan es que

la información privada de un individuo se hace pública y, consecuentemente, los datos que insertamos dejan de estar bajo nuestro control.

La huella digital que dejan nuestros datos personales cada vez que utilizamos la red no siempre tiene un carácter beneficioso para nosotros, sino que puede afectar de forma negativa, pues puede poner en peligro el control de los contenidos que nosotros mismos compartimos a través de las redes, así como a nuestra propia identidad digital, y por qué no, atentar contra algunos de nuestros derechos fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Este nuevo panorama social en el que nos encontramos plenamente inmersos, ha obligado a los legisladores a crear un nuevo marco normativo para asegurar que los encargados de los servicios digitales protejan nuestros datos personales.

En el ámbito de la Unión Europea, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó en el año 2016 el Reglamento Europeo (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)<sup>20</sup>.

Junto a esta normativa, se publicó también la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo<sup>21</sup>.

Ambas, conforman el actual marco europeo de protección de datos. Sin embargo, en el contenido de este reglamento se dispone expresamente que «no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas»<sup>22</sup>, no obstante, lo que sí hace es dejar abierta la posibilidad de que los estados miembros sean competentes «para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas [las personas fallecidas]»<sup>23</sup>. Y esta posibilidad es la que el legislador español ha aprovechado y desde el año 2018 tenemos la LOPDPGDD.

Numerosas han sido las novedades que ha traído esta nueva LOPDPGDD, sin embargo, y atendiendo al objeto de estudio del presente trabajo, cabe destacar: primero, y como su propio preámbulo ya anticipa, la regulación de los datos referidos a las personas fallecidas<sup>24</sup>; segundo, conocer las personas que podrán, o no, tener acceso a los datos personales del causante<sup>25</sup>; y luego, introduce por primera vez en un texto legal el «derecho al testamento digital»<sup>26</sup>.

En cuanto al ámbito autonómico, Cataluña ha sido la primera Comunidad Autónoma en regular legislativamente, y con efectos desde el año 2017, la lla-

mada «herencia digital», a través de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña (en adelante, LVD)<sup>27</sup>.

En el preámbulo de la propia LVD, el legislador ya expresa la consciente y creciente evolución digital de la sociedad y de las consecuencias que en un futuro pueden ocurrir, una vez el causante haya fallecido. Además, revela cómo el uso tan extendido de las redes sociales, entre otras herramientas, puede aumentar su legado además de la problemática que puede llevar aparejada en determinadas situaciones fruto de los contratos suscritos con los prestadores de servicios digitales.

Por este motivo, la LVD establece la posibilidad de que el interesado pueda «manifestar sus voluntades digitales» y designar a ciertas personas para que gestionen su entorno digital para cuando se produzca su muerte o una posible situación de incapacidad<sup>28</sup>. A su vez, este texto legal ha enfatizado en la figura de los menores de edad estableciendo medidas dirigidas a protegerlos, y que se materializan facultando a los progenitores y tutores de los menores de edad a poder intervenir si detectan una presencia inapropiada de estos en los entornos digitales<sup>29</sup>.

La finalidad de esta LVD se halla especificada en el propio Preámbulo, concretamente en el párrafo 2º del apartado I, y no es otra que «Las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan igualmente a los entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponde en vida».

Además, el artículo 6 de la LVD introduce un nuevo artículo 411-10 en el Código civil catalán (en adelante, CCCAT), en el que en su punto primero, define el concepto de «voluntades digitales en caso de muerte» como «las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas».

El nuevo articulado del CCCAT, también ha traído consigo la regulación tanto de las personas que el causante puede designar como el orden de actuación de las mismas, además del contenido y alcance del encargo que debe ejecutarse. De este modo, el causante puede designar a una persona física o jurídica como encargada de ejecutar sus voluntades digitales. Para el caso de que el causante no haya designado a nadie, el encargo recaerá en la figura del heredero, el albacea

o el administrador de la herencia que deberá ejecutar las voluntades digitales o bien tiene la opción de encargar su ejecución a otra persona (art. 7 LVD).

El legislador catalán también ha regulado la forma de manifestar esas voluntades digitales, pudiéndose ordenar mediante disposición de última voluntad, ya sea testamento, codicilo o memorias testamentarias. Además, el documento de voluntades digitales, al igual que ocurre con los documentos de última voluntad, también es susceptible de ser modificado o revocado en cualquier momento y adquiere un carácter subsidiario en el caso de que existan disposiciones de última voluntad.

Hasta aquí, las modificaciones del artículo 411-10.1 introducidas por la LVD parecen facultar a la figura del causante para decidir sobre el destino que quiera dar a sus bienes digitales, tanto en lo que se refiere a la información relativa a sus cuentas como en el contenido que éstas pudieran incluir ya que, si así es su voluntad, podrían ser comunicados o entregados a la persona expresamente designada por el causante, al albacea o a sus herederos. Sin embargo, el punto 2º del mismo precepto legal pone unos límites a esta libertad de decisión, al establecer las actuaciones concretas que el causante puede encomendar a la persona que ha designado en el documento de voluntades digitales para que lleve a cabo frente a los prestadores de servicios digitales y que son: a) la comunicación de la defunción; b) solicitar la cancelación de las cuentas activas; c) solicitar que se ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Así pues, puede afirmarse que el contenido del artículo 411-10.2.c) CCCAT supone un condicionamiento a la voluntad del causante, la cual queda sometida a lo previamente establecido en las condiciones generales del prestador de servicios digitales. De este modo, tal y como se especifica en el propio artículo, «si procede» podrá la persona designada por el causante solicitar copia de los archivos guardado en sus servidores. Por tanto, se puede concluir que prevalecerá el consentimiento de los prestadores de servicios digitales sobre la voluntad del propio causante. Tanto es así que, de darse el caso de denegación de dicho consentimiento, la persona que ha sido designada por el causante para llevar a cabo el cometido verá limitadas sus facultades y tan solo podrá solicitar a la empresa en cuestión que activen los mecanismos que tengan previstos para los supuestos de fallecimiento del usuario.

Esta interpretación se apoya en lo establecido en el artículo 411-10.5 CCCAT y que regula los casos en los que el causante no hubiese expresado sus voluntades digitales, y en el momento de su fallecimiento existiesen cuentas activas. Ante ésta situación, la legislación catalana designa, por defecto, al heredero o al albacea universal para ejecutar las mismas actuaciones que he mencionado

con anterioridad (y que se establecen en el art. 411-10.2 CCCAT) y añadiendo la siguiente coletilla «de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor».

De todo lo dicho hasta ahora se puede concluir que, a pesar de los esfuerzos que el legislador catalán ha invertido para regular y facilitar la sucesión de los bienes digitales, no ha surgido el efecto esperado ya que, con la actual regulación, la decisión final acerca del destino de esta tipología de bienes de una persona, sigue estando en manos de las empresas que prestan los servicios digitales. En este sentido, si el causante en su momento aceptó las condiciones generales o políticas de uso de la empresa, tras su fallecimiento, las empresas prestadoras de servicios digitales están totalmente legitimadas para oponerse a proporcionar, ya sea al heredero como a la persona designada por el causante, cualquier información o acceso a las cuentas del difunto, así como a los contenidos que pudieran haber almacenados ellas.

Al hilo de lo expuesto hasta ahora, cabe también apuntar el intento del legislador catalán de crear un «registro electrónico de voluntades digitales» donde se debería inscribir, exclusivamente, el documento de voluntades digitales realizado por el causante. Conforme a lo que se establece en el propio Preámbulo de la LVD es «un nuevo instrumento registral de carácter administrativo que se crea con el objetivo de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales»<sup>30</sup>. *A priori*, este registro está adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia<sup>31</sup>. Considero que la creación de este registro, que lo único que pretende es facilitar la gestión *post mortem* de este nuevo patrimonio digital que estamos creando, podría ser un instrumento muy útil y que permitiría minimizar los problemas sucesorios que cada vez con mayor frecuencia se están produciendo al no tener jurídicamente regulados esta nueva realidad patrimonial que actualmente nos envuelve.

La funcionalidad del registro electrónico de voluntades digitales vendría a ser similar a la que actualmente está ejerciendo el Registro de Actos de Última Voluntad en relación al otorgamiento o no de testamento, pero siendo el objeto principal de inscripción el documento de voluntades digitales. Así pues, una vez fallecido el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado sobre la existencia o inexistencia de un documento de voluntades digitales inscrito en éste Registro electrónico. De este modo, salvo que el causante hubiese dispuesto otra cosa, cuando la persona interesada lo solicite, se le extenderá un certificado en el que se identificarán las personas designadas para llevar a cabo la ejecución de las voluntades digitales. Tan solo las personas desig-

nadas para la ejecución de las voluntades digitales podrán solicitar la expedición de este certificado y serán los únicos destinatarios de su entrega.

Por otro lado, la LVD no se ha olvidado de regular quiénes tienen acceso al Registro electrónico. Así pues, el acceso queda reservado al titular otorgante, y tras su muerte, a las personas que acrediten un interés legítimo siempre y cuando aporten un certificado de última voluntad que constate que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. De todos modos, si al Registro electrónico le constase la muerte de un otorgante, podría comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución<sup>32</sup>. Sin embargo, como bien ya se ha indicado con anterioridad, la creación de este nuevo Registro electrónico de voluntades digitales se convirtió en objeto de conflicto sustentado en el reparto competencial de nuestro Estado plurilegislativo. Dentro de este marco, para abordar este tema, es necesario hacer una recapitulación al Recurso de inconstitucionalidad nº 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código Civil de Cataluña.

#### VIII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) DE 17 DE ENERO DE 2019

Al hilo de lo expuesto en el apartado anterior, la Abogacía del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, presentó un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la LVD de Cataluña, en concreto:

- El artículo 6 de la LVD, ya que introduce el artículo 411.10.3.b) del libro cuarto del CCCAT;
- El artículo 8 de la LVD, por introducir el artículo 421.24.1 del libro cuarto del CCCAT;
- El artículo 10 de la LVD, por añadir la disposición adicional tercera al libro cuarto del CCCAT;
- El artículo 11 de la LVD, por adicionar la disposición adicional quinta y la disposición final primera, ésta última referida al desarrollo reglamentario de la LVD, al libro cuarto del CCCAT.

El objeto del recurso es la creación, a través del artículo 10 de la LVD, de un nuevo registro, más concretamente del registro electrónico de voluntades digitales. Así pues, el fundamento de este recurso de inconstitucionalidad es exclusivamente competencial.

La Abogacía del Estado entiende que este registro no es administrativo, y por lo tanto con efectos de mera publicidad, sino que se trata de un registro jurídico de derecho civil y que por tanto produce efectos jurídicos sustantivos sobre las

relaciones privadas y que, por tanto, su regulación por parte de la legislación catalana invade una competencia estatal exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos expresamente contemplada en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Sobre este asunto ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional considerando que las comunidades autónomas sí tienen facultad para crear registros administrativos instrumentales que coadyuven al efectivo ejercicio de sus competencias (SSTC 71/1983, de 29 de julio; 156/1993, de 6 de mayo; 103/1999, de 3 de junio; 31/2010, de 28 de junio, y 4/2014, de 16 de enero<sup>33</sup>). Al hilo de lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que las comunidades autónomas sí pueden asumir en materia registral la competencia ejecutiva. De hecho, en el caso de Cataluña ya ha habido precedentes sobre este asunto y en las que ha asumido competencias ejecutivas en relación con el registro civil y el registro de la propiedad. Esta competencia autonómica de ejecución en materia de registros públicos de derecho privado abarca la aplicación de los criterios de ordenación que fije la legislación estatal, entendida en sentido material (STC 103/1999<sup>34</sup>), la cual podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente, pudiendo el Estado retener para sí las actuaciones concretas en el ámbito de la coordinación y de la ejecución que resulten necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios (STC 31/2010<sup>35</sup>).

Por su parte, los representantes del Parlamento y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña se opusieron a dicho recurso al considerar que los preceptos de la LVD que la Abogacía del Estado impugnaba no incurrieran en el exceso competencial que se le imputaba y que ésta se llevaba a cabo atendiendo a las facultades que la propia Constitución les otorgaba. A tal efecto, defendían que el registro electrónico de voluntades digitales no era un registro de derecho privado, sino un registro administrativo y que por tanto para su creación y ordenación es competente la comunidad autónoma de Cataluña. Su argumento principal versaba en que el registro en cuestión se concibe como un simple instrumento administrativo conectado a una competencia material de la comunidad autónoma y que fue creado con la finalidad de facilitar el conocimiento de las voluntades digitales. A tal efecto, no existe ninguna invasión ni menoscabo de la competencia estatal.

En resumidas cuentas, el verdadero objeto de la disputa radica en el verdadero sentido que debe darse a la naturaleza jurídica del registro electrónico de voluntades digitales creado por la LVD. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional debió resolver sobre la controversia competencial que acabó con la Sentencia del Tribunal Constitucional, del Pleno, de 17 de enero de 2019<sup>36</sup> a través de la cual estimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Abogacía del Estado y declarando la inconstitucionalidad y nulidad de algunos de los preceptos de la LVD, concretamente los artículos: 1. Del artículo 6, en cuanto a la redacción dada al artículo 411.10.3, letra b), del libro cuarto del Código civil

de Cataluña («Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que se debe inscribir en el registro electrónico de voluntades digitales»); 2. Del artículo 8, en cuanto a la redacción dada al artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo texto legal, cuando dispone «y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales»; 3. Del artículo 10, que incorpora a dicho Código la disposición adicional tercera del libro cuarto; 4. Del artículo 11, que añade al texto legal la disposición final quinta del libro cuarto; 5. De la disposición adicional primera.

Sobre esta línea, es conveniente mencionar a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO quien ha señalado, a mi entender de una manera muy idónea, que «la inscripción del negocio jurídico recogido en el documento de voluntades digitales tiene, pues, carácter constitutivo, es decir, es un requisito *sine qua non* para la eficacia del mencionado negocio jurídico *mortis causa* [...] no parece que se pueda albergar la menor duda sobre la eficacia civil o sustantiva del Registro electrónico de últimas voluntades, puesto que el mismo es causa para la eficacia de un negocio jurídico *mortis causa* especial, cuya especialidad radica en que se limitaba a designar a un sucesor contractual del causante». Además especifica que «la ordenación que la Ley 10/2017 establece para el Registro electrónico de voluntades digitales no limita sus efectos a informar de la existencia de un documento de últimas voluntades digitales del causante, sino que —como ya he dicho— su eficacia va más allá, puesto que sin la inscripción de la que informa lo dispuesto en ese documento, la legitimación que en el mismo se concede a la persona designada para ser el único interlocutor de los operadores de servicios digitales existentes en el momento el fallecimiento, no tendría lugar. En efecto, se prevé que los documentos de voluntades digitales sin inscribir en el Registro creado *ad hoc* carecen de esa eficacia legitimadora de las personas designadas en los mismos [...] en verdad lo que ocurre es que la eficacia informativa de este Registro no es sino una consecuencia necesaria de su eficacia civil o sustantiva, puesto que es la forma de garantizar que la voluntad digital recogida en el documento prevalezca frente a la legitimación que derivaría en su caso a favor de los sucesores *mortis causa* legales del causante»<sup>37</sup>.

## IX. TESTAMENTO DIGITAL

Antes de adentrarnos en el tema del testamento digital es necesario hacer mención del llamado patrimonio digital o bienes digitales. A saber, todos conocemos los perfiles de Facebook, X (antes Twitter), LinkedIn e incluso WhatsApp, que aunque muchas personas no son conscientes de ello, WhatsApp es una red social.

En Francia denominan a este patrimonio digital, a mi entender de una forma más apropiada y entendible, como bienes digitales, los cuales se integran en el patrimonio personal del individuo y no en uno distinto. De este modo, cabe recordar como en el derecho español solo la ley puede generar patrimonios separados, por lo tanto el patrimonio digital forma parte del patrimonio personal si bien es un patrimonio con ciertas especialidades.

Este patrimonio digital que es susceptible de sucesión debe centrarse pues en los activos digitales, es decir, todos aquellos datos no personales con valor económico. Por su parte, en el ámbito estatal, la regulación establecida en el artículo 96.1.a) de la LOPDGDD ha resultado ser, a mi parecer, un tanto ambigua, ya que lo que se establece es más una presunción de consentimiento en favor de las personas en ella señaladas para que puedan acceder a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas.

De lo preceptuado por el propio artículo 96 LOPDPGDD parece que se está refiriendo más «a una suerte de mandato y no de un testamento»<sup>38</sup>. Sin embargo, se da la paradoja de que en derecho común no se regula lo que viene a ser un mandato post-mortem.

Llegados a este punto, surge la cuestión de cuáles son las opciones disponibles para manifestar nuestras voluntades digitales. Existen diversas posturas doctrinales al respecto. Por un lado, autores como PRENACETA sugieren la redacción de un testamento con el contenido general y otro, similar al codicilo propio de Cataluña, Baleares y Navarra, para las disposiciones específicas del legado digital. De esta manera, no se comprometerían las claves de acceso, ya que, como indica PRENACETA, «El testamento se debe abrir y leer en presencia de todos los herederos, que además tienen derecho a copia de los mismos, por lo que al hacerlo en documento aparte para el único beneficiario se preserva que sólo éste, y no todos, tenga acceso a las mencionadas claves»<sup>39</sup>. No obstante, considero que, si atendemos al contenido del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante, RN), y más concretamente en su artículo 226, cierto es que el heredero tendría derecho a obtener copia de ambos documentos. Sin embargo, para proteger la información sobre ciertos datos personales del causante que no desea que sean revelados a aquellos que legítimamente tienen derecho a obtener el testamento, bastaría con que el testador incluyera en el documento que contiene las disposiciones específicas para el legado digital una cláusula especial que prohíba expresamente la obtención de cualquier copia de la disposición testamentaria en la que se revelen las claves de acceso a cualquier persona que no sea el encargado de gestionarlas.

Por otro lado, autores como ROSALES DE SALAMANCA<sup>40</sup> proponen la creación de un servicio notarial para almacenar nuestros nombres, usuario, contraseñas, etc., que serían depositados ante un notario y, en última instancia, registrados en el Registro General de Actos de Última Voluntad<sup>41</sup>.

No obstante, esta postura que permite que las disposiciones se encuentren en un documento distinto al testamento notarial ha sido criticada por autores como GARCÍA HERRERA. Este autor argumenta que podría surgir una colisión entre la prevalencia temporal o funcional de una u otra designación y, sobre todo, que podría fomentar el fraccionamiento de la sucesión de la persona<sup>42</sup>. Por otro lado, una doctrina dominante, establecida por CÁMARA LAPUENTE, sostiene que el instrumento idóneo sigue siendo el testamento. Además, señala que puede hacerse uso de una institución propia de Navarra, como es el heredero de confianza<sup>43</sup>.

En cualquier caso, las voluntades digitales mencionadas al inicio de este apartado, si se incluyen en una cláusula estilo o un poder preventivo, podrían ser referenciadas en cualquier testamento futuro. Sin embargo, en la práctica, encontramos importantes inconvenientes relacionados con que las voluntades digitales estén únicamente contenidas en un testamento. Por un lado, la práctica habitual, respaldada por recomendaciones de seguridad, es cambiar las contraseñas periódicamente. Si incorporamos nuestras contraseñas en un testamento, puede suceder que, al abrirse el testamento, estas contraseñas no coincidan. Además, todos los legitimados a la herencia podrían tener copia del testamento y, por ende, conocimiento de las contraseñas.

Por ello, algunos autores consideran que el testamento debe referirse a las voluntades digitales, pero debe ser complementado con un servicio de alojamiento para contraseñas y demás datos confidenciales relacionados con las voluntades digitales. Este servicio, gestionado a través del notario, debería tramitarse mediante ANCERT. Además, es relevante mencionar la entrada en vigor de la nueva ley de digitalización de actuaciones notariales y registrales (en adelante, LD)<sup>44</sup>, que establece que este proceso se realizará a través del Portal Notarial del Ciudadano.

En cuanto al testamento digital, considero que es necesario adoptar un comportamiento proactivo y ser conscientes de su utilidad y de la creciente importancia que irá adquiriendo con el paso del tiempo. Incluso hoy en día es probable que al abrirse la sucesión se requiera gestionar la huella digital del causante.

## X. TESTAMENTO ELECTRÓNICO<sup>45</sup>

Diferente del testamento digital es el comúnmente conocido (o nombrado) como testamento electrónico. Dentro de esta categoría de testamento vamos a

distinguir entre, por una parte, los testamentos realizados en formato electrónico u ológrafo electrónico y, por otra parte, el testamento electrónico propiamente dicho.

En cuanto a la primera clase, su finalidad era permitir testar en ausencia de testigos. Esta fórmula testamentaria fue regulada de manera muy simple y para casos muy específicos en una constitución de Valentiniano III, Emperador de Occidente. La doctrina mayoritaria coincide en que no existe ningún otro precedente, ni legislativo ni jurisprudencial<sup>46</sup>, de esta modalidad de testar y que “la constitución que nos ocupa representa la primera fuente jurídica, que menciona como verdadero testamento una declaración de última voluntad completamente autógrafa y sin testigos”<sup>47</sup>.

En las Partidas se admite el testamento justinianeo del padre entre sus hijos, siendo el testamento ológrafo el otorgado de forma manuscrita y firmado por el padre que testa a favor de sus hijos, conocido como «*testamento parentum inter liberos*». Posteriormente, se entiende que la Ley 3ª de las de Toro, al haber silenciado esta forma testamentaria, la derogó<sup>48</sup>. No obstante, en el derecho castellano no se reconocería hasta su inclusión en el Código Civil de 1889.

Tomando como referencia la actual regulación del testamento ológrafo en el Código Civil, concretamente su artículo 688, se prevé la autografía total. Sin embargo, se ha debatido si es necesario que este sea escrito a mano, ya que el propio cuerpo legal no especifica que deba estar escrito en soporte papel. Sobre este asunto, autores como CASTÁN TOBEÑAS han defendido que el soporte debería ser en papel, argumentando que la delimitación a los dieciocho años era justamente para evitar que los menores abusaran del testamento ológrafo y porque hasta aproximadamente la mayoría de edad no están claramente determinados los rasgos caligráficos de cada persona<sup>49</sup>.

Otro argumento a favor de que el testamento ológrafo debería ser escrito a mano es lo dispuesto en el actual artículo 62 de la Ley del Notariado (en adelante, LN), ya que una de las pruebas para autenticar el testamento es la prueba pericial caligráfica, lo cual sería difícil de realizar con un documento informático.<sup>50</sup>

#### X.1. PRECEDENTES LEGALES DEL COMMON LAW

La jurisprudencia del Common Law ha adoptado una postura más flexible en la concesión de testamentos, superando los estrictos formalismos y permitiendo una nueva interpretación de las normas. Así, se puede observar cómo los jueces reflexionan sobre los casos que les son presentados e interpretan las normas de manera que favorecen la preservación del acto testamentario.

Entre otros casos, se encuentra el de *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor* NSWSC 594. Los hechos son los siguientes: en septiembre de 2010, la madre de Daniel encontró el cuerpo de su hijo en la propiedad de Queens Park, y la policía confirmó que se trataba de un suicidio. Durante las investigaciones la policía halló, entre otras cosas, el ordenador portátil de Daniel y registró el contenido de su disco duro. Entre las carpetas de documentos creados por el fallecido, se encontró en archivo electrónico en formato «word», denominado «will.doc». Tras las investigaciones pertinentes, la Corte lo consideró un testamento auténtico<sup>51</sup>.

Otro caso relevante en este ámbito es el de *Yu* [2013] QSC 322, decidido conforme a la *Succession Act* de 1981 (secciones 10 y 18) por la Corte Suprema de Queensland en Brisbane, Australia. En este caso, Karter Yu se suicidó en 2011. Momentos antes de su muerte, Karter Yu creó, utilizando la aplicación de notas de su dispositivo móvil, entre otros documentos, el que sería su testamento. Este documento fue encontrado por el hijo del fallecido, quien rápidamente inició las acciones legales pertinentes para que la Corte validara dicho documento como un auténtico testamento.

La Corte señaló que la Sección 10 de la *Succession Act* de 1981 especifica los requisitos para la ejecución de un testamento válido. Sin embargo, la Sección 18 del mismo cuerpo legal establece que, si la Corte está convencida de que la persona tenía la intención de que cierto documento fuera su testamento, este será considerado como tal si contiene las disposiciones testamentarias del fallecido. En este caso, la Corte basó su fallo para otorgar validez a un testamento electrónico creado y almacenado en un teléfono móvil en dos cuestiones fundamentales: primero, que el documento, a pesar de estar en formato electrónico, contenía la disposición de «Ésta es la última voluntad y el último testamento...»<sup>52</sup>; y segundo, que el documento fue creado momentos después de que el fallecido enviara varios mensajes electrónicos despidiéndose de sus familiares y amigos a través de su teléfono móvil<sup>53</sup>.

Si dirigimos nuestra atención a Estados Unidos, observamos la incorporación de una normativa armonizadora, la «Uniform Electronic Wills Act» (Ley Uniforme de Testamentos Electrónicos), que ha sido adoptada por varios estados. Entre estos estados se encuentra Arizona, que en 2018 revisó su código testamentario para introducir la posibilidad de realizar testamentos electrónicos. En consecuencia, en Arizona, se requiere que dichos testamentos sean notarializados electrónicamente y que su custodia quede exclusivamente en manos de un custodio cualificado, excluyendo a cualquier otra persona<sup>54</sup>. Por otro lado, en Indiana, se sugiere la utilización de un custodio cualificado, aunque no es un requisito obligatorio.

En Canadá, también se ha abordado la cuestión del testamento electrónico. La Corte Suprema ha reconocido la validez de un documento electrónico almace-

nado en un dispositivo, incluso si no cumple con los requisitos formales de firma, basándose en la relevancia del contexto fáctico<sup>55</sup>. En Nevada, se considera válido un testamento guardado en formato electrónico, con fecha y firma electrónica, siempre que cumpla al menos uno de los siguientes requisitos: a) contener un signo de autenticación único del testador; b) incluir una firma electrónica con el sello electrónico del notario; o c) contar con la firma electrónica de dos o más testigos, ya sea de manera presencial o remota<sup>56</sup>.

El Estado de Florida, adoptando una postura más garantista, permite desde 2020 la creación de testamentos electrónicos. Estos deben ser firmados en presencia de dos testigos y pueden ser realizados mediante videoconferencia, siempre bajo la supervisión de un notario. Además, el testador debe: a) declarar que no se encuentra bajo la influencia de drogas o alcohol y b) identificar a las personas presentes en la sala. En cualquier caso, el testamento debe ser depositado ante un custodio cualificado<sup>57</sup>. Con todo, puede afirmarse que en el mundo anglosajón se prioriza la voluntad del testador, aunque se omitan ciertos requisitos formales.

Algunos países también regulan el testamento electrónico, aunque de manera marginal. Por ejemplo, en la Ciudad de México, el 4 de agosto de 2021, la Gaceta Oficial de la Ciudad de México publicó diversas reformas al Código Civil para el Distrito Federal, permitiendo y regulando el otorgamiento de testamentos a través de la firma electrónica avanzada y mediante dispositivos electrónicos. No obstante, esta opción solo podrá llevarse a cabo en casos muy específicos, concretamente: a) cuando el testador se encuentre ante peligro inminente de muerte; b) cuando sufra una enfermedad grave o contagiosa; c) cuando haya sufrido lesiones que pongan en riesgo su vida; o d) cuando se encuentre en un lugar al que, por una situación excepcional, no se pueda acceder en persona<sup>58</sup>.

## X.2. REGULACIÓN Y CRÍTICAS DEL TESTAMENTO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

Regresando a España, es pertinente señalar que, tal y como LLOPIS BENLLOCH afirma, el testamento electrónico como tal no existe<sup>59</sup>. Es cierto que se podría debatir si el testamento cerrado electrónico, regulado por el artículo 421-14.2 del Código Civil catalán, puede considerarse un testamento electrónico. Sin embargo, este ha sido fuertemente criticado por la doctrina debido a que no garantiza la perdurabilidad del soporte ni la vigencia del certificado digital<sup>60</sup>.

En lo que respecta al testamento online, es importante destacar que, a partir de la publicación de la Ley de Digitalización, el testamento electrónico se admite en España para un supuesto específico. Es decir, se puede realizar un testamento por videoconferencia únicamente en caso de epidemia declarada y mientras haya

confinamiento<sup>61</sup>. Sin embargo, es imprescindible resaltar que este tipo de testamento por videoconferencia no ha sustituido al testamento clásico en tiempos de epidemia, regulado por el artículo 701 del Código Civil. Por lo tanto, se puede afirmar que se trata de dos tipos de testamento distintos.

En cualquier caso, no se trata de una innovación completa, ya que el artículo 65.5 LN, al regular los testamentos orales en peligro de muerte, prevé la posibilidad de que la última voluntad se consigne en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero. Por lo tanto, ya podría considerarse un testamento, en cierto modo, en formato electrónico, aunque ciertamente se use poco o nada en la práctica.

No obstante, existen diversas críticas respecto a la implementación de un testamento otorgado a distancia. En primer lugar, es necesario mencionar la orientación notarial. Como se ha señalado con anterioridad, el testamento se caracteriza por la unidad de acto, lo cual garantiza que el testador esté plenamente consciente de la decisión que toma y que, además, reciba una adecuada orientación. Según lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento Notarial (RN), una de las misiones de los notarios, como profesionales del Derecho, es «asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar». Sin embargo, la Ley de Digitalización no ha establecido ningún procedimiento telemático mediante el cual el notario pueda desempeñar esta importante función, que hasta ahora se realiza de manera presencial.

En segundo lugar, es adecuado plantear el juicio de capacidad que corresponde realizar al notario. Es evidente, y la práctica lo confirma, que el comportamiento de una persona varía considerablemente dependiendo de si se encuentra en una interacción presencial o a través de videoconferencia. Este fenómeno se extiende también al testador, lo que plantea una interrogante crucial: ¿cómo puede el notario llevar a cabo un juicio de capacidad con las garantías necesarias si la persona se encuentra en una videoconferencia? La responsabilidad del notario consiste en asegurarse de que el testador emita su consentimiento de manera informada y libre de cualquier influencia indebida<sup>62</sup>. Por lo tanto, surge la pregunta de cómo puede el notario certificar que, en caso de que el testador no se encuentre físicamente presente, no exista alguien en el mismo espacio que lo esté coaccionando para que haga un testamento de acuerdo con determinadas instrucciones. Por esta razón, considero fundamental excluir la posibilidad de utilizar videoconferencia para la formalización de testamentos ordinarios.

En tercer lugar, la crítica se centra en la identificación y firma. Autores como SILVERIO SANDOVAL abogan por el uso de la denominada firma biométrica, que consiste en la firma manuscrita registrada sobre un soporte digital. Para que

esta firma sea válida, debe cumplir con tres requisitos fundamentales: en primer lugar, debe ser posible verificar la autenticidad de la firma, es decir, comprobar su autoría; en segundo lugar, debe realizarse un análisis exhaustivo del proceso de su obtención y conservación, asegurando que no haya existido manipulación posterior, garantizando así su integridad; y, en tercer lugar, el documento debe ser verificable y estar disponible en tiempo y forma adecuados, de manera que se pueda presentar cuando sea necesario, y permitir, en su caso, la realización de peritajes que respalden su autenticidad, lo que asegura la adecuada custodia del mismo<sup>63</sup>.

En este contexto, si se llegara a aceptar la firma biométrica, se consideraría una firma electrónica, la cual se encuentra regulada por el Reglamento UE 91/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior<sup>64</sup>. No obstante, lo que queda claro es que el notario debe mantenerse atento a la firma biométrica, dado que no ofrece las mismas garantías que la firma manuscrita tradicional. En ningún caso debe admitirse como válida una copia o imagen escaneada de una firma manuscrita, ya que esto no garantiza la autenticidad ni la seguridad del testamento.

En cuarto lugar, es pertinente abordar el soporte del testamento electrónico y su conservación. Algunos autores, como CÁMARA LAPUENTE, sostienen que resulta posible y aceptable dentro de nuestro ordenamiento jurídico la existencia del testamento ológrafo digital, el cual podría incluir una firma manuscrita realizada sobre la pantalla de un dispositivo<sup>65</sup>. Este planteamiento se basa en el hecho de que el artículo 688 del Código Civil no establece requisitos específicos respecto al soporte en el que debe formalizarse el testamento. Incluso, se considera viable la utilización de una firma electrónica, ya que el ordenamiento jurídico le otorga el mismo valor y efectos que a la firma manuscrita<sup>66</sup>. Como argumento adicional, se menciona la regulación de las memorias testamentarias con firma electrónica en el Código Civil de Cataluña, lo que refuerza la viabilidad de esta modalidad.

En quinto lugar, es fundamental tratar el problema de la jurisdicción. En la actualidad, el artículo 3 RN limita la jurisdicción de los notarios al distrito notarial en el que se encuentra ubicada su notaría, lo cual resulta, a priori, incompatible con un otorgamiento testamentario realizado de forma telemática.

Finalmente, me gustaría referirme a la cuestión de la identificación del interesado. Conforme al artículo 23 del Reglamento Notarial, el notario tiene la obligación de verificar la identidad de las partes involucradas. Sin embargo, en la legislación vigente, no existe ningún mecanismo regulado que garantice que el interesado actúa en su propio nombre<sup>67</sup>, lo que plantea un desafío en el contexto de la formalización electrónica de documentos.

## XI. CONCLUSIONES

El presente estudio ha abordado la compleja cuestión de la sucesión de las redes sociales y la gestión del patrimonio digital tras el fallecimiento del titular. A lo largo del análisis, se han identificado varios aspectos clave que merecen ser destacados:

- I. La identidad digital, también conocida como identidad online se ha consolidado como una extensión de la identidad física de las personas. Este concepto abarca no solo los datos básicos inherentes a una persona, sino también la huella digital que se deja en la red a través de la interacción y creación de contenido. La identidad digital ha adquirido una relevancia significativa en la sociedad actual, influyendo tanto en la vida personal como profesional de los individuos.
- II. Impacto de las Redes Sociales: Las redes sociales han evolucionado hasta convertirse en plataformas fundamentales para la interacción no solo social sino también la profesional. Estas plataformas no solo facilitan la comunicación multidireccional, sino que también almacenan una gran cantidad de información, tanto personal como profesional, lo que plantea importantes desafíos en términos de protección de datos y gestión del patrimonio digital tras el fallecimiento del titular.
- III. La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), ha introducido disposiciones específicas para la gestión de los datos de personas fallecidas. Aunque el Reglamento (UE) 2016/679 excluye explícitamente a las personas fallecidas de su ámbito de aplicación, la LOPDGDD permite a los herederos y personas vinculadas al fallecido solicitar el acceso, rectificación o supresión de sus datos personales, siempre que no exista una prohibición expresa del causante.
- IV. La creciente digitalización de la sociedad ha llevado a la creación de nuevos derechos digitales, que buscan asegurar la protección de los derechos individuales y colectivos en el entorno digital. La LOPDGDD y la Ley catalana 10/2017 de 27 de junio, que regula las voluntades digitales, son ejemplos de esfuerzos legislativos para adaptar el marco jurídico a las nuevas realidades digitales.
- V. La herencia digital plantea nuevos desafíos en comparación con la herencia tradicional. El contenido del patrimonio digital incluye no solo fotos, vídeos y textos compartidos en redes sociales, sino también activos digitales con valor económico, como criptomonedas y NFTs. La legislación actual debe evolucionar para incluir y regular adecuadamente estos nuevos tipos de bienes.

- VI. El testamento digital y el testamento electrónico son conceptos distintos que requieren una regulación específica. Mientras que el testamento digital se refiere a las disposiciones sobre el patrimonio digital del causante, el testamento electrónico abarca tanto los testamentos realizados en formato electrónico como los testamentos ológrafos electrónicos. La implementación de estos testamentos plantea desafíos en términos de autenticidad, integridad y custodia de los documentos.
- VII. La posible implementación de testamentos otorgados a distancia ha sido objeto de diversas críticas. Entre ellas, se destacan la necesidad de asegurar un adecuado asesoramiento notarial, la dificultad de realizar un juicio de capacidad a través de videoconferencia, y los desafíos relacionados con la identificación y firma del testador. Además, la jurisdicción limitada de los notarios y la falta de mecanismos legislativos para garantizar la identidad del interesado plantean obstáculos adicionales.

En resumen, la sucesión de las redes sociales y la gestión del patrimonio digital tras el fallecimiento del titular son cuestiones complejas que requieren una adaptación continua del marco jurídico. La evolución de la identidad digital, la protección de los datos de personas fallecidas y la regulación de los testamentos digitales y electrónicos son aspectos fundamentales que deben ser abordados para asegurar una adecuada protección de los derechos de los individuos en el entorno digital.

## XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 71/1983, de 29 de julio.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 156/1993, de 6 de mayo.
- STC 242/1994, de 20 de junio.
- STC 103/1999, de 3 de junio.
- STC 31/2010, de 28 de junio
- STC 4/2014, de 16 de enero
- STC 7/2019, de 17 de enero.
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 1943.
- STS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 1981.
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 1994.
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 2001.
- Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594. Disponible en: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/54a637ad3004de94513d9a45>.

- Jason Yu [2013] QSC 322. Disponible en: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2013/322/pdf-view>
- Hubschi Estate [2019] BCSC 2040. Disponible en: <https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/19/20/2019BCSC2040.htm> [Consulta: 18 diciembre 2024].

### XIII. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. (2021). *Carta de Derechos Digitales*. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_ReadEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_ReadEs.pdf) [Consulta: 20 de febrero 2025].
- AAVV. LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir). (2009). Elementos de derecho civil. Tomo V: sucesiones. Madrid: Dykinson.
- AGUAS VALERO, G. (2022). El testamento digital. *Revista de Derecho Aragonés*, núm. 28, 65-90.
- ALPA, G. (2015). *Manuale di Diritto privato*. Milán: Wolters Kluwer CEDAM.
- (2017). L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione. *Contratto e impresa*, vol. 3, 723-727.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2021). Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, 76-82.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 317-334.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión mortis causa en el patrimonio digital. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59, 375-432.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2015). *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, vol. 2, 9ª edición revisada y puesta al día por A.M. Román García. Madrid: Ed. Reus.
- ESPINO BERMELL, C. (2017). *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*. Madrid: Ed. Reus.
- GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas. *Actualidad Civil*, núm. 5, 1-14.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (2018). La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, vol. I, 1-54.
- JOU MIRABENT, L. (2009). Art.421-14. En: J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. I. Barcelona: Atelier (pp.209-215)
- LLEONART CASTRO, J. (2023). Algunas cuestiones prácticas sobre la transmisión “mortis causa” del patrimonio digital. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 116, 199-236.

- LLOPIS BENLLOCH, J.C. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. En: R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coord.), *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro. Colección Desafíos Legales, [En línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/657167.pdf> (pp. 45-52).
- (2018). El notario ante la identidad y la capacidad digital. En: M.A. Fernández Scagliusi (coord.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi (pp. 181-189)
- LOZARES COLINA, C. (1996). La teoría de las redes sociales. *Papers: revista de sociología*, núm. 48, 103-126.
- PETER BURGESS, J., FLORIDI, L., POLS, A., y VAN DEN HOVEN, J. (2018) Informe del Ethics Advisory Group. Disponible en: [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/ethical-framework/ethics-advisory-group-report-2018\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/ethical-framework/ethics-advisory-group-report-2018_en)
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (2018). Identidad y persona en la Sociedad digital. En: T. de la Quadra-Salcedo y J.L. Piñar Mañas (dirs.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, (pp. 95-136).
- PRENACETA RODRÍGUEZ, J. (2014). Legado digital ante notario. Disponible en: <https://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/> [Consulta: 15 abril 2024].
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2016). Testamento digital. En: R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coord.), *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro. Colección Desafíos Legales, [En línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/657167.pdf> (pp. 26-38).
- El Servicio de hosting que deberían prestar los Notarios. Disponible en: <https://www.franciscorosales.es/notario-3-0/deben-los-notarios-dar-servicio-de-hosting/>
- SAMPER POLO, F. (1968). La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar. *Anuario de historia del derecho español*, núm. 38, 87-227.
- SÁNCHEZ COLLADO, E. (2021). Aproximación al testamentum per holographam scripturam. En: J. García Sánchez (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Vol. 8 (Derecho de sucesiones). Portugal: Coimbra Editora Lda (pp. 1503-1522)
- SERRANO COPETE, J. (2024). *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*. Valencia: tirant lo blanch.
- SILVERIO SANDOVAL, J. (2019). El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica. *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 73, núm. 2222, 1-60.
- WOOD, A.F. Y SMITH, M.J. (2005). *Online communication: linking technology, identity, and culture*, Nueva York: Routledge.
- ZATTI, P. (2007). Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale. *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, suplemento al fascicolo 4, 1-32.

## NOTAS

<sup>1</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (2018). La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, vol. I, p. 35.

<sup>2</sup> WOOD, A.F. y SMITH, M.J. (2005). *Online communication: linking technology, identity, and culture*, Nueva York: Routledge, pp. 51-75.

<sup>3</sup> Sobre la evolución del concepto de identidad se ha pronunciado ZATTI afirmando que es evidente que el término identidad se usa con significados diferentes, por corresponderse con diversas «dimensiones» de la identidad (biológica, personal, antropológica, cultural). ZATTI, P. (2007). Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale. *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, supplemento al fascicolo 4, p. 2.

<sup>4</sup> ALPA, G. (2017). L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione. *Contratto e impresa*, vol. 3, p. 723.

<sup>5</sup> ALPA, G. (2015). *Manuale di Diritto privato*. Milán: Wolters Kluwer CEDAM, p. 175.

<sup>6</sup> LLOPIS BENLLOCH, J.C. (2018). El notario ante la identidad y la capacidad digital. En: M.A. Fernández Scagliusi (coord.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 183.

<sup>7</sup> Arts. 15 y 18 Constitución Española.

<sup>8</sup> LOZARES COLINA, C. (1996). La teoría de las redes sociales. *Papers: revista de sociología*, núm. 48, p. 108.

<sup>9</sup> PETER BURGESS, J., FLORIDI, L., POLS, A., y VAN DEN HOVEN, J. (2018) Informe del Ethics Advisory Group. Disponible en: [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/ethical-framework/ethics-advisory-group-report-2018\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/ethical-framework/ethics-advisory-group-report-2018_en). [Consulta: 3 de enero 2025].

<sup>10</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. (2018). Identidad y persona en la Sociedad digital. En: T. de la Quadra-Salcedo y J.L. Piñar Mañas (dirs.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, p. 106

<sup>11</sup> Considerando V del Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

<sup>12</sup> Considerando 27 del 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)

<sup>13</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>14</sup> Fundamento jurídico cuatro de la STC 242/1994, de 20 de junio.

<sup>15</sup> Concepto que se recoge en numerosos preceptos del Corpus Iuris. Vid. C. 3, 33, 14. Dig. 50, 16, 24 (Gayo, Ed. Prov.XIV).

<sup>16</sup> Dig. 50, 17, 62 (Juliano VI, Digesto)

<sup>17</sup> STS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 1981. También pueden verse: STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 1943; STS (Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 1994; STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 2001.

<sup>18</sup> AAVV. LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir). (2009). Elementos de derecho civil. Tomo V: sucesiones. Madrid: Dykinson, p. 26.

<sup>19</sup> AAVV. (2021). *Carta de Derechos Digitales*. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf) [Consulta: 20 de febrero 2025].

<sup>20</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos

personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (DOUE, núm. 119, de 4 de mayo de 2016)

<sup>21</sup> Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (DOUE, núm. 119, de 4 de mayo de 2016)

<sup>22</sup> Considerando 27 de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. La exclusión de la aplicación del contenido del Reglamento de la UE a los casos de personas fallecidas también se puede encontrar en los Considerandos 158 «El presente Reglamento también debe aplicarse al tratamiento de datos personales realizado con fines de archivo, teniendo presente que no debe ser de aplicación a personas fallecidas», 160 «[...] la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos, teniendo en cuenta que el presente Reglamento no es de aplicación a personas fallecidas».

<sup>23</sup> Considerando 27 de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016

<sup>24</sup> Preámbulo, V, tercer párrafo LOPDPGDD.

<sup>25</sup> Sobre este tema debe tenerse en cuenta que el propio artículo 2.2.b) de la LOPDPGDD por una parte, excluye, y por la otra, excepciona su ámbito de aplicación, derivando el contenido de su excepcionalidad a los casos previstos en el artículo 3 de su mismo cuerpo legal.

<sup>26</sup> Véase. Artículo 96 LOPDPGDD.

<sup>27</sup> Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña (BOE, núm. 173, de 21 de julio de 2017)

<sup>28</sup> Preámbulo I, segundo párrafo LVD.

<sup>29</sup> Preámbulo II, cuarto y quinto párrafo LVD.

<sup>30</sup> Párrafo 7 del apartado II del Preámbulo de la LVD.

<sup>31</sup> Este precepto se añadió por el artículo 10 de la LVD en el Libro cuarto del CCCAT, a través de la Disposición adicional tercera. Actualmente esta disposición está declarada inconstitucional y nula por la STC 7/2019, de 17 de enero.

<sup>32</sup> Apartado 6 de la Disposición adicional tercera del CCAT, en la actualidad nula por la STC 7/2019, de 17 de enero.

<sup>33</sup> STC 71/1983, de 29 de julio; STC 156/1993, de 6 de mayo; STC 103/1999, de 3 de junio STC 31/2010, de 28 de junio; STC 4/2014, de 16 de enero.

<sup>34</sup> STC 103/1999, de 3 de junio.

<sup>35</sup> STC 31/2010, de 28 de junio

<sup>36</sup> BOE, número 39, 14 de febrero de 2019, 14535 a 14552.

<sup>37</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 317-334.

<sup>38</sup> LLEONART CASTRO, J. (2023). Algunas cuestiones prácticas sobre la transmisión “mortis causa” del patrimonio digital. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 116, 199-236.

<sup>39</sup> PRENACETA RODRÍGUEZ, J. (2014). Legado digital ante notario. Disponible en: <https://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/> [Consulta: 15 abril 2024]. Esta tesis también es seguida por LLOPIS BENLLOCH, Véase. LLOPIS BENLLOCH, J.C. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. En: R. Oliva León y S.

Valero Barceló (Coord.), *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro. Colección Desafíos Legales, [En línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/657167.pdf> (pp. 45-52).

<sup>40</sup> ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2016). Testamento digital. En: R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coord.), *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro. Colección Desafíos Legales, [En línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/657167.pdf> (pp. 26-38).

<sup>41</sup> ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. El Servicio de hosting que deberían prestar los Notarios. Disponible en: <https://www.franciscorosaes.es/notario-3-0/deben-los-notarios-dar-servicio-de-hosting/> [Consulta: 20 abril 2024].

<sup>42</sup> GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas. *Actualidad Civil*, núm. 5, 1-14.

<sup>43</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión mortis causa en el patrimonio digital. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59, p. 415.

<sup>44</sup> Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE núm. 110 de 9 de mayo de 2023)

<sup>45</sup> Este texto ha sido extraído de la conferencia impartida por SERRANO COPETE, J. (2023) “El testamento digital: aspectos internacionales y de Derecho comparado”, Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado (CDNIC), Sevilla, España, 9 noviembre 2023. Disponible en: <https://youtu.be/1LBSVrwGTI4>, y que, además, ha sido publicada en su posterior monografía: SERRANO COPETE, J. (2024). *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*. Valencia: tirant lo blanch.

<sup>46</sup> SAMPER POLO, F. (1968). La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar. *Anuario de historia del derecho español*, núm. 38, p. 99.

<sup>47</sup> SÁNCHEZ COLLADO, E. (2021). Aproximación al testamentum per holographam scripturam. En: J. García Sánchez (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Vol. 8 (Derecho de sucesiones). Portugal: Coimbra Editora Lda, p. 1504.

<sup>48</sup> ESPINO BERMELL, C. (2017). *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*. Madrid: Ed. Reus, p. 41.

<sup>49</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. (2015). *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, vol. 2, 9ª edición revisada y puesta al día por A.M. Román García. Madrid: Ed. Reus, pp. 61-62.

<sup>50</sup> Sobre este asunto véase la conferencia impartida por SERRANO COPETE, J. (2023) “El testamento digital: aspectos internacionales y de Derecho comparado”, Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado (CDNIC), Sevilla, España, 9 noviembre 2023. Disponible en: <https://youtu.be/1LBSVrwGTI4>

<sup>51</sup> Véase. Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594. Disponible en: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/54a637ad3004de94513d9a45> [Consulta: 15 mayo 2024].

<sup>52</sup> El texto original es: «*This is the last Will and testament...*».

<sup>53</sup> Véase. Jason Yu [2013] QSC 322. Disponible en: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2013/322/pdf-view> [Consulta: 15 mayo 2024].

<sup>54</sup> Arizona Revised Statutes (ARS) 14-2518. Electronic will; requirements; interpretation. Disponible en: <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/14/02518.htm> [Consulta: 1 junio 2024].

<sup>55</sup> Hubschi Estate [2019] BCSC 2040. Disponible en: <https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/19/20/2019BCSC2040.htm> [Consulta: 18 diciembre 2024].

<sup>56</sup> Nevada Revised Statutes (NRS) 133.085. Electronic will. Disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/nrs/NRS-133.html#NRS133Sec085> [Consulta: 15 mayo 2024].

<sup>57</sup> Florida Revised Statutes (FRS) 732-502. Execution of will y 732-523. Self-proof os electronic will Disponible en: <https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2021/Chapter732/All> [Consulta: 15 mayo 2024].

<sup>58</sup> Artículo 1520 bis Código Civil para el Distrito Federal (Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo de 1926).

<sup>59</sup> LLOPIS BENLLOCH, J.C. (2016). Con la muerte digital no se juega... cit. p.49.

<sup>60</sup> JOU MIRABENT, L. (2009). Art.421-14. En: J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. I. Barcelona: Atelier, p. 214.

<sup>61</sup> Este supuesto lo ha introducido la Ley de digitalización y lo ha añadido a la Ley de Notariado a través del artículo 17.ter.

<sup>62</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2021). Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, p. 78.

<sup>63</sup> SILVERIO SANDOVAL, J. (2019). El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica. *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 73, núm. 2222, p. 29.

<sup>64</sup> Reglamento UE 91/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (DOUE, 28 de agosto de 2014)

<sup>65</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión mortis causa en... cit. p. 413.

<sup>66</sup> Artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica; artículo 24 del Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE; artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.

<sup>67</sup> AGUAS VALERO, G. (2022). El testamento digital. *Revista de Derecho Aragonés*, núm. 28, p. 80.

*Trabajo recibido el 21 de febrero de 2025 y aceptado  
para su publicación el 29 de abril de 2025*

#### FE DE ERRATAS

Advertencia de corrección

Referencia: Generaciones Digitales: El legado sucesorio de las redes sociales, RCDI 809, mayo-junio.

En la versión publicada originalmente de este manuscrito se omitió, por error, la nota a pie de página correspondiente al apartado X (Testamento electrónico, página 1307).

La nota omitida es la siguiente:

“Este texto ha sido extraído de la conferencia impartida por SERRANO COPETE, J. (2023) El testamento digital: aspectos internacionales y de Derecho comparado, Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado (CDNIC), Sevilla, España, 9 de noviembre de 2023 [Disponible en: <https://youtu.be/1LBSVrwGTI4>], y que, además, ha sido publicada en su posterior monografía: SERRANO COPETE, J. (2024). Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado. Valencia: Tirant lo Blanch.”

Este error ha sido subsanado en la versión web.

Actualidad de los MASC  
en el ordenamiento jurídico español:  
el caso especial de la mediación  
y su coexistencia con la inteligencia  
artificial<sup>\*1</sup>

*Current situation of ADR  
in the Spanish legal system: the special  
case of mediation and its coexistence  
with artificial intelligence\**

por

MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ

*Directora Cátedra Cervelló*

*Profesora de Negociación y Derecho Mercantil*

*IE Law School / IE University*

*ORCID ID: 0000-0003-4270-093X*

RESUMEN: Los llamados MASC o Medios Alternativos de Solución de Controversias han recibido un impulso legislativo con la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia en el servicio público de justicia que los coloca, en la mayoría de las ocasiones, como requisito de procedibilidad en la jurisdicción civil. Este trabajo plantea un estudio crítico de cada uno de estos

---

\* Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto de Investigación Proyecto I+D+i Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial PID2021-125466NB-I00 (financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE) y cuya Investigadora Principal es Ana Belén Campuzano Laguillo

MASC y, en concreto, de la mediación, al configurarse como el MASC más complejo y en el que la irrupción de la inteligencia artificial puede cuestionar muchos de sus principios configuradores y del estatuto del mediador. Finalmente, el trabajo termina por abordar los desafíos más apremiantes que la inteligencia artificial plantea en este ámbito, así como los dilemas éticos asociados y nuestra visión sobre el verdadero enfoque innovador de los MASC.

*ABSTRACT: The so-called MASC / ADR or Adequate Dispute Resolution have received a legislative boost with the Organic Law 1/2025, of January 2, of efficiency measures in the public service of justice that places them, in most of the occasions, as a requirement of procedibility in the civil jurisdiction. This work is devoted to a critical study of each of these ADRs and, specifically, of mediation, as it is configured as the most complex ADR and in which the irruption of artificial intelligence may question many of its configuring principles and the mediator's status. Finally, the paper ends by addressing the most pressing challenges that artificial intelligence poses in this field, as well as the associated ethical dilemmas and our vision of the true innovative approach to ADR.*

**PALABRAS CLAVE:** Mediación, Negociación, MASC, digitalización, inteligencia artificial

**KEYWORDS:** *Mediation, Negotiation, ADR, digitalization, artificial intelligence.*

**SUMARIO:** I. LOS MASC TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA. I.1. EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. I.2. TIPOS DE MASC ADMITIDOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO COLABORATIVO. I.3. EL ROL DEL ABOGADO ANTE ESTE PANORAMA. I.4. LA IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN Y DE LA MEDIACIÓN.—II. LA EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MASC EN UN CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. II.1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDIACIÓN: DE LA ASISTENCIA A LA SUSTITUCIÓN. VENTAJAS Y DESAFÍOS. II.2. MODELO DE SMART MEDIACIÓN ASISTIDA. II.3. PRINCIPIOS DE LA SMART MEDIACIÓN Y ESTATUTO DEL SMART MEDIADOR. II.4. UN CASO CONCRETO DE SMART MEDIACIÓN. II.5. DESAFÍOS, ÉTICA E INNOVACIÓN EN LA SMART MEDIACIÓN Y LOS MASC DEL SIGLO XXI.—III. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.

## **I. LOS MASC TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA**

El mundo de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (en adelante, “MASC”) ha dado un giro absoluto en nuestro ordenamiento jurídico tras la publicación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. Esta Ley, además de ocuparse de otras cuestiones, trata de manera mollar el tema de los MASC. Si bien estos medios o mecanismos se han venido utilizando desde el siglo pasado para resolver controversias, es con esta Ley cuando reciben el impulso desconocido en nuestro ordenamiento. El Preámbulo de la Ley destaca que el servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer la vía más adecuada para que los ciudadanos resuelvan sus controversias. En este sentido, la Justicia no debe entenderse exclusivamente como Justicia contenciosa y sí como Justicia eficiente, lo que supone dotar a los ciudadanos de los medios adecuados para soluciones sus conflictos.

La Ley sitúa a los MASC en el mundo del Derecho Colaborativo anglosajón destacando el Preámbulo de la Ley los principios que deben guiar a éste, como la negociación basada en intereses, la confidencialidad, el trabajo en equipo, la renuncia del profesional que asesora en estos medios a intervenir en el proceso si no se llega a un resultado consensuado entre las partes etc.

Además, no debemos desconocer la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Real Decreto, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha ley. El escaso impacto que ha producido en la sociedad civil la importancia de la mediación, tras estos años desde la vigencia de la Ley y el Reglamento, hacen aún más importante la nueva regulación. Además, y no por ello menos importante, no podemos olvidar en este contexto la importancia de la inteligencia artificial y su impacto también en los MASC, por lo que la segunda parte de este trabajo está dedicado al estudio de este impacto, en concreto en la mediación, al ser éste uno de los MASC más utilizados y en el que más efectos e implicaciones puede tener la digitalización y la inteligencia artificial.

### **I.1. EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Una de las novedades que introduce la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, es considerar a los MASC como requisito de procedibilidad en la jurisdicción

civil (artículo 5); esto es, para poder interponer una demanda civil o mercantil es necesario acreditar haber utilizado un MASC, en el sentido que los define la referida Ley. Igualmente, es necesario que haya identidad de objeto e identidad del litigio<sup>1</sup> aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse en la vía judicial pudieran diferir<sup>2</sup>.

Hemos de detenernos en el hecho de que se establezca o imponga como obligatorio el hecho de acudir a un MASC, cuando puede no ser ésta la voluntad de las partes. El hecho de que se imponga obligatoriamente puede diluir el carácter de voluntariedad que ha impregnado siempre la cultura de los MASC haciendo que puedan llegar a convertirse en un requisito puramente burocrático, por el que los ciudadanos deben pasar, antes de la admisión de su demanda; si éste fuera el caso estaríamos haciendo desaparecer las ventajas y bondades de estos medios<sup>3</sup>.

Igualmente, al establecerlos como requisito de procedibilidad (o presupuesto procesal), lo primero que nos viene a la cabeza es considerar si eso supone una alteración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de justicia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010, Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa) señalando los requisitos que deben darse para que quede garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de la obligatoriedad de acudir a un MASC. Esos requisitos son: (i) que el resultado del proceso no sea vinculante para las partes, esto es que el resultado sea aceptado por las partes involucradas; (ii) que el MASC no implique retraso en el ejercicio de la acción judicial; (iii) que se interrumpa la prescripción; (iv) que los gastos que se generen no sean significativos; (v) que se permita el ejercicio de derechos conferidos no limitándolo a un medio electrónico; y (vi) que se puedan adoptar medidas provisionales en los supuestos excepcionales en que la urgencia lo exija.

Además, nuestro Tribunal Constitucional español, al igual que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que la imposición de un MASC con carácter obligatorio no supone una vulneración de la tutela judicial efectiva siempre que se permita la revisión judicial posterior<sup>4</sup>, a lo que añadimos que se cumpla con los requisitos mencionados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, no podrán resolverse por MASC los conflictos que versen sobre materias indisponibles para las partes, pero sí respecto de las previsto en los artículos 102 y 103 Código Civil, sin perjuicio de que deba homologarse el acuerdo alcanzado. Tampoco podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, según lo establecido en el artículo 89.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En cuanto al requisito de procedibilidad, se establecen como excepciones aquellos procesos que tengan por objeto las siguientes materias (artículo 5.2 Ley Orgánica 1/2025): a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales; b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; d) la filiación, paternidad y maternidad; e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; y h) el juicio cambiario.

## **I.2. TIPOS DE MASC ADMITIDOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO COLABORATIVO**

La Ley Orgánica 1/2025 establece (artículo 2) que por MASC se entiende cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en la Ley, a las que las partes acuden de buena fe para solucionar un conflicto ellas mismas o con la intervención de un tercero neutral. Antes de pasar a la tipología es necesario detenernos en un análisis de esta definición. De la misma, llama la atención que se utilice la expresión “actividad negociadora” dando a entender que todo MASC tiene algo de esa “actividad negociadora”.

En primer lugar, hemos de decir que es así; la negociación es un MASC por medio del cual las partes por sí mismas tratan de alcanzar un acuerdo que satisfagan sus respectivos intereses o necesidades. Es el único MASC en el que no interviene un tercero nunca porque, justo si interviene, estaríamos hablando de otro MASC como puede ser la conciliación o la mediación.

Somos de la opinión de que no debía haberse utilizado la expresión “actividad negociadora” en la Ley porque lleva a confusión. La negociación es un MASC y utilizarlo para definir a otros puede llevar a confusión y a que se preste poca importancia al medio que se utiliza. Hubiera bastado con decir que son medios autónomos de la voluntad a los que las partes acuden para resolver un conflicto por ellas mismas (negociación) o con la intervención de un tercero (los que pasamos a ver a continuación); de esa manera quedaría la palabra “negociación” para definir únicamente el medio que debe llevar su nombre. Además, se añade el “cualquiera” actividad negociadora... No creemos que “cualquiera” añada nada más que confusión a lo que de por sí en la sociedad civil no está arraigado.

Finalmente, parece que se le está concediendo a la negociación el ser el MASC más importante ya que el legislador lo distingue en la propia definición. La negociación, como vamos a ver, es un MASC como otro cualquiera que no debe distinguirse del resto. salvo porque es la base sobre la que se asientan los demás, como veremos a continuación.

Dejando aparte lo anterior respecto a cuestiones terminológicas, la Ley (artículos 14-19) engloba en estos MASC a cualquiera de las modalidades de negociación reguladas en el referido capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, a cualquier MASC establecido en otras normas y, en particular, la negociación directa o mediante abogados así como a través de un proceso de Derecho colaborativo; igualmente se menciona la conciliación ante notario, la conciliación ante el registrador<sup>5</sup>, la conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia y ante el juez de paz; la oferta vinculante confidencial o la opinión experta de un tercero así . Como vemos, estamos ante una gran cantidad de medios que es necesario ir desgranando uno a uno.

Al igual que hemos señalado más arriba, nos volvemos a detener en la expresión “cualquiera de las modalidades de negociación” remitiéndonos a lo dicho allí y el problema que conlleva el utilizar mal los conceptos. Aquí se incide en ello, ya que al mencionar como MASC a la negociación, lo hace subrayando el hecho de que puede ser llevado a cabo por las partes, también mediante sus abogados o bien a través de un proceso de Derecho colaborativo.

En cuanto a la negociación como MASC parece que todos entendemos lo que es pero, sin duda alguna, estamos ante un concepto en el que es necesario y merece la pena detenerse. Parece que damos por supuesto lo que significa, pero no es así. Es necesario entender la negociación como un MASC que requiere de una metodología que debe conocerse. La base de esa metodología responde a la negociación fundada en intereses que surge en la Universidad de Harvard a finales de los años ochenta del siglo pasado y sus creadores fueron los profesores Roger Fisher en colaboración con William Ury y con Bruce Patton<sup>6</sup>, y que ha sido desarrollado posteriormente por diferentes escuelas, académicos e investigadores. Además de esa metodología, la negociación como técnica, requiere del manejo de una serie de competencias comunicativas que son clave, para que la estrategia diseñada tenga el efecto pretendido; esto es lo que se conoce como persuasión.

Este binomio de metodología y competencias requiere de un estudio, conocimiento, entrenamiento y experiencia que no se puede suponer en el ciudadano que no lo conoce. Ésa es la razón por la que creemos que no puede hablar la Ley de “cualquier actividad negociadora”, porque no es cualquiera, y que es complejo que cualquier ciudadano lleve a cabo esa labor compleja si lo que deseamos

es que llegue a un acuerdo sostenible en el tiempo y que solucione el conflicto existente sin llegar a los Tribunales.

Lo anterior además puede llevar a confusión, si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1/2025 en relación con los medios de prueba, que podría conducir a admitir casi “cualquiera” como mero trámite para lograr la admisión de la demanda. Todo esto refuerza la tesis que apoyamos en este artículo, en la que, en los casos de intervenir profesionales, como abogados o funcionarios (notarios, registradores, letrados de la administración de Justicia) el proceso estará bien dirigido y los medios de prueba con garantía suficiente.

Creemos muy relevante la referencia que hace la Ley a que la negociación entre las partes pueden llevarla a cabo ellas o con asistencia de sus letrados. Apoyamos esa afirmación ya que aquí sí que se puede presumir una preparación en lo anterior para abogados que van a asistir en esas labores. Llamamos aquí la atención de la importancia que tiene la formación y entrenamiento de los abogados en estas técnicas de negociación y comunicación. Además, es deber de los letrados el informar a su cliente de las respectivas formas de solucionar un conflicto tratando de generar los menos posibles y enfocando los asuntos de la manera más viable y pacífica posible; vemos, por tanto, muy adecuada la referencia a la asistencia letrada a las partes en negociación. Es labor de los abogados el conocer las metodologías existentes en esta materia. Destacamos como clave, al haber sido la base de desarrollos metodológicos posteriores, la negociación basada en intereses, que hemos señalado más arriba.

La negociación basada en principios o intereses nace en la Universidad de Harvard gracias a las investigaciones y aportaciones de los Profesores Roger Fischer y William Ury<sup>7</sup>. Según esta forma de negociar, la clave siempre va a ser los intereses de las partes implicadas, entendiendo por intereses, las necesidades, miedos etc., que se encuentran detrás de lo que cada una de ellas quiere o muestra inicialmente.

Esta metodología, en la actualidad, se basa en la combinación de una serie de elementos que deben aplicarse a cada fase del proceso de negociación. Estos elementos son 7 y son: (i) los intereses que han sido definidos anteriormente y deben distinguirse de los objetivos que son las posiciones negociadoras, lo que uno quiere conseguir; (ii) las opciones, que deben ser entendidas como las soluciones que las partes pueden aceptar dentro de la mesa de negociación; esto es, aquello que les debe llevar a un acuerdo; (iii) los criterios objetivos o de legitimidad que son aquellos criterios independientes de lo que dicen las partes pero que les pueden ayudar a llegar a un acuerdo, por ejemplo, el precio de mercado, un informe den un perito etc.; (iv) la comunicación que es la vía para alcanzar los acuerdos y la que posibilita el entendimiento entre las partes. Comunicación que hoy día, en nuestra opinión, debe entenderse como la vía para alcanzar los

efectos pretendidos en la mesa de negociación, esto es, la persuasión<sup>8</sup>; (v) la relación, tan importante en negociaciones donde me importa su mantenimiento y que, en la actualidad, son casi todas. Creemos importante, en este sentido, señalar que la relación es junto con la marca personal, hoy día, los objetivos clave que toda negociación debe perseguir puesto que el acuerdo sobre el objeto es algo que puede conseguirse o no. Mirar a largo plazo exige, por tanto, el llevar a cabo la negociación de determinada manera. Es lo que tradicionalmente se ha llamado *win-win* y que hoy día da paso al *win-win-win*<sup>9</sup>, teniendo en cuenta que el tercer *win* hace referencia a las consecuencias que lo que hacen las partes puede tener en la comunidad y en la relación; (vi) acuerdo o los acuerdos a los que pueden llegar las partes así como su comprobación de que el mismo satisface los intereses de las mismas; y, finalmente (vii) las alternativas, entendiendo por tales aquellas soluciones que existen fuera de la mesa de negociación; es decir, las puede tener cada parte para satisfacer sus necesidades al margen de la otra parte. La mejor de todas ellas se llama BATNA<sup>10</sup> (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*) y marca gran parte del poder objetivo en una negociación respecto a la parte que lo tiene.

Hasta aquí los siete elementos clave de la metodología de negociación basada en intereses que ha ido enriqueciéndose posteriormente. En nuestra opinión, esta metodología debe ser complementada con el entrenamiento en las competencias básicas para conseguir la estrategia diseñada; ése es el reto.

Todo lo anterior requiere de un estudio, entrenamiento y puesta en práctica que no puede suponerse en los ciudadanos ni en aquellos profesionales de la abogacía. Solo si se conoce se propiciarán los desbloques y los acuerdos entre las partes. Somos de la opinión, además, de la necesidad de crear una conciencia del acuerdo en la sociedad civil que permita que estos MASC permeen en la misma. De poco servirá la regulación y la “obligación” si les hace convertirse en un recurso burocrático más que ralentizará aún más la Justicia.

Además de la negociación, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, menciona, entre los MASC, también los procesos de Derecho Colaborativo. Pasamos a analizar qué es esto del Derecho Colaborativo.

Ya en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, se hace referencia al proceso de derecho colaborativo como otro MASC al que acudir, señalando que es un medio contrastado a nivel internacional en el que se da la negociación asistida por sus abogados, que deben ser expertos en derecho colaborativo y que permite utilizar a mediadores o terceros que ayuden a alcanzar un acuerdo. La característica de este proceso y la diferencia con la negociación asistida por letrados es que, en el derecho colaborativo, los letrados que intervienen se comprometen a que si no se llega a un acuerdo no intervendrán en el pleito posterior. Los abogados en este proceso diseñan el proceso que debe seguirse,

pero no median tampoco. Simplemente diseñan el proceso y los terceros pueden intervenir de acuerdo con los principios de buena fe, negociación sobre intereses, transparencia, confidencialidad, trabajo en equipo y la renuncia, como hemos adelantado de los letrados a intervenir en un pleito posterior, en caso de no llegar a un acuerdo total o parcial entre las partes.

Vemos como el derecho colaborativo necesita que los letrados y terceros que puedan intervenir deban conocer las claves de la negociación basada en intereses y, como no, de las competencias comunicativas básicas para alcanzar un acuerdo. Aparece la negociación como la base del derecho colaborativo.

Lo mismo va a ocurrir con la mediación, otro MASC al que se refiere la Ley y que implica que el mediador tenga conocimientos sólidos de negociación y de comunicación. Dada la importancia de la mediación, la dejamos para analizar en el segundo apartado de este trabajo.

La Ley también alude a la conciliación privada como MASC, (artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 1/2025) entendiéndola como aquella que puede ser llevada a cabo por una persona con conocimientos técnicos o jurídicos para que lleve a cabo una actividad negociadora que trate de alcanzar un acuerdo de conciliación con la parte a la que se pretende demandar. La gran diferencia entre la conciliación y la mediación es que el profesional que promueve una conciliación puede proponer a las partes soluciones posibles de acuerdo, algo que el mediador no puede; tampoco podrían los letrados que asisten a las partes en una negociación ni los terceros o los letrados que participan en un proceso de derecho colaborativo, como los mencionados más arriba. Al igual que la conciliación privada, la Ley menciona a la conciliación ante notario, ante registrador<sup>11</sup>, ante letrado de la administración de Justicia y a la llevada a cabo también ante el juez.

La Ley también menciona la oferta vinculante confidencial como posible MASC entendiendo como tal aquella que realiza cualquier persona con ánimo de dar por finalizada la controversia. En este sentido, la misma se considera vinculante cuando la acepta la parte a la que va dirigida<sup>12</sup>.

Igual y finalmente, la Ley habla de oferta de persona experta independiente aludiendo a la posibilidad de que en cualquiera de los MASC mencionados e incluso en un proceso de derecho colaborativo se puede acudir a un experto a que emita un informe que no será vinculante para las partes. Vemos aquí un nuevo MASC que no tiene como base la negociación y que su aplicación autónoma resulta cuando menos controvertida<sup>13</sup>.

Como vemos, tanto la oferta vinculante como la opinión del experto es difícil que se den por sí mismos y sí que aparezcan en procesos de negociación, de mediación, de derecho colaborativo o incluso de conciliación.

### I.3. EL ROL DEL ABOGADO ANTE ESTE PANORAMA

Por todo lo que llevamos expuesto hasta ahora, parece que la intervención del abogado en estos MASC es importante y aparece fomentada en la Ley. Ahora bien, observamos diferente grado de implicación e intervención del mismo; desde la no intervención como en el caso de la negociación entre partes sin asistencia de letrados, a la negociación en la que las partes deciden que sean asistidas por letrados; la mediación sin intervención de letrados, salvo que intervenga pero con el carácter de mediador, hasta una intervención grande en el caso del proceso de derecho colaborativo; todo ello sin perjuicio de que, en la conciliación privada, el conciliador sea abogado pero intervenga como conciliador y no letrado. Finalmente, la oferta vinculante puede ser hecha por un abogado y también se puede recurrir a él para obtener su opinión de experto, pero no es la asistencia letrada a la que nos referimos aquí.

En general, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, establece que las partes pueden acudir a cualquier MASC con asistencia de su abogado (artículo 6). Se establece esta asistencia letrada de forma preceptiva cuando el MASC elegido sea la formulación de una oferta vinculante, salvo que la cuantía del asunto no supere los dos mil euros o bien cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado para la realización o aceptación de la oferta. En los casos en que no sea preceptiva la asistencia letrada, pero sea elección de una o ambas partes acudir a ella así se hará constar en el requerimiento o en el plazo de tres días desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida.

Más que la asistencia letrada preceptiva que, como vemos, es muy residual en la Ley, nos fijamos en la asistencia letrada que de manera voluntaria pueden elegir las partes. Nos fijamos en los casos en los que el MASC elegido sea la negociación o la mediación dado el enorme margen de actuación que comprenden estos medios tan flexibles.

En materia de negociación consideramos un acierto la intervención de letrados que asistan a las partes<sup>14</sup>. Creemos que, en una sociedad civil como la nuestra, la cultura de la negociación y de la mediación, del pacto, en general, no está instalada. No podemos presumir que los ciudadanos manejan las técnicas y metodología de negociación para alcanzar acuerdos. No es así. Nuestra cultura es una cultura proclive al regateo no a la negociación profesional. Por supuesto que el regateo tiene en común con la negociación el intercambio de concesiones y los movimientos, pero ambos “juegos” son diferentes. En el regateo la clave es la obtención del acuerdo sin importar la relación a futuro, lo que produce enorme desgaste personal, emocional, económico, temporal etc. En la negociación es necesario realizar un ejercicio importante de generar posibilidades antes de pasar al puro movimiento o juego de concesiones. El regateo es un juego competitivo

sin más; la negociación es un juego donde se empieza cooperando para pasar a competir después.

El ser humano nace sabiendo regatear puesto que es una actitud primitiva que responde al instinto de supervivencia. Se lucha por lo que se quiere. El ser humano profesional se termina haciendo negociador porque conoce que el acuerdo sobre el objeto es el objetivo a corto plazo de toda negociación, pero sabe que la relación y la marca personal de cada uno son los verdaderos objetivos de los grandes encuentros negociadores.

Por tanto, no podemos presumir la formación del ciudadano en técnicas de negociación y comunicación, pero sí conocemos que determinados profesionales están formados en ellas. Uno de estos colectivos es y debe ser el de los letrados. El letrado debe asesorar a su cliente sobre si lo que conviene es una solución adversarial o no; animándole a acompañarle de una manera u otra. Si se trata de una negociación asistida, el negociador ayuda y asiste a su cliente en que se llegue a un acuerdo, pero no propone ningún acuerdo como mejor que otro. Simplemente ayuda con determinadas técnicas a que su cliente pueda llegar a un acuerdo o solucionar un conflicto.

Igualmente ocurre con la mediación en la que, independientemente de que el mediador sea abogado o no, las partes pueden ser asistidas por letrados y ayudadas por ellos en todo el proceso. Por supuesto es óptima la intervención de abogados que conocen estas metodologías en procesos de derecho colaborativo en la que la intervención de estos garantiza que la judicialización del asunto nunca implicará una intervención de ellos en los Tribunales sobre el mismo asunto.

Somos de la opinión de considerar muy favorable la asistencia letrada en estos casos, pero asistencia de letrados que sepan y estén formados en estas técnicas y que no supongan que por saber la Ley se sabe negociar. El actual plan de estudios de las facultades de derecho no suele incluir el estudio de los MASC y de las técnicas y metodologías de negociación y mediación. Un cambio en los planes de estudios de muchas facultades de derecho es necesario de tal forma que se garantice la formación de letrados en estas materias tan necesarias. Como veremos en la segunda parte de este trabajo, la formación del abogado debe incluir este tipo de habilidades; más aún, si unimos esto a la irrupción de la inteligencia artificial donde el conocimiento del derecho sustantivo tiene que dejar paso al modo en cómo se crean efectos en los encuentros o negociaciones con otros. Si en una negociación lo que tratamos es de que se llegue a un acuerdo, solo el letrado que sepa cómo ayudar a conseguirlo podrá adaptarse al nuevo ambiente.

No podemos desconocer, en este sentido, la importancia que también tiene el notario, el registrador o el letrado de la administración de justicia, que intervienen en las conciliaciones. Sin duda alguna, la formación que como funcionarios públicos poseen, no solo se traduce en una mayor dirección de la conciliación,

si no en un mayor impacto en la marca personal de estos profesionales y que no siempre se tiene en cuenta.

Por otra parte, no podemos desconocer lo establecido en la Disposición final trigésima de la Ley 1/2025 cuando establece que, al año siguiente de la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que regule el estatuto de la tercera persona neutral que puede intervenir en cualquier MASC. Sin duda alguna se está refiriendo, entre otros, a los abogados. Habrá que ver el alcance de esta regulación y las consecuencias que tiene en la intervención de los letrados diseñada por la Ley.

#### I.4. LA IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN Y DE LA MEDIACIÓN

Llegados a este punto en el que hemos analizado la actualidad legislativa de estos MASC, somos de la opinión de considerar a la negociación y a la mediación como los dos medios más importantes de los que beben los demás. La negociación es la base de la mediación. El mediador además de saber cómo conducir el proceso de mediación, debe ser experto en técnicas de negociación y de comunicación. La mediación es un proceso de negociación en el que un tercero ayuda a las partes a que ellas, y solo ellas, lleguen a un acuerdo (si el mediador propusiera un acuerdo estaríamos en la figura de la conciliación).

De estos dos MASC, negociación y mediación, resulta más técnico y complejo la mediación en tanto que el mediador debe conocer la técnica, pero también las habilidades de comunicación necesarias para posibilitar el entendimiento y la relación entre las partes; pero la base del mediador es la negociación. Debido a su mayor complejidad técnica y a la regulación existente en materia de mediación, es por lo que pasamos a ocuparnos de ella en la segunda parte de este trabajo teniendo en cuenta la afectación que la misma tiene por la irrupción de la inteligencia artificial. Por supuesto que cualquier MASC va a estar condicionado por la inteligencia artificial hoy en día pero es en la mediación donde el estudio de esta irrupción se puede analizar de forma más detallada y compleja, siendo aplicable lo dicho ahí a cualquier otro MASC.

## II. LA EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MASC EN UN CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Al igual que está ocurriendo en todos los ámbitos, podemos afirmar que la digitalización está afectando en grado superlativo a la mediación, en particular, y, en general a los MASC<sup>15</sup>. Vivimos en un contexto marcado por una enorme

transformación digital que hace que nos planteemos el futuro de estos mecanismos en cuanto a la manera en que van a poder utilizarse. Nos centramos en la mediación en cuanto que mecanismo presente en nuestro ordenamiento jurídico y, en especial en la mediación civil y mercantil y en las consecuencias profundas que la transformación digital y la inteligencia artificial está teniendo en ella.

Como hemos señalado ya, la mediación se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Además, hay que tener en cuenta la reciente Ley Orgánica 1/2025 de 2 de enero, supone un avance considerable en lo que a los MASC<sup>16</sup> se refiere, en cuanto a que los sitúa como requisito de procedibilidad<sup>17</sup> en el orden jurisdiccional civil, como ya hemos apuntado. Sin duda alguna, esta Ley 1/2025<sup>18</sup>, hace necesario detenerse en ella por lo que supone de impulso considerable a todos los MASC y, en concreto, a la mediación.

En este sentido, su artículo 2 establece que se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora<sup>19</sup> a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral<sup>20</sup>. Además, teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, la propia Ley hace referencia (artículo 8) a la posibilidad de que las actuaciones en el contexto de un MASC<sup>21</sup> se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el cumplimiento de la normativa reguladora de la mediación.

No podemos dejar de mencionar también, casos aislados de referencia a la mediación como es el artículo 702 del Texto Refundido de la Ley Concursal que, en relación con el procedimiento especial para microempresas, establece que el deudor o acreedores que representen al menos un veinte por ciento del total del pasivo, pueden llevar a cabo una mediación en cualquier momento desde la apertura del procedimiento especial y hasta el final del plazo de la votación. Esta mediación, señala la ley, deberá hacerse por videoconferencia, medios electrónicos u otro medio digital, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes.

Sin ánimo de exponer descriptivamente los avatares legislativos por los que ha pasado la mediación en España, sí que es necesario tener en cuenta, del cami-

no por el que ha transitado, dos características que van a condicionar el estado actual de esta figura.

En primer lugar, subrayamos el paso de ser un mecanismo de voluntariedad inicial total de las partes, a una obligatoriedad mitigada en determinados asuntos hasta llegar finalmente a la obligatoriedad actual<sup>22</sup> prevista en la Ley orgánica 1/2025; hacer de la mediación, en asuntos civiles y mercantiles, un requisito de procedibilidad puede acarrear consecuencias que se han tratado en otros momentos de salvar, como es el convertirlo en un requisito burocrático sin trascendencia ni eficacia práctica alguna.

En segundo lugar, la práctica contractual internacional va extendiendo lo que ya no es tan novedoso en este ámbito como es el fenómeno de las llamadas cláusulas en cascada o “del ascensor”<sup>23</sup>; igualmente, la regulación práctica internacional pero también nacional (Ley Orgánica 1/2025) vienen permitiendo la combinación de medios alternativos (MASC) apareciendo la fórmula MED-ARB<sup>24</sup> que combina la mediación y el arbitraje bajo determinadas características y que destacamos como más importantes las siguientes<sup>25</sup>:

- *“MED-ARB (single): es la cláusula más común.*
- *MED-ARB (duo): es la misma que la anterior pero en ella se nombran a un mediador y un árbitro que son diferentes e intervienen en momentos distintos.*
- *MED-ARB-OPT-OUT: en ésta, cada parte, separadamente, puede requerir la intervención de un árbitro tras haber fracasado la mediación.*
- *ARB-MED-ARB: es muy típica de la República Popular China y en ella se inicia un arbitraje pero, en determinado momento, las partes pueden seguir en mediación y, si ésta falla, continua el arbitraje.*
- *ARB-MED: esta cláusula es igual que la primera pero al revés, en el sentido de que se inicia el procedimiento de arbitraje y, en determinado momento, las partes pueden decidir cambiarse a la mediación.*
- *Co-MED-ARB: con esta cláusula se establece que se puede co-medar por varias personas, habiendo normalmente uno de ellos que es el presidente que no participa pero si se llega a pasar a arbitraje, éste será el árbitro.*
- *MEDALOA: Cláusula muy frecuente en USA, en ella se media, pero, si las partes no llegan a un acuerdo, el mediador pasa a arbitraje y solo tiene que decidir entre la propuesta de las partes, no entra en mayor detalle. (MEDiation And Last Offer Arbitration)”.*

Teniendo en cuenta el que la mediación sea o no un requisito de procedibilidad y la importancia que tiene en combinación o unión indisoluble con otros medios alternativos de solución de controversias, estamos ya en condiciones de

abordar las consecuencias e implicaciones que la llegada de la inteligencia artificial y la transformación digital tiene en la mediación.

## II.1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDIACIÓN: DE LA ASISTENCIA A LA SUSTITUCIÓN. VENTAJAS Y DESAFÍOS

Cuando abordamos la irrupción de la inteligencia artificial en la mediación, no podemos analizarlo como algo que de repente ha ocurrido sin más. Como en otros ámbitos, la irrupción de la tecnología en este campo se ha ido produciendo hace décadas hasta llegar a hoy. De hecho, lo que tradicionalmente conocemos como ADR, poco a poco fue transformando su denominación pasándose a llamar ODR<sup>26</sup> (*Online Dispute Resolution*) poniendo de manifiesto esa irrupción cada vez mayor de las tecnologías de la información también en relación con estos mecanismos alternativos.

Así, el uso del mail o de la videoconferencia en una mediación parece hoy inevitable e, incluso, aporta grandes ventajas. Lo anterior no quiere decir que no haya desventajas que, especialmente, en la mediación tiene el uso de tecnologías. La introducción de cualquier tecnología en la mediación va a tener consecuencias en la comunicación entre las partes, algo que es clave durante este tipo de procesos. Una simple pantalla o un mail supone un “parapeto comunicativo” que hace que los efectos de la comunicación entre las partes sean diferentes a una comunicación presencial, lo que afecta a la relación entre los intervinientes que es, precisamente, algo clave en una mediación.

Si por mediación entendemos el proceso por el cual un tercero interviene y ayuda a las partes a que ellas mismas alcancen un acuerdo<sup>27</sup>, parece que el manejo de la comunicación por parte del mediador es clave; más aún, tenemos que entender que, en numerosas ocasiones, las partes llegan a una mediación porque la relación entre ellas está muy deteriorada e incluso el acuerdo es posible técnicamente pero los intervinientes no pueden llegar a él; ésta es la clave de la mediación que no puede desconocerse cuando entra en juego la variable tecnología<sup>28</sup>.

A lo anterior hay que añadir que hoy día hablamos de una verdadera transformación digital con la llegada de la inteligencia artificial. No se trata de tecnología sin más y sí de un paso cualitativo que nos sitúa en otro plano de afectación. De hecho, con la irrupción de la inteligencia artificial en la mediación y en los MASC, ha cambiado la denominación habiendo pasado del término ODR a Smart Online Dispute Resolution.<sup>29</sup>No se trata de simple almacenamiento de datos o incluso de generar otros, se trata, incluso de resolver disputas en universos desconocidos, sobre conflictos que ocurren allí; así el metaverso<sup>30</sup>.

En este sentido, cuando hablamos de inteligencia artificial en mediación, podemos estar hablando de dos tipos de presencia algorítmica: algoritmos que ayudan al mediador, a las partes y al proceso, les asisten sin más o bien podemos referirnos a algoritmos que median ellos mismos: son los casos de ciber mediación, cuando estamos ante mediaciones en las que, utilizando determinadas plataformas y algoritmos, las partes consiguen mediar sin que haya habido un mediador humano.

Teniendo en cuenta lo anterior y, antes de afrontar el modelo que debe adoptar una mediación o Smart mediación —para dar a entender que nos referimos a la mediación afectada por la transformación digital— pasamos a analizar las ventajas y potenciales desafíos a los que se enfrenta esta institución en el nuevo escenario.

Con carácter general, parece lógico pensar que, en aquellas mediaciones asistidas por algoritmos o inteligencia artificial, se encuentran las siguientes ventajas con sus correspondientes desafíos:

- La posibilidad de que las sesiones previas informativas, tan importantes en una mediación para que las partes conozcan el proceso, sean llevadas a cabo por algoritmos e inteligencia artificial, permitiendo que el mediador no se ocupe de esa tarea y que la neutralidad desde el principio sea mucho mayor. No perdemos de vista el ahorro en costes económicos y temporales que eso supone. Piénsese en la posibilidad de tener chatbots o algo similar que, antes de comenzar la mediación, informe a las partes del proceso, de los principios informadores del mismo, el alcance del acuerdo etc, con la posibilidad incluso de que el chatbot esté entrenado para contestar determinadas preguntas. El potencial desafío al que se enfrenta esta ventaja es la posibilidad de que alguna de las partes realice alguna pregunta al chatbot que éste no pueda o sepa contestar, pudiendo ser fácilmente solucionable si se establece un sistema de aviso al mediador o a la persona encargada de esa sesión previa e informativa.
- Para el mediador, persona física, determinados algoritmos que le permiten el tratamiento de gran cantidad de datos sobre el asunto, sobre otros similares y demás le servirán de gran ayuda en su labor con un ahorro de costes enorme. Aquí sí que nos encontramos con el primer desafío importante y es que la mediación se rige por el principio de confidencialidad, entre otros, por lo que alimentar a un sistema por gran cantidad de datos hace que se pierda el control sobre los mismos. Es necesario un estudio en profundidad del tema de la confidencialidad en la mediación digital ya que no parece que se tenga la plena seguridad del mantenimiento de la misma y de la privacidad relacionada.

- Igualmente, para el mediador, la posibilidad de que la inteligencia artificial generativa sea capaz de ayudarle a encontrar determinadas soluciones o alternativas, en su caso, para las partes. Poco a poco, los algoritmos que ayudan se retroalimentarán con su propia información e irán siendo capaces de facilitar al mediador esa tarea. El desafío que plantea esta ventaja es enorme porque además del tema de la confidencialidad anterior plantea el reto que tiene cualquier inteligencia artificial generativa y es el posible sesgo que tiene el algoritmo a la hora de plantear una solución u otra; sesgo que no puede ser otro que el de las personas que lo han programado. Este es uno de los retos en los que más se está trabajando en la actualidad y que, sin duda alguna, más problemática está generando a nivel ético<sup>31</sup>.
- Es importante destacar que el hecho de que en determinadas ocasiones las reuniones no sean presenciales, cuando la relación puede estar muy afectada negativamente, puede ayudar a desbloquear en esos momentos iniciales. El reto aquí es claro y es que, aunque se produzca lo anterior, sin duda alguna es labor del mediador trabajar en la comunicación entre las partes, lo que difícilmente puede realizarse cuando las partes se encuentran mediante medios digitales o virtuales; encontrar ese equilibrio va a ser el gran desafío del mediador.  
Ahora bien, si estamos en una ciber mediación, esto es, aquellas mediaciones que se realizan en plataformas o universos virtuales, además de todas las anteriores podemos destacar:
  - Ante *smart contracts* o contratos inteligentes,<sup>32</sup> que son aquellos realizados mediante blockchain y que son inmutables y autoejecutables, parece que la utilización de la mediación en estas plataformas o realidades virtuales puede ser la mejor manera de solucionar los posibles conflictos. Estaríamos ante lo que podemos llamar *blockchain mediation* que será un tipo de mediación que se lleva a cabo de manera inmediata una vez que se ejecuta el contrato inteligente programado y que han querido así las partes. No parece haber mejor mecanismo para poder resolver un conflicto surgido con ocasión de un *smart contract* que la mediación<sup>33</sup>. Ahora bien, el reto aquí es enorme puesto que a todo lo anterior hay que añadir el problema de la atribución de responsabilidad; es difícil atribuir responsabilidad en estos universos digitales y llegar a conocer la trazabilidad de los datos que se han ido suministrando a la plataforma.

Las ventajas son enormes, pero también las potenciales desventajas que deben ser vistas como desafíos a resolver en la medida en que somos conscientes de la importancia de esta transformación digital. En la actualidad se trabaja en ello, sin que podamos arrojar ahora soluciones definitivas a todos los problemas, por-

que somos conscientes de que muchos de ellos aún no sabemos ni cuales serán ni mucho menos cómo se resolverán. De lo que estamos bastante seguros es que la mediación deberá ir adaptándose a devenir de los acontecimientos digitales, al tener ventajas innumerables como MASC.

### III.2. MODELO DE *SMART* MEDIACIÓN ASISTIDA

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a exponer lo que sería un modelo de *smart mediación* asistida en el ámbito civil o mercantil. Partimos de considerar *smart mediación* asistida como aquella mediación en la que las partes y el mediador pueden ayudarse o asistirse de tecnología digital incluso de inteligencia artificial; ahora bien, el apoyo en esta ayuda no significa que el mediador y las partes no sean humanas.

Como hemos visto, existen supuestos de *Smart mediación* en la Ley. Así, en el Texto Refundido de la Ley Concursal, en el artículo 702 cuando se refiere a la posibilidad de que el deudor o los acreedores que representen al menos el 20 por ciento del total del pasivo, soliciten una mediación en el procedimiento especial para microempresas; se establece que esa mediación debe hacerse por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio parecido de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes. Es necesario precisar que este tipo de mediación es una mediación en la que se impone que el medio por el que debe transcurrir, en cualquier caso, no sea un medio físico. La asistencia digital, en este caso, se refiere al medio.

Para nosotros, *Smart mediación* no se refiere solo a lo anterior y sí además de lo anterior a la posibilidad de que las partes y el mediador se apoyen o sean asistidos por medios digitales e, incluso, la inteligencia artificial. Puede ser una *Smart mediación* en cuanto a que el medio es digital y también la asistencia a la que pueden acudir los intervinientes o, solo en cuanto a medio, o solo en cuanto a asistencia de los intervinientes siendo el medio físico, las reuniones presenciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a exponer lo que sería un modelo de *Smart mediación* asistida en el ámbito civil o mercantil. Damos por sentado que las partes utilizan medios digitales como mails o videoconferencias, por supuesto, a lo largo del proceso de mediación. Nos detenemos en un modelo de mediación asistida por algoritmos en diferentes momentos existiendo un mediador humano en todo caso y unas partes que pueden utilizar igualmente medios digitales.

Si bien todo procedimiento de mediación comienza con una sesión informativa a las partes sobre lo que es una mediación y todas las fases por las que van a pasar, los principios inspiradores, la regulación etc., sin duda alguna, un algoritmo a modo de chatbot o algo similar puede ayudar bastante. Se trata, por

ejemplo, de que las partes, antes de la primera reunión con el mediador, puedan descargarse un chatbot o algo similar que les informe de todo ello. Con este algoritmo de ayuda, sin duda alguna el propio proceso y las partes experimentan un ahorro de costes económicos y temporales al no ser tiempo facturable y al poder adecuarse cada una de las partes al mejor momento para verlo y escucharlo.

El principal problema que puede plantearse aquí es el que las partes tengan alguna duda o quieran poder formalizar alguna cuestión que puede ocurrir que no esté programada para ser contestada por el chatbot. Las soluciones que proponemos en estos casos pasan porque se pueda enviar un mail en cualquier momento al mediador donde se le planteen esas dudas a ser resueltas o que, en los momentos iniciales de la primera sesión plenaria presencial o digital, puedan serle planteadas antes de dar inicio puramente a las sesiones o reuniones de mediación.

Por otra parte, los algoritmos y la inteligencia artificial generativa pueden ayudar al mediador con el tema objeto de conflicto. Supongamos que se trata de un tema técnico y que el mediador no es experto en eso. La labor del mediador se facilita bastante si puede nutrirse del tema ágilmente, pero desde un punto de vista profundo con una herramienta que lo facilite. En este sentido, creo conveniente traer a colación la co-mediación<sup>34</sup>.

Por co-mediación entendemos los supuestos de mediación en los que existen varios mediadores técnicos o expertos en diferentes aspectos. Por ejemplo, si estamos mediando sobre un tema de arquitectura donde la calidad de los materiales, la disposición, las mediciones etc. son claves, muchas veces con informes de peritos bastará, pero otras tendremos enormes ventajas si algún arquitecto mediador interviene junto con el mediador “propriadamente dicho”, que será le experto en técnicas negociadoras y de comunicación. A mayor complejidad de asuntos suele ser más frecuente la co-mediación. Somos de la opinión de que la inteligencia artificial puede disminuir la necesidad de varios mediadores en el proceso por cuanto el tema técnico puede quedar, en muchas ocasiones, solucionado. Esto, sin duda, supone un ahorro en costes económicos y temporales enorme.

En cualquier mediación, el mediador suele citar a las partes para determinadas reuniones a solas con él, los llamados *caucus* y a plenarias con él y con el resto de partes. Por supuesto, es el mediador el que dispone cómo se va llevar a cabo todo el procedimiento, si bien el estado de la relación entre las partes es la que va a determinar que el mediador tenga que trabajar más en privado al principio para ir poco a poco haciendo que las partes puedan comunicarse. Es el mediador el que detecta cuándo están preparadas para tener una reunión todas las partes. Pues bien, estos *caucus* o reuniones pueden ser presenciales o pueden realizarse de forma digital, por videoconferencia, por ejemplo. Con carácter previo, en una *Smart mediación* se le ha podido preparar a las partes algún vídeo explicativo de un tema técnico o de la situación en la que se encuentran que sea

generado por inteligencia artificial, basado en antecedentes. Somos de la opinión de que utilizar algoritmos para “enfriar” posibles distanciamientos y/o enfados puede ayudar. Cuando ha transcurrido determinado tiempo, puede ayudar, entonces sí, el contacto humano con el mediador bien mediante videoconferencia o de manera presencial, si es posible.

Como ha quedado reflejado más arriba, una de las claves para que la mediación funcione es que el mediador trabaje la relación entre las partes y, para conseguir eso, es conveniente la presencialidad; no obstante lo anterior, muchas veces las partes llegan a mediación con una relación muy deteriorada entre ellas que hace que “choquen” desde el principio con el mediador. En esos casos, es necesario que se enfríe y equilibre la emocionalidad generada y, justo con ese propósito, la utilización de inteligencia artificial y algoritmos puede ser muy útil.

Finalmente, en este modelo propuesto de *Smart mediación*, cuando las partes llegan a un acuerdo, en su caso, el que utilicen inteligencia generativa para ese fin puede ayudar en la transparencia de la labor del mediador. Hemos de recordar que, a diferencia de la conciliación, en la mediación, el mediador ayuda a las partes a que ellas lleguen a un acuerdo; son ellas las que llegan a la solución, le mediador no propone las soluciones. Por eso insistimos en que un buen uso de la inteligencia artificial generativa aquí sería el que las partes se ayuden también de estas herramientas para alcanzar el acuerdo. En estos casos, el entrenamiento del algoritmo con preguntas abiertas que incentiven a indagación de posibles vías que llevan a la solución puede resultar de ayuda.

Alcanzada la solución por las partes, en su caso, sí que aquí proponemos que el mediador se valga de la inteligencia artificial a modo de formalizar adecuadamente la misma. En este caso, por ejemplo, conseguir un buen modelo de contrato para el caso en cuestión etc.

Sin duda alguna, la inteligencia artificial irá evolucionando, pero creemos que un modelo adecuado de aplicación de la misma a una mediación sería el modelo de *Smart mediación* propuesto.

### II.3. PRINCIPIOS DE LA SMART MEDIACIÓN Y ESTATUTO DEL SMART MEDIADOR

Creemos importante en nuestro estudio, exponer cómo consideramos que se encuentran afectados, en su caso, los principios que deben presidir e inspirar toda mediación y cuál debe ser el estatuto del mediador que actúa y trabaja en entornos digitales o utilizando herramientas digitales.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero mencionada anteriormente y que da el impulso referido a los MASC y, entre ellos, a la mediación, se remite, en cuanto a ésta a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mer-

cantiles y la legislación autonómica de desarrollo; por tanto, pasamos a analizar cuáles son los principios inspiradores de la mediación y el estatuto del mediador que actúa en entornos digitales.

Respecto a los principios inspiradores de la mediación recordamos que son voluntariedad y libre disposición, igualdad entre las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad. Pasamos a analizar los que creemos pueden resultar afectados. Es el caso de la imparcialidad de los mediadores, sin duda alguna, para el caso de que la mediación sea asistida por inteligencia artificial, parece que no habrá ningún problema, que sí parece vislumbrarse si se considera que el mediador o el algoritmo que ayuda a las partes sea totalmente digital. Como nos pasará en otras partes del estudio, la imparcialidad de un algoritmo se presume ya que no conoce a las partes, pero no olvidemos que el algoritmo o la inteligencia artificial está alimentada de casos humanos y además está programada, con lo que aparece el tema de los sesgos y los dilemas éticos tan difíciles de resolver. El tema de la imparcialidad supone que se hayan de asegurar estos extremos.

Igualmente, es la confidencialidad la que requiere que nos detengamos en ella. Es muy complejo asegurar la confidencialidad de información que se ha utilizado para “alimentar” a herramientas digitales como los algoritmos. Nos lo pueden asegurar las empresas propietarias de los mismos, pero es un tema muy complejo de garantizar. Creemos que la inteligencia artificial debe evolucionar para asegurar este extremo que es clave en todos los MASC con carácter general.

Imparcialidad y confidencialidad son los grandes retos a los que nos enfrentamos cuando la inteligencia artificial ayuda o hace funciones propias del mediador, si ello fuera posible.

Respecto al estatuto del mediador, es necesario estudiar, en primer lugar, las condiciones para ejercer de mediador. La Ley 5/2012 establece que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. También lo pueden ser las personas jurídicas, pero para su ejercicio deben designar una persona natural. La persona que sea mediadora además debe estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica; igualmente, el mediador debe tener un seguro o garantía que cubra la responsabilidad civil que pudiera estar derivada de su actuación.

Hasta aquí, en cuanto a la mediación asistida no parece plantearse ningún problema y sí respecto a la ciber mediación en la que un algoritmo pueda hacer de mediador. En este caso que puede darse en un futuro más o menos cercano, obviamente, contamos con una persona no natural que no cumple nada de lo establecido en el estatuto del mediador, en este punto. Debería ser reformado para

poder dar entrada al mediador algoritmo o al mediador robot. A nivel legislativo, observamos que una sustitución total no cabe a día de hoy<sup>35</sup>.

Finalmente, algo muy importante en cuanto al estatuto del mediador es considerar si, en estos casos, se puede cumplir con los principios reguladores de la mediación. Consideramos que se puede cumplir lo relativo a facilitar la comunicación entre las partes así como la conducta activa tendente a que se acerquen las mismas. Ahora bien, hay determinadas reglas que exigen un grado de juicio y decisión ética que es complejo que pueda llevar a cabo un algoritmo, al menos como alcanzamos a imaginar. Así, el mediador podrá renunciar a la mediación, difícil para un algoritmo en cuanto a la decisión ética involucrada. Repetimos el argumento anterior que se refiere a que no podemos olvidar que los algoritmos son programados por humanos con determinados sesgos y esas renunciaciones pueden ser adecuadas o no. La renuncia hecha por un humano mediador estará justificada de acuerdo con criterios objetivos, datos y, seguramente, con criterios éticos.

Igualmente, se establece que el mediador no puede iniciar o deberá abandonar una mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad. Volvemos a considerar que los algoritmos sean capaces de emitir un juicio de valor, como mínimo, respecto a su imparcialidad o no sobre el caso.

Consideramos, por tanto, que el estatuto del mediador resulta afectado claramente si lo que pretendemos es crear un algoritmo que sustituya al mediador humano y no solo que lo asista o ayude en su función.

#### II.4. UN CASO CONCRETO DE *SMART* MEDIACIÓN

Descartamos, por tanto, la ciber mediación o mediación realizada por algoritmos sin intervención humana, como ha quedado expuesto en el punto anterior, ya que, con la actual legislación en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es necesario que si el mediador es persona jurídica actúe a través de una persona física.

Creemos importante, en el ámbito de la *Smart* mediación asistida, tener en cuenta experiencias prácticas e investigaciones recientes llevadas a cabo en esta materia. En este sentido, destacamos la investigación llevada a cabo en Reino Unido<sup>36</sup> y consistente en entrenar a un algoritmo que iba a actuar como un “mediador en *caucus*”. Entendemos como mediador algoritmo en *caucus* como aquella inteligencia artificial entrenada para facilitar que las partes en un grupo lleguen a un acuerdo.

Para que el algoritmo (llamado la “máquina de Habermas”) pudiera realizar su función, los programadores e investigadores le introdujeron las opiniones de cada uno de los participantes sobre asuntos sociales y políticos. Con todo eso, el

sistema creó una opinión de grupo que era aceptable por todos los participantes y que se podía ir depurando a medida que recibía impresiones de los participantes.

Uno de los experimentos fue ver si los grupos podían llegar a un acuerdo sobre diferentes temas como por ejemplo si el sistema de salud pública debía ser privatizado en Reino Unido o no. El proceso comenzó escribiendo cada participante su opinión sobre tres problemas relacionados. Luego en grupos de cinco miembros aproximadamente, se discutieron los problemas uno a uno. El sistema generó una opinión general sobre cada tema. Luego los temas volvían a los grupos y los participantes los criticaban y el sistema revisaba la opinión general con los nuevos comentarios; así hasta que finalmente el sistema arrojaba la opinión generalizada y mayoritaria.

La investigación reveló que el sistema de inteligencia artificial ayudaba en encontrar un argumento común a todos de un 22.8%, si lo hacía un humano, a un 38.6%

El resultado de la investigación fue que, en mediación, la asistencia de un sistema que ayude significa que se superen muchas limitaciones como en costes, la posibilidad de escalar los proyectos, disminuir el sesgo del mediador etc., pero también tiene desventajas como la inexistencia del contacto humano, como la escasez de información procedente de lo no verbal así como la oportunidad de crear relaciones con otros participantes. Quizá la desventaja más grande que encontraron los investigadores es que el sistema basaba sus decisiones en las opiniones y sesgos de las personas sin poder confirmar la realidad o no de los hechos objetivos producidos, lo que podía conducir a error o a la construcción de opiniones segadas y erróneas.

El modelo de *Smart mediación* asistido con inteligencia artificial puede ser muy útil y eficaz si se usa como una herramienta más del mediador; es más, lo que queda demostrado en la investigación es que puede ser un buen sistema a la hora de conseguir opiniones mayoritarias en grupos que opinan diferente.

## II.5. DESAFÍOS, ÉTICA E INNOVACIÓN EN LA SMART MEDIACIÓN Y LOS MASC DEL SIGLO XXI

Analizada la implicación de la inteligencia artificial en la mediación, nos planteamos los desafíos a los que se enfrenta como consecuencia de la misma, así como los dilemas éticos resultantes; todo ello para aportar lo que creemos debe ser un nuevo marco en el que la mediación, en particular y los MASC en general deben desenvolverse.

Si algo tiene la mediación es la importancia de la comunicación<sup>37</sup> que gestiona el mediador. El mediador ayuda a las partes técnicamente pero también comunicativamente pues muchas veces llegan a él porque no pueden comunicarse<sup>38</sup>. Hasta que no

exista un algoritmo capaz de comunicar no podrá ser sustituido el ser humano mediador por el algoritmo mediador. Comunicar no es informar, ni gestionar datos ni aportar soluciones. El objetivo de toda comunicación es producir efectos en la conducta de otro y para conseguirlo es necesario empatizar y gestionar emociones además de utilizar adecuadamente el lenguaje. No existen, en la actualidad, algoritmos que sean capaces de empatizar. Los algoritmos informan y dan soluciones en función de la información con la que retroalimentan o que les han proporcionado.

Por otra parte, los algoritmos no pueden gestionar las emociones de las partes. En este sentido podemos considerar que los algoritmos tienen como ventaja que pueden ayudar a rebajar la emocionalidad de las partes, puesto que en una mediación pueden ser utilizados por el mediador en determinados momentos para informar de determinadas situaciones a las mismas. No obstante, la relación de tensión que muchas veces es consustancial a la mediación no puede trabajarse como si lo puede hacer un mediador en *caucus* con cada parte o en una reunión plenaria. Podemos pensar incluso que al algoritmo se le ha podido programar con todas las técnicas de negociación y comunicación existentes: es igual, no serviría de nada en la medida en que es incapaz de empatizar y de conocer la situación concreta de cada parte involucrada. Por tanto, este desafío es importante: cómo conseguir que los algoritmos comuniquen y no solo informen.

El segundo desafío que aparece es el de la necesidad de razonamiento lógico que le permita al algoritmo conocer los intereses de las partes involucradas, que pueden ser infinitos, cambiantes y que es necesario trabajar en la mediación para que las partes pueden llegar a un acuerdo<sup>39</sup>. Esto es realmente complejo para un algoritmo porque no hay soluciones finitas y es necesario que de lo que cuenta cada parte pueda descubrir las necesidades que hay detrás. Y esto no es algo exacto, medible y comprobable. Se necesita el conocimiento humano, el saber leer determinada información, el realizar un buen ejercicio de indagación etc., hasta poder descubrirlo.

Y esto enlaza con el tercer desafío que es el de la necesidad de que el algoritmo sea capaz de manejar competencias humanas que le permitan escuchar, comprender, parafrasear y empatizar. Trabajo muy delicado que sospecho será difícil encontrar en algoritmos en los próximos años.

Estos desafíos señalados anteriormente aparecen relacionados con los problemas o dilemas éticos que supone la utilización de la inteligencia artificial. El más importante es el sesgo con el que está programado el algoritmo y su influencia en la toma de decisiones que va a adoptar o ayudar a adoptar. Es muy difícil que el algoritmo esté programado sin sesgo y lo es porque está programado por humanos con sesgos consustanciales a cada uno.

Por todo lo anterior, creemos en la necesaria utilización de los MASC, de la mediación, en entornos digitales y con inteligencia artificial. Eso sí, dirigido

todo por humanos que saben de la técnica —que el algoritmo también conocerá— pero que saben y manejan las competencias comunicativas necesarias. Apoyamos el uso de la inteligencia artificial en modelos asistidos por ella, pero no en los que sustituyen a las partes o al mediador o conciliador. Puede que el estado de la ciencia en este momento no nos permita aventurar la existencia de algoritmos que comuniquen y no solo informen. Si en algún momento fuera viable sí lo apoyaríamos, pero ahora mismo resulta inimaginable. El ser humano debe potenciar e impulsar los resultados alcanzados sin inteligencia artificial por medio de ella pero nunca al servicio de ella porque, además de no funcionar, es éticamente inadmisibile en una sociedad de ciudadanos libres e iguales.

La innovación en el siglo XXI resulta de una combinación lógica entre lo humano y lo tecnológico. Se trata de que el ser humano se aproveche y utilice a los algoritmos en lo que nos superan, pero no en que se ponga el proceso a su servicio; estaríamos entonces al servicio de una programación que excluiría los valores y la toma de decisiones sobre una base ética comprobable. Innovación no es exclusivamente transformación digital y sí es ampliación del abanico de herramientas que el ser humano tiene a su disposición para, en este caso, gestionar y resolver mejor sus conflictos y relaciones.

#### IV. CONCLUSIONES

- I. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de Medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia supone un giro importante para la utilización de los MASC en nuestro ordenamiento jurídico. Ya el Preámbulo de la Ley destaca que el servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer la vía más adecuada para que los ciudadanos resuelvan sus controversias. Los MASC han dejado de ser “Alternativos” para pasar a “Adecuados”; aparece una predilección por estos medios que se configuran como la solución, entre otras, al gran atasco de asuntos en Juzgados y Tribunales. Aparecen estos MASC en el ámbito, según declara el Preámbulo de la Ley, del Derecho Colaborativo anglosajón. La sociedad española tiene como experiencia previa a esta Ley, la Ley 5/2012 de mediación sobre asuntos civiles y mercantiles que tuvo escaso impacto en temas de mediación y ahora se aprovecha aquella para dar un impulso generalizado no solo a la mediación si no a todos los MASC.
- II. Esta Ley considera a los MASC como requisito de procedibilidad en la jurisdicción civil, puesto que para poder interponer demanda civil o mercantil es necesario acreditar haber utilizado uno de los MASC señalados en la Ley. Además, debe haber identidad de objeto e identidad

del litigio, aunque difieran las pretensiones que pudieran ejercitarse en la vía judicial. Es necesario plantearse si el hecho de que se impongan obligatoriamente puede llevar a que se conviertan en un requisito puramente burocrático. Igualmente, reflexionamos sobre si configurarlos como requisito de procedibilidad puede suponer una alteración del derecho a la tutela judicial efectiva. Acudiendo a la jurisprudencia analizada concluimos que, cumpliendo determinados requisitos, esa procedibilidad no supone renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva.

- III. Estos MASC pueden ser la negociación entre las partes o con asistencia letrada, la mediación, la conciliación privada o ante notario, registrador o letrado de la administración de justicia, oferta vinculante u opinión de tercero independiente. No podrán utilizarse estos MASC para aquellos conflictos que versen sobre materias indisponibles para las partes, pero sí respecto de las previsto en los artículos 102 y 103 Código Civil, sin perjuicio de que deba homologarse el acuerdo alcanzado. Tampoco a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, según lo establecido en el artículo 89.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial. Además, se establecen excepciones al requisito de procedibilidad en aquellos procesos que tengan por objeto: a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales; b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; d) la filiación, paternidad y maternidad; e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; y h) el juicio cambiario.
- IV. A pesar de que la Ley incluye en los MASC los medios establecidos anteriormente, criticamos que la misma, en su artículo 2, establezca que “cualquier tipo de actividad negociadora” a las que las partes acuden con buena fe puede considerarse MASC. Partimos de que la negociación es uno de estos MASC pero si permitimos “cualquier tipo de actividad negociadora” no estamos dando a la negociación la entidad como técnica y metodología compleja que tiene. Con esa terminología estamos fomen-

tando que todo esté permitido y no debe ser así. La negociación parte de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas, pero no todo es negociación ni todo está permitido. Si el legislador pretende, como se establece en el Preámbulo de la Ley, que se promueva una manera diferente de resolución de conflictos voluntaria y no adversarial, proponemos que se reserve el término “negociación” para lo que es, pero que no se confunda a una sociedad que de por sí es reacia a este tipo de MASC por puro desconocimiento. Por negociación como MASC hemos de entender aquel medio en el que las partes tratan de llegar a un acuerdo por sí mismas o con asistencia de letrada sin que ello sea una mediación.

- V. La negociación requiere del aprendizaje de una metodología o proceso racional cuya base tomamos, en casi todos los métodos, de la negociación basada en intereses o principios de la Universidad de Harvard y que crearon Roger Fisher y William Ury; esta metodología requiere del aprendizaje de siete elementos que hay que conocer bien para poder aplicarlos. Se basan en la importancia de la relación a futuro. Nosotros añadimos en este estudio la importancia que tiene la marca personal o marca empresa en todo ello y para conseguirlo defendemos en entrenamiento en las competencias básicas de comunicaciones que permitan a la estrategia diseñada (los 7 elementos) crear los efectos pretendidos, esto es: persuadir, influir.
- VI. El segundo MASC al que se refiere la Ley es a la mediación, que viene regulada en la ley 5/2012, de 6 de julio y que viene a ser una extensión del proceso de negociación, en cuanto que el mediador debe ser experto en técnicas de negociación y comunicación y debe ayudar a las partes a que lleguen a un acuerdo. En la mediación no solo existen partes implicadas, si no que existe un problema o conflicto a resolver y un tercero que debe intervenir. Es por eso por lo que proponemos en nuestro trabajo, analizar que puede aportar la digitalización y la inteligencia artificial a este MASC.
- VII. Cuando hablamos de inteligencia artificial en mediación, podemos estar hablando de algoritmos que ayudan al mediador, a las partes y al proceso, les asisten sin más o podemos referirnos a algoritmos que median ellos mismos: son los casos de ciber mediación. Por ciber mediación entendemos aquellas mediaciones llevadas a cabo en determinadas plataformas virtuales en las que el mediador también puede ser un algoritmo. En uno y otro caso, la inteligencia artificial aporta ventajas que conllevan sus desafíos correspondientes: así la gestión de las sesiones informativas por *chatbots* o algoritmos que pueden informar a las partes sobre el proceso que va a tener lugar; el tratamiento de cantidad ingente

de datos que le ayuden en la gestión de la relación entre las partes; incluso que la no presencialidad ayude a las partes a que se restaure poco a poco la relación y antes de que se vean presencialmente, rebajando la emocionalidad existente. En ciber mediaciones destacamos como ventaja la ejecución inmediata del contrato y la resolución del conflicto puesto que se trata de plataformas que utilizan *Smart contracts*. Las ventajas son enormes, aunque apuntamos también los retos desprendidos de cada una de ellas como son la falta de privacidad, confidencialidad, el problema de los sesgos en función de la persona o personas que han creado el algoritmo y la atribución de responsabilidad entre otros.

- VIII. El modelo de *Smart mediación* asistida es el más cercano al momento actual. Proponemos lo que puede ser que el mediador o las partes se ayuden por algoritmos y los momentos del proceso en los que puede ser relevante su ayuda. Nuestro modelo de mediación asistida se complementa con lo que creemos debe ser el estatuto del *Smart* mediador o los principios generales que deben siempre respetarse. Sin lugar a dudas, se puede afectar la imparcialidad de los mediadores para el caso de la ciber mediación pero no de la mediación asistida, donde una persona humana seguirá liderando el proceso como mediador. Igualmente, la confidencialidad de la información que se ha utilizado para “alimentar” a los algoritmos. Nos lo pueden asegurar las empresas propietarias de los mismos, pero es un tema muy complejo de garantizar. Creemos que la inteligencia artificial debe evolucionar para asegurar este extremo que es clave en todos los MASC con carácter general. Imparcialidad y confidencialidad son los grandes retos a los que nos enfrentamos cuando la inteligencia artificial ayuda o hace funciones propias del mediador, si ello fuera posible.
- XI. Respecto al estatuto del mediador, en cuanto a la mediación asistida, no parece plantearse ningún problema y sí respecto a la ciber mediación en la que un algoritmo pueda hacer de mediador. En este caso, que puede darse, contamos con una persona no natural que no cumple nada de lo establecido en el estatuto del mediador, en este punto. Debería ser reformado para poder dar entrada al mediador algoritmo o al mediador robot. A nivel legislativo, observamos que una sustitución total no cabe a día de hoy. Finalmente, algo muy importante en cuanto al estatuto del mediador es considerar que hay determinadas reglas que exigen un grado de juicio y decisión ética que es complejo que pueda llevar a cabo un algoritmo, al menos como alcanzamos a imaginar. Así, el mediador humano podrá renunciar a la mediación, difícil para un algoritmo en cuanto a la decisión ética involucrada. Re-

petimos el argumento anterior que se refiere a que no podemos olvidar que los algoritmos son programados por humanos con determinados sesgos y esas renunciaciones pueden ser adecuadas o no. La renuncia hecha por un humano mediador se basará en criterios objetivos, datos y, probablemente, criterios éticos. Además se establece que el mediador no puede iniciar o deberá abandonar una mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad. Los algoritmos no son capaces de emitir un juicio de valor, como mínimo, respecto a su imparcialidad o no sobre el caso. De nuevo, el estatuto del mediador resulta afectado si un algoritmo sustituye al mediador humano y no solo lo asiste o ayuda en su función.

- X. Todo ello nos lleva a afrontar el reto de la mediación de manera inmediata por la irrupción de la inteligencia artificial. Desafíos enormes marcados por la dificultad de los algoritmos de comunicarse que no de informar. Comunicar no es transmitir información: es producir efectos pretendidos en la conducta de otros. Además, esa información deberá ser procesada y tratada con un razonamiento lógico y pensamiento crítico que permita descubrir los intereses de todas las partes involucradas y, finalmente, el reto del manejo de las competencias humanas tan complejas e imposibles de encontrar, a día de hoy, en tecnología y algoritmos.
- XI. Desafíos que conllevan el dilema ético al que nos enfrentamos por los sesgos que se encuentran detrás de la programación de los algoritmos. No cabe una programación neutra, en cuanto a sesgos, en toma de decisiones. Los seres humanos que programan los algoritmos tienen sesgos y en toma de decisiones eso condiciona.
- XII. Los desafíos encontrados y los dilemas éticos a los que nos enfrentamos nos llevan a apostar por modelos mixtos de colaboración entre humanos y algoritmos que permitan potenciar lo mejor de la tecnología permitiendo procesos diseñados y dirigidos por humanos, que guíen a la tecnología y que permitan obtener la información clave manejada, en todo momento, por el mediador humano. Apostamos por la *Smart* mediación en cuanto a modelo de mediación con utilización de la inteligencia artificial con funciones de asistencia al mediador pero no de sustitución. Si bien en este trabajo se analiza el caso particular de la mediación y las implicaciones que tiene el uso de la inteligencia artificial en la misma, en sede de estas conclusiones, podemos asegurar que igual ocurre con la negociación, en la que no concebimos modelos de la sustitución integral de las partes por algoritmos que puedan llegar a un acuerdo, o de conciliación en la que ocurriría, *mutatis mutandi*, lo mismo que lo expuesto para la mediación.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010, Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN y GLEN. (2024). The real dangers of Artificial Intelligence, *The Journal of Democracy*. V. 35, n. 1, pp. 147-162, *Project MUSE*, <https://doi.org/10.1353/jod.2024.a915355>.
- CARRON, B., y BOTTERON, V. (2019). How smart can a contract be?, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- BARONA VILAR. (1993). *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- BARRIO RODRIGO, M. (2024). El mediador robot. Virtudes y desafíos ¿de un futuro cercano?. FONTESTAD PORTALÉS, L., CALAZA LÓPEZ, S., (Dir.) *Justicia en REDefinición: Inteligencia Artificial en los Medios Adecuados de Resolución de controversias*, Dykinson.
- BELLOSO MARTÍN, N., (2023). Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa” CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I., (Dir.), *op.cit.*
- BERLO, D. K. (2000). *El proceso de comunicación*. El Ateneo.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., (Dir.), (2021). Los métodos adecuados de solución de conflictos según el Proyecto de Eficacia Procesal. *Debates jurídicos de actualidad*. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur menor.
- CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I., (Dir.), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*. (2023). La Ley.
- (2022). Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización mejor. *Actualidad Civil*. núm. 6.
- CARRON, B., y BOTTERON, V., (2019). How smart can a contract be? *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- CHAISSÉ, J. y KIRKWOOD, J. M. (2022). Smart Courts, Smart Contracts and the Future of Online Dispute Resolution. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*.
- CORTINA, A., (2024). *¿Ética o ideología de la inteligencia artificial? El eclipse de la razón comunicativa en una sociedad tecnologizada*. Paidós Estado y Sociedad.

- CORNFELD, L. A. (1985). Are Two Heads Better than One: An Examination of the Effectiveness of Co-Mediation: Calling for a New Mediation Technique. *Conciliation Courts Review*, vol. 22, núm. 3, Heinonline.
- DÍEZ RIAZA, S. (2023). La oferta confidencial vinculante como medio adecuado de solución de controversias y su introducción en nuestro ordenamiento. CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *Medios Adecuados de solución de controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*. La Ley.
- DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L. (2023). CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *op. cit.*, pp. 809 y ss.
- DUHIGG, CH. (2024). *Supercomunicadores: cómo desbloquear el lenguaje secreto de la conexión*, Vergara.
- FELIÚ REY, J. (2022). La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: de la voluntariedad a la obligatoriedad. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm 2, pp. 407-426.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). *Los expedientes no contenciosos tramitados por el registrador mercantil*. Marcial Pons.
- FISHER, W., URY, W. y PATTON B., (2012). *Getting to yes*. Randon House Business
- FINN, M. (2021). Remaining the dispute resolution epicenter: is MED-ARB in Europe's future?, *Ankura*, 3-4
- FOLEY, K. (2017) To co-mediate or not to co-mediate. That is the question. *Bond Law Review*, vol. 29,
- GALEOTE MUÑOZ, P. (2024). Online Dispute Resolution (ODR) y su evolución: digitalización e inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos. MOLINA HERNÁNDEZ, C., (dir.) *La transformación digital de las empresas*: Atelier.
- (2021). ADR híbridos en el ámbito empresarial. *Revista de direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 76
- (2019). El BATNA en negociaciones entre sociedades de capital. *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, RDB 86. Pp. 139-149.
- (2006). La mediación. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). (2006). *Sistemas de solución extrajurisdiccional conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces
- HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). (2006). *Sistemas de solución extrajurisdiccional conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces.
- JÉREZ DELGADO C., (2025). Los MASC tras la Ley 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia eficiencia del Servicio Público de Justicia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 807, (pp. 191-226).
- LALAGUNA HOLZWARTH, M. (2022). ADR Híbridos. Especial referencia a ARB-MED-ARB: ventajas y problemáticas de su diseño y puesta en práctica.
- RUIZ RISUEÑO, F., y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., (Coord.), *Mediación civil y mercantil*. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 109-120.
- (2021). ADR híbridos, en especial, ARB-MED-ARB: una forma muy prometedora de emparejar a la mediación y el arbitraje. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 973.
- LONGAS PASTOR, B., (2022). La conciliación ante el Letrado de Administración de Justicia y ante el Registrador Mercantil. *Cuestiones prácticas en materia de Registro*

- de la Propiedad y administración de justicia: con especial referencia a la nueva normativa sobre discapacidad y al proceso penal, Tirant lo Blanch, pp. 219-261.
- MARTÍN MARCO, J. R. (2020). La conciliación ante el registrador. *Diario La Ley*, 9631.
- MARCOS FRANCISCO, D. (2023). Smart ODR y su puesta en práctica: el salto a la inteligencia artificial. *Revista General de Derecho Procesal*, 59.
- MATEO Y VILLA, I. (2022). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, pp. 55-111.
- MULHOLAND, J. (2003). *El lenguaje de la negociación*. Gedisa.
- OMARZABAL SÁNCHEZ, G. (2017). *Control judicial sobre el fondo del laudo*. Marcial Pons. Madrid, 2017.
- ORDELIN FONT, J. L. (2021). El uso de la inteligencia artificial en la mediación: ¿quimera o realidad?. *Revista Ius*, 48.
- POSADA DE GRADO, C. (2025). Los registradores y su relación con los MASC en Ley Orgánica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia procesal”, *Convivencia* <https://www.convivencia.info/-/los-registradores-y-su-relacion-con-los-masc-en-ley-organica12025-de-medidas-en-materia-de-eficiencia-procesal?redirect=%2F>.
- RIAZA, S. (2023). CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *Op. cit.*
- SITORUS, W. (2024). Online Dispute Resolution: The Conceptualization of Business Dispute Resolution Model in Indonesia . *Hasanuddin Civil and Bussiness Law Review*, núm 1(1), 34–41. Retrieved from <https://journal.unhas.ac.id/index.php/hcblr/article/view/32943> (Original work published February 19, 2024).
- TESSLER HENRY, M., *et al* (2024). “AI can help humans find common ground in democratic deliberation. *Science*, 386,eadq2852. DOI:10.1126/science.adq2852.
- TIWARY y PATI, j. (2024). Harnessing Online Dispute Resolution (ODR) for effective Conflict Resolution in E-Commerce Platforms: Opportunities and Challenges. *Naturalista Campano*. V. 28, Issue 1.
- URY, W. (2024). *Possible: how to survive (and thrive) in an age of conflict*, Harper Business.
- UZQUEDA, A. M. (2023). CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *op. cit.*, pp. 730-744.
- VITOLA-QUINTERO, M., BALLESTAS-CAMPO, N., PÉREZ-CERRO, J., FORBES-SANTIAGO, R. (2024). Implicaciones éticas, sociales y ambientales de la inteligencia artificial para el desarrollo sostenible: una revisión de la literatura. *Revista Científica Anfibios*.

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre identidad de objeto e identidad de litigio, *vide*, CASTILLEJO MANZANARES, R., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., (Dirs.), (2021). Los métodos adecuados de solución de conflictos según el Proyecto de Eficacia Procesal. *Debates jurídicos de actualidad*. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur menor y DÍEZ RIAZA, S. (2023). La oferta confidencial vinculante como medio adecuado de solución de controversias y su introducción en nuestro ordenamiento. CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *Medios Adecuados de solución de controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*. La Ley, pp. 850 y ss.

<sup>2</sup> En este sentido, podemos considerarlo un requisito de procedibilidad, como lo establece la Ley o un presupuesto procesal. La diferencia radica en que, si el uso de los MASC es considerado requisito de procedibilidad, su no utilización en un caso determinado solo podría ser alegado a instancia de parte y no de oficio. Así, entre otros, CALAZA LÓPEZ, S. (2022). Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización mejor. *Actualidad Civil*. núm. 6., consideran que esto nos llevaría a la conclusión de que la utilización de un MASC sería un presupuesto procesal tal y como lo configura la Ley, ya que su no utilización detectada de oficio llevaría a la no admisión de la demanda. *Vid.*, también JÉREZ DELGADO C., (2025). Los MASC tras la Ley 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia eficiencia del Servicio Público de Justicia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 807, (pp. 191-226)

<sup>3</sup> Sobre las ventajas de cada uno de los MASC, *vid.* HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). (2006). *Sistemas de solución extrajurisdiccional conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces.

<sup>4</sup> En este sentido, si se tratara de imponer obligatoriamente, con carácter previo, un arbitraje, sería necesario que se reformara el recurso de anulación, ampliándose las causas a la revisión del fondo del asunto. *Vid.*, OMARZABAL SÁNCHEZ, G. (2017). *Control judicial sobre el fondo del laudo*. Marcial Pons. Madrid, 2017.

<sup>5</sup> Sobre la reforma que ha supuesto la Ley 1/2025 en relación a la conciliación ante registrador, *vid.*, por todos, POSADA DE GRADO, C. (2025). Los registradores y su relación con los MASC en ley orgánica 1 /2025, de medidas en materia de eficiencia procesal”, *Convivencia* <https://www.convivencia.info/-/los-registradores-y-su-relacion-con-los-masc-en-ley-orgánica12025-de-medidas-en-materia-de-eficiencia-procesal?redirect=%2F>.

<sup>6</sup> Metodología que fue recogida en el manual *Getting to Yes*, FISHER, W., URY, W. y PATTON B., (2012). *Getting to yes*. Random House Business (revisión y adaptación de la obra general).

<sup>7</sup> *Vid.*, por todos, FISHER, R. y URY, W. y PATTON, B., *Op. cit.*

<sup>8</sup> Sobre persuasión y comunicación, *vid.* por todos, BERLO, D. K. (2000). *El proceso de comunicación*. El Ateneo; MULHOLAND, J. (2003). *El lenguaje de la negociación*. Gedisa; y DUHIGG, CH. (2024). *Supercomunicadores: cómo desbloquear el lenguaje secreto de la conexión*, Vergara.

<sup>9</sup> Sobre el win-win-win, *Vid.*, por todos, URY, W. (2024). *Possible. How we survive (and thrive) in an age of conflict*. Harper Business.

<sup>10</sup> Sobre BATNA, *vid.*, GALEOTE, P. (2019). El BATNA en negociaciones entre sociedades de capital. *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, RDB 86. Pp. 139-149.

<sup>11</sup> Sobre conciliación ante registrador, *vid.*, por todos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). *Los expedientes no contenciosos tramitados por el registrador mercantil*. Marcial

Pons; LONGAS PASTOR, B., (2022). La conciliación ante el Letrado de Administración de Justicia y ante el Registrador Mercantil. *Cuestiones prácticas en materia de Registro de la Propiedad y administración de justicia: con especial referencia a la nueva normativa sobre discapacidad y al proceso penal*, Tirant lo Blanch, (pp. 219-261); MARTÍN MARCO, J. R. (2020). La conciliación ante el registrador. *Diario La Ley*; y MATEO Y VILLA, I. (2022). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, pp. 55-111.

<sup>12</sup> DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L. (2023). CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *op. cit.*, pp. 809 y ss.

<sup>13</sup> En relación a este procedimiento de oferta vinculante, RIAZA, S. (2023). CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *op. cit.*, pp. 837 y ss.

<sup>14</sup> UZQUEDA, A. M. (2023). CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.) *op. cit.*, pp. 730-744.

<sup>15</sup> Sobre los ADR, en general, *vid.*, por todos, HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). (2006). *Op.cit.*, y GALEOTE MUÑOZ, P. (2024). Online Dispute Resolution (ODR) y su evolución: digitalización e inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos. C. MOLINA HERNÁNDEZ, C., (dir.) *La transformación digital de las empresas*: Atelier, (pp. 216-218). A partir de los años sesenta del siglo pasado, en Estados Unidos, se empieza a utilizar esta denominación para referirse a los mismos debido al colapso producido en los juzgados y tribunales y la poca celeridad en la resolución de los mismos. Dentro de los ADR destacan la negociación, la mediación y el arbitraje o alguna variedad de los mismos; podemos entender que, dentro de los mismos, también cabe la negociación, la mera conciliación etc.

<sup>16</sup> De ahí que se les llame a veces *Adequated Dispute Resolution* en vez de *Alternative Dispute Resolution* para dar a entender que no siempre son alternativos y sí muchas veces complementarios a los judiciales; los jueces se pueden valer de ellos en determinados momentos del proceso como por ejemplo en los mini trials estadounidenses; *vid.* MARCOS FRANCISCO, D. (2023). Smart ODR y su puesta en práctica: el salto a la inteligencia artificial. *Revista General de Derecho Procesal*, 59, y, entre otros, BARONA VILAR, (1993). *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch: Valencia.

<sup>17</sup> En cuanto al requisito de procedibilidad, el artículo 5 de la Ley 1/2025 establece que “se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1.ª y 2.ª, de este capítulo o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo”.

<sup>18</sup> Aunque en ese momento era Proyecto de Ley, *vid.* por todos, CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDEÑANA GEZURAGA, I., (Dirs.). (2023). *Op.cit.*

<sup>19</sup> Actividad negociadora en la que la Ley incluye la propia negociación, la mediación, la oferta vinculante de un tercero, la conciliación pública y privada y el Derecho colaborativo. Sin perjuicio de la poca precisión con la que está definido cada MASC es de resaltar que la Ley trate el Derecho colaborativo; en este sentido, avanzamos que se entiende por Derecho colaborativo el ejercicio del derecho que, en determinados casos, excluye el acudir a los Tribunales

para solucionar un conflicto; llamamos la atención de que la Ley hable incluso de “negociación basada en intereses” que será la clave de este Derecho colaborativo o cooperativo.

<sup>20</sup> En este sentido, cabe plantearse lo establecido en la Disposición Final Trigésima de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero cuando establece que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, un proyecto de ley que regule el estatuto de la tercera persona neutral interviniente en cualquiera de los MASC. Se está refiriendo a abogados, técnicos, peritos etc. que deben tener su estatuto. En este sentido, si hablamos de mediación, el mediador no será un tercero neutral si media, aunque el mediador sea neutral también, pero sí puede valerse de terceros. En el caso de las ciber mediaciones, podemos plantearnos el que un algoritmo que medie pueda servirse de un humano para ejercer su labor, pero no como mediador el humano y sí como tercero neutral. Lo vemos aún alejado pero, a través de aquí, se puede estar dando entrada a esa figura.

<sup>21</sup> En este sentido, la Ley 1/2025 toma como base de los MASC a la negociación o cualquier tipo de actividad negociadora. Así en su artículo 8 establece que “*las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación llevadas a cabo en el marco de un MASC...*” Aunque somos críticos con la utilización poco precisa que esta Ley hace de los conceptos al referirse a la denominación de cada MASC, sí que estamos de acuerdo al considerar a la negociación como la base de cualquiera de ellos (mediación, oferta vinculante de un tercero, conciliación etc.)

<sup>22</sup> Para un estudio en profundidad de este camino seguido, *vid.*, por todos, FELIÚ REY, J. (2022). La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: de la voluntariedad a la obligatoriedad. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm 2. 407-426.

<sup>23</sup> Con estas cláusulas las partes convienen que, en caso de producirse un conflicto derivado de la relación entre ellas, el mismo lo someterán a cualquier MASC, por ejemplo, la negociación entre las partes o a mediación. Si las partes no llegan a un acuerdo o no aceptan la propuesta del mediador, convienen que se pase a arbitraje o, incluso, a Juzgados y Tribunales; se trata de ir escalando el conflicto hasta llegar a una solución posible.

<sup>24</sup> Llamamos la atención sobre que estas fórmulas híbridas están dotadas de unidad y el procedimiento es único y acordado por las partes desde el principio; además, en algunas en las que está previsto, puede incluso el mediador convertirse en árbitro en determinado momento. La diferencia con las cláusulas en cascada es clara y es que se trata de crear un procedimiento único que nada tiene que ver con escalar el conflicto.

<sup>25</sup> GALEOTE MUÑOZ, P. (2021). ADR híbridos en el ámbito empresarial. *Revista de direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 76; para todo lo relativo a este tipo de cláusulas, *vid.*, por todos, FINN, M. (2021). Remaining the dispute resolution epicenter: is MED-ARB in Europe’s future?, *Ankura*, 3-4 y LALAGUNA HOLZWARTH, M. (2021). ADR híbridos, en especial, ARB-MED-ARB: una forma muy prometedora de emparejar a la mediación y el arbitraje. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 973 y LALAGUNA HOLZWARTH, M. (2022). ADR Híbridos. Especial referencia a ARB-MED-ARB: ventajas y problemáticas de su diseño y puesta en práctica. RUIZ RISUEÑO, F., y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., (Coord.), *Mediación civil y mercantil*. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 109-120.

<sup>26</sup> Sobre ODR *vid.*, por todos, SITORUS, W. (2024). Online Dispute Resolution: the conceptualization of business. *Dispute Resolution Model. Indonesia Hasanuddin Civil and Business Law Review*, núm I. 1), 34–41. Retrieved from <https://journal.unhas.ac.id/index.php/hcblr/article/view/32943> (Original work published February 19, 2024).

<sup>27</sup> Sobre mediación y su enfoque metodológico, *vid.*, GALEOTE MUÑOZ, P. (2006). La Mediación. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). *op. cit.*, pp. 70-85.

<sup>28</sup> GALEOTE MUÑOZ, P. (2006). La Mediación. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). *op. cit.*, pp. 73-77.

<sup>29</sup> Sobre esta denominación, vid., MARCOS FRANCISCO, D. (2023). Smart ODR y su puesta en práctica: el salto a la inteligencia artificial. *Revista General de Derecho procesal*, núm. 59 y CHAISSE, J Y KIRKWOOD, J. M. (2022). Smart Courts, Smart Contracts and the Future of Online Dispute Resolution. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*.

<sup>30</sup> Somos de la opinión de BELLOSO MARTÍN, N., (2023). “Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa”, CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., y ORDENANA GEZURAGA, I., (Dirs.), *op. cit.*, pp. 97 y ss., cuando señala que, de lo establecido recientemente por la Ley Orgánica 1/2025 (en ese momento Proyecto de Ley), en relación a los MASC, estos, incluida la mediación, serán los mecanismos adecuados para resolver los conflictos derivados de la aplicación de la tecnología, en universos virtuales o metaversos.

<sup>31</sup> *Vid.*, por todos, CORTINA, A. (2024). *¿Ética o ideología de la inteligencia artificial? El eclipse de la razón comunicativa en una sociedad tecnologizada*. Paidós Estado y Sociedad. Pp. 55-58.

<sup>32</sup> CARRON, B., y BOTTERON, V., (2019). How smart can a contract be? *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

<sup>33</sup> En este sentido, es importante destacar la existencia de NFT —non fungible tokens— o tokens no fungibles en el metaverso u otros universos digitales. Son una especie de certificado digital que sirve para acreditar la propiedad de algo que se encuentra en la cadena de bloques y que puede originar enormes disputas en esos metaversos, en los que es dudosa la aplicación del derecho internacional privado, por lo que la mediación a través de blockchain puede ayudar.

<sup>34</sup> Sobre co-mediación, vide, FOLEY, K. (2017) To co-mediate or not to co-mediate. That is the question. *Bond Law Review*, vol. 29, núm. 1. Pp. 95-107 y CORNFELD, L. A. (1985). Are Two Heads Better than One: An Examination of the Effectiveness of Co-Mediation: Calling for a New Mediation Technique. *Conciliation Courts Review*, vol. 22, núm. 3, Heinonline.

<sup>35</sup> *Vid.* nota 20.

<sup>36</sup> TESSLER HENRY, M., et al (2024). “AI can help humans find common ground in democratic deliberation. *Science*, 386, eadq2852. DOI:10.1126/science.adq2852

<sup>37</sup> GALEOTE MUÑOZ, P. (2024). Online Dispute Resolution (ODR) y su evolución: digitalización e inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos. *Op. cit.* Pp. 230-231

<sup>38</sup> Sobre comunicación efectiva, *vid.*, DUHIGG, CH. (2024). *Op.cit.*

<sup>39</sup> ORDELIN FONT, J. L. (2021). El uso de la inteligencia artificial en la mediación: ¿quimera o realidad?. *Revista Ius*, 48.

*Trabajo recibido el 13 de febrero de 2025 y aceptado  
para su publicación el 29 de abril de 2025*

# DICTÁMENES Y NOTAS



# Garantía por falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales<sup>1</sup>

## *Warranty for non-conformity of digital content and services*

por

LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil*

*Universidad Pablo de Olavide*

RESUMEN: Para que el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se entienda cumplido por parte del suministrador, es imprescindible que los contenidos o servicios suministrados, estén o no incorporados en bienes, cumplan una serie de requisitos subjetivos y objetivos. Son los denominados requisitos de conformidad. Partiendo de ello, cuando los contenidos o servicios suministrados no se ajustan a los citados requisitos subjetivos y objetivos que resulten aplicables, nos encontramos ante una falta de conformidad. La falta de conformidad se configura como un supuesto clave en materia de responsabilidad del empresario o suministrador. No en vano, si este suministra un contenido o servicio digital que se aparta de lo pactado, deberá responder frente a las medidas correctoras o remedios legales que solicite el consumidor. Concretamente, son tres las medidas que se prevén ante una falta de conformidad en este tipo de contratos: la subsanación o puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. Tales remedios no son nuevos, pero lo cierto es que presentan una serie de particularidades, toda vez que se han regulado exclusiva-

---

<sup>1</sup> Esta publicación se enmarca en el Proyecto I+D+i: “Derecho contractual digital, una nueva realidad: del Código a las directivas y la revolución digital” (PID 2020-112714GB-I00), financiado por MCIN /AEI/10.13039/501100011033, del que la autora es investigadora principal.

mente para los contenidos y servicios digitales. Por esta razón constituyen objeto de análisis en el presente trabajo.

*ABSTRACT: For the contract for the supply of digital content and services to be deemed to be fulfilled by the supplier, it is essential that the content or services supplied, whether or not they are incorporated in goods, meet a series of subjective and objective requirements. These are the so-called conformity requirements. On this basis, when the contents or services supplied do not comply with the aforementioned applicable subjective and objective requirements, we are faced with a lack of conformity. Lack of conformity is a key assumption in terms of the employer's or supplier's liability. Indeed, if the latter supplies a digital content or service that deviates from what has been agreed, he must respond to the corrective measures or legal remedies requested by the consumer. Specifically, three remedies are envisaged in the event of a lack of conformity in this type of contract: remedying or bringing into conformity, reduction of the price and termination of the contract. These remedies are not new, but they do present a series of particularities, since they have been regulated exclusively for digital content and services. For this reason, they are the subject of analysis in this paper.*

**PALABRAS CLAVE:** Suministro de contenidos y servicios digitales. Requisitos de conformidad. Falta de conformidad. Subsanción. Puesta en conformidad. Reducción del precio. Resolución del contrato. Suspensión del pago del precio. Indemnización de daños y perjuicios.

**KEYWORDS:** *Provision of digital content and services. Conformity requirements. Non-conformity. Remedying. Bringing into conformity. Price reduction. Termination of the contract. Suspension of payment of the price. Compensation for damages.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES CON EL CONTRATO. II.1. REQUISITOS SUBJETIVOS. II.2. REQUISITOS OBJETIVOS.—III. MEDIDAS CORRECTORAS POR FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES. III.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. III.2. PUESTA EN CONFORMIDAD. III.3. REDUCCIÓN DEL PRECIO. III.4. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. III.5. SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO. III.6. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objeto realizar un análisis en torno a la garantía legal o garantía por falta de conformidad en el marco de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Por todos es sabido que la conformidad se considera actualmente uno de los conceptos fundamentales del Derecho contractual moderno<sup>1</sup>.

Siguiendo a LETE ACHIRICA (2022, “Artículo 115. Conformidad de...”, 1651-1652), esta noción de la conformidad procede de lo dispuesto por el artículo 35 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que obliga al vendedor a entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo, e incluso su envase y embalaje, sean idénticos a los estipulados en el contrato. Es una noción que supera ampliamente el antiguo régimen jurídico del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil, permitiendo englobar en ella todo un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa, a los que se les aplica un sistema articulado de remedios. Por consiguiente, la conformidad con el contrato abarca las nociones de defecto, de vicio o de falta de calidad de la cosa vendida, o, más en general, todo supuesto de incumplimiento o inexecución del contrato, distinto de la no entrega del bien objeto de dicho contrato. Se trata de un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa<sup>2</sup>.

En nuestro país, el principio de conformidad de los productos con el contrato celebrado se introdujo en sede de consumo por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (ya derogada), referida a la compraventa celebrada con consumidores, a través de la cual se llevó a cabo la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo (ya derogada). Realmente a esta Directiva se debe el establecimiento en España de un régimen uniforme en materia de remedios a disposición del consumidor, toda vez que le otorgaba un abanico de medidas con objeto de subsanar la falta de conformidad del bien adquirido. Así, el artículo 3 apartado 2 de dicha Directiva concretaba dichos remedios en la reparación o la sustitución del bien, la reducción adecuada del precio y la resolución del contrato.

Pero, centrándonos más concretamente en el ámbito digital, la falta de conformidad comenzó a contar con un régimen jurídico *ad hoc* tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/770 sobre ciertos aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante DCSD)<sup>3</sup>, que en su artículo 14 contempla las medidas correctoras o remedios de los que dispone el consumidor en los supuestos en los que se produzca una anomalía o discon-

formidad en el contenido o servicio digital suministrado. De esta forma se logra una armonización de las medidas legales correctoras en este particular contexto de la contratación digital.

La falta de conformidad se configura de este modo como un supuesto clave en materia de responsabilidad del empresario o suministrador. No en vano, si este suministra al consumidor un contenido o servicio digital que se aparta en algún punto con lo pactado, deberá responder frente a las medidas correctoras o remedios legalmente previstos que solicite el consumidor. Concretamente, son tres las medidas que se prevén ante una falta de conformidad en este tipo de contratos: la subsanación o puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. Como se ha apuntado, tales remedios no son nuevos, ni siquiera en el ámbito del Derecho de consumo, pero lo cierto es que presentan una serie de particularidades, toda vez que se han regulado exclusivamente para los contenidos y servicios digitales. Por esta razón constituyen objeto de nuestro interés.

## II. LA CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES CON EL CONTRATO

Para que el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se entienda cumplido por parte del suministrador, es imprescindible que los contenidos o servicios suministrados, estén o no incorporados en bienes, cumplan unos requisitos. Son los denominados requisitos de conformidad. Dichos requisitos se evalúan siempre comparando la prestación estipulada (expresa o tácitamente) en el contrato y la prestación realizada. Lo esencial es establecer, por un lado, los criterios para determinar la prestación acordada entre las partes y, por otro lado, cómo y cuándo evaluar si la obligación ha sido cumplida (MORAIS CARVALHO, 2020, 38).

La Directiva 2019/770 regula los requisitos de conformidad de los contenidos y servicios digitales en los artículos 7 y 8. Más concretamente, el primero de estos preceptos establece los denominados requisitos subjetivos y el segundo los requisitos objetivos. Los primeros son los acordados por las partes y los segundos son los previstos legalmente. Los dos tipos de requisitos deben darse de forma cumulativa para que se pueda apreciar la conformidad de los contenidos o servicios contratados<sup>4</sup>.

Después de la transposición de la citada Directiva a nuestro ordenamiento, a través del Real Decreto Ley 7/2021<sup>5</sup>, el Texto Refundido de Consumidores<sup>6</sup> regula esta conformidad de los contenidos y servicios digitales en el artículo 115, a tenor del cual “los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato

cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente”. A continuación, el artículo 115 bis concreta cuáles son los requisitos subjetivos y el artículo 115 ter determina los requisitos objetivos. A estos requisitos se ha de añadir la integración correcta de los contenidos o servicios digitales, tal como establece el artículo 115 quater TRLGDCU.

## II.1. REQUISITOS SUBJETIVOS

Cuando se habla de requisitos subjetivos se está aludiendo a aquellos requisitos que derivan del propio contrato. En efecto, el primer parámetro para decidir sobre la conformidad del contenido o servicio digital contratado es el programa obligacional contenido en el contrato, y a él habrá de estarse en primer lugar, de tal modo, como afirma HIDALGO CEREZO (2020, 190), que operan como una suerte de “condiciones particulares”. Hay que estar, por tanto, a los pactos expresos entre suministrador y consumidor sobre el contenido o servicio, de manera que este no será conforme si no reúne las características expresadas en el contrato<sup>7</sup>. Con todo, estamos de acuerdo con CASTILLA BAREA (2022, 102-103) cuando afirma que debe precisarse esta definición, toda vez que los requisitos subjetivos de conformidad no siempre se deducen de los términos expresos del contrato celebrado; en ocasiones, es preciso recurrir al contenido obligacional implícito que se extrae de la publicidad, de la información y descripciones precontractuales, etc. Lo determinante de los requisitos subjetivos es que designan cualidades que la prestación debe reunir porque así se colige de los términos explícitos o implícitos del contrato celebrado; se trata, pues, de elementos siempre contractuales, que se hallan *ad intra* del propio negocio jurídico celebrado<sup>8</sup>.

Partiendo de ello, el artículo 115 bis TRLGDCU establece que, para ser conformes con el contrato, los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos subjetivos:

a) Ajustarse a la descripción, cantidad, calidad, y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato. La descripción de los contenidos o servicios digitales ha sido calificada como el aspecto más importante de los distintos elementos que configuran la noción de conformidad, puesto que dichos contenidos o servicios que se suministren al consumidor deben ser aquellos que fueron previamente descritos en el contrato celebrado entre las partes (LETE ACHIRICA, 2022, “Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos...”, 1659)<sup>9</sup>. En cuanto a la cantidad, se puede referir, por ejemplo, al número de archivos musicales a los que se puede acceder (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 31)<sup>10</sup>. Y la calidad puede aludir, por ejemplo, a la resolución

de las imágenes. Este criterio de la calidad se incluye también, como se podrá comprobar, entre los requisitos objetivos, lo que implica que la calidad que se incluya en el contrato solo será relevante para determinar la falta de conformidad cuando el nivel de dicho criterio sea más elevado que el de la calidad exigida dentro de los requisitos objetivos de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se traten en cuestión (LETE ACHIRICA, 2022, “Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos...”, 1660-1661).

De otro lado, por funcionalidad se entiende la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad. Por su parte, la compatibilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios del mismo tipo, sin necesidad de convertirlos. Es decir, la compatibilidad representa una barrera de entrada natural, ya que se exige una capacidad técnica mínima del entorno digital del consumidor para poder utilizar adecuadamente los contenidos o servicios contratados (HIDALGO CEREZO, 2020, 187)<sup>11</sup>. Y, finalmente, la interoperabilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos o programas distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios del mismo tipo. El buen funcionamiento podría incluir, por ejemplo, la capacidad de los contenidos o servicios digitales para intercambiar información con esos otros programas o aparatos y utilizar la información intercambiada (considerando 43 DCSD).

En suma, si el contenido o servicio no presenta alguna de las características, cualidades o prestaciones pactadas, hay falta de conformidad, y el consumidor podrá reclamar contra el suministrador, como veremos en su momento. Para que ello se cumpla hay que atender no solo a los parámetros expresamente recogidos en el artículo 115 bis a) TRLGDCU, sino a “las demás características que se establezcan en el contrato”<sup>12</sup>. Esta referencia final, de acuerdo con LETE ARICHICA (2022, “Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos...”, 1662), es una fórmula amplia que permite incluir cualquier otro aspecto de los contenidos o servicios digitales que no son mencionados por el artículo 115 bis TRLGDCU.

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario, como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación. Este requisito parte del supuesto en el cual el consumidor pretende utilizar los contenidos o servicios digitales para unos fines específicos que se apartan de los normales o habituales en esos contenidos o servicios de los que se trate en cuestión. El consumidor ha de dar a conocer al empresario dichos fines específicos, utilizando el medio que estime más oportuno, y

debe hacerlo, a más tardar, en el momento de la celebración del contrato. Por su parte, el empresario debe aceptar esos fines específicos.

c) Ser suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor según disponga el contrato. Los accesorios se refieren a todos los elementos secundarios respecto de los contenidos o servicios digitales, pudiendo tener impacto en el uso de los mismos. Pero también podría tratarse del embalaje o la presentación de estos. Si bien en la mayoría de los casos los contenidos o servicios digitales se suministrarán al consumidor vía *online*, podría considerarse que en los supuestos de suministro de contenidos digitales con soportes materiales el embalaje de dichos soportes tendrá el carácter de “accesorio”. Por su parte, las instrucciones serán las necesarias para el uso y el acceso del consumidor a los contenidos digitales. Deberán ser completas, precisas, claras y comprensibles, resultando indiferente la forma en que se faciliten al consumidor. De otro lado, la asistencia al consumidor, “según disponga el contrato”, se explica por la complejidad que puede tener el acceso a los contenidos o servicios digitales para un consumidor medio (LETE ARICHICA, 2022, “Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos...”, 1665).

d) Ser actualizados según se establezca en el contrato. Dado que los contenidos y servicios digitales se encuentran en constante desarrollo, el empresario puede convenir con el consumidor el suministro de actualizaciones y características a medida que vayan estando disponibles. Por tanto, la conformidad de los contenidos o servicios digitales también debe evaluarse en función de si estos están actualizados de la forma en que se haya estipulado en el contrato. La falta de suministro de las actualizaciones que se hayan pactado entre las partes debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Asimismo, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato (considerando 44 DCSD).

## II.2. REQUISITOS OBJETIVOS

Para ser conformes y garantizar que los consumidores no se vean privados de sus derechos, por ejemplo, en aquellos casos en que el contrato celebrado establezca escasas cláusulas, o poco precisas, los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos que han sido expuestos, sino que además deben cumplir los llamados requisitos objetivos de conformidad. En palabras de CASTILLA BAREA (2022, 103), son patrones, reglas o modelos que sirven para determinar los atributos y rasgos característicos a que debe adecuarse

la prestación cuando no han sido plenamente determinados por los contratantes de forma clara y completa. A diferencia de los requisitos subjetivos —que, o nacen y viven en el propio contrato o no llegan a existir—, los objetivos son, por definición, extracontractuales en el sentido más prístino del término, es decir, se hallan fuera del contrato concreto celebrado por los sujetos que mantienen una controversia sobre la conformidad del contenido o servicio digital contratado. Por eso siempre señalan a una referencia externa a cualquier declaración de voluntad, explícita o implícita, de los contratantes.

Llegados a este punto, antes de analizar cuáles son estos requisitos objetivos de acuerdo con la regulación que nos ocupa, conviene hacer mención muy brevemente al debate doctrinal que, según CASTILLA BAREA, se ha planteado en torno a la función que cumplen estos requisitos: si se trata de parámetros supletorios de conformidad o si, por el contrario, se trata de requisitos legales que establecen mínimos imperativos de obligado cumplimiento por parte del empresario que contrata con un consumidor. La autora citada denomina a la primera postura concepción tradicional o continuista y a la segunda posición la identifica como concepción reformista o del nuevo paradigma de conformidad.

En línea con esta segunda posición, LETE ARICHICA (2022, “Artículo 115. Conformidad de...”, 1654) señala que las partes siempre deberán respetar los requisitos objetivos, al margen del contrato específico que celebren entre ellas, pues constituyen criterios de naturaleza legal que reflejan estándares objetivos impuestos por el ordenamiento, de tal forma que es el propio ordenamiento y no el contrato el que define los criterios objetivos que deben cumplirse<sup>13</sup>. A favor de la concepción tradicional o continuista se postula firmemente CASTILLA BAREA (2022, 104 y ss.), quien dedica un interesante trabajo a disertar sobre este debate que, como ella misma señala, no es ni mucho menos baladí. En su opinión, solamente los requisitos subjetivos los son auténticamente; los mal llamados “requisitos” objetivos son, más bien, parámetros o criterios para determinar la conformidad de la prestación, cuando en un caso concreto no se han podido establecer las exigencias contractuales y hay que recrearlas o construirlas a partir de otros referentes<sup>14</sup>.

Expuesto lo anterior, veamos a continuación cuáles son los requisitos objetivos que, de acuerdo con el artículo 115 ter TRLGDCU, habrán de cumplir los contenidos o servicios digitales contratados.

1. En primer lugar, los contenidos y servicios digitales deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria

del sector. Este criterio refleja lo que puede esperar un consumidor medio en las mismas circunstancias, teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales, las condiciones del mercado de que se trate y, además, cuando proceda, la normativa vigente o reglamentación aplicable (LETE ACHIRICA, 2022, “Artículo 115 ter. Requisitos objetivos..., 1670-1671)<sup>15</sup>.

- b) Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor antes de la celebración del contrato. Este requisito permite que el consumidor pueda exigir que los contenidos o servicios que se le suministren sean del mismo tipo y calidad que la versión de prueba o vista previa manifiesten. Pero, al mismo tiempo, sirve para que el consumidor conozca los contenidos o servicios digitales sobre los que contrata, como si estuvieran “a la vista” en el momento de la conclusión del contrato de suministro, de tal forma que no podrá alegar posteriormente falta de conformidad de los contenidos o servicios si conoce, o puede conocer a través del examen de la versión de prueba o vista previa, que los contenidos o servicios digitales carecen de determinadas características, o adolecen de ciertos defectos (LETE ACHIRICA, 2022, “Artículo 115 ter. Requisitos objetivos..., 1671-1672).
- c) Cuando sea de aplicación, suministrarse junto con los accesorios y las instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir. Partiendo de este precepto, aunque en el contrato no se haya pactado que los contenidos o servicios han de entregarse con ciertos accesorios (porque si se ha pactado puede exigirse conforme al artículo anterior), existe una falta de conformidad si el contenido o servicio se suministra sin un accesorio necesario, o este se suministra de forma inadecuada o defectuosa. Lo mismo sucede cuando, debiendo entregar el suministrador las instrucciones de instalación o de otro tipo, no las entrega o las instrucciones son defectuosas (y por eso se produce una incorrecta instalación o un uso inadecuado)<sup>16</sup>.
- d) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la

publicidad o el etiquetado. El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:

- i) que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión;
- ii) que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada;
- iii) que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el contenido o servicio digital.

Lo cierto, de acuerdo con PLAZA ARNALDOS (2023, 525), es que la oferta de contenidos y servicios digitales es muy variada y, además, los avances tecnológicos influyen en el desarrollo de contenidos y servicios cada vez más sofisticados; por ello “los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo” y “las cualidades y características de funcionamiento que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo” son algo cambiante que deberá tener en cuenta las circunstancias concretas en las que nos encontramos.

Por otro lado, el criterio de razonabilidad en relación con cualquier referencia en esta normativa debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas (*ex considerando 46 DCSD*). Cuando no existe un “tipo” o contenido generalizado en el mercado al que acudir, los pactos de las partes adquieren relevancia, según PLAZA ARNALDOS (2023, 526), pero siempre teniendo presente las referencias objetivas que puedan derivarse del mercado (contenidos similares, usos del ámbito *online*, etc.).

2. Además, en el caso que nos ocupa de contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, el empresario velará porque se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad<sup>17</sup>. Tales actualizaciones no son indefinidas; antes bien, su duración dependerá de la naturaleza del contrato.

- a) Así, si el contrato establece un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, el empresario debe proporcionar la actualización tanto tiempo como el consumidor pueda razonablemente esperar según el tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato en cuestión<sup>18</sup>.
- b) Si el contrato prevé un plazo de suministro continuo durante un período de tiempo, el deber de actualización debe extenderse durante el tiempo en el que deba suministrarse el contenido o servicio digital contratado.

3. Por otro lado, en caso de que el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado anterior, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- i) que el empresario hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación;
- ii) y que el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas.

Lógicamente, el consumidor es completamente libre de decidir si instalar dichas actualizaciones. Pero si decide no instalarlas, no debe esperar que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes. Por ello, el empresario debe informar al consumidor de que su decisión de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios, incluidas las actualizaciones de seguridad, repercutirá en la responsabilidad del primero (considerando 47 DCSD).

4. Cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese período. En efecto, muchos tipos de contenidos o servicios digitales se suministran de forma continua a lo largo del tiempo, como el acceso a servicios en nube. Por ello es necesario garantizar que dichos contenidos o servicios sean conformes durante la vigencia del contrato. No en balde, las interrupciones a corto plazo del suministro deben tratarse como casos de falta de conformidad cuando dichas interrupciones sean notables o recurrentes (considerando 51 DCSD).

5. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los citados apartados y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia. Esta norma se incluye con el fin de garantizar la suficiente flexibilidad; ello explica el que las partes tengan la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos en materia de conformidad. Ahora bien, esto solo será posible si el consumidor ha sido específicamente informado al respecto y lo acepta por separado de otras declaraciones o acuerdos y con un comportamiento activo e inequívoco. Ambas condiciones podrían cumplirse, por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar (considerando 49 DCSD).

Siguiendo a CÁMARA LAPUENTE (2021, 25), cabe concluir que, más que requisitos objetivos inderogables basados en un estándar de expectativas razo-

nables del consumidor medio, esta norma potencia los deberes de transparencia a cargo del empresario y la configuración de una suerte de consentimiento reforzado (“expreso y por separado”) para estos supuestos. De esta forma, es posible entrever aquí el futuro papel del control de transparencia frente a las cláusulas predispuestas que delimitan los elementos esenciales de estos contratos (*ex* artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas).

En esta misma línea, BUENO BIOT (2022, 928) añade que las expectativas del consumidor quedan, por tanto, enteramente definidas por los términos del contrato; la conformidad se supedita a la satisfacción de una suficiente información contractual y precontractual, sin parámetro objetivo mínimo de contraste. Las legítimas expectativas que el consumidor podría tener a la luz de los usos del mercado o los avances tecnológicos quedan limitadas por la voluntad del proveedor como predisponente del contenido contractual.

6. Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato. Esta exigencia se explica por la mejora frecuente de los contenidos y servicios digitales, en particular mediante actualizaciones.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, centraremos nuestro trabajo a continuación en determinar qué ocurre cuando los contenidos o servicios digitales no se ajustan a los citados requisitos subjetivos y objetivos que resulten aplicables o, dicho sea de otro modo, se analizarán los remedios o medidas correctoras que tiene a su disposición el consumidor cuando los contenidos o servicios digitales suministrados no sean conformes con el contrato que se ha suscrito.

### III. MEDIDAS CORRECTORAS POR FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

#### III.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si existe una falta de conformidad respecto al contenido o servicio digital contratado, es decir, cuando lo suministrado no cumple con lo que se ha acordado, el consumidor podrá exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. Por tanto, tres son los remedios o medidas correctoras que tiene a su disposición el consumidor ante una falta de conformidad. Dichos remedios constituyen la denominada garantía legal o garantía por falta de conformidad, que se regula en los artículos 117 a 119 quater TRLGDCU (artículos 14 a 18 DCSD)<sup>19</sup>. Y, aunque a primera vista pudiera no parecerlo, lo cierto es que existe un orden jerárquico entre tales medidas.

En efecto, el legislador atribuye carácter preferente a la puesta en conformidad<sup>20</sup>, que se constituye como la primera opción frente a la reducción del precio y la resolución del contrato, ambas situadas en el mismo plano, pero como segunda opción a la que puede recurrir el consumidor *ex* artículos 118 y 119 ter 2 TRLGDCU (BUENO BIOT, 2024, 559-560). Esta jerarquización responde a la intención del legislador europeo de conservar el contrato siempre que ello sea posible<sup>21</sup>.

Partiendo de lo anterior, es habitual hablar de remedios primarios (la puesta en conformidad) y secundarios (reducción del precio y resolución). Mientras que la puesta en conformidad trata de adaptar el objeto del suministro al contrato celebrado, la reducción del precio y la resolución tienen otra finalidad que es la de adaptar la dinámica contractual a lo realmente ejecutado por el empresario incumplidor (JUÁREZ TORREJÓN, 2022, 122)<sup>22</sup>. Dicha preferencia supone, en terminología anglosajona, la concesión al suministrador de un *right to cure* o derecho a reparar (GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2023, 228).

En la doctrina encontramos opiniones diversas sobre el establecimiento de este orden de preferencia. Así, hay autores que no están de acuerdo con la jerarquización de remedios por entender que esta opción perjudica los intereses del consumidor, que tendría un mayor nivel de protección si se le permitiera optar libremente por el remedio más adecuado a sus intereses, incluida la posible resolución inmediata por falta de conformidad sin pasar por el previo intento de puesta en conformidad<sup>23</sup>. Otros autores, en cambio, son menos críticos con esta jerarquización<sup>24</sup>, al considerar que la ausencia de un orden preferente puede producir efectos negativos sobre el empresario que podría encontrarse con un escenario en el que el consumidor realizara un uso irracional de la reducción del precio y, sobre todo, de la resolución del contrato<sup>25</sup>.

Sea como fuere, siguiendo a BUENO BIOT (2024, 561), con este sistema, lo que se ha pretendido ha sido establecer un marco jurídico que tutele los intereses del consumidor y también los del empresario. En este sentido, para que no se vean perjudicados los intereses del empresario, se ha optado por esta jerarquía de remedios que, en última instancia, favorece la conservación de la operación comercial efectuada. No olvidemos que uno de los objetivos que inspira la Directiva 2019/770 es el de lograr un equilibrio adecuado entre alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores y promover la competitividad de las empresas (considerando 2)<sup>26</sup>.

Con todo, lo cierto es que esta jerarquización no tiene carácter absoluto, pues hay excepciones en las que el consumidor podrá acudir directamente a los remedios subsidiarios. En efecto, tal como se podrá comprobar, cuando la puesta en conformidad resulte jurídica o materialmente imposible o suponga unos costes desproporcionados para el empresario, así como cuando el empresario no haya

podido poner en conformidad los contenidos o servicios digitales en un plazo razonable y en los términos legalmente previstos, se atribuye al consumidor el derecho a la reducción del precio o la resolución del contrato (MIGUEL ASENSIO, 2022, 1344)<sup>27</sup>.

Por último, sin perjuicio de lo anterior, estas tres medidas que vamos a analizar son excluyentes entre sí, de tal forma que no se podrán ejercer de forma simultánea por el consumidor. Por consiguiente, si prospera favorablemente el ejercicio de uno de estos remedios no cabrá interponer los demás.

### III.2. PUESTA EN CONFORMIDAD

Si los contenidos o servicios digitales no fueran conformes con el contrato, el consumidor tendrá derecho a exigir que sean puestos en conformidad. Ahora bien, el empresario podrá negarse a dicha puesta en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en el caso, entre ellas, el valor que tendrían los contenidos o servicios si no hubiera existido falta de conformidad y la relevancia de la misma (artículo 118. 2 y 3 TRLGDCU). Por consiguiente, compete al empresario elegir la forma en la que se va a llevar a cabo la subsanación dependiendo de las características técnicas de los contenidos o servicios digitales suministrados; por ejemplo, facilitando actualizaciones o poniendo una nueva copia de los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor (considerando 63 DCSD).

Siguiendo a CÁMARA LAPUENTE (2016, 55-56), desaparece así la facultad que, en la compraventa de bienes, tenía el consumidor ante una falta de conformidad de elegir entre reparación y sustitución, quedando ahora a criterio del suministrador la manera en que el contenido o servicio digital queda subsanado para ser plenamente conforme con el contrato, primando de esta manera el análisis pragmático de coste/beneficio. La razón por la que desaparece esta dicotomía de reparación-sustitución como vías de reparación se concreta en el carácter proteico de los contenidos y servicios digitales y las diversas fórmulas que cada uno requerirá para la puesta en conformidad<sup>28</sup>.

Por lo que respecta a los requisitos que debe cumplir este remedio primario, hay que saber que las medidas que lleve a cabo el empresario para la puesta en conformidad deberán ser gratuitas o sin cargo alguno para el consumidor, deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor (artículo 118. 4 TRLGDCU y artículo 14.3 DCSD).

En relación con la gratuidad, comprenderá los gastos necesarios en que se incurra para que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, esto es, los gastos requeridos para subsanar la falta de conformidad. El fun-

damento de esta norma no es otro que el de conseguir una efectiva protección el consumidor: si este tiene derecho a recibir los contenidos o servicios conformes con el contrato que celebró, el empresario debe responder de la falta de conformidad que pudiera existir y, por ende, debe soportar la carga del correcto cumplimiento del contrato (LETE ACHIRICA, 2022, “Artículo 118. Régimen jurídico..., 1727”<sup>29</sup>). Además, con este requisito se pretende evitar también que el consumidor se vea disuadido de ejercer su derecho a exigir la puesta en conformidad ante el temor de sufrir una reclamación por parte del empresario (GSELL, 2020, 250)<sup>30</sup>. En el mismo sentido debe entenderse la norma en aquellos supuestos en los que el consumidor ha facilitado sus datos personales como forma de pago del contenido o servicio digital; ante una falta de conformidad, el consumidor no podrá ser requerido por el empresario para facilitar datos adicionales que excedan de los inicialmente acordados para el suministro.

Ahora bien, la gratuidad de la reparación no significa indemnidad económica del consumidor. La norma impone que la puesta en conformidad no suponga coste alguno para el consumidor, pero es posible que la falta de conformidad cause otros gastos que no deriven de actividades necesarias para subsanar la falta de conformidad. En este caso, si los costes generados al consumidor se pueden considerar daños derivados de la falta de conformidad se podrá exigir su indemnización mediante la correspondiente acción de daños y perjuicios (*ex* artículo 116.2 TRLGDCU), como veremos en su momento. Por otra parte, en relación con los costes derivados de la inspección de los contenidos o servicios, y la identificación de la falta de conformidad, se entiende que solo deberían englobarse en lo dispuesto por el artículo 118.4 letra a) TRLGDCU si, tras esa inspección, se acredita que existe falta de conformidad, pero no en el caso contrario<sup>31</sup>.

De otro lado, por lo que respecta al plazo para llevar a cabo la puesta en conformidad, el legislador establece que debe hacerse en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad (artículo 118.4 letra b) TRLGDCU), evitando de esta forma fijar un plazo concreto para reparar el contenido o servicio digital. Esta falta de concreción del plazo se explica porque la gravedad de las faltas de conformidad puede requerir, en función del caso, trabajos más notables o complejos y dependerá también de circunstancias diversas, como que el fallo hubiera sido comunicado por otros proveedores o fabricantes y el empresario no hubiese tomado las medidas necesarias a tiempo (HIDALGO CEREZO, 2020, 192). Por su parte, el legislador europeo no ha considerado conveniente establecer un plazo fijo porque este no tendría en cuenta la diversidad de los contenidos y servicios digitales y podría ser demasiado corto o demasiado largo, según el caso (considerando 64 DCSD).

Desde el punto de vista doctrinal, FERRER GUARDIOLA (2021, 199-200) señala una consideración relevante a la hora de interpretar esta norma. En su opinión, el legislador europeo presupone que los contenidos o servicios digitales se suministran siempre en formato digital y, por ende, entiende que la puesta en conformidad del contenido o servicio digital no debe requerir, en la mayor parte de las situaciones, de ningún plazo adicional, y concibe la expresión “sin demora indebida” como “suministro inmediato” (en virtud del considerado 61 DCSD). Partiendo de esta consideración, puede que gran parte de los contenidos o servicios digitales suministrados no requieran o no utilicen un soporte tangible, en cuyo caso sí que podrían ser puestos en conformidad de forma inmediata. Pero puede suceder que un contenido o un servicio digital haya sido suministrado a través de un soporte material, y para ponerlo en conformidad el soporte deba ser enviado al empresario y entregado de nuevo al consumidor ya conforme. En este sentido, la puesta en conformidad sin demora indebida no será inmediata. El legislador español, siguiendo las pautas del europeo, maneja la expresión “plazo razonable” para que el empresario ponga en conformidad los contenidos o servicios digitales. Ahora bien, concluye el autor citado, podía haber ido más allá y, además de recoger que en todo caso el plazo para la puesta en conformidad sea razonable, haber fijado un período máximo de tiempo durante el cual el empresario pueda poner en conformidad los contenidos o servicios, con independencia del medio utilizado para el suministro, tal como sucede con el plazo máximo de entrega o suministro de treinta días<sup>32</sup>.

En cualquier caso, recordemos que el legislador europeo, para tratar de arrojar luz a los problemas de interpretación en torno a este criterio de la razonabilidad, establece que lo que una persona pueda razonablemente esperar debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas<sup>33</sup>. Asimismo, reproduce estos parámetros que sirven para concretar cuál es el plazo razonable el artículo 14.3 DCSD, al disponer, textualmente, que el empresario pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad, habida cuenta de la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran los mismos para el consumidor. Como explica MILÁ RAFEL (2024, 622-623), el primero de esos parámetros, el de la naturaleza de los contenidos o servicios, supone una determinación objetiva que ha de partir de la menor o mayor complejidad del producto digital objeto del contrato, así como el soporte utilizado para suministrar los contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos. Y el segundo parámetro, la finalidad que tenga el contenido o servicio digital contratado para el consumidor, al contrario que el anterior, es de carácter subjetivo, pues considera los fines específicos para los que aquel necesita esos contenidos o servicios, si los ha dado a conocer al empresario. Con

todo es cierto, como señala la autora citada, que en la comercialización en masa de productos digitales, no es frecuente que el consumidor informe al empresario de la finalidad por la que adquiere el contenido o servicio digital. Por ello, para determinar el periodo razonable cabe considerar, además de las finalidades que el consumidor pueda comunicar al empresario en el momento de la celebración del contrato, también aquellas sobre las que informa cuando solicita la subsanación de la falta de conformidad<sup>34</sup>.

Hay, además, como se ha apuntado un tercer requisito para la puesta en conformidad y es que debe realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran para el consumidor (artículos 118. 4 letra c TRLGDCU y 14.3 DCSD). No se concreta qué ha de entenderse por inconvenientes, pero lo que sí se puede afirmar es que han de ser significativos (*ex* artículo 14.4 letra e DCSD), esto es, el consumidor no deberá soportar inconvenientes mayores, pero sí molestias menores que deriven de la puesta en conformidad. Por tanto, no podrá acudir a los remedios secundarios si, a pesar de esos inconvenientes menores, la falta de conformidad ha sido subsanada. Esta norma parece responder a la filosofía que inspiró la Directiva 199/44/CE de “establecer un equilibrio justo entre los intereses de los consumidores y los de los vendedores, garantizando a los primeros, como partes débiles del contrato, una protección completa y eficaz contra el incumplimiento por parte de los segundos de sus obligaciones contractuales”<sup>35</sup>.

Así las cosas, en los supuestos en los que la puesta en conformidad resulte imposible o le suponga al empresario unos costes desproporcionados, o cuando subsista la falta de conformidad pese al intento de subsanación, o simplemente no se haya llevado a cabo por el empresario en las condiciones legalmente establecidas, el consumidor podrá optar por la reducción del precio o por la resolución del contrato.

### III.3. REDUCCIÓN DEL PRECIO

Como se ha apuntado previamente, además de la puesta en conformidad, hay otras dos medidas correctoras que se prevén legalmente para el supuesto de falta de conformidad, que son la reducción del precio y la resolución del contrato, remedios estos entre los que no existe preferencia. De esta forma, el consumidor puede elegir entre uno u otro siempre que se den sus requisitos. En este sentido, hay que tener en cuenta que no siempre los dos remedios serán una opción o, dicho sea de otro modo, puede que alguno de ellos no esté disponible; así ocurre, por ejemplo, cuando los contenidos o servicios digitales se han suministrado a

cambio de datos personales, caso en el cual el consumidor, por razones obvias, no podrá optar por la reducción del precio.

El artículo 119 TRLGDCU, tal como se ha venido adelantando, prevé una serie de supuestos en los que el consumidor tiene derecho a exigir alguno de esos dos remedios que hemos denominado subsidiarios o de segundo nivel. Así, centrándonos ahora en la reducción del precio, el consumidor podrá exigir esta medida en los siguientes casos:

- Cuando la medida correctora consistente en poner en conformidad los contenidos o servicios digitales resulte imposible o desproporcionada. En relación con este supuesto, se ha planteado si el consumidor puede solicitar la reducción del precio de forma inmediata sin necesidad de que el empresario haya alegado previamente la imposibilidad o desproporción de la puesta en conformidad o, por el contrario, es necesario que el empresario se haya negado antes a la puesta en conformidad alegando que es imposible o desproporcionado. Ante esta disyuntiva, MILÁ RAFAEL (2024, 636-638) diferencia si la imposibilidad puede advertirse desde el primer momento, caso en el cual el consumidor debería tener derecho a exigir directamente la reducción del precio, pues no tendría sentido que tuviera que esperar a que el empresario alegara la imposibilidad si tal límite se puede apreciar sin necesidad de que el empresario lo manifieste. Ahora bien, si la imposibilidad solo puede constatarse tras una previa reclamación por el consumidor, entonces la reducción del precio sí que debería ser subsidiaria. Sin embargo, si el límite a la puesta en conformidad es la desproporción de costes, la autora ve más discutible que el consumidor pueda solicitar directamente la reducción del precio. En su opinión, lo más coherente sería esperar a que el empresario manifieste su negativa a poner los contenidos o servicios en conformidad porque ello le supondría unos costes desproporcionados<sup>36</sup>.
- Cuando el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor. Es decir, el consumidor podrá solicitar la reducción del precio si, tras solicitar la puesta en conformidad al empresario, este no procede a la subsanación con arreglo lo establecido legalmente<sup>37</sup>.
- Cuando aparezca cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad. De esta forma si, tras la actuación del empresario para subsanar la falta de conformidad, esta persiste porque la actuación de subsanación ha fracasado o bien aparece de nuevo una falta de conformidad, ya sea la misma que se manifestó anteriormente ya sea una nueva, el consumidor podrá

solicitar la reducción del precio (ÁLVAREZ MORENO, 2022, 143)<sup>38</sup>. Se pretende evitar así que el consumidor que ya ha solicitado la puesta en conformidad del contenido o servicio digital se vea obligado a tener que solicitarla otra vez en sucesivas ocasiones (BUENO BIOT, 2024, 614).

- Cuando la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato. El derecho del consumidor a la reducción del precio se justifica en ese caso porque no cabe esperar que mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad<sup>39</sup>.
- Cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor<sup>40</sup>. Esta declaración del empresario requiere, como explica GSELL (2020, 261), un grado de seriedad suficiente. Por consiguiente, el hecho de que el empresario dude o, incluso, niegue la falta de conformidad en un primer momento ante la reclamación de la puesta en conformidad por parte del consumidor no puede considerarse suficiente, al menos siempre y cuando el empresario se muestre dispuesto a examinar debidamente los contenidos y servicios para evaluar la existencia de una eventual falta de conformidad.

De acuerdo con BUENO BIOT (2022, 931), este remedio puede ser útil para aquellos consumidores que, pese a que aún siga existiendo la falta de conformidad, les resulte beneficioso quedarse con el contenido o servicio digital defectuoso a un precio reducido, ya que sigue cumpliendo sus fines e intereses y, por tanto, no tienen necesidad de resolver el contrato ni de buscar el mismo contenido o servicio digital en otro proveedor<sup>41</sup>. Por ejemplo, sería el caso de determinados defectos de una *App* que contiene menos prestaciones que las contratadas, pero que siguen satisfaciendo los intereses del consumidor, o contenidos de música o vídeo que presenten una calidad inferior a la anunciada, pero que satisfacen igualmente los deseos del consumidor.

De otro lado, como apunta MILÁ RAFEL (2024, 650), el consumidor también puede tener interés en exigir la reducción del precio cuando los contenidos o servicios digitales no tienen un sustituto en el mercado, ya sea porque no son ofrecidos por un competidor, o porque se han elaborado conforme a las especificaciones del consumidor, por ejemplo, cuando el contrato tenga por objeto fotos o vídeos digitales de momentos relevantes de la vida del consumidor.

Por su parte, SÁNCHEZ LERÍA (2021, 69) considera que resultará poco frecuente que el consumidor se conforme con algún defecto en los contenidos o servicios suministrados cuando en el mercado puede obtener la versión perfecta

del mismo, de forma que este remedio tendrá poca aplicación en los contratos de tracto único. Si resulta adecuado, sin embargo, en los contratos de duración continuada en los que se haya producido una falta de conformidad (por ejemplo, ciertas interrupciones en el servicio o una baja calidad en el mismo durante determinados periodos) y no se ha podido corregir en el momento solicitado (supuesto contemplado expresamente en el artículo 119 bis.2 TRLGDCU).

Sea como fuere, esta medida confiere al consumidor la posibilidad de disminuir el precio que ha pagado en proporción a la diferencia existente entre el valor que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento del suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el contenido o servicio efectivamente provisto tenga en el momento de dicho suministro (artículo 119 bis 1 TRLGDCU). Como señala LETE ACHIRICA (2022, “Artículo 119 bis”, 1746-1747), este método de cálculo de la reducción del precio incorpora distintos elementos, entre los que destaca el valor de mercado u objetivo de los contenidos o servicios digitales como si fueran conformes en el momento de la entrega. Es verdad que dicho valor de mercado es un valor extraño a las partes, ya que puede no coincidir con el precio efectivamente pagado ni tampoco con el valor de los contenidos digitales no conformes. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el sistema de reducción del precio que incorpora nuestra legislación por influencia indirecta de la Convención de Viena tiene la ventaja, de una parte, de respetar en la medida de lo posible la voluntad de los contratantes en lo que se refiere a la fijación del precio, manteniendo el daño o provecho de la operación, y, de otra, la de eludir la cuestión de saber si la disminución del precio debe ser determinada en función del valor objetivo de los contenidos o servicios digitales o del valor que tales contenidos o servicios representaban para el consumidor<sup>42</sup>.

En cualquier caso, como nos explica MILÁ RAFEL (2024, 650), para determinar la reducción del precio, el artículo que nos ocupa exige, en primer lugar, determinar el valor del contenido o servicio digital no conforme en el momento de la entrega o suministro y el valor hipotético que hubiera tenido si hubiera sido conforme, así como la diferencia existente entre ambos. En segundo lugar, el precio pactado por las partes debe reducirse en la misma proporción<sup>43</sup>.

Por otro lado, el citado artículo dispone también que cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio, la reducción en el precio se aplicará al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios no hubiesen sido conformes (artículo 119 bis 2 TRLGDCU). Por ejemplo, si hemos contratado una plataforma para ver películas o escuchar música y no ha funcionado durante una semana, podremos exigir la reducción del precio pagado, ya que durante esa semana no se ha prestado el servicio adecuadamente<sup>44</sup>.

Partiendo de todo lo expuesto, cabe concluir que este remedio de la reducción del precio tiene como finalidad compensar la falta de conformidad del contrato efectivamente producida mediante el reajuste de sus términos conmutativos y, concretamente, desde el precio. No se trata, por ende, de acomodar la prestación al contrato, sino de reacomodar el contrato como canon de conformidad a lo ejecutado (JÚAREZ TORREJÓN, 2022, 123)<sup>45</sup>.

Hay que apuntar que la devolución que el empresario deba realizar debido a la reducción del precio se ejecutará sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de catorce días a partir de la fecha en la que aquel haya sido informado de la decisión del consumidor de reclamar su correspondiente derecho. El empresario efectuará el reembolso indicado utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la adquisición de los contenidos o servicios digitales, salvo que se hubiese acordado expresamente entre las partes de otro modo, y siempre que no suponga un coste adicional para el consumidor. Además, no cabe imponer al consumidor cargo alguno por el reembolso (artículo 119 quater TRLGDCU).

Por último, es importante tener presente que la acción de reducción del precio no tiene carácter resarcitorio, siendo en consecuencia compatible con la acción de indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 117.1 *in fine* TRLCU. En este sentido, JÚAREZ TORREJÓN (2022, 123) apunta como una idea clave entorno a la reducción del precio como remedio, que el reajuste contractual que supone la rebaja del precio por causa de una falta de conformidad elimina dicha falta como incumplimiento a partir del momento de la rebaja del precio, pero no elimina los daños indemnizables que pudieran haberse producido antes de la efectividad de la rebaja del precio, los cuales habrán de ser indemnizados conforme a las reglas generales.

#### III.4. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Como se ha apuntado, la resolución contractual, al igual que la reducción del precio, es un remedio secundario que procede, subsidiariamente, a la puesta en conformidad, salvo en aquellos supuestos en los que se justifique su aplicación inmediata, dada la gravedad de la falta de conformidad (artículo 119 TRLGDCU).

Por tanto, en principio, el consumidor dispone directamente de esta medida correctora si la falta de conformidad es grave. Más aún, de acuerdo con el artículo 119 ter 2 TRLGDCU, la resolución no procede cuando la falta de conformidad es leve o de escasa importancia, para asegurar así el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, habida cuenta los efectos que

la resolución produce en la eficacia del contrato. Como señala MILÁ RAFEL (2024, 660-661), de esta forma, si la falta de conformidad es de escasa importancia, prevalece el interés del empresario en conservar el contrato (con un precio reducido) sobre el interés del consumidor en resolverlo. En tal caso, el consumidor debe quedarse con los contenidos o servicios digitales no conformes y solo puede exigir la reducción proporcional del precio. Además, la norma busca evitar que el consumidor ejercite el remedio resolutorio de manera oportunista, como medio de desligarse de un contrato que ya no le interesa, a pesar de que la falta de conformidad sea de escasa importancia. Ahora bien, continuando con el mismo artículo 119 ter 2, cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de la cesión de datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio. La prueba de que la falta de conformidad es de escasa importancia corresponde al empresario (*ex* artículo 119 ter 2 TRLGDCU).

La cuestión estriba entonces en determinar cuándo la falta de conformidad es lo suficientemente grave como para justificar su aplicación inmediata por el consumidor. En realidad, serán las partes las que lo decidan en función de lo que hayan acordado conforme a su criterio y, en defecto de acuerdo, corresponderá a los tribunales determinar la gravedad de la falta de conformidad<sup>46</sup>. En este sentido, añade BUENO BIOT (2024, 616), para valorar la importancia del defecto, el juez deberá tener en cuenta tanto los criterios subjetivos como objetivos. Es decir, no solo deberá valorar aquello que resulte del contenido contractual, sino también las cualidades y las características de funcionamiento que normalmente presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que los consumidores pueden razonablemente esperar dada su naturaleza.

En cuanto a la forma, el consumidor ejercerá el derecho a resolver el contrato mediante una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato (artículo 119 ter 1 TRLGDCU). Esta sería la vía extrajudicial; pero, además, el consumidor podrá acudir a la vía judicial en caso de que el empresario se oponga a la resolución solicitada, para que el tribunal declare que el consumidor resolvió correctamente el contrato y ejecute sus efectos. Si la sentencia declara que el consumidor resolvió correctamente tendrá efectos declarativos de ineficacia sobrevenida del contrato (MILÁ RAFEL, 2024, 658).

Como bien sabemos, la resolución pone fin al contrato liberando a ambas partes de cumplir las obligaciones contraídas en virtud del mismo, al tiempo que deberán restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas.

De acuerdo con el artículo 119 ter 5 TRLGDCU, los deberes y derechos del empresario en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales serán los siguientes:

- a) Debe reembolsar al consumidor todos los importes pagados con arreglo al contrato. Por tanto, el empresario ha de reembolsar, además del precio, todas las sumas de carácter adicional pagadas por el consumidor en virtud del contrato suscrito (LETE ACHIRICA, 2022, “Artículo 119 ter”, 1757)<sup>47</sup>. No obstante, en los casos en los que los contenidos o servicios digitales se suministran durante un período de tiempo y son conformes durante una parte de ese período, es necesario equilibrar los intereses legítimos de consumidores y empresarios. De ahí que, en tales supuestos, tras la resolución del contrato, el consumidor solo debe tener derecho a la parte del precio pagado que corresponda y sea proporcional a la duración del período en que los contenidos o servicios no hayan sido conformes. El consumidor también debe tener derecho a cualquier parte del precio pagado por adelantado por cualquier período de tiempo restante tras la resolución del contrato. El reembolso por parte del empresario se ha ejecutar sin demora indebida y en un máximo de catorce días desde el ejercicio del derecho de resolución (artículo 119 quater TRLGDCU).
- b) En los supuestos en los que el consumidor facilite al empresario sus datos personales, por lo que respecta a estos datos, el empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, así como a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En efecto, como bien sabemos, cuando el consumidor facilite al empresario sus datos personales, este debe respetar la normativa reguladora de la protección de datos, en especial, el Reglamento europeo. Estas obligaciones también deben cumplirse en los casos en que el consumidor pague un precio y facilite datos personales. Básicamente, este precepto impone al empresario el deber de abstenerse de utilizar todos los datos personales facilitados por el consumidor, lo que permite incluir no solo los cedidos para la ejecución del contrato, sino cualesquiera otros utilizados por el empresario para otros fines. En este sentido, estamos de acuerdo con CÁMARA LAPUENTE (2016, 67) cuando apunta que el suministrador deberá tomar las medidas tecnológicas precisas para dejar de usar tanto los datos inicialmente facilitados de forma activa por el consumidor en el momento de celebración del contrato (datos a cambio de contenidos), como “cualesquiera otros datos” que pudieron ser recabados tanto en ese momento (no “activamente”, mediante *cookies*, por ejemplo) como con posterioridad durante la fase de ejecución del

contrato: por ejemplo, los datos recabados con el seguimiento del comportamiento del consumidor en el uso del contenido digital con diversos fines (mejorar el producto o servicio, crear perfiles para estrategias de *marketing* personalizado propio o de terceras empresas, etc.), los datos sobre el entorno digital del consumidor si este los facilitó para intentar la puesta en conformidad del contenido digital, datos de las cuentas bancarias y tarjetas de pago del consumidor, etc. Este deber de abstención impide al suministrador no solo usar los datos por sí mismo, sino también transferir esos datos a un tercero o permitir que un tercero tenga acceso a los mismos tras la resolución del contrato.

- c) Además, en el momento de resolución del contrato, el empresario se debe abstener de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados. Estos contenidos pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles. Sin embargo, se excluye esta norma cuando dicho contenido cumpla alguna de las condiciones recogidas en el artículo 107.5, letras a), b), c) y d) del Texto Refundido, es decir, que el empresario podrá seguir utilizando dichos contenidos en los casos en los que: no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario (letra a)<sup>48</sup>, solo se refieran a la actividad del consumidor (letra b)<sup>49</sup>, hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o requieran para ello esfuerzos desproporcionados (letra c)<sup>50</sup>, o hayan sido generados conjuntamente por el consumidor y otros usuarios, y estos puedan seguir haciendo uso de los mismos (letra d)<sup>51</sup>.
- d) Salvo en estas situaciones a que se refiere el artículo 107.5, letras a), b) o c), que acabamos de citar, el empresario pondrá a disposición del consumidor, a petición de este, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios suministrados. Efectivamente, el consumidor podría verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad si se ve privado de acceso a contenidos que haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios suministrados. Para garantizar que los consumidores puedan gozar de una protección efectiva en relación con el derecho a resolver el contrato, el empresario, previa solicitud del consumidor, debe poner dicho contenido a disposición de este tras la resolución del contrato, salvando los casos arriba citados en los que los contenidos facilitados por el consumidor no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios suministrados

por el empresario, solo se refieran a la actividad del consumidor, o hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o requieran para ello esfuerzos desproporcionados. En tales casos, los contenidos no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor, a la vez que se tienen en cuenta los intereses del empresario.

- e) El consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos digitales que haya creado al utilizar los contenidos o servicios sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente. Con respecto a la exoneración de cargos para el consumidor, hay que excepcionar los gastos generados por su propio entorno digital, por ejemplo, los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los contenidos.
- f) El empresario podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular, haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o inhabilitándole la cuenta de usuario.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 119 ter 6 TRLGDCU, las obligaciones del consumidor en caso de resolución serán las siguientes:

- a) El consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros, por ejemplo, eliminando los contenidos digitales o cualquier copia utilizable, o haciendo que los contenidos o servicios digitales no sean accesibles.
- b) Cuando los contenidos digitales se hayan suministrado en un soporte material, el consumidor, a solicitud y a expensas del empresario, devolverá el soporte material a este último sin demora indebida. Si el empresario decide solicitar la devolución del soporte material, dicha solicitud se realizará en el plazo de catorce días a partir de la fecha en que se hubiese informado al empresario de la decisión del consumidor de resolver el contrato. Los gastos de la devolución serán a cargo del empresario<sup>52</sup>.
- c) Al consumidor no se le podrá reclamar ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios suministrados en el período previo a la resolución del contrato durante el cual los contenidos o servicios no hayan sido conformes, pues en caso contrario se le estaría privando de una protección efectiva<sup>53</sup>.

Por último, de acuerdo con el artículo 119 ter 7 TRLGDCU, el ejercicio por el consumidor de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o con-

sista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo. Como vemos, el legislador español también prevé la resolución del contrato por parte del empresario, en particular, cuando el consumidor revoca el consentimiento o se opone al tratamiento de sus datos. No obstante, estamos de acuerdo con ARROYO AMAYUELAS (2022, “Entra en vigor el..., 7) cuando señala que no se entiende muy bien por qué, a diferencia de la Directiva 2019/770 que contiene un catálogo de derechos y deberes para ambas partes en caso de resolución del contrato, el legislador español no dice nada a propósito de la legitimación del suministrador para reclamar el precio, suspender el suministro o reclamar intereses cuando el consumidor no cumple las obligaciones que le incumben. Por otra parte, de acuerdo con la Directiva citada, los deberes que la norma impone al empresario en relación con el deber de abstenerse de utilizar los datos facilitados por el consumidor solo rigen cuando es el consumidor quien resuelve el contrato (artículo 119 ter 1 y 5 TR-LGDCU), pero el legislador español no prevé que lo mismo suceda cuando el consumidor desista del negocio (artículo 62.4 TR-LGDCU) y, lo que es más, al empresario no se le imponen esas obligaciones cuando quien resuelve es él. Como concluye la autora citada, esta visión parcial de la Directiva debería haber sido completada por el legislador español, con el fin de proteger al consumidor también en esos casos<sup>54</sup>.

### III.5. SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO

Continuando con los remedios legales que tiene a su disposición el consumidor en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, hay que tener presente, además, que el consumidor podrá suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio adquirido hasta que el empresario cumpla con sus obligaciones de puesta en conformidad (*ex* artículo 117.1 segundo párrafo TRLGDCU). Como explica CÁMARA LAPUENTE (2021, 16), con esta norma el legislador español ha elevado el nivel de protección de la Directiva 2019/770, toda vez que este derecho a suspender el pago por parte del consumidor solo se preveía para la compraventa de bienes, y con el Real Decreto Legislativo 7/2021 se amplía al suministro de contenidos y servicios digitales<sup>55</sup>. Esta ampliación encuentra su razón de ser en el considerando 15 DCSD, cuando dispone “los Estados miembros deben tener la libertad de regular si un consumidor, en los casos de falta de conformidad, ha de tener derecho a suspender el pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad”.

Con todo —añade el autor— el legislador español no ha hecho uso del margen regulador que le conceden las Directivas, en el sentido de determinar las condiciones y modalidades para que el consumidor ejerza el derecho a suspender el pago; por esta razón, esta norma puede generar graves incertidumbres acerca de la compatibilidad de esa facultad de suspender el pago en relación con todos los remedios (o solo con algunos), su conexión con la facultad electiva del remedio por el consumidor (que cuenta con límites que el consumidor podría querer traspasar con la amenaza o el uso de la suspensión del pago), la forma de poner en práctica la facultad, la eventualidad de un abuso de derecho al suspender el pago cuando sea el propio consumidor quien se niegue a dar acceso a su entorno digital para comprobar la causa de la falta de conformidad o para proceder a la subsanación, etc. (CÁMARA LAPUENTE, 2021, 16).

En cualquier caso, si el consumidor ejerce este derecho se suspenderá provisionalmente la obligatoriedad del cumplimiento del consumidor hasta que el empresario cumpla con su deber de puesta en conformidad. Una vez lo hace, el consumidor pierde su derecho de suspensión del pago del precio. Esto conlleva consecuencias de dos tipos. En primer lugar, los plazos ya vencidos y que no pudieron ser cobrados por el empresario, podrán ser exigidos de forma inmediata al consumidor, pero sin intereses de demora, toda vez que el retraso en el cumplimiento estaba justificado porque el consumidor disponía del derecho a suspender el pago. En segundo lugar, las obligaciones aplazadas que venzan en el futuro deberán ser satisfechas por el consumidor conforme a lo pactado (MARÍN LÓPEZ, 2015, 1731).

Como se apuntado, el consumidor podrá ejercer esta facultad de suspender el pago del precio hasta que el empresario cumpla su obligación de puesta en conformidad. La cuestión que se nos plantea es si este derecho será compatible asimismo con los remedios de segundo nivel; esto es, con la reducción del precio y la resolución del contrato. Para MILÁ RAFEL (2024, 683), el consumidor podrá suspender el pago mientras el empresario no cumpla su obligación de reembolso en caso de reducción del precio. Así, el consumidor puede, por un lado, exigir la reducción del precio, informando de su decisión al empresario y reclamando el reembolso de las cantidades pagadas de más. Y, por otro lado, y de manera compatible con este remedio, el consumidor está facultado para suspender el pago del precio hasta que el empresario le restituya los importes. Por consiguiente, concluye la autora, el consumidor puede acumular la suspensión del cumplimiento de la propia obligación y la reducción del precio, siendo ambos remedios compatibles<sup>56</sup>. Más difícil es, sin embargo, hablar de compatibilidad entre la resolución del contrato y la suspensión del pago del precio, toda vez que la resolución pone fin al contrato con efectos liberatorios para ambas partes de las obligaciones derivadas del mismo. Ello no obsta para que ambos remedios sí

puedan ser alternativos si, con anterioridad a la resolución del contrato y como paso previo a la misma, el consumidor ejerce la suspensión del pago del precio. Es este caso, el carácter alternativo de ambos remedios se manifiesta de manera secuencial (MILÁ RAFEL, 2024, 684).

En este orden de ideas, estamos de acuerdo con ÁLVAREZ MORENO (2022, 152) quien sostiene que la suspensión del precio es obviamente más compatible con los remedios primarios, pero no parece haber impedimento para su aplicación complementaria a los remedios secundarios, si bien en tal caso, la reducción del precio o la resolución del contrato han de tomar en consideración la parte del precio que no había sido abonada, debido a esta suspensión. La suspensión habrá sido previa, desde la manifestación de la falta de conformidad, pero será compatible con la posterior reducción del precio o resolución del contrato.

### III.6. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Como hemos podido comprobar, el empresario debe responder ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento del suministro del contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede (artículo 117.1 TRLGDCU).

Por tanto, el consumidor podrá reclamar al empresario una indemnización por los daños y perjuicios causados, con carácter adicional a los otros remedios que han sido expuestos. Y podrá hacerlo cuando estos perjuicios sean debidos a una falta de conformidad o a un cumplimiento defectuoso en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad. De esta forma, la indemnización que prevé la norma se concreta en el interés contractual positivo.

Dicho esto, es cierto que el artículo que contempla la posibilidad de reclamar esta indemnización por daños y perjuicios ante una falta de conformidad o incumplimiento por parte del suministrador no añade nada más ni establece una regulación al respecto<sup>57</sup>.

Tan solo el artículo 116 TRLGDCU señala que, en todo caso, el consumidor tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. Dejando al margen la remisión a la legislación mercantil, en tanto en cuanto el sujeto protegido

es el consumidor y, por ende, el contrato que nos ocupa es civil, el precepto nos conduce a las reglas generales de la responsabilidad contractual por incumplimiento (artículos 1101 y siguientes CC). Por consiguiente, a pesar de que la Directiva 2019/770 permitía a los Estados miembros regular los presupuestos y condiciones de ejercicio de este derecho<sup>58</sup>, lo cierto es que el legislador español ha renunciado a ello y, en su lugar, ha optado por no regular este derecho del consumidor, dejando a los tribunales la determinación de ese régimen de los daños y perjuicios sobre la pura base del Derecho civil común (CÁMARA LAPUENTE, 2021, 27).

Remitiéndonos, como prescribe el TRLGDCU, al Código Civil, la acción de indemnización de daños y perjuicios procederá si el daño producido se debe a una conducta dolosa o culposa del empresario, de acuerdo con los artículos 1102 y 1103, teniendo en cuenta, además, que el empresario no responderá por caso fortuito o fuerza mayor (*ex* artículo 1105 CC). Por su parte, el artículo 1104 CC determina qué debe entenderse por culpa o negligencia del deudor, en este caso, del empresario, al disponer que consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias concurrentes. De esta forma, para determinar la conducta culposa del empresario tendremos que atender a las circunstancias de cada caso en concreto.

De otro lado, respecto a los daños indemnizables, estos son los daños patrimoniales que comprenden el daño emergente y el lucro cesante (*ex* artículo 1106 CC), y también los daños morales derivados de la falta de conformidad. En esta línea, el artículo 1107 CC establece una distinción entre el deudor de buena fe y el deudor de mala fe. Así, el primero responderá de los daños y perjuicios “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, es decir, que deriven de la falta de conformidad. Y el deudor de mala fe responderá de todos los que conocidamente se deriven de dicha falta de conformidad, previsibles o no.

#### IV. CONCLUSIONES

I. Tal como se ha expuesto, los remedios o medidas correctoras ante una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados en virtud de un contrato son tres: la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. Dichos remedios constituyen la denominada garantía legal o garantía por falta de conformidad, que se regula en los artículos 117 a 119 *quater* TRLGDCU. El legislador atribuye carácter preferente a la puesta en conformidad, que se constituye como la primera opción frente a la reducción del precio y a la resolución del contrato, ambas situadas en el mismo

plano, pero como segunda opción a la que puede recurrir el consumidor (*ex* artículos 118 y 119 ter 2 TRLGDCU). Esta jerarquización responde a la intención de conservar el contrato siempre que ello sea posible.

II. Por consiguiente, si los contenidos o servicios digitales no fueran conformes con el contrato, el consumidor tendrá derecho a exigir, en primer lugar, que sean puestos en conformidad. Ahora bien, el empresario podrá negarse cuando la subsanación resulte imposible o suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en el caso, entre ellas, el valor que tendrían los contenidos o servicios si no hubiera existido falta de conformidad y la relevancia de la misma (art. 118. 2 y 3 TRLGDCU). Así pues, compete al empresario elegir la forma en la que se va a llevar a cabo la subsanación dependiendo de las características técnicas de los contenidos o servicios digitales suministrados.

III. Por lo que respecta a los requisitos que debe cumplir este remedio primario de la puesta en conformidad, las medidas que lleve a cabo el empresario a tal fin deberán ser gratuitas o sin cargo alguno para el consumidor, deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor (art. 118. 4 TRLGDCU).

En relación con la gratuidad, comprenderá los gastos necesarios en que se incurra para que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, esto es, los gastos requeridos para subsanar la disconformidad. Con este requisito se pretende evitar también que el consumidor se vea disuadido de ejercer su derecho a exigir la puesta en conformidad ante el temor de sufrir una reclamación por parte del empresario.

De otro lado, por lo que respecta al plazo para llevar a cabo la puesta en conformidad, el legislador establece que debe hacerse en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad, evitando de esta forma fijar un plazo concreto para reparar el contenido o servicio digital. Esta falta de concreción del plazo se explica porque este no tendría en cuenta la diversidad de los contenidos y servicios digitales y podría ser demasiado corto o demasiado largo, según el caso. De cualquier modo, para tratar de arrojar luz a los problemas de interpretación en torno a este criterio de la razonabilidad, la Directiva 2019/770 establece que lo que una persona pueda razonablemente esperar debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas.

Además, como se ha apuntado, la puesta en conformidad debe realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran para el consumidor. No se concreta qué ha de entenderse por inconvenientes, pero lo que sí se puede afirmar es que han de ser significativos, esto es, el consumidor no deberá soportar

inconvenientes mayores, pero sí molestias menores que deriven de la puesta en conformidad. Por tanto, no podrá acudir a los remedios secundarios si, a pesar de esos inconvenientes menores, la falta de conformidad ha sido subsanada.

IV. En cuanto a la reducción del precio, esta medida confiere al consumidor la posibilidad de disminuir el precio que ha pagado en proporción a la diferencia existente entre el valor que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento del suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el contenido o servicio efectivamente provisto tenga en el momento de dicho suministro (art. 119 bis 1 TRLGDCU). Por otro lado, cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio, la reducción en el precio se aplicará al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios no hubiesen sido conformes (art. 119 bis 2 TRLGDCU). Así pues, la doctrina concluye que este remedio de la reducción del precio tiene como finalidad compensar la falta de conformidad del contrato efectivamente producida mediante el reajuste de sus términos conmutativos y, concretamente, desde el precio. No se trata, por ende, de acomodar la prestación al contrato, sino de reacomodar el contrato como canon de conformidad a lo ejecutado.

V. Por lo que respecta a la resolución contractual, al igual que la reducción del precio, es un remedio secundario que procede, subsidiariamente, a la puesta en conformidad, salvo en aquellos supuestos en los que se justifique su aplicación inmediata, dada la gravedad de la falta de conformidad (art. 119 TRLGDCU). La cuestión estriba entonces en determinar cuándo la falta de conformidad es lo suficientemente importante como para justificar su aplicación inmediata por el consumidor. En rigor, serán las partes las que lo decidan en función de lo que hayan acordado conforme a su criterio y, en defecto de acuerdo, corresponderá a los tribunales determinar la gravedad de la falta de conformidad.

Así pues, en principio, el consumidor dispone directamente de esta medida correctora si la falta de conformidad es grave. Más aún, de acuerdo con el artículo 119 ter 2 TRLGDCU, la resolución no procede cuando la falta de conformidad es leve o de escasa importancia, para asegurar así el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, habida cuenta los efectos que la resolución produce en la eficacia del contrato. En tal caso, el consumidor debe quedarse con los contenidos o servicios digitales no conformes y solo puede exigir la reducción proporcional del precio. Ahora bien, el mismo artículo 119 ter 2 TRLGDCU añade que cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de la cesión de datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio. La prueba de que la falta de conformidad es de escasa importancia corresponde al empresario (*ex art. 119 ter 2 TRLGDCU*).

VI. De otro lado, continuando con los remedios legales que tiene a su disposición el consumidor en caso de falta de conformidad, hay que tener presente, además, que el consumidor podrá suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio adquirido hasta que el empresario cumpla con sus obligaciones de puesta en conformidad (*ex art. 117.1 segundo párrafo TRLGDCU*). Con todo, el legislador español no ha hecho uso del margen regulador que le conceden las Directivas, en el sentido de determinar las condiciones y modalidades para que el consumidor ejerza el derecho a suspender el pago; por esta razón, como critica la doctrina, esta norma puede generar graves incertidumbres acerca de la compatibilidad de esa facultad de suspender el pago en relación con los demás remedios o la forma de poner en práctica dicha facultad, entre otras cuestiones. En cualquier caso, si el consumidor ejerce este derecho se suspenderá provisionalmente la obligatoriedad del cumplimiento del consumidor hasta que el empresario cumpla con su deber de puesta en conformidad. Una vez lo hace, el consumidor pierde su derecho de suspensión del pago del precio.

VII. Por último, de acuerdo con el artículo 117.1 TRLGDCU, el consumidor podrá reclamar al empresario una indemnización por los daños y perjuicios causados, con carácter adicional a los otros remedios que han sido expuestos. Y podrá hacerlo cuando estos perjuicios sean debidos a una falta de conformidad o a un cumplimiento defectuoso en el suministro de contenidos o servicios digitales. Con todo, es cierto que esta norma no añade nada más ni establece una regulación al respecto.

Tan solo el artículo 116 TRLGDCU señala que, en todo caso, el consumidor tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. Así, el precepto nos conduce a las reglas generales de la responsabilidad contractual por incumplimiento (arts. 1101 y siguientes CC). Por consiguiente, a pesar de que la Directiva 2019/770 permitía a los Estados miembros regular los presupuestos y condiciones de ejercicio de este derecho, lo cierto es que el legislador español ha renunciado a ello y, en su lugar, ha optado por no regular este derecho del consumidor dejando a los tribunales la determinación de ese régimen de los daños y perjuicios sobre la base del Derecho civil común.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2022). Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales. En L. Arnau Raventós (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier.

- ARROLLO AMAYUELAS, E. (2022). Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos. En L. Arnau Raventós (dir.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier.
- (2022). Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (Compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 1-32. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/221>
- (2023). La transformación digital de los contratos de consumo en España. En I. Pacanowska González, I. y M<sup>a</sup>. C. Plana Arnaldo, (dirs.), *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 23-62.
- BECH SERRAT, J. M. (2010). Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias. *Indret*, núm. 1, 1-48.
- BUENO BIOT, A. (2022). Las medidas correctoras en el ámbito digital. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 918-937. Disponible en <https://revista-aji.com/numero-16/>
- (2024). *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la Directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015. *Indret*, núm. 3, 1-92.
- (2021). Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales. *Diario La Ley*, núm. 9887 [En línea], disponible en [https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMsbf1CTEAAmMjS-0NDI7Wy1KLizPw8WyMDI0MDMyMLtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQkJLM-tEqX\\_OSQyoJU27TEnOJUtdSk\\_PxsFJPiYSYAAOEUEixjAAAAWKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMsbf1CTEAAmMjS-0NDI7Wy1KLizPw8WyMDI0MDMyMLtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQkJLM-tEqX_OSQyoJU27TEnOJUtdSk_PxsFJPiYSYAAOEUEixjAAAAWKE)
- CASTILLA BAREA, M. (2021). *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*. Pamplona: Aranzadi.
- (2022). ¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. En L. Arnau Raventós (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier.
- CASTILLO PARRILLA, J. A. (2018). *Bienes digitales. Una necesidad europea*. Madrid: Dykinson.
- CILLERO DE CABO, P. (2001). Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español, *Estudios sobre consumo*, vol. 57, 147-170.
- FERRER GUARDIOLA, J. A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 161-226.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2023). La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. En I. Pacanowska González, I. y M<sup>a</sup>. C. Plana Arnaldos. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 221-270.
- GSELL, B. (2020). Article 14 Remedies for lack of conformity. En R. Schulze y D. Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- HIDALGO CEREZO, A. (2020). *Derecho digital en la Unión Europea. Techlaw y mercado único digital en la década 2010-2020*. Granada: Comares.
- JUÁREZ TORREJÓN, A. (2022). Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios posventa. En M<sup>a</sup>. J. Santos Morón y M<sup>a</sup>. N. Mato Pacín (coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. Madrid: Tecnos.
- LETE ACHIRICA, J. (2022). Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos para la conformidad. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). Artículo 115 quater. Instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). Artículo 118. Régimen jurídico de la puesta en conformidad. En A. Cañizares Laso, (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). Artículo 119 bis. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). Artículo 119 ter. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). Artículo 118. Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- (2015). Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- (2019). La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. junio, 1-19.

- MIGUEL ASENSIO, P. A. (2022). *Derecho Privado de Internet*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MILÁ RAFEL, R. (2024). Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales. En F. Gómez Pomar, F. e I. Fernández Chacón (dirs.), *El nuevo derecho digital*. Madrid: Aranzadi, 591-711.
- MORAIS CARVALHO, J. (2020). Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales. En E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*. Madrid: Marcial Pons, 31-48.
- (2019). Sale of goods and supply of digital content and digital services — overview of directives 2019/770 and 2019/771. *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8 (3), p.194-201.
- PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup>. C. (2023). Conformidad de los contenidos y servicios digitales. En I. Pacanowska González, I. y M<sup>a</sup>. C. Plana Arnaldos (dirs.), *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 501-534.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. (2021). Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Indret*, núm. 4, 33-87.

## NOTAS

<sup>1</sup> MORAIS CARVALHO, J. (2020). Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales. En E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*. Madrid: Marcial Pons, 38. Sobre el origen y evolución del concepto de conformidad y su función, véase PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup>. C. (2023). Conformidad de los contenidos y servicios digitales. En I. Pacanowska González, I. y M<sup>a</sup>. C. Plana Arnaldos (dirs.), *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 504-509.

<sup>2</sup> LETE ACHIRICA, J. (2022). Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1651-1652.

<sup>3</sup> Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE n°136, de 22.5.2019, en adelante DCSD).

<sup>4</sup> ARROYO AMAYUELAS, E., (2023). La transformación digital de los contratos de consumo en España. En I. Pacanowska González, I. y M<sup>a</sup>. C. Plana Arnaldos (dirs.), *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 35. Sin embargo, añade la autora citada, en una contratación de consumo, la finalidad de los requisitos objetivos no es poner de relieve que determinados elementos no necesitan ser acordados, sino más bien enfatizar que en este tipo de contratación estandarizada el contrato no puede quedar exclusivamente en manos del empresario, que es lo que ocurre si los criterios objetivos solo encontraran aplicación cuando nada se hubiera previsto en el contrato.

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE n° 101, de 28.4.21).

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE n° 287, de 30.11.2007, en adelante TRLGDCU).

<sup>7</sup> En este sentido, véase MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019). La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. junio, 8.

<sup>8</sup> Esta conclusión se impone, no solo a la vista del artículo 61 TRLGDCU, sino que se recoge también expresamente en la parte expositiva de la Directiva 2019/770 (considerando 42).

<sup>9</sup> Cuestión distinta, añade LETE ACHIRICA, es si en esa descripción deben incluirse todos los términos utilizados para explicar en detalle los contenidos o servicios digitales a efectos de configurar el cumplimiento de la obligación de conformidad; o, por el contrario, si sería suficiente que la descripción se limite a enumerar “las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios”, como señala respecto de la información precontractual el artículo 60.2, letra a) TRLGDCU. Este último precepto, y asimismo la referencia que hace el propio artículo 115 bis, letra a) *in fine* TRLGDCU a las “demás características que se establezcan en el contrato”, permiten a juicio del autor, considerar que la descripción de los bienes y de los contenidos o servicios digitales pueden aludir simplemente a sus características principales —(2022). Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos

para la conformidad. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1659—.

<sup>10</sup> De acuerdo con CÁMARA LAPUENTE, la mención a la cantidad parece apelar más bien a un suministro insuficiente en número, pues si superase al alza lo previsto contractualmente, el supuesto parece más bien reconducible al régimen de los envíos no solicitados —(2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015. *Indret*, núm. 3, 31—.

<sup>11</sup> Por ejemplo, añade HIDALGO CEREZO, un consumidor no podrá exigir la puesta en conformidad y la efectiva funcionalidad de una aplicación diseñada para dispositivos *Apple* (*iPhone*, *iPad*, *Mac OS*), si su equipo no es *Apple*. Ocurrirá lo mismo si la información precontractual o publicitaria incorporaba los necesarios requisitos técnicos, por ejemplo, establecía la necesidad de un procesador de 64 bits y el del usuario es de 32, una cantidad mínima de memoria RAM disponible (por ejemplo, en aplicaciones de edición de vídeo o fotografía), la presencia de un componente de *hardware* con determinadas características (por ejemplo, tarjetas gráficas para videojuegos), etc. —(2020). *Derecho digital en la Unión Europea. Techlaw y mercado único digital en la década 2010-2020*. Granada: Comares, 187—.

<sup>12</sup> En este sentido, véase MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019, 8).

<sup>13</sup> En la misma línea, SÁNCHEZ LERÍA define los requisitos objetivos como los criterios legales de cumplimiento de la prestación, con independencia de lo que se haya establecido expresamente en el acuerdo celebrado —(2021). Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Indret*, núm. 4, 64—. También considera que los requisitos objetivos tienen naturaleza imperativa, ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos. En L. Arnau Raventós (dir.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier, 29.

<sup>14</sup> En palabras de CASTILLA BAREA, la concepción reformista encuentra una serie de obstáculos técnico-jurídicos muy difíciles de sortear recurriendo a la propia Directiva de 2019 y la mimética norma española de transposición, entre los que destacan, fundamentalmente, los siguientes: la inexistencia de una declaración legal inequívoca de que los requisitos objetivos imponen mínimos inderogables por la voluntad negocial; la ausencia de una declaración legal expresa sobre la ilicitud de los pactos contractuales de exclusión de alguno de los requisitos objetivos que, cuando existe, no constituye sino un requisito subjetivo que se impone sobre aquel que se excluyó; la carencia de argumentos de peso que justifiquen una limitación de la libertad contractual que, como principio general del Derecho de Contratos, exige estar claramente fundada en una necesidad real —y no solo hipotética— de proporcionar al consumidor una tutela especial y reforzada en un campo abonado al abuso de su posición por parte de los suministradores de contenidos y servicios digitales. En su opinión, la realidad actual del comercio en el ámbito de la Unión Europea, en el que se aplican las normas reguladoras de la conformidad, no responde a este boceto pero, si así fuera, considera que la tutela del consumidor puede lograrse por medios más efectivos que la propuesta implícita y bastante imprecisa de un nuevo modo de aplicar los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad que suscita, además, multitud de dudas e incertidumbre —(2022). ¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. En L. Arnau Raventós (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier, 104 y ss.—.

<sup>15</sup> De acuerdo con LETE ACHIRICA, al utilizar en plural la palabra “fines” parece evidente que los contenidos o servicios digitales deberán ser aptos para todos los fines a que normalmente se destinen los del mismo tipo, y no solo para alguno o algunos de ellos. En caso contrario, se produciría una falta de conformidad —(2022). Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1670-1671—.

<sup>16</sup> En este sentido, véase MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019, 10).

<sup>17</sup> Como explica ARROYO AMAYUELAS (2023, 39), estas actualizaciones pueden ser, efectivamente, de seguridad (para corregir errores, fallos y defectos en el *software*) o pueden servir para dar respuesta a nuevos sistemas operativos y cambios impuestos en el mercado, pero no deben confundirse con versiones mejoradas del producto contratado.

<sup>18</sup> En palabras de ARROYO AMAYUELAS (2023, 40), las expectativas razonables del consumidor en este contexto pueden coincidir con el plazo de responsabilidad del empresario, pero también ir más allá (vgr. a propósito de las actualizaciones de seguridad, considerando 47 DCSD). En cualquier caso, se trata de una Directiva de máxima armonización y, por tanto, no hay margen para que el legislador nacional transforme las expectativas razonables en un plazo concreto.

<sup>19</sup> Recordemos que los antecedentes de este conjunto de medidas correctoras los encontramos en la Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo. Su artículo 3.2 estableció un régimen uniforme de remedios a disposición del consumidor ante la falta de conformidad del bien adquirido, que se concretaba en la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien. Por tanto, estas medidas correctoras por falta de conformidad se introdujeron en el ámbito del Derecho de consumo hace relativamente poco tiempo, lo que dio pie a un intenso y recurrente debate doctrinal por razón de la inconveniencia derivada de la dualidad de regímenes de remedios a favor del adquirente de un bien en función de si se trataba del ámbito civil o de consumo. Véase BECH SERRAT, J. M. (2010). Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias. *InDret*, núm. 1, 33-35.

<sup>20</sup> En palabras de MORAIS CARVALHO (2020, 43-44), por regla general, el primer intento debe ser restablecer la conformidad de los contenidos o servicios digitales, solo entonces el consumidor podrá exigir una reducción proporcional del precio o la resolución del contrato. En este ámbito, los Estados miembros no pueden apartarse de las disposiciones de las Directivas. Eso significa que, tras la transposición, en algunos el nivel de protección disminuirá. En Portugal, la cuestión ha sido objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial, que comenzó, de hecho, antes del Decreto-lei 67/2003, sobre compraventa de bienes de consumo. La Lei de Defesa do Consumidor (Lei núm. 24/96), en su versión original (artículo 12), tampoco estableció, al menos expresamente, una jerarquía entre las medidas correctoras, siendo, sin embargo, menos claro que el Decreto-Lei 67/2003 en el sentido de que no se refería expresamente a ninguna limitación en la elección de una de las medidas (con excepción de la imposibilidad y el abuso de derechos). Respecto a la existencia de una jerarquía entre las distintas medidas correctoras se argumenta que el empresario tiene más conocimientos sobre el bien o servicio y que debe tener la posibilidad de elegir, que se debe dar preponderancia a las opciones que permitan el mantenimiento del contrato, que el artículo 4 tiene un orden secuencial que no es arbitrario y que se debe hacer una interpretación de acuerdo con la Directiva, imponiendo la jerarquía como solución de sentido común. La jurisprudencia osciló, en un primer momento, entre las dos soluciones, decidiendo a veces en el sentido de la existencia de una jerarquía, concluyendo a veces que el consumidor podía ejercer inmediatamente cualquiera de las medidas correctoras,

con el límite del abuso del derecho, siendo dominante, en los últimos años, la jurisprudencia en este último sentido, es decir, en el sentido de la inexistencia de jerarquía. Aunque algunos de los argumentos indicados se basan en interesantes ideas de *iure constituendo*, la ley actual portuguesa parece clara, no solo en el sentido de que no hay orden entre las medidas correctoras, sino también en el sentido de que la elección recae en el consumidor.

<sup>21</sup> Véase MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). Artículo 118. Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 1727.

<sup>22</sup> JUÁREZ TORREJÓN, A. (2022). Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios posventa. En M<sup>a</sup>. J. Santos Morón y M<sup>a</sup>. N. Mato Pacín (coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. Madrid: Tecnos, 122. De acuerdo con el autor citado, esta idea se ve más claramente en relación con la reducción del precio, pero también debe admitirse en relación con la resolución, entendida no como causa de desaparición del contrato, sino más bien como una nueva dinámica contractual en la que, sin embargo, las partes están liberadas de sus obligaciones primitivas primarias. Desde este punto de vista, reducción del precio y resolución del contrato son remedios que conceptualmente son más cercanos entre sí de lo que a primera vista pudiera parecer, y tal vez ello esté en la base de algunas resoluciones en las que, aun cuando el consumidor ejercita la resolución del contrato, el Tribunal concede la reducción del precio cuando, a pesar de no haberse pedido ese remedio, el Tribunal considera que la falta de conformidad no era lo suficientemente relevante para justificar la resolución sin que ello implique incongruencia entre la sentencia y lo solicitado por el demandante (por ejemplo, la SAP Madrid, de 2 de febrero de 2016).

<sup>23</sup> Refiriéndose a la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 [COM (2015) 634 final], CÁMARA LAPUENTE, S. (2016, 51 y ss.). En el mismo sentido, véase MORAIS CARVALHO, J. (2019). Sale of goods and supply of digital content and digital services — overview of directives 2019/770 and 2019/771. *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8 (3), 198; BECH SERRAT, J. M. (2010). Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias. *InDret*, núm. 1, 38; CILLERO DE CABO, P. (2001). Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español. *Estudios sobre consumo*, vol. 57, 158.

<sup>24</sup> CASTILLO PARRILLA, J. A. (2018). *Bienes digitales. Una necesidad europea*. Madrid: Dykinson, 105.

<sup>25</sup> En parecido sentido, MARÍN LÓPEZ (2015, 1762) señala que la puesta en conformidad como remedio primario supone excluir la posibilidad del consumidor de optar directamente por una reducción del precio o una resolución del contrato, lo que trae consigo una constante reconsideración de las operaciones de venta ya realizadas acompañada de pérdidas parciales de ingresos.

<sup>26</sup> BUENO BIOT, A. (2024). *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la Directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*. Valencia: Tirant lo Blanch, 561.

<sup>27</sup> MIGUEL ASENSIO, P. A. (2022). *Derecho Privado de Internet*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1344.

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, apunta el autor citado autor (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 55-56), en ocasiones bastará con suministrar actualizaciones o con poner a disposición del consumidor una nueva copia del contenido digital; en otras ocasiones, la reparación mediante “parches” para programas de ordenador o aplicaciones será el remedio idóneo, antes que la sustitución,

por ejemplo, en programas diseñados a la medida solicitada por el consumidor; en servicios de almacenamiento en red o interacción con otros usuarios en redes sociales las categorías de reparación o sustitución podrán ser irrelevantes, pues la puesta en conformidad se producirá mediante la restauración del acceso a los datos; en otras ocasiones la puesta en conformidad se conseguirá simplemente con el suministro de unas nuevas y adecuadas instrucciones o de asistencia al consumidor; etc.

<sup>29</sup> LETE ACHIRICA, J. (2022). Artículo 118. Régimen jurídico de la puesta en conformidad. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1727.

<sup>30</sup> GSELL, B. (2020). Article 14 Remedies for lack of conformity. En R. Schulze y D. Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 250.

<sup>31</sup> Véase LETE ACHIRICA (2022, “Artículo 118. Régimen jurídico...”, 1727-1728); MARÍN LÓPEZ (2015, 1747-1748).

<sup>32</sup> FERRER GUARDIOLA, J. A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 199-200.

<sup>33</sup> Considerando 46 DCSD. Y añade, “En particular, debe determinarse objetivamente lo que se considera un plazo razonable para subsanar la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, teniendo en cuenta la naturaleza de la falta de conformidad”.

<sup>34</sup> MILÁ RAFEL, R. (2024). Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales. En F. Gómez Pomar, F. e I. Fernández Chacón (dirs.), *El nuevo derecho digital*. Madrid: Aranzadi, 622-623. La autora destaca que, a diferencia de la Directiva 2019/770, el Texto Refundido de Consumidores no hace referencia, en su artículo 118. 4 letra b, a estos dos parámetros para concretar el plazo razonable. En cambio, la letra c del citado artículo sí que incluye estos criterios para determinar si la corrección genera mayores inconvenientes para el consumidor. A pesar del tenor literal de la norma española, en el caso de los contenidos o servicios digitales, ambos parámetros deben servir también para concretar el plazo razonable, tal y como se deriva del artículo 14.3 DCSD.

<sup>35</sup> Partiendo de ello, el TJEU estableció que “el lugar en que los bienes deben ponerse a disposición de los vendedores para la subsanación de la falta de conformidad no pueda ser elegido de manera que suponga para los consumidores, no ya un inconveniente cualquiera (dado que esa puesta a disposición requiere normalmente por parte de los consumidores una determinada inversión en términos de tiempo y esfuerzos relacionados con el empaquetado y el envío de los bienes), sino un inconveniente mayor, entendiendo por tal, como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, que la carga sea tal que pueda disuadir a los consumidores medios de hacer valer sus derechos” (STJE de 23 de mayo de 2019, asunto C-52/18 *Christian Füllra contra Toolport GmbH*),

<sup>36</sup> MILÁ RAFEL (2024, 636-638). En sus palabras, a favor de la necesidad de que el suministrador se haya manifestado en este sentido, puede citarse el considerando 65 DCSD que afirma que cuando el empresario se niegue a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad porque ello le supondría unos costes desproporcionados, el consumidor tendrá derecho a la reducción del precio o la resolución del contrato. Además, añade la autora, dada la complejidad de los productos digitales, es el suministrador quien está en mejor posición no solo para decidir cómo poner en conformidad los contenidos o servicios digitales, sino también para valorar cuáles son los costes asociados a dicha forma de puesta en conformidad.

<sup>37</sup> Como nos ilustra MILÁ RAFEL (2024, 638), seguramente el supuesto más frecuente en la práctica será aquel en el que el consumidor comunica la falta de conformidad al empresario y transcurre un periodo de tiempo razonable sin que este haya subsanado la falta de conformidad.

<sup>38</sup> ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2022). Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales. En L. Arnau Raventós (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier, 143.

<sup>39</sup> Por ejemplo, el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio cuando el empresario le suministre un programa (*software*) antivirus que esté infectado con un virus. Este constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave (considerando 65 DCSD).

<sup>40</sup> BUENO BIOT critica este último presupuesto, en el sentido de que el empresario puede rechazar injustificadamente la subsanación, aun en casos en que fuese razonable, posible, legal y proporcionado poner el contenido digital en conformidad con estos contratos de consumo; con esta previsión quedaría al arbitrio del suministrador atender o no a la pretensión del consumidor que se configura como su derecho primario en caso de falta de conformidad. En consecuencia, si el proveedor decide arbitrariamente no poner el contenido o servicio digital en conformidad, parece ser que el TRLGDCU deja a elección del consumidor optar entre la reducción proporcional del precio o la resolución del contrato, pero dado que, para que proceda la resolución, la falta de conformidad no debe ser de escasa importancia, puede darse la situación de que el consumidor se vea obligado a escoger obligatoriamente el remedio de la reducción del precio. Y, por tanto, se vea obligado a recibir el producto con la rebaja proporcional del precio, lo que no parece muy acertado. De esta forma, lo que en principio parecía un abanico de remedios a disposición del consumidor en favor de una mayor protección, se convierte en una situación en la que el consumidor no tiene posibilidad de elegir entre las distintas opciones que el legislador, *a priori*, le ha querido conceder —(2022). “Las medidas correctoras en el ámbito digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 918-937—.

<sup>41</sup> Véase CÁMARA LAPUENTE (2016, 59).

<sup>42</sup> LETE ACHIRICA, J. (2022). Artículo 119 bis. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1746-1747. Por su parte, MILÁ RAFEL (2024, 653), señala que en la práctica puede resultar difícil determinar el valor real, distinto del precio pactado, que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro si hubiera sido conforme con el contrato. Debe presumirse que, en ausencia de otras indicaciones, el precio pactado se correspondía con el valor real de los contenidos o servicios digitales si fueron conformes y que aquel valor no cambió en el momento de la entrega o suministro.

<sup>43</sup> En concreto, añade MILÁ RAFEL (2024, 650), la reducción del precio puede calcularse mediante la siguiente fórmula: el precio reducido es igual al precio pactado multiplicado por el valor de los contenidos o servicios no conformes partido por el valor de los contenidos o servicios conformes.

<sup>44</sup> En palabras de LETE ACHIRICA (2022, 1747), aunque se trata de una regla que puede considerarse apropiada para evitar un enriquecimiento injustificado de parte del consumidor, podrían darse casos en los que un incumplimiento parcial del empresario de suministrar durante un determinado periodo de tiempo contenidos o servicios digitales no sea de interés para el consumidor a pesar de poder obtener una reducción del precio. Por ejemplo, si un consumidor hubiera adquirido un curso de idiomas *online* durante un determinado periodo de tiempo y transcurridos unos meses no funcionase la herramienta de establecer listas individuales de

vocabulario de manera que tampoco pudiera acceder a las listas creadas con anterioridad, no parece adecuado eliminar del período de cálculo de reducción del precio los meses en los que el programa funcionó de forma adecuada. El consumidor no se pudo beneficiar realmente de ese período de tiempo, ya que no pudo acceder a la información generada.

<sup>45</sup> JUÁREZ TORREJÓN, A. (2022). Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios posventa. En M<sup>a</sup>. J. Santos Morón y M<sup>a</sup>. N. Mato Pacín (coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. Madrid: Tecnos, 123.

<sup>46</sup> Para CASTILLA BAREA, se trata de una cuestión que no parece admitir soluciones generales y absolutas, sino que más bien parece depender de valoraciones específicas de cada caso concreto y, por tanto, de criterios relativos. Así lo explica, en el contexto de la Directiva 2019/771, relativa a la compraventa de bienes —(2021). *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*. Pamplona: Aranzadi, 226—.

<sup>47</sup> LETE ACHIRICA, J. (2022). Artículo 119 ter. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1757. Este sería el caso de las “compras integradas *in-app*” en las que las aplicaciones pueden adquirirse inicialmente de forma gratuita, si bien el consumidor deberá pagar después por otras funciones adicionales dentro de esas mismas aplicaciones. Otro ejemplo podrían ser las plataformas de distribución digital de contenido multimedia (*streaming*) a las que pudiera estar suscrito un consumidor que se viese obligado a pagar una cantidad adicional para poder disfrutar de un evento especial ofrecido por dichas plataformas, solo disponibles mediante un pago separado (*pay-per-view*).

<sup>48</sup> Se trata de aquellos supuestos en los que el contenido proporcionado o creado por el consumidor no pueda utilizarse fuera del contexto del propio contenido o servicio digital, de forma que, más allá del ámbito del contenido o servicio digital, el empresario no le puede sacar ningún provecho, por lo que no estará obligado a abstenerse de utilizarlo. Un ejemplo podría ser la lista de canciones creada por un usuario de *Spotify* (BUENO BIOT, 2024, 668).

<sup>49</sup> Se trata de supuestos en los que más que contenido creado o proporcionado por el consumidor, es información relacionada con su actividad en el uso de ese contenido o servicio. Por ejemplo, contenido que ofrece información sobre la regularidad con la que se ha accedido a una aplicación, cuántas veces se ha escuchado una determinada canción, o cuántas veces se visto una película (BUENO BIOT, 2024, 669).

<sup>50</sup> Se trata de un contenido que se constituye como apto para la agregación con otros datos y que, tras la resolución del contrato, resulta imposible desagregarlo de esos otros datos o que dicha desagregación supone para el empresario un esfuerzo desproporcionado. Un ejemplo de este tipo de contenidos sería la información que incluye el número total de veces que las personas interactuaron con un tuit o el número de personas que hicieron clic en un enlace en particular (BUENO BIOT, 2024, 670).

<sup>51</sup> Se trata de aquellos supuestos en los que el consumidor que ha resuelto el contrato ha generado un contenido que no ha sido creado exclusivamente por él, sino que es fruto de la creación junto a otros consumidores. En este sentido, lo que pretende la norma es garantizar que el resto de los consumidores que también contribuyeron a crear ese contenido puedan continuar haciendo uso del mismo. Un ejemplo sería el caso de un documento creado por varios usuarios en una plataforma de servicio en la nube (BUENO BIOT, 2024, 671).

<sup>52</sup> De acuerdo con GARCÍA-RIPOLL, en la práctica, estos gastos de devolución del soporte serán usualmente mayores que el valor del soporte, de manera que el empresario no tendrá interés en la devolución —(2023). La resolución por el consumidor del contrato de suministro

de contenidos y servicios digitales. En I. Pacanowska González, I. y M<sup>a</sup>. C. Plana Arnaldos. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 246—.

<sup>53</sup> Como apunta SÁNCHEZ LERÍA (2021, 75), llama la atención que el supuesto esté contemplado en el precepto en el que se regulan las obligaciones del consumidor en caso de resolución contractual, pues se trata de un derecho del mismo.

<sup>54</sup> ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (Compra-venta de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 7.

<sup>55</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2021). Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales. *Diario La Ley*, núm. 9887 [En línea], 16.

<sup>56</sup> Otros autores, sin embargo, consideran que este derecho a suspender el pago del precio resulta difícil de compatibilizar con la reducción del precio. En este sentido, véase LETE ACHIRICA (2022). Artículo 115 quater. Instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales. En A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1713; BUENO BIOT (2024, 597-598).

<sup>57</sup> Ya la Directiva 2019/770 renunció a regular este derecho del consumidor limitándose a delegar en los Estados miembros la facultad de regular el citado derecho. Así, el considerando 73 dispone “Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas”. Asimismo, el artículo 3.10 de la mencionada norma europea reconoce la facultad de los Estados miembros de regular el derecho a indemnización por daños y perjuicios.

<sup>58</sup> Esto es, siguiendo a ARROYO AMAYUELAS (2022, 38), exigir o no que el defecto sea conocido por el empresario, establecer si la concurrencia de culpa del consumidor le exonera, si solo hay que indemnizar el daño previsible, o si actúa y cómo el deber de mitigar el daño.

*Trabajo recibido el 25 de febrero de 2025 y aceptado  
para su publicación el 29 de abril de 2025*



# DERECHO COMPARADO



# El derecho real de habitación y de servidumbres en Cuba, de la atipicidad a la tipicidad

## *The real right of habitation and easements in Cuba, from atypicality to typicality*

por

MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

*Profesora Titular. Facultad de Derecho Universidad de La Habana, Notario,  
Orcid 0000-0002-1872-9823*

**RESUMEN:** En Cuba los derechos reales, llamados por la norma común Derechos sobre bienes han estado deprimidos en cuanto a su variedad y contenido. El Código Civil cubano de 1987, regulo con tibieza dichas instituciones bajo el influjo de un sistema general que pondera y enaltece la propiedad estatal sobre otras. La constitución de los derechos reales está concebida bajo el prisma y el influjo de la tradición española, pensando en la idea de *numerus apertus*; sin embargo, la imaginaria jurídica, no concibe otros que los regulados expresamente. Por ello a la luz de los nuevos cambios legislativos y la introducción del Derecho Real de Habitación y de Servidumbre, los operadores se sienten más seguros, pero se requiere un estudio interpretativo desde la doctrina para encausar su desarrollo; amén de otros cambios legislativos que aguardan.

**ABSTRACT:** *In Cuba, real rights, called by the common norm Rights over property, have been depressed in terms of their variety and content. The Cuban Civil Code of 1987 weakly regulated these institutions under the influence of a general system that weights and exalts state property over others. The constitution of real rights is conceived under the prism and influence of Spanish tradition, thinking about the idea of numerus apertus; However, the legal imagination*

*does not conceive others than those expressly regulated. Therefore, in light of the new legislative changes and the introduction of the Real Right of Habitation and Easement, operators feel more secure, but an interpretative study is required from the doctrine to direct its development; in addition to other legislative changes that await.*

PALABRAS CLAVES: Derecho real, Habitación, Servidumbre.

KEYWORDS: *Real right, Habitation, Easement.*

SUMARIO: NOTAS DE INICIO.—I. DESPRENDIMIENTO DE INDEPENDENCIA RELATIVA: I.1. HABITACIONCITA Y GRAVADO. I.2. ¿QUÉ ES UNA HABITACIÓN COMO OBJETO DEL DERECHO REAL? I.3. TITULACIÓN EFECTIVA, EFECTOS DE SU PUBLICIDAD. I.4. COMPENDIO A MODO DE BRÚJULA DE LOS POSIBLES DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS. I.5. ELEMENTOS ACCIDENTALES. I.6. CESA DEL DERECHO REAL DE HABITACIÓN.—II. LAS SERVIDUMBRES PREDIALES A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987: UNA VISIÓN DE *LEGE DATA* Y DE *LEGE FERENDA*. II.1. PRESUPUESTOS TEÓRICO-DOCTRINALES EN POS DE UNA ADECUADA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES. IDEAS DE CLAUSURA. BIBLIOGRAFÍA.

## NOTAS DE INICIO

La atipicidad real en Cuba en las últimas 6 décadas no ha sido la regla, ni siquiera la excepción. Hemos mantenido una postura legislativa abierta en la constitución de los derechos reales; sin embargo, en la práctica se ha mantenido cerrada, no han constituido derechos reales distintos a las tipologías legales establecidas; aun y cuando algunas de ellas en su contenido y arquitectura jurídica sean de otro tipo. El abanico de derechos reales reconocidos ha sido estrecho, fueron durante mucho tiempo excluidos expresamente de forma normativa típica: el uso, la habitación, las servidumbres, el censo, la enfiteusis, la anticresis, entre otros. No incluimos en esta lista a algunos más controversiales como el tiempo compartido, los clubes de campo, los conjuntos inmobiliarios y otros, que merecen un abordaje más profundo, pero que hoy están presentes en las listas de derechos reales de algunos códigos civiles<sup>1</sup>.

Hoy afloran de manera expresa en norma especial que irradia a la modificación del Código civil cubano dos de ellos el derecho real de servidumbres desde el influjo de la nueva Ley de Ordenamiento territorial, urbanismo y gestión del suelo y el derecho de habitación desde la luz del Código de las Familias. De ellos se dedicarán algunas ideas de configuración y de interpretación normativa

a modo didáctico para los operadores y para la explicación holística de su implementación en Cuba con el fin primario de protección a las personas más vulnerables en el abordaje integral del elemento patrimonial de la familia, y también como rescate de la protección de la propiedad inmobiliaria y con la necesaria e indispensable nomenclatura real al contenido de las instituciones, sin el influjo de corrientes eufemísticas que han primado en la técnica legislativa de las últimas 60 décadas.

## I. DESPRENDIMIENTO DE INDEPENDENCIA RELATIVA

“Del tronco mismo del usufructo nace la *habitatio*, derecho de cobijarse en un determinado edificio, en su origen se concedió como *ususfructus ususfructus domos*; la cláusula que se le une, *habitandi* causa, pudo tener por fin limitar el derecho otorgado a la satisfacción de la necesidad que el concesionario sienta de una habitación; contendieron los jurisconsultos clásicos respecto a si había de interpretarse siempre así, o sí, no obstante ella, el concesionario conservaba la facultad de usar de la casa para algo más que para habitarla (sin hacer alteración en ella, se entiende, de su destino económico), y si podía, por lo tanto, alquilarla; controversia que resuelve una constitución de Justiniano en favor de la segunda de las opiniones expuestas”<sup>2</sup>

Interesante postura sostuvo Savigny (Sistema del Dir. rom., tomo II, §§ 71 y 72), que encuadra la *habitatio* en aquella categoría suya de derechos irregulares o anómalos que tienen una naturaleza «menos jurídica» y la aproxima a las prestaciones alimenticias. El que, por tanto, constituye una *habitatio*, no discierne un verdadero y propio derecho, porque limita éste al estricto beneficio de albergue, sin conceder nada a la libertad de acción del beneficiario; es decir, que se trataría de una *naturalis praestatio*, tan independiente de la capacidad jurídica como de la *capitis deminutio* del beneficiado. Recuerda esta singular construcción la de los antiguos escritores, que veían en la *habitatio* un derecho natural”<sup>3</sup>

Postura esta que, aunque de extremo y cercenando otros prismas de la institución mantiene la corona de ser protección a la vulnerabilidad en sentido general. Hoy se regula la figura de forma genérica como un gravamen a la propiedad como un derecho real en cosa ajena independiente en los códigos modernos bajo un prisma general y común sobre la base de la libertad en la voluntad, pero también nace *opes legis* en virtud de fórmulas protectoras de la familia y ambos prismas fueron los alzados por el legislador del Códigos de las Familias en Cuba. Queriendo en su filosofía de afectos amparar con mayor fuerza el concepto de vivienda familiar, no explorado en una magnitud suprema con anterioridad de manera explícita y sistemática en las normas jurídicas patrias.

Para hablar de la habitación es necesario entender su conexión con el derecho de usufructo. Deviene de allí, y tan es así que muchos de sus contenidos hoy toman como referente algunos elementos en su configuración. En la actualidad las legislaciones optan por considerarlo una servidumbre personal<sup>4</sup>, otros lo consideran un derecho vinculado necesariamente al uso, un uso habitacional, diferenciando los pero tratándolos al unísono<sup>5</sup>. Otros lo igualan al usufructo o con menor importancia que hasta el derecho de uso por considerar que está la cosa objeto del derecho fuera del comercio de los hombres y más que un derecho real parece derecho personalísimo, una creación jurídica cuya finalidad última es la de servir para otorgar morada al necesitado y, como otros derechos personalísimos del sujeto (como puede ser el de alimentos entre parientes), siempre ligado a la persona y no al beneficio del propietario. Tiene sin dudas una finalidad de protección a una persona en específico, más que un beneficio patrimonial.

Para Cuba es novedoso en cuanto a su regulación de las últimas 6 décadas, tiene historia legislativa y antecedente en el Código civil español, pero pocos recuerdan su paso; no fue considerado como un derecho real típico, por lo que la atipicidad fue su manto, pero no logró una expresión literal, pues primó un concepto errado: nuestro derecho común regula un sistema de números *clausus* en la constitución de los derechos reales; afirmación bien apartada de la realidad. Por otra parte, a mi juicio siempre estuvo, lo que mal nombrado como usufructo gratuito y perennemente lo he explicado siempre así sobre la base del conocimiento de su naturaleza jurídica y del estudio mesurado y profundo de la prolífera legislación de la vivienda en Cuba, en estas últimas décadas. De ahí lo importante de desentrañar y exponer las peculiaridades del contenido de esta relación jurídica para el hacedor del derecho en Cuba.

El derecho real de habitación es hoy un derecho real en cosa ajena, autónomo<sup>6</sup> como todo derecho de aprovechamiento, temporal, que le permite a su titular habitar un inmueble ajeno para vivir él y su familia, en el todo o en una o varias partes de un inmueble<sup>7</sup>. Es un gravamen<sup>8</sup>, sin duda, que responde a muchos elementos.

De la normativa común y especial familiar se derivan caracteres en común:

- Derecho subjetivo: confiere la posibilidad de ejercitar las facultades que integran el ámbito de titularidad del derecho. Admite ser oponible frente a cualquiera (terceros y el propietario).
- Derecho temporal: se constituye por un periodo de tiempo: determinado. Como absorbe la total utilidad presente en la cosa, si fuese perpetuo implicaría separación permanente del propietario y con ello se perdería la esencia del derecho de dominio preexistente. La peculiaridad más interesante y que nos conecta con uno de los ejes que se abordan es que hoy estos derechos se vinculan en su temporalidad y su visión con la protec-

ción a la familia y su necesidad, tanto en caso del derecho de habitación como en el derecho de uso<sup>9</sup>. Su cariz tuitivo, alimentario y protector de la familia está presente en su configuración. Y recae sobre todo o una parte alícuota determinada del bien, siendo inmueble (vivienda), si de derecho de habitación estamos significando. Tan es así que estos derechos se conciben constituidos solo a personas naturales en régimen único o en cotitularidad, peculiaridad que lo distingue de su modelo superior, el usufructo.

- Derecho intransferible: no se admite la transmisibilidad
- Derecho gratuito: No se reconoce la posibilidad de obtener un pago en dinero por contener el uso del bien, se diferencia del contrato de arrendamiento el que reconoce como elemento esencial la contraprestación económica.

Varios elementos se dibujan de este concepto jurídicamente hablando, ¿estamos ante una obligación de habitación como convivencia abrigo, o de un derecho real en cosa ajena? No es una mera convivencia como otrora norma especial dedicaba a los convivientes especiales del propietario, estamos ante un nuevo derecho real que se configura con sus caracteres propios para Cuba: eficacia erga omnes corporeidad, reipersecutoriedad, publicidad, elasticidad e inmediatez ¿Cómo se configura la relación jurídica real? ¿Y qué contenido dibuja?

### I.1. HABITACIONCITA Y GRAVADO

El derecho de habitación es la figura jurídica perfecta para beneficiar a familiares con determinadas condiciones, para que no pasen necesidades, pero sin que estos pudiesen adquirir derechos sucesorios o dominicales de ningún tipo. Esta visión favorece la concepción de la vivienda familiar y de los entornos de desarrollo de la vida saludable y sana. Por lo que pareciera que únicamente esté vinculado a las relaciones familiares; sin embargo, ello no es, ni debiera ser absoluto pudiera libremente concertarse la doctrina pone como ejemplos, algunos discutibles, "...la multipropiedad,... el comodato, ...el precario"<sup>10</sup>, de índole totalmente civil y no una protección familiar.

Para el nuevo Código de las Familias en Cuba serán sujetos del derecho real de habitación, en respuesta al concepto integral de protección patrimonial de la familia y la aceptación legal del concepto genérico de vivienda familiar, *Artículo 285. Atribución del derecho real de habitación respecto de la vivienda en que residieron los matrimonios. 1. El derecho real de habitación respecto de la vivienda en que residieron cónyuges, siempre que se trate de una vivienda propiedad exclusiva de alguno de ellos, se le puede atribuir a uno en los siguientes supues-*

tos: a) si tiene a su cargo la guarda y cuidado unilateral de las hijas y los hijos menores de edad o ha sido nombrado como apoyo intenso de las hijas y los hijos mayores de edad en situación de discapacidad y no tiene vivienda en propiedad o en cualquier otro concepto que le permita residir en ella; o b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata, dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentra.<sup>11</sup>

De la redacción del artículo vale significar ab initio sobre....*Atribución del derecho real de habitación*....lo cual supone imperio, poderío, derecho...nunca olvidar. En otro orden de análisis la mirada tiene que enfocarse en la calidad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. El concedente del derecho es un propietario único, lo cual en este supuesto de norma elimina la posibilidad de la concesión de un bien inmueble edificado cuyo uso sea vivienda en situación de cotitularidad, persona natural por demás. Ello es clave, importante, justo y correcto, teniendo en cuenta sobre todo los conflictos que se pueden derivar de las situaciones de cotitularidad. Ello sería un acto de disposición por lo que tendrían que estar de acuerdo todos los titulares y esta obligación se deriva de la familia creada, no se puede imponer a un cotitular una obligación familiar de una familia que no creo y de la cual no se genera responsabilidad, por lo que tiene que ser el concedente del derecho único y exclusivo propietario.

La pregunta que nos haríamos es ¿por qué no resultan obligados los arrendatarios de vivienda vinculadas y medios básicos que han constituido familia y solo los propietarios? Ese también es otro concepto de tenencia, algo común en Cuba, donde también se construyen, consolidan y definen lazos familiares y se constituyen típicas viviendas familiares. Por lo que en función del fundamento *mutatis mutandis*, es totalmente aplicable, justo y posible.

El habitacionista según el precepto sería: Ex cónyuge que tenga a su cargo la guarda y cuidado unilateral de las hijas y los hijos menores de edad o ha sido nombrado como apoyo intenso de las hijas y los hijos mayores de edad en situación de discapacidad y no tiene vivienda en propiedad o en cualquier otro concepto que le permita residir en ella. El supuesto es claro, los supuestos dudosos que se derivan infinitos. ¿Qué pasaría si contrae nuevo matrimonio o formaliza una unión de hecho socio afectiva o un estado de hecho?<sup>12</sup> Para el derecho argentino implica una causal de extinción; ¿Qué pasaría si la persona a cargo resulta beneficiaria de un inmueble para vivienda en cualquier concepto de tenencia? Pues se sujeta el precepto a que el ex cónyuge no tenga propiedad u otro tipo de tenencia, pero y la persona a cargo, la interpretación debe irradiar también a ellos, pues en definitiva su especial protección se deriva de la obligación de cuidado, lo importante es la protección de ambos.

El supuesto b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata, dada la situación de vulnerabi-

*lidad*<sup>13</sup> en que se encuentra. Este supuesto le tocaría al juzgador interpretar la extrema necesidad, por ser una expresión subjetiva y vaga; y la imposibilidad de procurarla en forma inmediata, razones sobran en nuestro contexto y tienden al infinito como las ecuaciones periódicas, igualmente difícil para el juzgador.

Aun y cuando recientemente se ha interpretado por la doctrina patria que "...la necesidad habitacional, o sea, la carencia de vivienda en propiedad, de lo contrario el derecho real de habitación perdería razón jurídica y en su lugar se configuraría un mero usufructo o, en su caso, una especie de préstamo en uso o comodato"<sup>14</sup> Aunque ciertamente pudiera considerarse también no solo el hecho jurídico que tener un bien inmueble en propiedad, porque esto resulta y hecho jurídico pero no material, puede que el mismo se encuentre en estado no habitable y ello redundaría indefectiblemente en una extrema necesidad, que al interprete ante la probanza le permitiría atribuir el derecho real de habitación.

Este sería el elemento subjetivo del derecho de habitación anclado a la protección integral de la familia en virtud de la extensión de la concepción de vivienda familiar, diferente se proyecta el ámbito civil común en la configuración del Derecho real de habitación, el Código de las Familias introduce una modificación por inclusión de un nuevo Capítulo, el V "Habitación", con un artículo, el 230.I, que queda redactado de la manera siguiente: "CAPÍTULO V HABITACIÓN Artículo 230.I.1. El derecho de habitación es aquel por el que una persona natural puede residir de forma gratuita en un inmueble ajeno o en parte de este.... Si dudas este se configurará por la voluntad de las partes, siempre personas naturales, sin la argumentación de la permanencia de ninguna causal especial para la constitución del derecho.

Un aspecto interesante y peculiar del derecho real de habitación es que por lo general se habla del habitacionista y su familia, la familia no es sujeto de la relación jurídica real sin embargo deben cumplir estrictamente los derechos y deberes que se derivan de ella. Para entender el termino familia tiene que ser en sentido genérico, no los solo los que están obligados a dar alimentos, son los convivientes del habitacionista.

A diferencia del uso y del usufructo en una suerte de independencia de los derechos reales en cosa ajena que le dieron vida, el habitacionista y concedente pueden compartir el uso si lo desean y no se visualiza en su configuración una propiedad desnuda como la nacida del nudo propietario en el usufructo; eso sí es un gravamen que pesa sobre el cómo todo derecho real en cosa ajena. A diferencia de ellos el usufructuario y usuario puede ser una persona natural o jurídica, no así el habitacionista; pues el derecho nace para dar cobija, protección, techo, para que habite una familia, por lo que siempre será una persona natural; aun y cuando en sede común, no familiar el concedente pueda ser una persona jurídica colectiva.

## I.2. ¿QUÉ ES UNA HABITACIÓN COMO OBJETO DEL DERECHO REAL?

¿Pueden recaer sobre toda la cosa o sobre parte material o indivisa de ella, manteniéndose la prohibición de alterar su sustancia? ¿Tiene que ser para habitar, lo cual implica un uso de todo lo que significa habitable para un ser humano? El objeto del derecho es una casa completa ajena, con sus piezas necesarias para poder vivir con debida delimitación, con o sin la coexistencia del propietario o concedente.

Este derecho es por naturaleza gratuito, pero ello no significa que los servicios necesarios para la vida familiar los solventa el propietario, serán pagados *ad integrum* por el habitacionista o a prorrata si es una parte de la casa la que ocupa. Por ello es tan importante la extensión superficial y en condición de qué del derecho. Y digo la condición del derecho para referirme a que esa extensión puede referirse a elementos materiales del inmueble, es decir locales que sean uso exclusivo del habitacionista y así se pacten (o) y otros sean usados de manera conjunta con el propietario o concedente que también habite el lugar. Dígase un inmueble donde exista solo una cocina y un servicio sanitario, elementos indispensables para la vida en un inmueble y tengan que ser compartidos por los dos titulares de los derechos reales o personales que han generado el derecho de habitación. Situación típica en nuestra realidad.

También resulta importante como elemento objetivo también el necesario inventario y avalúo de los bienes muebles y enseres necesarios para la vida en el hogar que serán usados por el habitacionista y su familia. Y por demás a cuidarlos y conservarlos como buen *pater familias*, so pena de responsabilidad.

## I.3. TITULACIÓN EFECTIVA, EFECTOS DE SU PUBLICIDAD

Referentes a las formas de constitución del derecho de habitación en Cuba, se considera luego del análisis teórico y la interpretación del novedoso articulado puede constituirse por:

1. Acto jurídico (en el que se evidencia la voluntad de los sujetos): Puede ser *inter vivo* (Ej. Contrato de constitución del derecho real de habitación atípico e innominado; donación: el titular dona la propiedad y se reserva un derecho de Habitación vitalicio como el caso del usufructo o un supuesto más discutido por la naturaleza gratuita del derecho real de habitación sería, una compraventa con reserva de derecho real de habitación<sup>15</sup>) o *mortis causa* (Ej. disposición testamentaria: a un hijo le queda la propiedad y a la viuda o a otro sujeto la habitación como derecho real, al igual que el usufructo).

El Artículo 312 del Código civil acoge el principio de autonomía de la voluntad en la concertación de un contrato, en este caso, si la habitación se constituye-

ra por un acto voluntario se admite el reconocimiento de este postulado siempre que a consecuencia de su aplicación no resulte creada una figura que distinta. Situación compleja se deriva de la necesaria inscripción para su oponibilidad ante terceros, como obliga la norma especial familiar en Cuba, por lo que nos esta conminando a su instrumentación notarial para el logro de su eficacia integral.

2. Por disposición legal: Existen normas de derecho que reconocen tipos de usos habitacionales ejemplo: véase en el caso de la vivienda el usufructo de cuartos y habitaciones que no son otra cosa que un derecho de habitación nacido por voluntad del legislador desde el 14 de octubre del año 1960 en Cuba en virtud de la Ley de Reforma Urbana y que hoy subsisten. O por ejemplo el supuesto del artículo 527 del Código civil y comercial de Argentina que prevé: *Atribución en caso de muerte de unos de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble propiedad del causante que constituyo su último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otra persona...* Este supuesto no opera *opes legis* tiene un vínculo con la posterior que es el mandato judicial, pero sin dudas tiene un basamento legal.

3. Por mandato judicial: En virtud de la normativa especial, el Código de las Familias en virtud de su artículo 285. 2, 286 y 287 establece la extensión y algunos de los contenidos de la relación jurídica real habitacionista que debe contener la resolución judicial, la cual será título causal y formal del derecho en su constitución.

Es importante entender que tanto los preceptos legales relativos al mal llamado usufructo de cuartos y habitaciones; como los negocios jurídicos que lo establecen deben interpretarse restrictivamente, en caso de duda, hay que inclinarse por el menor alcance del texto y la menor extensión del derecho, si no están explícitos en el título.

Tan pronto como el derecho nace adquiere el habitacionista la posesión y goce limitado de la cosa, así como la posibilidad de percibir los frutos que se deriven de esta en exclusiva titularidad para el uso de la familia en principio, a menos que el título conceda otros beneficios de goce en extensión.

Se le tiene que asignar en nuestro contexto particular consideración al título que sirve de causa fuente a este derecho real, por cuanto la extensión y los límites a los que se encuentre sujeto deberán estar determinados específicamente en el acto constitutivo. La preponderancia asignada al título, y el otorgamiento de facultades a las partes del acto para establecer la extensión del derecho que se constituye, no implican dejar de lado la idea de orden público que sustancialmente preside a los de derechos reales, entendiendo por ello que la creación, número y estructura sustancial de estos derechos se encuentran reglados por la

ley. La consideración asignada al Título, en cambio, tiene mayor relación con la idea de la tipicidad de los derechos reales, que refleja el contenido en concreto de cada uno de ellos. En otras palabras, se les permite a los particulares establecer en cada caso el contenido en concreto del derecho de habitación, regulando la extensión y límites a los que lo someten, sin poder por ello alterar la estructura básica que domina al derecho real, y reiterando que aquella se encuentra regida por el orden público. Quedando claro que en ningún supuesto se puede cambiar la forma y sustancia.

Valoración aparte merece el tratamiento dispensado a los efectos encadenantes de la inscripción registral en el Registro Central de la Propiedad de bienes inmuebles del derecho real de habitación nacido de la dinámica patrimonial familiar al considerar en su artículad que "... Este derecho es oponible frente a terceras personas a partir de su inscripción registral" y sus modificaciones o cancelaciones". "...se disponen de oficio" o... por parte interesada. ¿Esta regulación implica que la inscripción deriva en un efecto el constitutivo para el derecho? ¿Fue esa la ratio del legislador? ¿qué es ser oponible ante terceros? No necesariamente se deriva un efecto constitutivo, pero resulta una falacia, pues es constitutivo de la oponibilidad. La no inscripción de cierta manera está privando al derecho real de una de los caracteres fundamentales de los derechos reales especiales patrimoniales que lo diferencian de los obligacionales. Se le niega eficacia frente al adquirente en propiedad si dicho gravamen no obra inscripto en el registro. Por ello se cierra el ciclo de protección para los vulnerables protegidos por los supuestos del artículo 285 al establecer en el 286 2, la disposición de oficio por el tribunal de la atribución del derecho de habitación. Recordar siempre que la oponibilidad es un efecto para dotar al negocio de una determinada publicidad, solemnidad o fehicencia, que funcionan como garantía y medida de seguridad, en el sentido de que el tercero no sea objeto de una confabulación o de un fraude; pero más que eso en este supuesto se está protegiendo especialmente a los vulnerables protegidos con dicha carga. Valoración que nace de la no determinación expresa de este elemento en la modificación del estatuto común del derecho de habitación, artículo 230 bis del Código civil cubano.

En este orden también es importante el análisis de La instrucción metodológica 6 de 19 de diciembre de 2022, dictada por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, que obliga a que el derecho de propiedad del concedente este previamente inscripto para que la inscripción del derecho real de habitación pueda proceder, pues, aunque es autónomo, pende del derecho del que se deriva, por su ajenidad.

El valor del título de constitución del derecho, se resume a que, este derecho concede a su titular los *ius utendi* y *fruendi*, al igual que lo que ocurre en materia de usufructo, con la salvedad de que el habitacionista verá limitada esta última

facultad en la medida de la satisfacción de sus necesidades y las de su familia, en la extensión y con los límites previstos en el título, de ahí la importancia cardinal de la configuración exacta del título. Si, por caso, el mentado título no contuviere una expresión clara y concreta de los límites a los que se somete y de la extensión del derecho que se otorga a su titular, se corre el riesgo de entender que lo que se ha constituido es, en verdad, un usufructo, y no un derecho de habitación.

#### I.4. COMPENDIO A MODO DE BRÚJULA DE LOS POSIBLES DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS<sup>16</sup>

Los derechos y obligaciones del habitacionista y del concedente que se ofrecen son en genérico o común, aunque se especificara el nacido de la especial referencia al sentido y noción de la vivienda familiar. En sentido general, pueden estar incluidas en el título de constitución mediante acuerdo de voluntades entre las partes respetándose las prohibiciones establecidas en las normas y los caracteres identificativos de la institución para no desvirtuar la naturaleza del derecho real.

##### Deberes del habitacionista

La disciplina normativa del derecho de este derecho real impone al habitacionista una serie de deberes que son de naturaleza diversa. Algunas veces tienen carácter positivo (acciones) y otras carácter negativo (abstenciones). Pueden ser deberes previos a la constitución, simultáneos y finales de la situación jurídica existente.

- Realizar un inventario por escrito de los bienes muebles y un estado del inmueble.<sup>17</sup> No es determinante la forma en que se lleva a cabo el inventario (documento público o privado) ni quien ha de soportar los gastos que se originen, estableciéndose la posibilidad de dispensa tanto del propietario como de la autoridad judicial si no provoca perjuicio para nadie. Lo importante es que conste.
- Usar y disfrutar limitadamente los bienes teniendo en cuenta su forma, sustancia y fin para el cual fue creado.
- Usar el bien conforme a su destino socioeconómico.
- Conservar el bien en su poder ya que es intransmisible.
- Devolución del bien al finalizar del derecho en el estado inicial, salvo los deterioros propios del uso y goce.
- Cumplimiento de las obligaciones emergentes impuestas por ley o establecidas en el título de constitución.
- Si el bien sujeto al derecho de habitación es expropiado por resultar de utilidad pública e interés social el habitacionista tiene derecho al disfrute de la indemnización hasta que concluya el derecho.

- Realizar cualquier clase de mejora necesaria, útil<sup>18</sup> y voluntaria<sup>19</sup> en el bien, con las únicas limitaciones de que no alteren la sustancia ni la forma principal del bien. Sin embargo, no puede exigirse pago de las mejoras al concesionario.
- Ejecutar a su costa las reparaciones necesarias para la conservación del bien.
- Realizar en el bien objeto del derecho las obras, instalaciones o plantaciones necesarias para su adecuado mantenimiento y aprovechamiento.
- Cualquier otro deber que se incluya en su título de constitución.
- En virtud del Código civil cubano no puede ceder, tramitar, arrendar o gravar el derecho ni intervivos, ni mortis causa, y no cabe ejecución por acreedores

#### Derechos del habitacionista

- Amplias facultades en materia de posesión y uso y goce de la cosa de forma gratuita.
- Derecho a no ser perturbado en el uso y disfrute del bien durante el término del derecho.
- Poner el bien en condiciones tales que evite la eventual intromisión o perturbación de terceros.
- Poseer el bien, el que debe ser entregado por al propietario apenas se cumplan los requisitos que condicionan la *traditio*.
- Usar el bien y percibir los frutos naturales y civiles (producciones del bien puramente económicas). Si es que el título constitutivo lo determina así.
- Arrendar parte del bien entregado en habitación excepcionalmente si así lo establece el título de constitución y si el beneficio repercute para el sostenimiento de la familia, solo en ese supuesto.
- Renunciar al derecho.
- Cualquier otro derecho que se incluya en el título de constitución.
- En materia familiar tiene derecho a solicitar que el plazo concedido se adecue a las circunstancias de su caso especial y el mismo comienza a decursar una vez que se dicta la sentencia, art. 285.2 Código de las Familias de Cuba
- En materia familiar tiene derecho a solicitar que la vivienda no sea enajenada por ningún concepto, art.286 Código de las Familias de Cuba

#### Deberes y cargas del concedente

- Entregar el bien gravado, con todos sus accesorios
- Prohibición de alterar el uso habitacional o sin su voluntad el estado de las cosas.

- Prohibición de realización de cualquier acto que perturbe el goce del habitationista o restrinja su derecho.
- Permitir el goce pacífico de su derecho.
- Realizar las reparaciones extraordinarias o reconstrucciones necesarias para la conservación de la cosa.
- Prohibición de enajenación si ello resulta del título constitutivo, se deriva del precepto 286 del Código de las Familias, dispuesta por el tribunal. Limitación en función de los vulnerables, debidamente inscrita en el registro de oficio por el tribunal

#### Derechos del concedente.

- Con carácter general, los derechos del propietario se derivan de las obligaciones del habitationista contraídas frente a él.
- Conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones.
- Puede disponer del bien sometido a habitación después de terminado el mismo.
- Hacer suyo el dominio de lo que reciba el bien por accesión.
- Ejerce las acciones de protección del dominio que le pertenecen al propietario.
- Constituir servidumbre sobre el bien objeto del derecho

### I.5. ELEMENTOS ACCIDENTALES

Para determinar la duración y las condiciones del derecho de habitación, hay que distinguir si se constituye a favor de una persona física con determinadas caracterizas o condicionamientos y o si es a una persona por un tiempo determinado sin distinguir su especial circunstancia o ambas.

En principio se puede constituir de por vida, sin embargo, una de sus características es la temporalidad y por ende dependerá del título constitutivo la extensión del derecho. No obstante, las legislaciones le atribuyen por lo general un periodo corto de vigencia teniendo en cuenta que representa un gravamen para el titular.

El Código de las Familias y el Código civil, cubano no establece plazo, dejando a la fijación del mismo por el tribunal competente que atribuya el derecho<sup>20</sup>.

### I.6. CESE DEL DERECHO REAL DE HABITACIÓN

- Destrucción, desaparición o pérdida total<sup>21</sup> del bien sobre el cual recae el derecho. Esta es una causa general de extinción de los derechos reales.

- Vencimiento del plazo establecido. (término o condición resolutoria)
- Muerte del habitacionista aunque no se haya vencido el plazo o no exista, salvo que el título de constitución exprese lo contrario. Interesante valoración sería si fallece el habitacionista y no la familia que se protege. ¿Qué pasaría? Creo que en este supuesto cesa ese derecho y se tendrá que constituir otro de protección siempre y cuando en las personas beneficiadas concurren las especiales circunstancias.
- La muerte del propietario no, pues se transmite el derecho con su gravamen.
- Confusión o consolidación: se reúnan en una sola persona la cualidad de propietario y titular del derecho real. La reunión de ambos derechos en la cabeza del propietario no es un modo particular de extinción, sino la consecuencia necesaria de los modos de extinción.
- No uso de las facultades que el derecho le confiere durante un tiempo determinado.<sup>22</sup> Sino habitara por un tiempo prolongado dígame 6 meses, por ejemplo puede implicar que tiene otro lugar donde hacerlo y generaría a su vez un cambio de circunstancia en el supuesto de constitución por protección al vulnerable.
- Prescripción del derecho: ocurre por el transcurso del tiempo y la falta de ejercicio del derecho por parte de quien lo tiene, presumiéndose que, por el hecho de dejar de ejercitar el derecho por largo tiempo, hay una determinada voluntad de renuncia o abandono del mismo.
- Incumplimiento de las condiciones de su constitución
- Renuncia<sup>23</sup> expresa del habitacionista siempre que no se encuentre prohibida por el ordenamiento jurídico.<sup>24</sup>
- Cualquier causa que se incluya en su título de constitución en relación con el tipo de bien objeto del derecho
- Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión de hecho, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta<sup>25</sup>.

## II. LAS SERVIDUMBRES PREDIALES A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

A diferencia del Derecho de Habitación, las servidumbres han sido más tratadas y concebidas en estas últimas 60 décadas, bajo otro *nomen*, pero entendidas en su contenido y efectos, desde las normas administrativas y civiles. La naturaleza y contenido de los derechos del predio dominante y el predio sirviente, se entiende y aunque la legislación común civil le ha nombrado erróneamente rela-

ciones de vecindad, la normativa urbanística siempre la ha rescatado. Por lo que no nos detendremos en este caso en los elementos configurativos de contenido y naturaleza de esta relación jurídico real

Ha sido y continúa siendo criterio de muchos, que el Código Civil cubano de 1987, relegó voluntaria o intencionalmente, la regulación legal de las servidumbres prediales, por lo que dicha institución no tiene cabida ni protección legal alguna en suelo patrio; sin embargo, otros hemos defendido que no han desaparecido estas de nuestra Ley sustantiva civil, la que de alguna forma sí las reconoce pese a las deficiencias que al respecto señalaremos.

Las posturas en contra, al parecer han entendido inaplicable o inservible en la nueva realidad cubana después del 59, quizás por la carga peyorativa del vocablo —servidumbre— y la asociación que pudiera atribuírsele con cualquier forma de explotación, desigualdad o vasallaje; sin embargo lo que sí resulta evidente es que no se tuvo en cuenta por los legisladores cubanos que esta institución antiquísima, de raíz romanista, que gozó de notable importancia para el desarrollo de los bienes inmuebles en el tráfico jurídico —de ahí su papel desde Roma hasta la actualidad—, gozaba en la práctica de muy buena salud, y por tanto su valor en nuestros días seguía siendo innegable.

Nuestro Código Civil actual, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, dedica su Libro Segundo al —Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes—. En el Título II —Derecho de Propiedad— específicamente en el Capítulo I —Disposiciones Generales— se recogen las bases del sistema económico-social del país en las que se fundamenta todo nuestro derecho de propiedad. Además, se define y configura dicho derecho subjetivo a partir de las facultades, derechos y acciones del titular dominico, y ciertos límites y limitaciones en interés público de carácter específicos que con respecto a él se regulan también.

Después de referirse en diferentes secciones del Capítulo II a las —Formas de propiedad— y en el Capítulo III a la —Copropiedad—, aparecen las normas sobre las relaciones de vecindad y —algo— de las servidumbres definitivamente ubicadas en el Libro II, Título II, Capítulo IV denominado —Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad— en ocho artículos.

Como es sabido nuestro Código Civil de 1987, no adoptó la postura más feliz al regular la institución de las servidumbres. Quizás quiso evitar cometer el mismo error doctrinal que su antecesor español, pero lo cierto es que terminó haciendo lo mismo, pero a la inversa: reguló bajo la rúbrica de —limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad—, algunas servidumbres prediales conjuntamente con las propias relaciones de vecindad, cuyo producto final fue una amalgama de unas y otras en detrimento de la regulación jurídica de ambas instituciones en suelo patrio. Si bien las servidumbres sí son limitaciones, su natura-

leza es diferente a la de las relaciones de vecindad, pese a los puntos en contacto que tienen ambas instituciones al pertenecer al Derecho de vecindad.

La materia se encuentra regulada en una mezcla indistinta de límites y limitaciones a la propiedad inmobiliaria con motivo de las relaciones entre inmuebles vecinos, contiguos, próximos, colindantes, o cercanos, en los artículos del 170 al 177 de la Ley No. 59 de 1987, sin embargo, saltan a la vista entre ellos, algunas disposiciones que inevitablemente recuerdan las típicas servidumbres prediales con arraigo en el milenar Derecho Romano, las cuales mencionábamos en el primer capítulo de esta investigación. Tal es el caso del derecho de paso a través de inmuebles ajenos.

*A posteriori* analizaremos dentro del Capítulo IV de las —Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad—, los artículos que consideramos regulan servidumbres, así como los preceptos que han sido considerados por otros reguladores de estas, pero cuyo criterio no compartimos.

El artículo 171 recoge a nuestro juicio, supuestos de auténticas servidumbres de paso tal y como analizaremos. En su apartado primero da derecho al —propietario de un inmueble rústico o urbano enclavado entre otros ajenos, sin salida a la vía pública, a exigir paso por los inmuebles vecinos—. Como apreciamos el precepto reconoce una de las servidumbres de paso, las que son de carácter obligatorio o forzoso, siempre que se demuestre que están presentes los presupuestos que manifiestan dicha necesidad, o sea, que físicamente el inmueble esté enclavado entre otros ajenos y que además carezca naturalmente de salida a la vía pública, deduciéndose que no haya sido suprimido el paso que da acceso al inmueble para obtener otro, de lo contrario no se constituiría dicha servidumbre.

Además de estos criterios, acogidos todos por nuestros tribunales cubanos, se ha entendido que la figura hace alusión solamente al paso de las personas, y no de vehículo o similares, porque si no sería un gravamen excesivo para el titular del predio sirviente. Sin embargo, somos del criterio de que esta idea debe ser defendida con flexibilidad y valorada en su justa medida en dependencia del caso, pues la vida moderna y su desarrollo vertiginoso, —al cual Cuba no escapa, sobre todo con los nuevos cambios en el modelo económico, político y social en el que está inmersa—, obliga a adecuar las instituciones jurídicas a los tiempos que corren, so pena de convertirse en inútiles o anacrónicas.

Lo mismo sucede cuando se tiene salida, pero dicho acceso natural que tiene el inmueble es insuficiente para satisfacer sus necesidades, o difícil, incómodo o peligroso, en cuyo caso también se justificaría la existencia también de una servidumbre de paso. Sin embargo, nos parece claro que la redacción del Código Civil, no da margen a ello, por tanto, podríamos pensar en una modificación en tal sentido.

Por su lado los apartados 2 y 3 del propio artículo 171149 reconocen el derecho de exigir el paso, para el supuesto de que se haya transmitido el inmueble; sin embargo, aunque este tipo de servidumbres en general son un derecho que se impone independientemente de que se dé o no una transmisión, —y entrar en casuismos generalmente no nos lleva a ningún lado—, creemos que es oportuno la regla que establecen estos dos apartados, pues acotan la libre determinación del paso que regulaba el apartado 1 —que podía ser constituido por cualquier inmueble vecino—, al inmueble que ha sido objeto de transmisión, u otro inmueble propiedad del transmitente, lo cual sin duda alguna nos parece muy justo.

Estos apartados segundo y tercero deberán ser tomados en cuenta, no solo en los tribunales cuando se produjo el litigio para poderle dar solución al conflicto, sino también de modo profiláctico en las situaciones de transmisión de inmuebles que se realizan mediante actos o negocios jurídicos regulados en disposiciones especiales civiles y/o administrativas que requieren de la intervención de la autoridad correspondiente, la que los autorizará en cumplimiento de las propias limitaciones que se establecen a los inmuebles rústicos y urbanos y velando por el cumplimiento de todos los requerimientos de carácter técnico y constructivo, uno de los cuales es tener acceso a la vía pública (aunque sea a través de otro inmueble), pues de lo contrario el inmueble transmitido no podría ser aprovechado en su totalidad.

Por tanto, si al pretender transmitir un inmueble, este no tiene acceso a la vía pública, el que lo transmite garantizará el paso por el inmueble que ha sido objeto de dicho acto, o por otro de su propiedad, lo cual quedará regulado como una servidumbre de paso en el mismo título que contenga el acto o negocio jurídico traslativo de la propiedad. Un ejemplo de ello podría ser en el otorgamiento de una Escritura Pública de División y Donación de Vivienda, muy común en nuestros días, a cuya matriz se deja anexo el Dictamen Técnico del Arquitecto de la Comunidad, en el cual tiene que quedar perfectamente identificado por dónde se realizará el paso, en caso de requerirlo alguno de los inmuebles resultantes de la división, para que el notario posteriormente pueda plasmarlo con la mayor exactitud posible en el instrumento público.

Por su parte el apartado 4 nos parece muy oportuno al regular que dicho paso deberá constituirse por el lugar que sea —menos perjudicial para el inmueble por el que ha de permitirse—, con lo cual se protege de cierta forma al titular del predio sirviente, para que la limitación que pesa sobre su inmueble, no lo grave en demasía sino en la justa medida.

Debemos por consiguiente entender el menor perjuicio, tal y como ha considerado la doctrina y la jurisprudencia —pues resulta imposible definirlo en la ley—, en el sentido de que, si bien el paso debe concederse para propiciar el aprovechamiento total del inmueble que lo requiere, tampoco puede llegar a eli-

minar o disminuir extremadamente el aprovechamiento del predio sobre el cual se concede. Por tal motivo supone tener en cuenta la regla de la menor distancia que lo separe de la vía pública, la dirección, la extensión, todo ello en relación con el destino económico social del inmueble que lo demande, velando siempre celosamente, que no sea en detrimento del inmueble concedente o sirviente. Todos estos particulares tienen que estar reflejados con claridad en el título constitutivo de la servidumbre, pues ninguno de estos elementos puede ser presumido en modo alguno, como tampoco puede presumirse la existencia de la servidumbre en general. La única posibilidad de garantizar una seguridad jurídica en sede de servidumbres, es velando celosamente porque exista un título constitutivo de ella, el cual sea preciso y claro con todos y cada uno de estos requisitos.

El artículo 172 en sus cuatro apartados regula otra figura de servidumbre de paso, pero en este caso con carácter temporal. Recordemos que como quedó señalado en el capítulo anterior, aunque las servidumbres tengan vocación de perpetuidad, también pueden constituirse por un período determinado de tiempo. De esta forma a tenor de lo preceptuado legalmente, los propietarios de inmuebles ya sean urbanos o rústicos, no podrán oponerse al paso a través de ellos, si resulta indispensable para la realización de obras de utilidad pública, (en este caso estaremos en presencia de una servidumbre administrativa) o para efectuar construcciones o reparaciones necesarias en inmuebles vecinos (entendiendo por lógica incluidos también los próximos, contiguos y colindantes y por consiguiente —los pisos adyacentes—), ni tampoco oponerse a la colocación de andamios o realización de obras indispensables para la higiene o conservación de dichos inmuebles. Como vemos en el primer caso hay un supuesto de servidumbre de paso de tipo administrativa porque suponemos que se refiera a la realización de obras en interés de la comunidad o la colectividad, y los otros sí aluden a las civiles, mezcla está en un mismo precepto que no nos parece muy atinada.

Creemos asimismo que no era necesario la utilización del término —pisos adyacentes— en el primer y tercer apartados, si entendemos como intención del legislador con —inmuebles vecinos— incluir a todos aquellos que están bajo la influencia de la colindancia, la contigüidad, la cercanía y la proximidad. Además, ambos apartados resultan en alguna medida redundantes, por lo que a nuestro juicio pudieron estar comprendidos en uno solo de ellos.

Volvemos a ver en el apartado segundo de este artículo, la misma regla que apareciera en el artículo 171.4 referente a que —el paso debe realizarse de modo que ocasione la menor molestia posible al que ha de permitirlo—, la cual rige para todas las servidumbres prediales, por tanto, resulta poco técnico que en cada supuesto de servidumbre haya que aclarar lo mismo. Ello evidencia lo oportuno que hubiese sido contar con algunos preceptos legales que regularan la generalidad aplicable a todas las servidumbres.

El apartado cuatro del artículo 172 reconoce que procederá indemnización por daños y perjuicios, por parte de los que ejecuten las obras o sus beneficiarios, como resultado del ejercicio de su derecho, lo cual no fue previsto para el caso de la servidumbre de paso del artículo 171. No entiendo cuál fue entonces el fundamento para concebirla en unos supuestos y en otros no, aunque está claro que es más frecuente que suceda como resultado del ejercicio del derecho que emana del artículo 172 y no tanto así del 171, pero ¿será entonces que, si se ocasionan daños o perjuicios al inmueble sirviente en los supuestos del artículo 171, no habrá indemnización? Pienso que tanto en uno como en el otro procederá indemnización si se dieran daños o perjuicios, pues se aplicaría lo regulado para los actos ilícitos civiles, previsto en los artículos 81 al 88 de nuestra Ley sustantiva civil, y pensado así no habría necesidad tampoco de haberlo preceptuado en el artículo 172.4, como si fuera algo propio de este tipo de servidumbres.

Sin embargo, nos queda un sinsabor mayor el percatarnos de que no se reconoce la —indemnización— mejor llamada compensación, que sí es propia de las servidumbres, consecuencia directa de la inmisión unívoca que ha de soportar el titular del predio sirviente mientras exista la servidumbre y que no existe por ejemplo en las relaciones de vecindad por ser estas recíprocas. Perfectamente, aunque estemos en sede de servidumbres legales o forzosas (y más aún por ello), debería regularse este elemento tendente a buscar cierto equilibrio, o al menos si no se impone de forma obligatoria, dejarlo a la voluntad de los involucrados.

El artículo 173 en general y el apartado 1 en específico, regula un supuesto de caída de las aguas. Impone el deber de los predios inferiores de tolerar el paso de las aguas pluviales y lo que ellas arrastren siempre que descendan de modo natural, pues no debe estar presente en ello la intervención del hombre. En el segundo apartado impone la obligación que tienen los titulares de los predios inferiores y superiores en esta relación de no realizar obras que obstaculicen ni agraven el descenso de las aguas, —salvo consentimiento de los afectados—. Coincidimos con RODRÍGUEZ SAIF<sup>26</sup> en que la realización de esas obras para las que se requiere ese consentimiento no dependería solo de los afectados, ya que esta es una materia regulada por las disposiciones especiales existentes sobre los recursos hidráulicos, que no se puede perder de vista y a la cual siempre tendrían que acudir los interesados (afectados) aun y cuando estuvieran de acuerdo.

Analizamos este artículo debido a que muchos piensan que estamos en presencia de una servidumbre legal en materia de aguas, que da derecho al curso natural de esta, cuando en realidad creemos estar frente a un límite de interés privado derivado de las relaciones de vecindad, pues se trata de una consecuencia natural, inevitable por las leyes de la física, la naturaleza, presumible hasta por la propia lógica de los sucesos, que no habría necesidad de probar para que se pueda exigir, basta invocar la norma jurídica que lo establece, y por consiguien-

te no requiere ser constituido. Representa a su vez un deber recíproco para los titulares de ambos predios, pues el del predio inferior no podrá realizar acciones encaminadas a impedir el flujo natural de las aguas ni lo que ellas arrastren, pero el titular del predio superior tampoco podrá realizar nada que agrave sus efectos (salvo que exista consentimiento de los afectados y no se incumpla con las disposiciones existente al respecto como ya habíamos analizado). Por ello vemos que tanto un titular como el otro tienen expectativas de derecho y obligaciones recíprocas que llegan a ser connaturales al derecho que ostentan sobre sus respectivos inmuebles.

Sin embargo, somos del criterio de que sí estaríamos en presencia de una servidumbre si el artículo hubiese estado regulado de modo diferente, de forma tal que el titular del predio inferior tuviese que permitir que por dicho inmueble corran aguas u otro tipo de sustancias o materias provenientes del superior, siempre y cuando exista una actuación humana para ello, por ejemplo realizando alguna solución constructiva que permita dicho curso, porque naturalmente no suceda, lo cual sí requeriría como servidumbre al fin que fuese constituida. En este caso sí se apreciaría una limitación, que excede el alcance y sentido del límite, se evidenciaría el aspecto gravoso de la servidumbre para quien la sufrirá, la facultad o prerrogativa para quien se beneficiará de ella, y por ende podría pactarse una compensación a favor del titular del predio sirviente.

El último artículo al que debemos referirnos es el 176 que trata de fusionar supuestos de medianería con los de luces y vistas, porque pensamos que no estamos en presencia tampoco aquí de servidumbres prediales como algunos han defendido, por lo que no es nuestro objetivo señalar las deficiencias del precepto legal en cuestión, sino referirnos brevemente a la naturaleza jurídica de la medianería, para poder defender nuestra postura al respecto.

La medianería presupone ante todo la existencia de un derecho de común aprovechamiento sobre un elemento que divida o separe a los inmuebles, lo cual puede ser una zanja, un seto, una valla, una cerca, una pared, un muro, una construcción, una obra o cualquier otra instalación perteneciente a los propietarios de aquellos.

La naturaleza jurídica de la medianería como situación jurídica concreta ha recibido diferente tratamiento doctrinal y legislativo resumiendo las posiciones adoptadas, al respecto, en tres grandes grupos: los que ven a la medianería como una servidumbre; los que la consideran como un condominio especial, y los que creen que son una manifestación de las relaciones de vecindad.

No profundizaremos, solo como nota de principios la medianería no la consideramos servidumbre porque no se puede determinar cuál sería el predio dominante y cuál el sirviente, en todo caso lo que existe es una interdependencia de inmuebles, un límite y beneficio mutuos del dominio. Es comunidad *sui generis*

o especial, que cuenta con una regulación propia que, por su peculiar objeto, se aparta de la copropiedad con independencia de que pueda servirse de ella para completarse, y que derivado de sus efectos encaja en el marco de las relaciones de vecindad.

En concordancia con RODRÍGUEZ SAIF<sup>27</sup> —las facultades derivadas del ejercicio de los derechos por parte de los medianeros respecto al aprovechamiento común, relacionadas esencialmente con el uso y disfrute, se rigen por las reglas de la copropiedad sólo en el sentido de que los copropietarios en estos casos tienen iguales derechos con respecto a ese elemento y nunca en proporción a una cuota, es decir, no es un derecho proporcional por cuotas sino un derecho proporcional en igualdad de participación o coaprovechamiento sobre el elemento común, lo cual reafirma nuestra posición en cuanto a su naturaleza jurídica e implica además que cada uno de los sujetos está obligado a sufragar los gastos que ocasione su mantenimiento, reparación o construcción; no obstante, las acciones que emprenda uno de los medianeros han de correr a sus expensas y deberá indemnizar a los demás por los perjuicios que ocasionare.

El apartado 2 del propio artículo que analizamos expresa que —el copropietario no puede sin el consentimiento del otro, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno—. Este precepto como vemos recoge simplemente una prohibición para quienes son medianeros, pero para nada estaríamos en presencia de una servidumbre de luces y vistas si existiese tal consentimiento para abrir la ventana o el hueco, pues el elemento medianero no es ajeno al otro predio, sino común a ambos, y su propia naturaleza como ya adelantamos no implica servidumbre alguna.

Este Capítulo IV de las —Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad— en la materia que investigamos, se hace necesario cuestionarse sobre qué tipo de protección legal establece el Código para las servidumbres que reguló, o para otras que como veremos más adelante creemos puedan surgir bajo la concepción del número abierto para la creación de los derechos reales.

El Código Civil vigente en Cuba no consagró la figura de la servidumbre en su carácter de derecho real, haciendo caso omiso a su naturaleza jurídica, lo cual corrobora su ubicación en el Capítulo IV del Título II, y no como un capítulo más de los que consagra el Título III —Otros Derechos sobre Bienes como hubiese sido más correcto. Ello demuestra a nuestro juicio también que los fundamentos teórico-doctrinales en los que se erigen las servidumbres, no fueron bien comprendidos por el legislador, y como resultado de la aplicación de dicha Ley, hoy lleguen a confundirse estas con otras instituciones de naturaleza distinta.

Además, confundió algunas especies de servidumbres legales o forzosas con los derechos nacidos de las típicas relaciones de vecindad y excluyó de su articulado las servidumbres de origen voluntario.

Si bien no fueron reguladas explícitamente con el *nomen* de Derecho real de Servidumbres, nuestra ley sustantiva no contiene prohibición expresa que limite la constitución de derechos reales en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por ello, ¿ha de admitirse que nuestro Código Civil asume el sistema de *numerus apertus* para la constitución de los derechos reales? La respuesta hoy como un templo es sí, por lo que las servidumbres prediales es modalidad de derecho real atípico, y entonces habría que reconocer que a la luz de nuestro vigente Código Civil que estas pueden constituirse por voluntad de las partes, dando lugar a servidumbres atípicas. Pensar lo contrario sería condenarlas a una muerte jurídica aún sin nacer; pero desgraciadamente nos gusta la atipicidad, es como una zona de confort y seguridad.

Guiados por la idea de que dicha Ley no prohíbe que se constituya otro derecho real diferente de los que reguló, ni establece una lista taxativa de los que considera son derechos de este tipo, no hay por qué no acogerse al sistema de números abiertos, dándole mayor cabida a la autonomía de la voluntad, y tratando de mejorar un tanto la situación que creó el Código al no regular supuestos clásicos y cotidianos de servidumbres legales, y no hacer ni mínima mención a las servidumbres voluntarias.

De cualquier forma, nuestra Ley sustantiva civil debiera ser modificada de forma tal que se encuentren en ella los tipos fijos y preestablecidos más comunes, pero también sea más amplia la esfera de autonomía de los particulares, para que puedan establecer sobre sus fundos o a favor de ellos alguna servidumbre.

Por otra parte, se aprecia en la Ley falta de precisión, claridad y concreción en varios términos empleados, confusión de otros. Salta a la vista sobre todo la carencia normativa en extremo sobre la referida institución, lo que hace de nuestro Código Civil en este sentido, la antítesis en materia de servidumbres, del español que le precedió. No existe tampoco remisión, ni desarrollo adecuado en disposiciones normativas civiles complementarias sobre la materia, que pudieran solventar un poco la situación.

Continuando el análisis, apreciamos que las emblemáticas acciones confesoria y negatoria, propias de las servidumbres, y que existen desde el Derecho Romano, no parecen tener sitio tampoco para el Código nuestro. A diferencia de otros que las incluyen expresamente en su articulado, nuestra Ley no se refiere a ellas nominalmente, ni se infieren de ningún otro precepto, por tanto, parte de los fines que ellas persiguen tendrán que satisfacerse con pretensiones fundamentadas en la teoría de la responsabilidad civil por actos ilícitos regulada a partir del artículo 81, ya sea en procesos civiles o administrativos, según sea el caso específico. Sin embargo, si se tiene en cuenta que los fines de ambas acciones son en primer lugar declarativos, pues sin pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de la servidumbre, sería muy difícil generar la condena a abstenerse

o a permitir determinados actos, podríamos decir entonces que en cierto sentido pudieran estar comprendidas ellas en el artículo 111 inciso a) del Código Civil cubano. El resto de la protección quedaría en manos de la acción jurisdiccional que franquea la ley para proteger a la posesión, regulada en el artículo 203 del propio cuerpo.

Por fortuna y en contraste con lo anteriormente expuesto, otros textos legales de carácter administrativo como las Nuevas Ordenanzas de Construcción de 1963, las Ordenanzas Sanitarias, legislaciones relativas a las minas y ferrocarriles, el Código de Seguridad Vial, entre otras, hacen referencia al tema en nuestro actual ordenamiento jurídico, lo que sirve de apoyo ante el desamparo con el que nos deja nuestro Código Civil en esta sede.

Por su parte la Ley No. 65 de 1988, —Ley General de la Vivienda— en los artículos 24 al 32160 regula la cesión de uso de azoteas para la construcción de viviendas. Específicamente en el artículo 31 recoge las circunstancias que debe contener la mal llamada Escritura Pública de Cesión de uso de azotea<sup>28</sup>, dentro de las que vislumbramos un tipo de servidumbre de paso cuando se refiere —al derecho de paso a través de jardines y portales así como las de acueducto y alcantarillado al referirse al derecho del cesionario —a entroncar los servicios de acueducto y alcantarillado, servidumbres que son necesarias para la vivienda que se construirá en la azotea, debiéndose obligatoriamente consignar este derecho en la propia escritura pública a favor del predio dominante que sería el que estará en el piso superior. Sin embargo, pese a que estas cuestiones generalmente constan en dichos documentos públicos, no hay un pronunciamiento expreso en ellos sobre que estos particulares sean servidumbres prediales con las implicaciones que ello traería para ambos predios y que por tanto debiera reflejarse por el notario en las advertencias legales de estos instrumentos.

A tenor de las nuevas regulaciones contenidas en el Decreto-Ley No. 322 de 31 de julio de 2014, modificativo de la Ley No. 65 de 23 de diciembre de 1988, —Ley General de la Vivienda—, se ha aprobado por el Instituto de Planificación Física la Resolución No. 55 de 26 de agosto de 2014 —Procedimiento para la asignación de terrenos estatales a personas naturales para la construcción de viviendas por esfuerzo propio—. Resulta muy cuestionable el hecho de que en el artículo 2 inciso i) de esta norma jurídica se intentara dar una definición de servidumbre a los efectos de dicho procedimiento, al expresar que —las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad y servidumbres: generan límites al derecho de propiedad y obligaciones recíprocas para los vecinos.

Pueden ser de vistas y luces, por los gravámenes o limitaciones impuestas por unos inmuebles a otros, por razones de evitar vistas rectas, de costado u oblicuas; de paso, por la obligatoriedad de garantizar el paso o acceso a otros inmuebles dentro o dependientes de esa parcela; de aguas, por la obligatoriedad de

garantizar el mantenimiento o nueva construcción de las infraestructuras técnicas que brindan servicio a dichos conjuntos de inmuebles, así como las intervenciones constructivas que los mismos requieran.

Parece que no fuese suficiente con los desaciertos del Código Civil nuestro al mezclar las servidumbres prediales con las relaciones de vecindad, que también sucedió lo mismo en esta Resolución, pero con un resultado mucho peor, pues sin lograr dar definición alguna de ninguna de las dos instituciones como fue su propósito, se hizo mención a algunas características de las servidumbres, mezcladas con algunos de sus tipos, y todo ello se le atribuyó de igual forma a las relaciones de vecindad, como si unas y otras fueran la misma institución. Se retrocede aún más en el sentido de que se considera a las servidumbres y a las relaciones de vecindad expresamente como límite y limitación al mismo tiempo, como si ambos términos fueran vocablos semejantes.

La Ley de ordenamiento territorial y urbano y gestión del suelo, discutida y aprobada en el octavo periodo de sesiones de la IX legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en diciembre del año 2021 como novedad dedica un capítulo a las Servidumbres, lo cual, sin dudas, responde a una deuda jurídica con el gremio de los estudiosos de los derechos reales, pues las eleva a dicho rango. Sin dudas, con esta norma adquieren una sistemática más coherente con una mirada a tratar de palear los conflictos que se derivan en el ejercicio de los derechos sobre la utilización y ocupación de los inmuebles de manera racional y armónica. Esta normativa especial complementa o modifica de alguna forma el Código civil y desde la especialidad esta convirtiendo en típico el Derecho real de Servidumbre.

Se establece como requisito la racionalidad porque no pueden estar constituidas sino existe la necesidad, actúan sobre un predio ajeno estableciendo un hacer o un dejar de hacer en el predio sirviente.

Se potencia la constitución de las servidumbres por voluntad humana, lo cual ya se venía estableciendo, pues los funcionarios encargados de autorizar o resolver actos jurídicos sobre bienes inmuebles en los que se generaban las servidumbres, sobre todo las de paso, preveían las mismas como obligación de previsión de futuros litigios derivados de ello. La plasmación en los documentos formales de la titularidad es trascendental a la hora de su fijación en el tiempo. Téngase en cuenta que la servidumbre sigue al inmueble y no a su titular.

Se enfatiza en las servidumbres en materia de ordenamiento territorial y urbano como limitación al derecho del propietario, dígase:

1. Servidumbre de medianería: aquella que organiza los derechos de los propietarios en cuanto a la utilización en común y de manera armónica y proporcional de muros, setos vivos, cercas, o cualquier tipo de obra que divida las propiedades colindantes en la verticalidad y la horizontalidad.

2. Servidumbres de paso: tan importante para la salida a la vía pública de aquellos inmuebles en los que el paso ha sido obstruido racionalmente y requieren gravar al predio vecino imponiendo su paso.
3. Servidumbre de vistas y luces: elemento indispensable para el normal desarrollo de las edificaciones y el respeto a la privacidad y al desarrollo de un ambiente sano.
4. Servidumbre de infraestructura: límite necesario para que el tejido urbano se desarrolle ordenadamente y las edificaciones puedan constar con los servicios necesarios e imprescindibles en todo hábitat adecuado.

Es importante y trascendental que se entienda que, aunque las servidumbres se comportan como una limitación al derecho de propiedad, se establecen para el desarrollo sostenible de la ciudad y ello lo trata de potenciar la normativa.

Y se normativizan los requisitos del Derecho real de servidumbre, que la diferencian de las Relaciones de vecindad, a saber:

En sus artículos del 72 al 84, las consideran:

- Limitaciones impuestas a un inmueble;
- Definición mínima de predio sirviente y predio dominante y su vínculo jurídico;
  - Ser permanentes;
  - Ser indivisibles;
  - Tipos de servidumbres legales y voluntarias;
- Profundizando en las servidumbres en materia de ordenamiento territorial y urbano;
- Con especial referencia a las causas generales de extinción;
- Significando la modificación legislativa de la norma sustantiva común del Código Civil cubano

A diferencia de las relaciones de vecindad que:

- Son límites normales al dominio, cuyo ejercicio viene configurado por el respeto al vecino;
- No requiere estar constituidas, son inherentes a la propiedad inmueble;
- No prescriben por el uso;
  - Se presumen;
  - Obedecen a un afán de igualdad, equilibrio y reciprocidad;
  - Inciden en el Derecho de propiedad, configurando sus límites;
- No suponen disminución ni desprotección del patrimonio de quien la sufre, es el derecho mismo inmobiliario;
- No precisan de usucapión, ya que son facultades y derechos que configuran el contenido de la propiedad inmobiliaria;
- Son una manifestación del régimen ordinario de la propiedad inmueble.

- No obstante a este cambio legislativo reciente, la realidad socio-jurídica cubana está llena de situaciones o conflictos vecinales que ven su solución jurídica en las mal llamadas por el legislador del Código —limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, siendo evidente que esta intención de preceptuar algunas de las manifestaciones de las servidumbres, sin considerar las diferencias sustanciales entre las propias servidumbres y las relaciones de vecindad (que en realidad son límites generales a los derechos reales), está dejando sus huellas negativas al no resultar la vía más loable para muchos asuntos que se ventilan en nuestros tribunales.

Esto causa serias dificultades a los operadores jurídicos sobre todo a los jueces a la hora de resolver conflictos que han llegado a su jurisdicción y dictar el fallo, conminados a emplear estos mismos preceptos para ambas instituciones por respecto a la ley sin poder invocar la carencia o la laguna en la regulación de la institución adecuada, resolviendo muchas veces a tenor de la jurisprudencia o por analogía, a pesar de que estas en nuestro ordenamiento jurídico no constituyan fuentes de derecho.

La ausencia de una adecuada regulación en la legislación civil patria del derecho de servidumbres, es a juicio nuestro, causa de insatisfacción en los destinatarios finales de las regulaciones que intenta ordenar el entramado ámbito de las relaciones entre predios vecinos pues además de resultar escuetas las disposiciones en relación con las servidumbres, se cercena de cierta forma la posibilidad de la constitución de estas, las que podrían dar solución a disímiles problemáticas que en el ámbito práctico se desencadenan entre titulares de fundos próximos o colindantes, sin que hoy las partes cuenten con suficiente estabilidad y garantía jurídica para el disfrute pacífico de sus derechos sobre sus inmuebles.

Es de destacar que el cuerpo normativo civil que analizamos no recoge ni una mínima definición de las servidumbres, no utiliza este vocablo siquiera en los pocos tipos que regula, en cierto sentido no respeta sus características, que son tan antiguas como el propio Derecho Romano que las creó —pues de lo contrario no hubiesen estado juntas estas y las relaciones de vecindad, cuando en realidad aunque tienen algunas semejanzas, sus naturalezas jurídicas son completamente diferentes, de tal forma que bajo ningún concepto podrían estar juntas y además entremezcladas bajo la rúbrica de —limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad—. Tampoco nos refiere nada sobre sus formas de constitución, modificación y extinción, al menos expresamente hace *mutis* al respecto.

En cada momento, el juez que conoce el asunto, tendrá a su cargo la solución del litigio, lo que genera sin dudas, un gran nivel de inestabilidad jurídica que atenta contra la garantía y la realización de un mejor derecho, si tenemos en

cuenta que nuestros jueces solo deben obediencia a la ley, y en este caso esta está sumamente defectuosa.

Otra de las secuelas que ha dejado esta desregulación y la inadecuada sistemática del Código Civil cubano en el tema de las servidumbres es que los operadores han utilizado erróneamente otros supuestos de la ley, que nada tienen que ver con el derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes para darle solución a conflictos entre predios que tienen su origen en las servidumbres y no en otras instituciones como las obligaciones y los contratos, sin tener en consideración que las servidumbres son derechos reales y que entre los derechos reales y los derechos obligaciones existen notables diferencias, signados por su propia naturaleza jurídica.

## II.1. PRESUPUESTOS TEÓRICO-DOCTRINALES EN POS DE UNA ADECUADA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS SERVIDUMBRES PEDIALES

Una adecuada regulación jurídica de las servidumbres prediales en el Derecho Civil cubano, que garantice seguridad jurídica en esta sede y con ello a los derechos reales en general, parte como base ineludible de una correcta regulación de estas en el Código Civil, y un desarrollo adecuado en disposiciones complementarias, basándonos en los criterios doctrinales existentes, así como las tendencias y elementos más positivos encontrados en las legislaciones foráneas. Por tal motivo en este sub-epígrafe nos referiremos a esos presupuestos teórico-doctrinales que han de servir de sustento de las servidumbres prediales en nuestra Ley sustantiva civil para el logro de la seguridad jurídica de los derechos reales.

En primer lugar, las servidumbres prediales han de tener una adecuada ubicación dentro de la sistemática del Código Civil teniendo en cuenta su naturaleza jurídica de derecho real en cosa ajena, de aprovechamiento, por lo cual defendíamos anteriormente la idea de que debían estar en el Título dedicado a los demás derechos reales, y en un Capítulo propio, y no dentro del Título destinado a la propiedad, como sucede actualmente.

En dicho Capítulo se debe definir legalmente a las servidumbres prediales, no solo mostrando su naturaleza de derecho real —lo cual entraña una situación de poder jurídico para el titular de esta permitiéndole obtener un beneficio o utilidad para su predio a costa de otro—, sino también el carácter de limitación y gravamen que entraña para quien soporta dicha servidumbre (predio sirviente).

En su articulado, además, de una u otra forma tienen que recogerse las principales características de ellas, que son a fin de cuentas las que las individualizan y las diferencian del resto de los derechos reales. Dentro de ellas las siguientes:

- Su fundamento se basa obligatoriamente en razones de utilidad y necesidad que el predio dominante obtendrá a cargo del sirviente, lo cual justificará dicha inmisión;
- Recaen sobre un inmueble de ajena pertenencia el cual tiene que estar en una situación de cercanía, vecindad, colindancia o contigüidad con relación al inmueble que resultará beneficiado, pues de lo contrario sería imposible obtener dicha utilidad o mejora;
- Al representar una limitación al derecho de propiedad no pueden presumirse y toda interpretación que se haga de ellas tiene que ser restrictiva;
- Son inseparables de los predios dominante y sirviente al que activa o pasivamente pertenecen; que, aunque generalmente son perpetuas porque así también tienden a ser las necesidades de los predios, asimismo pueden ser constituidas con carácter temporal;
- Por la inmisión que representan, el propietario de la finca gravada puede ser indemnizado desde el mismo momento de constitución de la servidumbre;
- Son indivisibles por tanto dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía; pero si resulta dividido el predio dominante cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, sin ampliar el gravamen del predio sirviente.
- Deben ser objeto de publicidad a través del Registro de la Propiedad para que surtan efectos frente a terceros y gocen de la seguridad jurídica que este garantiza, teniendo dicha inscripción carácter declarativo.

No contamos con un artículo que expresamente diga que las servidumbres son inscribibles como apunta el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria de 1893, con carácter declarativo, y haciéndolas constar tanto en los asientos del predio dominante como del sirviente según el artículo 13 de la misma, puesto que aunque ella esté parcialmente vigente, estos artículos están derogados; sin embargo consideramos que a tenor de varios preceptos de la Resolución 493 de 2021 Normas y procedimientos del Registro Central de la Propiedad de bienes inmuebles, se podrían inscribir perfectamente las servidumbres prediales. Uno de ellos el primero de sus artículos e su numeral 2 como objeto de Registro Central de la Propiedad de Bienes Inmuebles y otro es el artículo 4 que en sus apartados 5 establece que dentro de los títulos y documentos que se inscriben en el Registro de la Propiedad están —las copias de documentos autorizados por notarios, —resoluciones judiciales que reconozcan derechos sobre bienes inmuebles—, así como —resoluciones administrativas que reconocen un derecho real sobre un bien inmueble. Así también y con un carácter más específico, el artículo 24 en su apartado 5, establece que se inscriben en dicho Registro —los derechos, su extensión y sus

cargas o gravámenes, siendo precisamente las servidumbres un derecho real y por demás un gravamen al predio sirviente.

Uno de los elementos de mayor importancia para lograr la seguridad jurídica en sede de servidumbres, que debe estar debidamente regulado es la estructura de la relación jurídica de servidumbres. Su elemento subjetivo o personal integrado por el sujeto activo —titular del predio dominante—, y el sujeto pasivo —titular del predio sirviente, cuyos derechos y obligaciones tienen que estar debidamente regulados. El contenido del derecho de servidumbres, es decir todas las facultades y prerrogativas concedidas al titular, así como los deberes y obligaciones que de ello se derivan, tienen que quedar perfectamente individualizados para que se pueda garantizar la seguridad jurídica tanto del sujeto activo (titular del predio dominante) como del sujeto pasivo (titular del predio sirviente) de la relación jurídica.

El contenido de las servidumbres debe quedar establecido en el Código, pero también en otras disposiciones complementarias de carácter especial que regulen los tipos específicos de servidumbres y por tanto concreten aún más este, cobrando gran trascendencia también lo que quede dispuesto por la autonomía de la voluntad, fundamentalmente en las voluntarias. Sin embargo, como señalábamos en el capítulo anterior, no debe ser permitida una servidumbre general, por la inseguridad tan grande que ello entrañaría para el predio sirviente fundamentalmente, por lo que en el título constitutivo de la servidumbre tienen que estar precisados los poderes y deberes específicos del predio dominante, así las abstenciones y derechos del sirviente.

Proponemos entonces que debe estar regulado en el Código con carácter esencial o básico para todas las servidumbres los siguientes derechos y obligaciones emanados de dicha relación jurídica:

1. Que el titular de la servidumbre está facultado para utilizar parcialmente el predio sirviente obteniendo de él determinado provecho o beneficio para su inmueble.
2. Que el titular del predio sirviente tendrá derecho a recibir una indemnización o compensación por la inmisión que tendrá que soportar, si esta fue concebida por la ley o pactada por las partes.
3. Que el dueño del predio dominante podrá hacer a su costa, en el sirviente, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa para quien la soporta, eligiendo para ello el momento y lugar más oportunos. Por su parte el titular del predio sirviente tendrá la obligación de tolerar dichas obras.
4. Que el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar o impedir de alguna forma el normal uso de la servidumbre constituida, pero si llegara a serle muy gravosa en algún sentido, podrá variarse a costa suya, siempre

que ofrezca una alternativa cómoda y no perjudicial para el dueño del predio dominante.

Además de ello la ley y la autonomía de la voluntad perfilarán otros derechos y deberes para los tipos concretos de servidumbres que sería imposible por esta vía agotarlos, pero que reiteramos deben estar expresamente plasmados en el título constitutivo de que se trate, sin que sea posible presumirlos.

Se hace necesario también que se protejan jurisdiccionalmente los intereses de ambos sujetos de la relación, reconociendo expresamente en la Ley sustantiva civil las acciones confesoria y negatoria, típicas de este tipo de derecho, sirviendo ello de presupuesto básico para lograr luego una tutela judicial efectiva en nuestros tribunales.

Por su parte deberá estar regulado como elemento objetivo o real el predio sirviente, —que debe quedar perfectamente identificado y ser ajeno al titular del derecho—, así como la indemnización en los casos que proceda, —bien sea porque la ley lo disponga, o porque la autonomía de la voluntad así lo haya querido.

El elemento causal de dicha relación también deberá quedar codificado independientemente de que estemos en presencia de servidumbres legales o voluntarias. Como quedó plasmado en el primer capítulo las formas de constitución que estarían recogidas en el ordenamiento jurídico serían entonces, la constitución forzosa que se lograría mediante una resolución administrativa o judicial, la constitución negocial mediante un negocio jurídico *inter vivos* gratuito u oneroso, o *mortis causa*, la constitución por usucapión, cuando se den los requisitos exigidos por la ley para ello, y por último la constitución por signo aparente.

En el caso de la constitución negocial se realizará ante notario mediante escritura pública, en la cual la constitución de la servidumbre puede ser el único acto contenido en ella o no, por ejemplo, puede ser una escritura pública de división y donación de vivienda en la cual en la Parte Dispositiva quede constituida también una servidumbre de paso, por tanto el nombre del instrumento público podría ser Escritura Pública de División y Donación de vivienda y Constitución de servidumbre de paso.

Con respecto a la constitución *mortis causa* no debemos negarnos a ella pues en varios ordenamientos jurídicos se regula esta, como un legado contenido en una escritura pública de Testamento, siempre y cuando el otorgante, titular del que en un futuro sería el predio sirviente deje especificado en dicho instrumento todas las particularidades de dicha servidumbre, y luego de su fallecimiento dicho legatario acepte tal derecho.

En el caso de la constitución por signo aparente, la servidumbre quedaría constituida en el mismo título donde se haga constar la transmisión del inmue-

ble, por tanto puede ser una escritura pública, una sentencia o una resolución administrativa.

En el caso de que la constitución sea por usucapión, sucede lo mismo que cuando se adquiere la propiedad de un bien por prescripción adquisitiva, es decir, una vez dados los requisitos para que esta opere, el derecho se adquiere sin necesidad de ningún procedimiento ni trámite formal, y si se produjera algún litigio o controversia posterior a la usucapión, el titular de ella obtendría una sentencia declarativa del derecho de servidumbre ya ganado.

A su vez la Ley tendrá que hacer mención expresa a las circunstancias o causas que pueden hacer posible que se modifique dicha relación jurídica, ya que si cualquier motivo condujera a ello, no hay seguridad jurídica alguna para los sujetos de dicha relación. Estas causas de modificación serían por tanto:

1. La voluntad de los sujetos activo y pasivo cuando así lo acuerden;
2. El derecho a la variación unilateral del lugar o la forma de ejercicio de la servidumbre que se le confiere al titular del predio sirviente, cuando esto se le ha hecho muy incómodo o gravoso;
3. Los efectos del tiempo y la posesión con lo cual puede quedar disminuido el contenido de una servidumbre al usarse con una intensidad menor que la concebida en su constitución y;
4. La modificación externa que hayan sufrido los predios, que impida o restrinja el uso que de ellos se venía haciendo, con lo cual antes de que conduzca a su extinción, se autoriza su modificación.

Estas circunstancias a su vez tendrán que ser recogidas en un documento complementario al título constitutivo inicial, el cual no tiene porqué ser de igual naturaleza que el primero, pues si el título constitutivo de la servidumbre fue una resolución judicial —porque se trataba de una servidumbre dispuesta por la ley, donde los sujetos no llegaron a acuerdo y tuvo que constituirse mediante sentencia judicial—, en esta ocasión, si existiese tal arreglo con respecto a las circunstancias modificativas, perfectamente podrían estas realizarse por la vía notarial y constar entonces en una escritura pública de modificación de servidumbre.

A su vez las formas de extinción que tendrán que ser reguladas serían: la consolidación que hace perder el carácter ajeno del predio sirviente; el no uso de la servidumbre; el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición; la renuncia del derecho por parte del titular del predio dominante, el convenio extintivo pactado entre las partes; y la iniciativa del titular del predio sirviente en caso de servidumbres legales en las que la necesidad que dio lugar a su creación desaparezca.

Además existen otras causas comunes a los demás derechos reales, y que también podrían conducir a la extinción de estas en determinados supuestos que son por ejemplo la destrucción del bien inmueble (dominante o sirviente), la

expropiación forzosa, la confiscación de bienes, así como la división o unificación de inmuebles, pero estos deberían estar contemplados en los artículos que regulan las formas comunes de extinción de los derechos reales, sin necesidad de regularlos en los preceptos dedicados especialmente a las servidumbres.

Por último, quisiéramos referirnos a que deben estar regulados los tipos legales más comunes de servidumbres forzosas, y el contenido propio de ellas, pero además reconocer expresamente las de tipo voluntario, dando amplio margen a la autonomía de la voluntad para su creación, modificación y extinción, así como para la determinación de su contenido, estableciendo solamente en el Código las disposiciones generales de ellas.

#### IDEAS DE CLAUSURA

- I. A manera de conclusión final, podría señalarse que el derecho de habitación difiere del uso, que en realidad este, el uso, ha sido en la actualidad relegado, en la mayoría de los casos, por los contratos de comodato o precario y que, el derecho de habitación, sin facultades de cesión o arrendamiento, ampliamente recogido en todos los códigos modernos, ha sido el punto de partida de otros contratos, al mismo tiempo ha servido para desempeñar una función social, al igual que en Roma, en su más puro origen, pero ha ganado independencia a partir de la protección integral de la familia y de las personas con discapacidad.
- II. El derecho de habitación se erige como una variante de tenencia intermedia, como un refugio civil a la necesidad habitacional, no siendo solo el derecho real de propiedad la solución al problema social. No implica necesariamente la cohabitación con el propietario, no es un requisito *sine qua non*, tan es así, que puede constituirse sobre todo el inmueble. Es una variable de uso inmobiliario, pero eso no indica que no pueda explotarse o disfrutar jurídicamente del bien para el progreso, bienestar y sustento familiar, todo dependerá del título constitutivo y de la no desconfiguración del instituto. Cuando exista cohabitación con el propietario y haya elementos estructurales que no sean de uso exclusivo derivados de las características del inmueble, el régimen común debe estar muy bien definido en la extensión del derecho para lograr la tan deseada y necesaria paz en el hogar. Su publicidad registral alcanza en Cuba ribetes de la cuasi-constitucionalidad, pues la oponibilidad ante terceros de ella dependerá, por lo que la forma influirá también en la constitución del mismo.

- III. Este derecho que no era ajeno en contenido y pervivió a la sombra de otro, —usufructo gratuito de cuarto, habitación o accesoria— pasó en Cuba de la atipicidad oscura a la tipicidad especial y común, dejando estela de cargas y límites, pero a la vez y la aureola de libertad contractual, cimiento de las relaciones patrimoniales privadas.
- IV. En materia de servidumbres, aun y cuando se muestra un avance normativo, de tipicidad y reconocimiento, subsiste una necesidad imperiosa de modificar en tal sentido nuestra Ley sustantiva civil, que es en realidad a quien le toca regular los postulados esenciales y generales de la institución, dar definiciones o conceptos, establecer sus tipos legales fundamentales y dar cabida también a las voluntarias, de forma tal que tanto en el ámbito civil como en el administrativo, puedan las servidumbres tener vida propia. No es la Administración la idónea para pronunciarse sobre cuestiones generales de las servidumbres, pues esto es tarea del Código, el pronunciamiento de aquella debería estar dirigido solamente a regular los tipos concretos de servidumbres que en su actuación concreta se vislumbran; sin embargo como vimos en esta y en las otras disposiciones puramente administrativas analizadas, la situación es diferente, signada evidentemente por las ausencias que al respecto denota nuestra Ley sustantiva civil.

## BIBLIOGRAFÍA:

### Textos doctrinales

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2001). El derecho de Habitación del cónyuge supérstite. Análisis comparado de la legislación argentina y chilena. *Ley Gran Cuyo Argentina*. Año 6. número 5. octubre. Diez PÍCAZO Y GULLÓN (1980). Sistema de Derecho Civil. Volumen III, Madrid, sexta edición. Editorial Tecnos. FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel (2023). *La disposición final novena del Código de las Familias y la inclusión del derecho real de habitación comentario al nuevo artículo 231 bis del Código civil*. En Las recientes reformas al Código civil cubano (a propósito de la ley número 156-2022 de 22 de julio, Código de las Familias) coordinado por Leonardo. B. Pérez Gallardo. Ediciones Olejnik. Chile. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta y Marla Iris DELGADO KNIGHT (2022). Retos para el notario a la luz del nuevo despertar de la concepción jurídica de la vivienda familiar. *Revista Cubana de Derecho*. número 2. Volumen 2. julio-diciembre. ROBLES, Juan Ramón (2021). *Derechos de uso y habitación. diferencias y evolución*, en *Fundamentos romancísticos del derecho contemporáneo*, en Fundamentos romancístico del Derecho contemporáneo, Dirigido por Justo Gracia Sánchez, Editorial Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Volumen 5. RUIZ RIVERA, Dailen (2022). Régimen jurídico del régimen de habitación especial, referencia en las viviendas vinculadas, Tesis de Licenciatura en Derecho, no publi-

cada dirigida por Marta Fernández Martínez y Amhed Ibrahim García. La Habana. RAPA ÁLVAREZ, Vicente (1986). La codificación del Derecho Civil—. *Revista Jurídica* No. 11, abril-junio, Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, La Habana. RAPA ÁLVAREZ, Vicente. (1990) *Propiedad y otros Derechos Reales sobre bienes*. Editorial Ministerio de Educación Superior, La Habana. RIVERO VALDÉS, Orlando (2005). *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, La Habana. RODRÍGUEZ SAIF, María Julia (2002). Las relaciones de vecindad en el Derecho Civil cubano. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de Oriente. VENEZIAN G. (1928) *Usufructo, uso y habitación*, Traducido por la Revista, anotada y con arreglos por Castán Tobeñas, Librería General de Victoriano Suárez Preciados. Tomo I. Madrid.

Textos legales:

Código civil cubano, Ley 59 de 1987, Código de las Familias de Cuba, Ley 156 de 2022, BGB 1900, Código Civil y Comercial Argentino, Ley 26.994, promulgado por decreto 1795 de 2014, Código civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1989, última modificación 1 de marzo de 2021, BOE-A.1889-4763. Instrucción metodológica 6 de 19 de diciembre de 2022, dictada por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba. Decreto Ley número. 288, Modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda”, de 28 de octubre de 2011, publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 35, edición Extraordinaria, de 2 de noviembre de 2011. Resolución 54 y 55 de 26 de agosto de 2014, del extinto Instituto de Planificación física de Cuba, publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 40, edición Extraordinaria, de 5 de septiembre de 2014. Ley de Ordenamiento Territorial y Urbanismo y Gestión del Suelo, Ley 145 de 2022 publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 116, edición Ordinaria, de 24 de noviembre de 2022.

Resoluciones judiciales:

STSP Recurso de Casación número 24-2024 de 29 de febrero de 2024 Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo expediente no. 8/2024.  
STSP número 84-2024 de 29 de agosto de 2024 por la Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo expediente no. 63/2024 1

## NOTAS

<sup>1</sup> Por ejemplo, el Código Civil y Comercial de Argentina en su artículo 1887 y siguientes

<sup>2</sup> VENEZIAN G. (1928). *Usufructo, uso y habitación*. Traducido por la Revista, anotada y con arreglos por Castán Tobeñas, Librería General de Victoriano Suárez Preciados. Tomo 1. Madrid. P.79

<sup>3</sup> ibidem

<sup>4</sup> Código civil alemán, Servidumbres personales Libro 3, título 3. Lo cual nos indica que el derecho es sobre un predio pero a favor de una persona y no de otra, la constitución del derecho se genera por la cualidad y especificidad del sujeto no del bien mismo, grava al inmueble no permanentemente.

<sup>5</sup> Códice Civile Italiano. L.3,C.2. «*Del'uso e deM'abitazione*», art. 1.024 «*[ diriiti di uso e di abitazume nou si posso no cedere o daré in locazione.*» Código Civil Chileno L. 2. T. 10. «*De los derechos de uso i de habitación*». Art.,X 19: «*Los derechos de uso i habitación son intransmisibles a los herederos, i no pueden cederse a ningún título, cederse o prestarse.*»

<sup>6</sup> Diferencias entre usufructo, uso y habitación. Teniendo en cuenta todo resulta imprescindible significar. Existen diferencias claras entre el usufructo y el derecho de uso y habitación que de manera didáctica y sintética indicaremos para su configuración especial: A. Primero, el usufructo es un derecho completo debido a que esté otorga a su titular toda la facultad de uso y goce; por lo tanto, el usufructuario se sirve de la cosa conforme a su naturaleza a su vez esté tendrá la Facultad de percibir los frutos de la cosa. Por el contrario, los derechos de uso y habitación son incompletos y por lo tanto el usuario y el habitador tienen la facultad de uso que les permite servirse de la cosa conforme a su naturaleza mas no tienen total facultad de goce ya que sólo pueden percibir una parte limitada de las utilidades y productos del bien. B. En segundo lugar, el usufructuario debe rendir caución de conservación y restitución del bien, obligación que no pesará sobre el usuario ni sobre el habitador. C. A su vez el usufructuario debe siempre practicar un inventario solemne de igual manera que el habitador, pero el usuario sólo tendrá esta obligación cuando recaiga el uso en cosas que deben restituirse en especie. D. Se debe tener en cuenta que el usufructo es embargable, con debidas excepciones; al contrario, del uso y la habitación son inembargables. E. El usufructuario deberá soportar el total de las eventuales erogaciones por el uso y goce del bien; por el contrario, el usuario y el habitador deben concurrir a ellas en proporción del beneficio que el bien les reporte. F. Los derechos de uso y habitación son intransmisibles e intransferibles. Por su parte, el usufructo es intransmisible pero transferible. Ver FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta y Marla Iris DELGADO KNIGHT, (2022) Retos para el notario a la luz del nuevo despertar de la concepción jurídica de la vivienda familiar. *Revista Cubana de Derecho*. número 2. Volumen 2. julio-diciembre. pp. 191-213

<sup>7</sup> Excepcionalmente pudiera pensarse en que no sea para vivir o morar sino para actividades de comercio o profesionales, pero se desconfiguraría el derecho y se podrían lograr los fines pretendidos con un comodato o con un arrendamiento si fuera oneroso

<sup>8</sup> Esta obligación es un límite, si, no hay que tener temor a decirlo, pero se reporta como un límite justo, que no elimina el derecho, lo configura en correspondencia con la protección integral de la familia y el interés superior del menor, que son en definitiva elementos de tuición en la ponderación social.

La instrucción metodológica 6 de 19 de diciembre de 2022, dictada por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, orientando la nueva actuación de los notarios en la constitución de este derecho real considera que el derecho de habitación, considera que el mismo es una carga y no un gravamen que pesa sobre el predio

propiedad del concedente, en su apartado primero en orientación a la aplicación del artículo 285 del Código de las Familias. Ciertamente estamos en presencia de un gravamen técnicamente hablando, pues sobre el propietario no reza una limitación cualquiera, indica que sobre la bien pesa un derecho real; a diferencia de la carga es una restricción referida a situaciones de hecho, la que no aplica en este supuesto. Aunque es clara la instrucción al reputar como carga la imposición de la obligación de no disponer por parte del concedente del derecho mientras que esté vigente, si así está determinado en la atribución

<sup>9</sup> Filosofía implícita en los artículos del Código civil argentino

<sup>10</sup> ROBLES, Juan Ramón (2021). *Derechos de uso y habitación. diferencias y evolución*”, en *Fundamentos romancísticos del derecho contemporáneo*, en Fundamentos romancístico del Derecho contemporáneo, Dirigido por Justo Gracia Sánchez, Editorial Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Volumen 5. p.1081

<sup>11</sup> Negritas de la autora

<sup>12</sup> *...Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.* Artículo 257 del Código civil y comercial de Argentina

<sup>13</sup> Sobre la vulnerabilidad referida es interesante el análisis de la STSP Recurso de Casación número 24-2024 de 29 de febrero de 2024 Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo expediente no. 8/202 en que, se fundamenta erradamente que la casacionista que “... *aportó sumas monetarias que contribuyeron a mejorar las condiciones de la casa propiedad de su oponente, ya que tal inversión en bien ajeno discurrió a su cuenta y riesgo...*” para fundamentar su vulnerabilidad. Por lo que el tribunal falla acertadamente denegando el recurso “... *con apoyo en el hecho declarado probado, ... que no la coloca en situación de vulnerabilidad que amerite protección judicial en los términos solicitados, ya que ello no puede traducirse en una circunstancia de apremiante necesidad de vivienda y, a la vez, de su imposibilidad de procurarse en forma inmediata de un lugar en el cual desarrollar su vida cotidiana, porque su expectativa de carecer de otro espacio físico para desplegar su proyecto individual carece de objetividad, al soslayar que cuenta con personas próximas en grado de parentesco consanguíneo, que pueden ofrecerle amparo al respecto, en el supuesto de que por sí no lo logre.*” Se coincide con el Alto foro, pero es importante, además, que se delimite correctamente y de manera excepcional las causales establecidas en el Código de las familias para la atribución del derecho real comentado que no puede ser confundidas con las causales que se derivan de la Ley General de la Vivienda como protectoras de la convivencia, haber aportado materialmente a la mejoría estructural no es una causal de atribución. La modalidad familiar del Derecho real de habitación de atribución forzosa judicial, no es la variante general que se deriva de la modificación del 230 del Código Civil cubano y tampoco es un efecto de una convivencia especial bajo el manto de la Ley General de la Vivienda. Esta última norma protege al que contribuyo materialmente en el mejoramiento de los elementos constructivos de una vivienda con la convivencia en su disposición especial tercera “*TERCERA: La facultad que concede al propietario el artículo 64 de la presente Ley no podrá ejercerse contra las personas que al momento de su promulgación se encuentren en alguna de las situaciones siguientes: ... — personas que han construido ampliaciones en la vivienda con autorización de su propietario... — los que han contribuido en forma efectiva a la reconstrucción de la vivienda, como los casos de viviendas en mal estado, de propiedad personal que son reconstruidas por los convivientes del titular, o a cargo de la comunidad matrimonial de bienes y otros casos análogos que decida el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.*” Proteger la convivencia no significa obligación de atribuir Derecho real de habitación.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel (2023). *La disposición final novena del Código de las Familias y la inclusión del derecho real de habitación comentario al nuevo artículo 231 bis del Código civil*. En Las recientes reformas al Código civil cubano (a propósito de la ley número 156-2022 de 22 de julio, Código de las Familias) coordinado por Leonardo. B. Pérez Gallardo. Ediciones Olejnik. Chile. P78

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ MARTELL José Karel, op cit. P 87

<sup>16</sup> La configuración legal también establece límites u obligaciones válidas y que en modo equilibrado ponderan el derecho del propietario: el habitador no podrá determinar convivientes, no podrá arrendar, no pueda ejercer actos de administración cualificada, no puede enajenar el derecho, ceder, arrendar o gravar el bien, tiene que conservar el bien, no puede establecer comercio o servicio que implique percepción amplia de frutos, no puede recibir visitas sin autorización del propietario, no puede mantener otra pareja; solo puede usar del techo en un tiempo limitado. Claro todo ello dependerá del título configurativo del derecho que de la mano orfebre del notario se configure y esculpa este nuevo derecho real que ha nacido para bien de la dinámica familiar, que sin duda es compleja. El entorno de los derechos familiares no se puede construir alejado de lo parecería un ideal, o una quimera: no es lo mismo habitar una casa que vivir en un hogar, la casa se construye con ladrillos, el hogar se edifica con amor. Ver FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta y Marla Iris DELGADO KNIGHT. (2022) Retos para el notario a la luz del nuevo despertar de la concepción jurídica de la vivienda familiar. *Revista Cubana de Derecho*. número 2. Volumen 2. julio-diciembre. pp. 200 al 204

<sup>17</sup> El inventario cumple una función protectora de los intereses de quien ha de recibir la cosa al extinguirse el derecho. Se trata de señalar exclusivamente que bienes muebles que recibe, y su valor o estado, tanto del inmueble como de los bienes muebles. Lo anterior permite al propietario el resarcimiento en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de los bienes muebles o de medir el grado de incumplimiento de la obligación de conservación de los bienes inmuebles. Esta obligación es anterior a la tradición del bien, requisito ineludible para adquirir los derechos reales.

<sup>18</sup> Son mejoras útiles las que son de manifiesto provecho para cualquier poseedor.

<sup>19</sup> Son mejoras voluntarias las de mero lujo o recreo, o de exclusiva utilidad para el que las hizo.

<sup>20</sup> En base a ello vale la pena comentar la STSP número 84-2024 de 29 de agosto de 2024 por la Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo expediente no. 63/2024 1. El tribunal de instancia, mediante la sentencia que se impugna, desestimó el recurso de apelación interpuesto y ratificó la sentencia 646, de 29 de septiembre de 2023, dictada por la sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Regla en el expediente 500 de 2023, disponiendo la disolución del vínculo matrimonial que existía entre las partes, además fijó el plazo de 3 meses para el derecho real de habitación que se constituye a favor de la recurrente, respecto al inmueble propiedad de uno de los cónyuges. Así "... el órgano juzgador valoró con acierto reconocerle a la recurrente el derecho que procura, pero por un período de 3 meses a partir de la firmeza de la sentencia, teniendo en cuenta que entre los miembros de la ex pareja existen diferencias irreconciliables que conllevaron a graves conflictos y la habitadora tiene lugar donde residir, que es la casa de sus padres en Holguín, a la que puede retornar y continuar ejerciendo su profesión y responsabilidades como facultativa de la salud; advirtiéndose que precisamente son estos últimos elementos los que definen la necesidad de conceder un plazo justo para que la inconforme pueda adoptar las medidas necesarias a fines de realizar el traslado de provincia o procurarse otro lugar donde vivir; decisión que no comprende a la hija procreada durante la relación marital, al ser mayor de edad y reconocerle la Ley General de la Vivienda especial

*protección como descendiente del titular, para la que sería más gravoso, por razón de su salud mental, permanecer en esa compleja situación de convivencia...*” Potenciando el Alto foro que la ex cónyuge no demuestra fundamento suficiente para la atribución de un gravamen superior a tres meses por lo que desestima el recurso y confirma la atribución del derecho real de habitación por 3 meses. Primeramente, vale la pena preguntarse ¿Es razonable atribuir un derecho de habitación por solo 3 meses? La racionalidad es un presupuesto que demanda el Derecho, tanto en el contexto de la creación como en el ámbito de su aplicación a través de las decisiones judiciales, con el objetivo de garantizar congruencia y pertinencia del ordenamiento. Es mirar con lógicas las consecuencias estructurales que se derivan de constituir un derecho real, que, aunque temporal, por su tipo, resulta irracional por 3 meses. Es más lógico, sin pretender establecer un tiempo tasado, porque sin duda es casuístico, un periodo superior a dos años, por el carácter de tendencia a la perpetuidad de los derechos reales, que se trasluce en que permanecen en el tiempo, aunque todos no sean perpetuos. Pero vuelvo a insistir, no es el sentido de lo que establece para la atribución del derecho el artículo 285.1 a) del Código de las familias, sigo pensando que la atribución justa sería un derecho de convivencia especial por un tiempo, cuando fuera corto, que no genera un gravamen a la propiedad para seguir protegiendo el derecho refrendado en el 58 Constitucional. Téngase en cuenta además que estamos ante un gravamen, no una carga a la propiedad, ni una sanción al propietario.

<sup>21</sup> Para que se configure la pérdida del bien como causa de extinción se requiere que la pérdida sea total. Una pérdida parcial supone una modificación objetiva del derecho que continúa existiendo sobre la parte subsistente del bien y podría subsistir el derecho, dada su especial configuración en materia familiar. Es indiferente que la pérdida del bien sea por caso fortuito, negligencia o dolo; si por alguna de las causas anteriores se destruye el bien se extingue el derecho. La pérdida del bien puede ocurrir tanto en el mundo de la realidad física como en la realidad jurídica; pues puede darse el supuesto de que el bien deje de ser, por virtud de una norma jurídica, objeto de derechos subjetivos o queda fuera del comercio. En este caso cuando se constituya en el ámbito familiar en función de protección de la familia, en Cuba, nace una prohibición legal de no disponer en el art.287 2. Del Código de las Familias, lo cual inhibe la desaparición jurídica del obligado.

<sup>22</sup> El ejercicio de alguna facultad hace inoperante la extinción.

<sup>23</sup> Por renuncia se entiende el negocio jurídico unilateral por el cual el titular de un derecho subjetivo lo extingue de forma espontánea. No se considera auténticas renunciaciones las traslativas pues carecen de efecto extintivo; y las bilaterales por no contar con el requisito de la unilateralidad. La renuncia no necesita para su efectividad el conocimiento ni el consentimiento de la persona favorecida. Es un negocio de disposición por lo que requiere pleno poder dispositivo del renunciante. (Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Díez Picazo y Gullón. Página 77). El CC español establece que la renuncia no debe perjudicar a terceros.

<sup>24</sup> Este ejemplo del usufructo puede ser traído a este contexto cuando el usufructo concedido a un menor de edad (hijo) en cuyo caso los padres o tutores, que ostentan la patria potestad y por tanto la representación legal del mismo, no pueden renunciar al usufructo que aquel correspondiere sino con autorización del juez. Por lo que aunque no sea concedido a un menor si el derecho es concedido por un mandamiento judicial y la persona renuncia y no tiene donde vivir y solventar el tacho a los vulnerables a su abrigo el juez pudiera oponerse oportunamente a esta renuncia.

<sup>25</sup> Artículo 257 del Código civil y comercial de Argentina

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ SAIF, María Julia (2002). Las relaciones de vecindad en el Derecho Civil cubano. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de Oriente. p.90

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ SAIF, María Julia. op.ci., p.91

<sup>28</sup> Pues realmente es la venta o donación del vuelo edificatorio.

*Trabajo recibido el 29 de enero de 2025 y aceptado  
para su publicación el 29 de abril 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 11-2-2025

BOE 3-3-2025

Registro de la Propiedad de Getafe, número 2.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.**

La caducidad de las anotaciones produce efectos ipso iure y determina que las cargas posteriores mejoren en rango.

Es criterio hermenéutico incontrovertido que las normas no pueden ser interpretadas de manera aislada, sino siempre según el contexto y el sistema en el que se integran, tal y como resulta del artículo 3.1 de nuestro fundamental Código Civil; así, la interpretación de los preceptos positivos debe ser obtenida no sólo de la dicción estricta de su redacción, sino teniendo en cuenta su sentido lógico y su ponderación sistemática, que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico y, en este ámbito de caducidades y cancelaciones, no es el artículo 86 de la Ley Hipotecaria el único precepto que debe tenerse en cuenta, sino que éste se complementa con los artículos 177 y 353 del Reglamento Hipotecario y 210 de la Ley Hipotecaria.

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 este modo, 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.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario si, al tiempo de presentarse aquél en

el Registro, había operado ya la caducidad y ello porque, como consecuencia de ésta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes. Por tanto, sólo si mientras la anotación de embargo está vigente se presenta en el Registro de la Propiedad el testimonio del decreto de adjudicación o la certificación administrativa de adjudicación, y el mandamiento de cancelación de cargas, resultará procedente la inscripción y la cancelación de cargas correlativas.

Resolución de 19-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Ortigueira.

#### **ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN. PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO**

Se reitera la doctrina relativa a la apreciación del interés legítimo del solicitante de publicidad formal, especialmente cuando se pide información sobre asientos no vigentes.

Con la Ley 11/2023, de 8 de mayo, se da nueva redacción al artículo 246 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 3. introduce un recurso especial, «exprés», contra la denegación de la práctica del asiento de presentación, habida cuenta de la importancia de éste, con unos plazos reducidos para su interposición y resolución, corriendo esta última a cargo exclusivamente de la Dirección General, sin que haya posibilidad de calificación sustitutoria ni recurso judicial directo. No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso exprés, pero es indudable que la aplicación de los artículos 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida con la introducción de este nuevo recurso que no es otra que procurar que la prioridad registral. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

En el presente expediente, la notificación de denegación del asiento del asiento de presentación se practicó el día 23 de diciembre de 2024 y el recurso tuvo entrada el día 11 de febrero de 2025. Conforme a los plazos señalados, el recurso debería ser objeto de inadmisión por extemporáneo, pero en este expediente se da la circunstancia de que la registradora, en su nota de calificación, no ha hecho mención alguna a la posibilidad de interposición de recurso, el órgano ante el cual debe interponerse, ni los plazos para su interposición, por lo que la nota de calificación no reúne los requisitos exigidos en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Consecuentemente, procede admitir el recurso y entrar a resolverlo.

Debe tenerse en cuenta que el párrafo tercero del artículo 416 del Reglamento Hipotecario dispone que «de igual forma, se presentarán en el diario los documentos judiciales y administrativos para la expedición de certificaciones, y las solicitudes de los particulares con la misma finalidad cuando la certificación expedida

provoque algún asiento registral. En los demás casos, dichas solicitudes particulares podrán presentarse si los interesados lo solicitan o el Registrador lo estimare procedente». Consecuentemente, la solicitud de los particulares de expedición de certificaciones únicamente procede que sea objeto de asiento de presentación, cuando así lo soliciten los interesados, circunstancia que no se ha producido, o si el registrador lo estimare procedente, circunstancia que el registrador ha calificado negativamente por razón de no ser el solicitante titular de la finca cuya certificación «literal» solicita, ni acredita en modo alguno un interés legítimo. Es decir, la negativa a la práctica del asiento de presentación no ha obedecido a los motivos recogidos en los artículos 246.3 de la Ley Hipotecaria y 420 de su Reglamento, sino en base a lo expuesto en el artículo 227 de la Ley Hipotecaria, adelantando así su calificación registral.

La posibilidad de expedir certificaciones relativas a derechos o asientos extinguidos o caducados a solicitud expresa del interesado se recoge en el artículo 234 de la Ley Hipotecaria pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo en los asientos solicitados, con más cautela incluso, que respecto de los asientos vigentes. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de junio de 2001 recuerda la necesidad de expresar la causa y finalidad de la consulta para que el registrador pueda, no sólo calificar la concurrencia de interés legítimo, sino también para que pueda velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal. Y para ello resulta fundamental, como hemos visto, ajustar la publicidad registral a la finalidad para la que está institucionalmente prevista.

En el presente recurso, en la solicitud inicial de publicidad únicamente se indica que la certificación se solicita «certificación literal de todas las inscripciones del historial de la finca registral número 12.599 de Cedeira, CRU 15015000097914». Es en el escrito de recurso donde el recurrente manifiesta que la solicitud de información busca averiguar si la masa hereditaria a la que ha sido llamado el solicitante se ha visto mermada en fraude de sus derechos. Como se ha indicado anteriormente el recurso sólo puede tener en cuenta los datos que obren en poder del registrador cuando emite la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones. Ahora bien, si acreditara ante el registrador la condición de heredero de anteriores titulares registrales, podría ser objeto de una nueva calificación registral.

Resolución de 20-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Coria.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es objeto del recurso la discusión sobre la validez de asientos ya practicados.

La documentación aportada por el recurrente con su escrito de interposición, y que no fue objeto de calificación por el registrador, no puede ser tenida en cuenta en la resolución del presente recurso, sin perjuicio de que, presentada nuevamente en el Registro pueda ser objeto de una nueva calificación registral. En consecuen-

cia, solo a la documentación presentada en el Registro para la calificación en su día, se ha de remitir la resolución. En cuanto a las alegaciones relativas a asientos practicados en el Registro, en tal sentido se ha manifestado de manera uniforme este Centro Directivo al entender que el recurso tan sólo puede referirse a materias que hayan sido objeto de calificación negativa sin poder referirse a asientos ya practicados pues, encontrándose tales asientos registrales bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), precisa su rectificación bien el consentimiento del titular registral, bien la oportuna sentencia dictada en el juicio declarativo correspondiente [artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria]. Como dispone el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y su rectificación debe realizarse de conformidad con el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 24-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Valverde.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Concurriendo dudas fundadas acreditadas en el expediente, no cabe inscribir la representación gráfica de la finca.

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto, debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022 por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el concreto caso de este expediente, la registradora funda sus dudas en la documentación judicial aportada, que ha tenido a la vista para su calificación y a la que se ha hecho referencia en los «Hechos» de esta resolución. Ello determina un indicio de posible existencia de una controversia latente respecto de la fracción de terreno entre dos colindantes, que por pequeña que sea, provoca la oposición del colindante, sin que puede calificarse de temeraria la calificación registral negativa que se apoya en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria: notificación a colindantes y valoración de la oposición planteada por uno de estos, como declaró la Resolución de 3 de julio de 2023.

Resolución de 24-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo.

#### ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Estando vigente el asiento de presentación de un título respecto de una finca registral, no procede practicar un nuevo asiento de presentación respecto de ese mismo título y respecto de la misma finca, salvo que el título vuelva a presentarse después de haberse ya practicado la inscripción o anotación correspondiente en los libros de inscripciones.

Con la Ley 11/2023, de 8 de mayo, se da nueva redacción al artículo 246 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 3. introduce un recurso especial, «expres», contra la denegación de la práctica del asiento de presentación, habida cuenta de la importancia de éste, con unos plazos reducidos para su interposición y resolución, corriendo esta última a cargo exclusivamente de la Dirección General, sin que haya posibilidad de calificación sustitutoria ni recurso judicial directo. No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso expres, pero es indudable que la aplicación de los artículos 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida con la introducción de este nuevo recurso que no es otra que procurar que la prioridad registral. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

En el presente expediente, la notificación de denegación del asiento del asiento de presentación se practicó el día 7 de enero de 2025 y el recurso tuvo entrada el día 21 del mismo mes. Conforme a los plazos señalados, el recurso debería ser objeto de inadmisión por extemporáneo, pero en este expediente se da la circunstancia de que la registradora, en su nota de calificación, no ha hecho mención alguna a la posibilidad de interposición de recurso, el órgano ante el cual debe interponerse, ni los plazos para su interposición, por lo que la nota de calificación no reúne los requisitos exigidos en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Consecuentemente, procede admitir el recurso y entrar a resolverlo.

El objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa del registrador, sin que pueda el recurrente en el escrito de impugnación introducir nuevos elementos o presentar nuevos documentos que no se han hecho constar en el título presentado, y sin que pueda tampoco el registrador en el informe alegar nuevos defectos. El recurso queda centrado en la nota de calificación.

Entrando ya en el fondo del recurso, relativo a la imposibilidad de practicar un nuevo asiento de presentación estando vigente el anterior del mismo título ha de señalarse que, efectivamente, estando vigente el asiento de presentación de un título respecto de una finca registral, no procede practicar un nuevo asiento

de presentación respecto de ese mismo título y respecto de la misma finca (cfr. artículo 421 del Reglamento Hipotecario). Sin embargo, practicado el asiento correspondiente (inscripción, anotación, cancelación o nota marginal) concluye el procedimiento registral, consolidándose en el asiento practicado la prioridad ganada por el asiento de presentación, por lo que, habiendo sido retirado el título, la entrada de ese mismo documento, por ejemplo por advertir mediante la nota de despacho o la certificación extendida, un posible error en la redacción del asiento, debe motivar la práctica de un nuevo asiento de presentación (cfr. artículos 213, 214 y 220 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 24-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 1.

#### **MEDIOS DE PAGO: EXTENSIÓN DE A CALIFICACIÓN REGISTRAL.**

El control de los medios de pago no se extiende a los pagos que para satisfacer la parte de la prestación dineraria pactada que haya sido aplazada se hayan de realizar en un momento ya posterior a aquel otorgamiento, con independencia de que en la inscripción se haga constar, conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, la forma en que las partes contratantes hayan convenido los pagos futuros.

En relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(...) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». Según la normativa vigente, respecto de la identificación de los medios de pago empleados, el registrador en su calificación deberá comprobar que en la escritura se hayan hecho constar los extremos a que se refiere el artículo 24 de Ley del Notariado —a la que remite el propio artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria—, según las reglas especificadas en el artículo 177 del Reglamento Notarial, y que no consta negativa alguna a aportar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

No se refieren en ningún caso a los pagos que para satisfacer la parte de la prestación dineraria pactada que haya sido aplazada se hayan de realizar en un momento ya posterior a aquel otorgamiento, con independencia de que en la inscripción se haga constar, conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, la forma en que las partes contratantes hayan convenido los pagos futuros correspondientes a la parte del precio aplazado. Por todo ello, en vía de principios, para inscribir una escritura de compraventa como la que es objeto de este expediente no es necesario que en ella se incorporen los justificantes de las transferencias que se hayan

de realizar después del momento del otorgamiento. En este caso concreto, en la misma escritura se expresa que se deja unido a ella un «cuadro informativo» sobre la transferencia que se ha de realizar el mismo día, pero en la copia autorizada de dicha escritura que consta en este expediente se ha omitido dicho documento unido.

Resolución de 24-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de La Palma del Condado.

#### **FINCAS REGISTRALES RADICANTES EN DOS TÉRMINOS: PROCEDIMIENTO.**

En el historial unificado deberán constar, como se ha dicho, la procedencia de cada uno de los folios trasladados y se reseñará la titularidad y cargas que resulten de cada uno de ellos.

Planteada consulta por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre la interpretación y aplicación práctica del artículo 2 del Reglamento Hipotecario en su nueva redacción, se dictó la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 7 de julio de 2017. En concreto, establece el apartado tercero de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 7 de julio de 2017 que «cuando se practique cualquier asiento de presentación en virtud de título otorgado por el titular registral de cualquier derecho inscrito, relativo a dicha finca, el registrador, aun cuando no se acompañe el título ya inscrito, llevará a cabo la unificación de los distintos folios reales abiertos a cada parte de finca en cada ayuntamiento o sección, que quedarán trasladados y pasarán a integrarse y quedar unificados en el folio real correspondiente al ayuntamiento o sección en el que se ubique la mayor parte de la finca, y por tanto, bajo un solo código registral único (...). Si siendo coincidentes las titularidades dominicales, fueran distintas las cargas inscritas o siendo coincidentes no guardasen idéntico orden en los distintos folios reales que han de unificarse, sí se procederá a la unificación de folios reales, y en el folio único de la finca total, además de su descripción unificada y completa, se expresará la procedencia de cada uno de los folios trasladados y se reseñará la titularidad y cargas que resulten de cada uno de ellos. Todo ello sin perjuicio de que, sin dilatar la unificación de folios reales por traslado, se proceda cuando sea posible a unificar los historiales registrales, bien mediante la inscripción de los títulos pertinentes para ello, o bien, si lo anterior no fuera posible, por aplicación de las normas previstas para la subsanación de la doble inmatriculación en la reglas quinta, sexta y séptima del artículo 209 de la Ley Hipotecaria».

Y para el caso específico de coincidencia en la titularidad dominical, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, pero discordancia en cuanto a las cargas inscritas o anotadas, el criterio de este Centro Directivo, manifestado en la meritada Resolución es el que se procederá a la unificación, expresando la procedencia de cada uno de los folios trasladados y reseñando la titularidad y cargas que resulten de cada uno de ellos. Es más, se encarga de indicar expresamente que no debe dilatarse la unificación, aunque hubiera de resolver la situación creada

por la falta de coincidencia de las cargas inscritas o anotadas a través del procedimiento regulado en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

La actuación del registrador según resulta de lo anterior se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento Hipotecario, la disposición adicional cuarta del Real Decreto 195/2017 y el apartado tercero de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que al coincidir la titularidad dominical de los historiales de las fincas en cuestión, aunque no las cargas, no ha dilatado la unificación de los folios registrales ni paralizado el tráfico jurídico al practicar la inscripción de la compraventa; también ha sido procedente el inicio del procedimiento previsto en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria para resolver la situación patológica de la diferente relación de cargas que pesaban en uno y otro historial, tal y como señala la mentada Resolución.

En el historial unificado deberán constar, como se ha dicho, la procedencia de cada uno de los folios trasladados y se reseñará la titularidad y cargas que resulten de cada uno de ellos, por lo que la claridad en el contenido de los asientos registrales se debe haber logrado, máxime cuando es trasunto de la situación tabular existente con anterioridad a la unificación. Por todo ello, la nota de calificación registral no puede sostenerse, por ser incluso contradictoria con la propia situación registral operada por el propio registrador, quien ya ha tramitado y culminado el procedimiento de unificación del folio real.

Resolución de 25-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 2.

#### REPRESENTACIÓN: EFECTOS DE LA RATIFICACIÓN.

Procede la denegación de la inscripción solicitada en tanto no se acredite la ratificación por la copropietaria que no intervino en el otorgamiento (cfr. artículos 1259 y 1892 del Código Civil).

Como cuestión previa debe recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Debe tenerse en cuenta que en el otorgamiento de la escritura calificada no interviene tutor alguno de dicha persona, por más que se exprese en aquélla que, dada la situación de discapacidad en que se encontraba ésta, se había iniciado el correspondiente proceso para modificación de su capacidad y designación de su esposo como tutor; y que se iba a solicitar de la autoridad judicial competente la aprobación de la compraventa.

Tampoco puede acogerse la pretensión de la recurrente en cuanto afirma que la compraventa fue otorgada por el esposo de doña C. G. M. como guardador de hecho sin que sea necesaria la autorización judicial por tratarse de un acto de escasa relevancia económica que carece de especial significado personal o familiar, por aplicación del artículo 264 del Código Civil. Y es que no puede desconocerse

que este precepto legal, redactado también por la Ley 8/2021, de 2 de junio, era inaplicable en el momento en que se confirió el apoderamiento y se otorgó la escritura de compraventa.

Del título calificado resulta, indudablemente, que se trata del otorgamiento de una compraventa en el que falta el consentimiento de uno de los copropietarios vendedores. Por ello es aplicable el artículo 1259 del Código Civil, conforme al cual «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal»; y «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante». Los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros, como reconoce la jurisprudencia y gran parte de los comentaristas.

Debe concluirse que procede la denegación de la inscripción solicitada en tanto no se acredite la ratificación por la copropietaria que no intervino en el otorgamiento (cfr. artículos 1259 y 1892 del Código Civil), ratificación que, de hallarse ésta sujeta a tutela u otra medida de apoyo conforme a lo establecido en dicho Código tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, habría de ser realizada por quien tuviera facultades representativas (con la correspondiente autorización judicial conforme al artículo 271.2.º de dicho Código antes de la citada reforma legal o el artículo 287.2.º vigente desde el 3 de septiembre de 2021); y, en caso de haber fallecido —circunstancia que según la recurrente concurre—, deberán efectuarla quienes acrediten ser sus herederos, mediante el correspondiente título sucesorio, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria. Sólo en este sentido puede confirmarse parcialmente la calificación de la registradora.

Resolución de 25-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

#### PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: REPRESENTACIÓN.

Al constar registralmente la situación de incapacidad y no hacerse mención alguna de tal circunstancia, y mucho menos a su posible variación o modificación en la escritura que es objeto de calificación, sin duda alguna ha de aclararse su situación actual.

Por lo que se refiere a la situación de discapacidad que afecta a una de las otorgantes, al constar registralmente la situación de incapacidad de doña R. M. L. C. y no hacerse mención alguna de tal circunstancia, y mucho menos a su posible variación o modificación en la escritura que es objeto de calificación, sin duda alguna ha de aclararse su situación actual (a la vista de lo que prevé la disposición transitoria quinta, en su vigente redacción). Esto es, que a día de hoy se la haya repuesto en la facultad para administrar sus bienes; o en su caso, la medida de apoyo que se haya dictado en sustitución de la inicialmente acordada.

Resolución de 25-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

No puede revisarse a través del recurso la validez de un asiento ya practicado.

Hay que recordar que son principios básicos de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionados, el de tracto sucesivo, el de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. Cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, éste queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto.

Sentado lo anterior, debe recordarse la doctrina de esta Dirección General, que desde la Resolución de 17 de noviembre de 2015 (con criterio reiterado en otras posteriores, como la de 4 de febrero de 2020) enumera los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y los sistematiza en tres grandes grupos:— Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».— El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria. — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

En el caso de este expediente no resulta solicitud expresa relativa a la rectificación de descripción de la finca conforme a su representación gráfica georreferenciada, pero esta solicitud puede considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo, letra a), de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en

el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, lo que sucede en el caso que nos ocupa, ya que la nueva superficie atribuida a la finca resulta de informe técnico al que se acompaña plano georreferenciado de la misma.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

Resolución de 25-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3.

#### **CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS APORTADOS CON POSTERIORIDAD AL CALIFICADO.**

En la calificación de un documento puede tenerse en cuenta una resolución judicial posteriormente aportada que pone en duda la validez de aquel.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo la que sólo pueden tener acceso al Registro títulos plenamente válidos (véase artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Es cierto, como señalan los recurrentes, que la doctrina de la Dirección General, según la cual los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de evitar asientos inútiles, no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad— obligando al registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de obro título, que trasciende de la función que la Ley le encomienda. Pero la posibilidad de tener en cuenta los asientos presentados posteriormente alcanza su mayor relieve cuando se trata de procedimientos penales que ponen de manifiesto la posible irregularidad de los títulos presentados anteriormente, como es el caso del presente expediente, donde no sólo el juez de lo penal expresamente ordena la prohibición de disponer de los inmuebles afectados sino que, dada la naturaleza del procedimiento, pone en entredicho la propia validez de la documentación previa y, por ende, de la transmisión efectuada.

Precisando aún más es importante delimitar que el conflicto que el principio de prioridad pretende solventar es el que se produce entre dos derechos válidos compatibles o incompatibles entre sí. Si son compatibles, el orden de despacho vendrá determinado por el orden de presentación que determinará a su vez el rango hipotecario. Si incompatibles accederá al Registro el primeramente presentado

con exclusión del segundo cualquiera que sea su fecha (artículo 17 de la Ley Hipotecaria). 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.

Tampoco la doctrina relativa a la eficacia preferente de las transmisiones anteriores a las prohibiciones de disponer es aplicable en este caso, pues no se trata de un procedimiento civil, sino penal, donde prevalece el componente de orden público de las medidas cautelares adoptadas. Esta doctrina debe compaginarse, adicionalmente, con el carácter específico del artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario, precepto que obliga al registrador a suspender la inscripción aunque el título cuya inscripción se pretende esté presentado con anterioridad.

Precisamente por este motivo, no puede compartirse el argumento alegado por el recurrente de que la adquirente (doña I. B.) habría de quedar amparada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En primer lugar, por tratarse de una cuestión a dilucidar, en su caso, por los tribunales. En segundo lugar, porque, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2024, la protección al tercero requiere como requisito objetivo que su acto de adquisición, válido y a título oneroso, sea realizado con el titular registral como disponente y que a su vez el tercero inscriba su adquisición.

Resolución de 26-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Alcorcón, número 2.

#### **CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO: PACTOS SIN TRASCEDENCIAL REAL.**

No es inscribible el pacto de un convenio regulador que establece únicamente la obligación personal de realizar, en el futuro, la compra de determinado inmueble para que sea adquirido por los hijos con la constitución de un usufructo en favor de la esposa.

La calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hacen referencia, entre otros extremos, a la calificación registral de la congruencia de la resolución con el procedimiento en que se ha dictado y de los obstáculos derivados de la legislación registral.

En el presente caso, la registradora no plantea en su calificación cuestión formal alguna, sino que su objeción para la inscripción se concreta en la falta de trascendencia real del pacto contenido en el convenio aprobado judicialmente. Dicho pacto, tal y como se ha expresado, establece únicamente la obligación personal de realizar, en el futuro, la compra de determinado inmueble para que sea adquirido por los hijos con la constitución de un usufructo en favor de la esposa. Expresada de esta manera, la cláusula objeto de calificación no comprende transmisión de

derecho alguno sobre dicha finca, sino que recoge una obligación para la posterior celebración del correspondiente negocio jurídico.

Resolución de 26-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

#### COMUNIDAD DE BIENES: EXTINCIÓN.

No hay lugar a duda de que se produce la extinción de la comunidad sobre el apartamento y de que la adjudicataria resulta dueña de la totalidad del mismo. En consecuencia, se puede concluir que la disolución de comunidad se refiere al pleno dominio de la totalidad de la finca.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la extinción de la comunidad ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. Hay comunidad cuando el derecho, o conjunto de derechos, está atribuido a los comuneros por cuotas (cfr. artículo 392 del Código Civil). Cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa —artículo 399 del Código Civil—, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros —artículos 392 y 395 del Código Civil—; bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso —artículo 394 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986—, es necesario que exista una situación de titularidad plural recayente sobre uno o varios bienes o derechos. En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial.

El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad, no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de ésta. En puridad, sólo se podría invocar una especialidad legal para los supuestos de reducción del número de comuneros en el supuesto de que uno de ellos no quiera contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, renunciando a la participación que le corresponde (cfr. artículo 395 del Código Civil), especialidad que sin embargo no autoriza a hablar con propiedad de extinción parcial de la comunidad. La afirmación según la cual la extinción de la comunidad o es total o no es tal ha sido matizada, o aclarada en cuanto a su alcance, posteriormente por este Centro Directivo en sus Resoluciones de 4 de abril de 2016 y 2 de noviembre de 2018 (con criterio reiterado en otras posteriores, como las más recientes de 21 de febrero y 25 de septiembre de 2023).

En el presente supuesto, se cumplen todas las premisas expresadas para aceptar la extinción de la comunidad, pero se debate si la adjudicación se refiere a la totalidad del dominio sobre la finca, y se adjudica el pleno dominio a uno de los comuneros, o solamente al 50 % del pleno dominio, continuando la indivisión en cuanto al resto. El registrador entiende que hay dudas ya que solo se adjudica una mitad; el notario recurrente alega que de los términos en que está redactada la escritura resulta que dejan al adjudicatario dueño de la totalidad de la propiedad del apartamento. Así, del tenor literal, no hay lugar a duda de que se produce la extinción de la comunidad sobre el apartamento y de que la adjudicataria resulta dueña de la totalidad del mismo. En consecuencia, se puede concluir que la disolución de comunidad se refiere al pleno dominio de la totalidad de la finca.

Resolución de 26-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Amorebieta-Etxano.

#### PROCEDIMIENTO ART. 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas han de ponerse de manifiesto al expedir la certificación, con carácter general y habrá de notificarse al usufructuario de la finca.

En el caso de este expediente, la nota de defectos emitida carece de fecha y firma. Por ello, la ausencia de fecha en la nota de defectos debe conllevar a la aplicación del art. 19 bis, de tal manera que incluso emitida fuera del plazo de calificación y despacho, será admisible la interposición del recurso, determinando la ausencia de la fecha de emisión la imposibilidad de apreciar la extemporaneidad del escrito de recurso.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Por ello, debe señalarse que, en principio, la calificación resultaría totalmente insuficiente en los términos en que se ha emitido por lo que debería revocarse, sin que ello implique la inmediata inscripción de la rectificación, (cfr. Resoluciones de 1 de marzo, 9 de octubre de 2019 y 3 de julio de 2023).

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del registro. Centrándonos en la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, 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.

En el presente caso, la negativa de la registradora se fundamenta exclusivamente en la existencia de una alteración catastral sobrevenida que modifica la superficie atribuida a la parcela, siendo esta discordante con la contenida en la representación gráfica georreferenciada alternativa de la que resulta la superficie atribuida a la finca en el acta notarial tramitada en el seno del procedimiento regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria. Las alteraciones catastrales producidas como consecuencia de la resolución de los procedimientos de subsanación de discrepancias del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, no pueden tener ninguna repercusión registral si no se incorporan esas alteraciones al asiento, por alguno de los medios previstos en el título VI de la legislación hipotecaria.

Procede recordar también que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado reiteradamente (cfr. Resoluciones 6 de abril de 2017 y 22 de febrero de 2018) que «aunque no cabe duda que lo deseable es lograr el objetivo de la coordinación gráfica con el Catastro, de la dicción de los artículos 9, 10, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria resulta claramente que puede acceder al Registro una rectificación de descripción de la finca por cualquiera de los procedimientos regulados en tales preceptos aun cuando no se disponga de una representación gráfica catastral. Cuestión distinta, y no advertida en la nota de defectos, es la de cuáles son los requisitos técnicos que debe reunir la representación gráfica alternativa que pretende inscribirse.

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios. En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios. En este sentido, aunque es doctrina reiterada de esta Dirección General, conforme a lo expuesto, que el momento procedimental oportuno para advertir las dudas de identidad es en el momento de expedir la certificación, no puede sustraerse a la registradora la posibilidad de calificar negativamente el documento si el mismo ha sido presentado obviando los trámites contenidos en la regulación del expediente, cual es la previa presentación del acta de requerimiento en el que conste la rectificación descriptiva y la base gráfica cuya constancia registral se pretende. Además, la certificación fue expedida por una registradora distinta de aquella que ha calificado el documento.

En cuanto a la necesidad de ser notificados los titulares de los derechos de usufructo con los que se halla gravada la finca, caso de no acreditarse su fallecimiento y solicitarse la cancelación registral de los mismos, conforme al artículo 192 del Reglamento Hipotecario, debe señalarse que en el expediente regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria debe expresar el promotor los datos de

que disponga sobre la identidad y domicilio de los titulares del dominio y demás derechos reales sobre la finca y en el artículo 203.1, al que se remite el artículo 201 de Ley Hipotecaria, en su regla quinta, dispone en cuanto a la forma en la que han de hacerse las notificaciones que el notario «notificará la solicitud, con expresión literal de los extremos recogidos en las letras a) y b) y en la forma prevenida en esta Ley, a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente». Por tanto, del precepto transcrito resulta que la notificación ha de efectuarse «en la forma prevenida en esta Ley» y «en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente».

Resolución 26-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Pinto, número 2.

HERENCIA: RESERVA LINEAL.

Cumplido sobradamente, pues el «dies a quo» para impugnar los actos realizados por la reservista nació al consumarse la reserva (esto es, al fallecer la reservista y sobrevivirla los reservatarios), procede cancelar la nota marginal que refleja el carácter de bien reservable, ex artículo 811 del Código Civil.

El recurso se interpone contra la calificación inicial, confirmada por la sustitutoria —no contra ésta—, y respecto de los defectos confirmados, que en este caso lo han sido en su totalidad. Todo ello, resulta tanto de la propia dicción del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria en su apartado quinto, como de la referencia a los posibles recursos que derivan de ambas calificaciones. En segundo lugar, cabe recordar que, tal y como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al ejercer su función calificador, no está vinculado por las calificaciones realizadas por otros registradores; ni por las propias —anteriores— resultantes de la presentación de la misma documentación, o de la anterior presentación de otros títulos.

Y entrando a conocer el fondo del recurso, hay que comenzar poniendo de relieve, respecto de la reserva lineal, también llamada troncal o familiar, que, dada la escasa regulación que el Código Civil la dedica, se ha considerado que le son aplicables los artículos que regulan la reserva viudal (artículos 968 y siguientes del Código Civil) a pesar de la distinta naturaleza, origen y finalidad entre ambas reservas (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1906). De lo anterior, se desprende que la persona obligada a reservar (reservista) puede enajenar los bienes sujetos a reserva si bien, como establece el artículo 975 del Código Civil, tal enajenación «subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»; debiendo entenderse, en el caso de la reserva troncal, que tal enajenación subsistirá si a su muerte no quedan parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, sin perjuicio de lo dispuesto

en la Ley Hipotecaria. Todo ello, en razón de una interpretación y examen conjunto de dichos artículos 975 y 811.

En este caso —recordemos—, la reservista falleció en el año 2008, y las operaciones particionales fueron aprobadas por los herederos mediante escritura autorizada en el año 2010, sin que conste en el Registro haberse iniciado ni interpuesto acción alguna por parte de los reservatarios; que eran conocedores de que la finca 5.972 (ahora la finca 38.901) no fue incluida entre los bienes de la causante, por haber sido vendida en vida, al no haber sido relacionada en el cuaderno particional aceptado por ellos. Los reservatarios —y a la vez herederos—, que aceptaron la herencia pura y simplemente, son continuadores de la personalidad jurídica de su madre reservista, por lo que, en aplicación de la doctrina de los actos propios, que se extiende ineludiblemente a los herederos de quien las realizó, no podrían impugnar tales enajenaciones, dada la caducidad antes predicada.

Por lo anterior y en aplicación de la teoría de los actos propios (y no se antoja aventurado defender, incluso, una confirmación tácita ex artículo 1311 del Código Civil); unida al hecho de que ha transcurrido sobradamente el plazo de cuatro años que el Código Civil establece para la impugnación de los actos anulables o rescindibles; y a lo que se suma el plazo adicional de cinco años que recoge el artículo 210.1.Octava de la Ley Hipotecaria; cumplido sobradamente, pues el «dies a quo» para impugnar los actos realizados por la reservista nació al consumarse la reserva (esto es, al fallecer la reservista y sobrevivirla los reservatarios), procede cancelar la nota marginal que refleja el carácter de bien reservable, ex artículo 811 del Código Civil, de la finca 38.901 de Pinto.

Resolución de 27-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5.

#### HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

En los casos en que la causa de desheredación haya sido «contradicha» —en este caso desconectada por una manifestación sobre la constancia de la reconciliación— sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial.

La Resolución de 2 de agosto de 2018, ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio mantenido en la citada Resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001 que afirmó que: «Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito

consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia». Estas Resoluciones no contradicen la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados. Concurriendo esa conformidad de todos los interesados, no es necesaria la declaración judicial de privación de eficacia de la cláusula de desheredación.

En el presente caso comparecen y consienten en la escritura todos los hijos legitimarios que, junto con el heredero universal instituido, manifiestan que les consta la reconciliación, y han acordado que conserven sus derechos legitimarios y adjudican en ese sentido. La doctrina ha afirmado que la reconciliación comporta una conducta recíproca, frente a la característica unilateralidad del perdón, lo que sugiere que en materia de desheredación éste es irrelevante, y lo cierto es que el artículo 856 del Código Civil hace mención de la reconciliación y no del perdón.

Así pues, la reconciliación puede ser expresa o tácita, pero requiere la acreditación mediante cualquier medio admitido en derecho. En el presente supuesto, manifiestan los otorgantes «que les consta la reconciliación» pero no lo acreditan. La cuestión que se ha de resolver ahora es si puede entenderse que los otorgantes de dicha escritura constituyen todo el elenco de afectados que tienen que dar su conformidad como consecuencia de la privación de la eficacia del contenido económico del testamento. El artículo 857 del Código Civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, es doctrina de este Centro Directivo que en los casos en que la causa de desheredación haya sido «contradicha» —en este caso desconectada por una manifestación sobre la constancia de la reconciliación— sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial. Otra cosa sería el caso de que la reconciliación constara fehacientemente acreditada, o que mediara acta de notoriedad con la citación al expediente de todo el elenco de afectados que tienen que dar su conformidad como consecuencia de la privación de la eficacia del contenido económico del testamento.

Resolución de 27-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de San Vicente de Raspeig.

**REVOCADO: EFECTOS.**

No se puede inscribir un acto otorgado por una sociedad con el CIF revocado al tiempo de practicar el asiento.

El titular de un número de identificación fiscal revocado podrá solicitar 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».

La prohibición que impone la disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria antes referida es terminante: la publicación de la revocación del número de identificación fiscal «en el “Boletín Oficial del Estado” implicará la abstención del notario para autorizar cualquier instrumento público relativo a declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos y negocios jurídicos de cualquier clase, así como la prohibición de acceso a cualquier registro público, incluidos los de carácter administrativo, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal (...)». En definitiva, la disposición establece una doble prohibición: de autorización de cualquier instrumento público y de acceso a cualquier registro público; la primera se aplicará a los instrumentos que pretendan otorgarse con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, y la segunda a los que pretendan acceder a cualquier registro público con posterioridad a la entrada en vigor de la norma. Por tanto, esta última prohibición se aplica también (y sobre todo, dada la prohibición de autorizar ningún instrumento) a los instrumentos autorizados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma —a los que por tanto no afectaba la prohibición de autorización, pero sí la de acceso a cualquier registro público—.

Resolución de 27-2-2025

BOE 22-3-2025

Registro de la Propiedad de Tomelloso.

#### CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA SU EJERCICIO.

Se reitera la doctrina acerca de los requisitos para el ejercicio de la condición resolutoria expresa.

En el presente caso, hay acuerdo de parte vendedora y compradora en garantizar el pago aplazado por dicha condición resolutoria expresa o explícita, aunque tales términos no aparezcan en la escritura de complemento y condición resolutoria autorizada el día 24 de julio de 2019. Además, la reinscripción a 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 contro-

les que salvaguardan la posición jurídica de las partes; tanto la del comprador, que se vería privado de su dominio sobre la cosa comprada, como para el vendedor, que reintegraría en su patrimonio la cosa vendida, y que se pueden sintetizar de la siguiente forma: debe aportarse el título del vendedor (cfr. 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, que se aporta en el presente caso; 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, y la reinscripción a favor del vendedor, por vía de requerimiento al comprador ex artículos 59 y 175.6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, requiere la consignación de las cantidades que el comprador hubiese entregado como parte del precio, y ello aun en el caso de que no haya titulares de cargas posteriores que haya que cancelar.

Cabe indicar que se ha declarado reiteradamente por este Centro Directivo que, una vez realizado el correspondiente requerimiento y 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 (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995). Del expediente resulta, por tanto, una oposición con virtualidad suficiente para ser tenida en cuenta en la calificación; la cual, por lo demás, no hace sino trasladar una evidente controversia a la única instancia ante la que puede legalmente ventilarse: los tribunales.

Otro requisito exigido es que también deberá incorporarse, o acompañarse al requerimiento, el documento que acredite haberse consignado en 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.<sup>a</sup> Reglamento Hipotecario). La moderación judicial de la pena estaría prohibida y la aplicación del artículo 1154 del Código Civil excluida, cuando las partes, en legítima realización del principio de la autonomía de la voluntad, hayan pactado de forma inequívoca atribuir la pena (en su integridad) al incumplimiento de una obligación concreta, como puede ser la de pagar una determinada cantidad en una fecha señalada específicamente. Ahora se trata de determinar si en el presente supuesto, conforme a la doctrina expuesta en la Resolución de 29 de agosto de 2019, se han dado las circunstancias que permiten la exclusión de la consignación. En consecuencia, debido a que no consta la acreditación de su cumplimiento o incumplimiento, por lo que ni puede determinarse con la necesaria certeza la cantidad a la que ascendería la discutida cláusula penal (que la nota niega que exista realmente), ni el importe que pueda ser objeto de retención por la parte vendedora, como consecuencia de la alegada exclusión de la facultad de moderación judicial de la pena; ha de acreditarse la consignación en establecimiento bancario o caja oficial del importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución.

Resolución de 3-3-2025

BOE 3-4-2025

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

#### **PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.**

Si quien solicita la certificación es el titular registral, debe presumirse su interés en la expedición de la certificación respecto de los asientos no vigentes, pero debiéndose adoptar, no obstante, las debidas cautelas respecto de los datos personales de otras personas.

En primer lugar, conviene recordar que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta ninguno de aquellos documentos que acompañen al recurso y que no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se recurre.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el registrador sólo podrá dar publicidad de estos si se cumplen las normas sobre protección de datos. Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada.

En el presente expediente se solicita certificación de asientos no vigentes. Quien solicita la certificación en el presente expediente es el titular registral, por lo que debe presumirse su interés en la expedición de la certificación respecto de los asientos no vigentes, pero debiéndose adoptar, no obstante, las debidas cautelas respecto de los datos personales de otras personas.

Resolución de 10-3-2025

BOE 4-4-2025

Registro de la Propiedad de Murcia, número 2.

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS.**

Es posible que se acumulen varios procedimientos de ejecución hipotecaria en los términos del art. 555 de la LEC.

Este Centro Directivo se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto a la posibilidad de acumular ejecuciones hipotecarias y su reflejo en el Registro de la Propiedad. De su doctrina puede colegirse que es correcta la actuación del

registrador que no expide la certificación de dominio y cargas ordenada por el Juzgado, pues no es admisible la ejecución simultánea de dos hipotecas constituidas sobre bienes distintos (vid. Resoluciones de 17 de marzo y 24 de abril de 2008 y 4 de febrero de 2020); tampoco es posible dicha acumulación en el caso de que las obligaciones o las cláusulas financieras pactadas difieran en cada hipoteca (vid. Resolución de 5 de marzo de 2020); y, en la misma línea se ha pronunciado la más reciente Resolución de 8 de junio de 2021 para el caso de ejecución simultánea, de dos hipotecas, recaentes sobre fincas distintas y con deudores en parte distintos.

El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Esto determina que en el momento en que se entable la ejecución, los terceros que puedan resultar afectados por la misma deben conocer con exactitud lo que se reclama y el resultado de lo reclamando una vez que se verifique la enajenación del bien y la satisfacción del acreedor hipotecario. Y todo ello debe referirse a lo que conste inscrito.

De los números 1 y 2 del artículo 555 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que son de aplicación general a toda ejecución, resulta que la acumulación de la ejecución hipotecaria será posible cuando concurren las siguientes circunstancias: que se esté ante el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado, o cuando siendo el mismo deudor ejecutado lo pida cualquiera de los ejecutantes que pueden ser distintos y en garantía de distintas obligaciones, cuando el letrado de la Administración de Justicia competente lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes; siempre que en ambos casos las ejecuciones se sigan respecto del mismo bien hipotecado.

Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, en el supuesto de este expediente, del historial registral de la finca resulta que las deudas garantizadas corresponden a distintas obligaciones con la misma cobertura hipotecaria, con identidad de deudor y con los mismos tipos de interés, plazo y demás cláusulas financieras; y que las ejecuciones hipotecarias recaen sobre la misma finca, aunque grave cada hipoteca una mitad indivisa diversa del dominio de la misma. Por otra parte, hay que señalar que la acumulación de ejecuciones consta ya en el Registro de la Propiedad desde el momento en que, al objeto de la ejecución, se expidió por el Registro de la Propiedad la certificación registral de dominio y cargas, prevista en los artículos 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se hizo constar la nota marginal del inicio de la ejecución tanto al margen de la inscripción 4.<sup>a</sup> de hipoteca de una mitad indivisa, como de la inscripción 5.<sup>a</sup> de hipoteca de la otra mitad indivisa; siendo que, conforme establece el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y que esa nota marginal tiene unos importantes efectos en la ejecución, en cuanto determina las condiciones de la ejecución y da publicidad de la misma a terceros (vid. Resolución de 15 de julio de 2013, entre otras).

Resolución de 10-3-2025  
BOE 4-4-2025  
Registro de Fuente Obejuna.

#### RECTIFICACIÓN DE CABIDA: SUPUESTO DEL ART. 201.3.

Procede denegar la rectificación de cabida si se aprecian dudas sobre la identidad de la finca.

En efecto, como ya se dijo en la Resolución de este Centro Directivo de 28 de febrero de 2023, «el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, como previo a la inscripción de la georreferenciación de una finca, puede y debe aplicarse en los siguientes supuestos: a) siempre que la solicitud de georreferenciación sea potestativa, y tanto si se solicita “al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica”, pues como ordena el artículo 9 de la Ley Hipotecaria “en ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199”. b) siempre que, aun siendo georreferenciación obligatoria, y conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, fundada en el propio artículo 9, se aporte georreferenciación alternativa a la catastral, o georreferenciación catastral cuya superficie difiera en más del 10 % de la que conste previamente inscrita. c) en todo caso, siempre que el registrador lo estime conveniente para tutela efectiva de colindantes y terceros y poder confirmar o disipar sus dudas acerca de que la georreferenciación pretendida pueda vulnerar la identidad de la propia finca, o invadir fincas inmatriculadas, o dominio público no inmatriculado.»

Para simplemente rectificar el dato de la superficie de la finca en su descripción literaria, no será necesario tramitar expediente ni procedimiento previo alguno con notificaciones y concesión de plazo de alegaciones a colindantes y terceros potencialmente afectados. Así, el artículo 201.3 nos dice que no será necesario tramitar el expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida de la finca inscrita, en los siguientes supuestos: a) cuando las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento de la inscrita y se acredite mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita. b) en los supuestos de rectificación de la superficie, cuando la diferencia alegada no exceda del 5 % de la cabida que conste inscrita.

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, en el caso que nos ocupa se aprecia cierta incongruencia conceptual en la pretensión de la ahora recurrente, cuando por un lado, en la instancia presentada al registro de la propiedad, solicita inicial y simplemente inscribir la rectificación del dato de la superficie de la finca en su descripción literaria al amparo del artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria. Y, en cambio, ahora, en su escrito de recurso, dice pretender obtener la inscripción de su georreferenciación y coordinación gráfica con el Catastro.

Y, ciñendo el objeto de este recurso, como es de rigor, al análisis de la suspensión registral de la pretensión de inscribir una simple rectificación de cabida en la descripción literaria de la finca, resulta de plena aplicación el apartado a) del número 3 del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. En el caso que nos ocupa, el impedimento procede precisamente de que a juicio de la registradora «existen diferencias

descriptivas [relativas al cambio de linderos fijos consistentes en arroyos] entre la finca registral y la que resulta de las certificaciones catastrales que impiden acudir a este procedimiento a los efectos de hacer constar la diferencia de cabida, ya que el mismo carecería de las garantías necesarias». Y en efecto, ese cambio de linderos fijos, y en particular por si pudiera haber afectación del dominio público hidráulico, justifican las dudas registrales sobre la modificación solicitada.

Resolución de 10-3-2025

BOE 4-4-2025

Registro de la Propiedad de Mojácar.

#### **HIPOTECA: CANCELACIÓN.**

No cabe acceder a la cancelación de una hipoteca por confusión de derechos si no consta inscrita la titularidad de la hipoteca a favor del titular registral de la finca.

Aplicando el artículo 190 del Reglamento Hipotecario, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de febrero de 2012, de forma resumida señala que cuando se hayan reunido la titularidad de una finca y del derecho de hipoteca que la grava en una misma persona, de conformidad con el artículo 190 del Reglamento Hipotecario es posible cancelar la referida hipoteca con base en una instancia firmada por el titular registral que lo solicite, porque tal confusión implica que la hipoteca ha quedado extinguida; pero rechazando, por aplicación del principio de rogación, que el registrador de la propiedad pueda llevar a cabo tal cancelación de oficio. Sin embargo, en el presente supuesto, a la vista del historial registral de la finca gravada, no tiene lugar esa confluencia en la titularidad de la finca y del derecho de hipoteca en la misma persona, por lo que, en principio, tiene razón el registrador calificador, al señalar que, conforme a los citados artículos 149 de la Ley Hipotecaria y 190 de su reglamento, para proceder a la cancelación registral de la hipoteca es necesario que se otorgue por el acreedor hipotecario inscrito una escritura pública de cesión del crédito hipotecario, para que luego la sociedad cedente y titular registral de la finca pueda solicitar la cancelación de hipoteca por confusión de derechos.

En cuanto a la eficacia de las transacciones judiciales homologadas como título inscribible, es doctrina de este Centro Directivo que la transacción, aun homologada judicialmente, no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto no recoge un análisis judicial del fondo de la controversia, y al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, no puede producir efectos registrales ya que no contiene una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada (vid., entre otras, las Resoluciones de 17 de mayo de 2017 y 20 de julio de 2018).

Consecuentemente con lo anteriormente expuesto, la cancelación de la hipoteca solicitada por confusión de derechos, de acuerdo y en cumplimiento con lo pactado por las partes en el seno del procedimiento penal, exige como operaciones previas: primero, el otorgamiento de la escritura de cesión del crédito hipotecario (artículo 149 de la Ley Hipotecaria), lo que no se ha llevado a cabo. Y segundo, la comparecencia en el juzgado que tramita la ejecución hipotecaria para reconocer el pago extra-

procesal y solicitar el sobreseimiento de la misma (artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que sí ha tenido lugar, pero sin que tampoco, como ha reiterado esta Dirección General, el mandamiento o el testimonio del decreto de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por pago de la cantidad reclamada al instarse la ejecución, sea título hábil para la cancelación de la inscripción de hipoteca, sino únicamente la cancelación de la nota marginal de constancia de la ejecución.

Resolución de 11-3-2025

BOE 4-4-2025

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Caducada la anotación al tiempo de presentar la certificación del acta de adjudicación, no cabe cancelara las cargas posteriores.

Esta Dirección General, en Resolución de 11 de junio de 2020, dictada a instancia de consulta formulada por el Colegio de Registradores, resolvió que el cómputo de los plazos de caducidad de los asientos registrales ha estado suspendido desde el día 14 de marzo de 2020 en que entró en vigor el estado de alarma, hasta el día 9 de junio de 2020, ambos inclusive, pues el levantamiento de la suspensión ha tenido lugar el día 10 de junio de 2020, y que a partir del día 11 de junio de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, se procederá de la siguiente forma: «(...) 3. El plazo de vigencia (ordinariamente cuatro años desde su fecha, según el artículo 86 de la ley hipotecaria) de las anotaciones preventivas, se computarán de fecha a fecha y habrá que sumar además los 88 días en que ha estado suspendido el cómputo de los plazos registrales».

Por tanto, cuando se practica la última prórroga, en fecha 22 de octubre de 2020, ya no nos encontramos dentro de los períodos de suspensión de plazos, puesto que la prórroga se practicó más de 4 meses después de que se levantase tal suspensión tal y como resulta del anterior relato fáctico. Por tanto, caducada la anotación de embargo y caducadas sus prórrogas, se aplica la consolidada doctrina de esta Dirección, consistente en que la anotación pierde toda virtualidad cancelatoria y, si bien cabe inscribir la adjudicación mientras la finca siga inscrita en pleno dominio en favor del deudor, no procede en cambio cancelar las cargas ulteriores a la anotación de embargo caducada que, por efecto de dicha caducidad, han ganado prioridad. Así, en la fecha de presentación de la certificación de adjudicación y del mandamiento cancelatorio había transcurrido con exceso el plazo de los cuatro años de vigencia de la anotación, contados, ya sea tanto desde la fecha de la prórroga, como desde la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo.

La solicitud de certificación de cargas en procedimiento administrativo de apremio ha de formularse al tiempo de ordenar la medida cautelar, y en el mismo mandamiento; con esta interpretación absolutamente literal del artículo 170 transcrito, que hasta la actualidad ha prevalecido, se llega al resultado en parte absurdo de que cuando se traba la anotación por el registrador, esto es, al inicio del procedimiento, también se expide la certificación de cargas.

Resolución de 11-3-2025

BOE 4-4-2025

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.**

Caducada la anotación al tiempo de presentar la certificación del acta de adjudicación, no cabe cancelara las cargas posteriores.

Esta Dirección General, en Resolución de 11 de junio de 2020, dictada a instancia de consulta formulada por el Colegio de Registradores, resolvió que el cómputo de los plazos de caducidad de los asientos registrales ha estado suspendido desde el día 14 de marzo de 2020 en que entró en vigor el estado de alarma, hasta el día 9 de junio de 2020, ambos inclusive, pues el levantamiento de la suspensión ha tenido lugar el día 10 de junio de 2020, y que a partir del día 11 de junio de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, se procederá de la siguiente forma: «(...) 3. El plazo de vigencia (ordinariamente cuatro años desde su fecha, según el artículo 86 de la ley hipotecaria) de las anotaciones preventivas, se computarán de fecha a fecha y habrá que sumar además los 88 días en que ha estado suspendido el cómputo de los plazos registrales».

Por tanto, cuando se practica la última prórroga, en fecha 22 de octubre de 2020, ya no nos encontramos dentro de los períodos de suspensión de plazos, puesto que la prórroga se practicó más de 4 meses después de que se levantase tal suspensión tal y como resulta del anterior relato fáctico. Por tanto, caducada la anotación de embargo y caducadas sus prórrogas, se aplica la consolidada doctrina de esta Dirección, consistente en que la anotación pierde toda virtualidad cancelatoria y, si bien cabe inscribir la adjudicación mientras la finca siga inscrita en pleno dominio en favor del deudor, no procede en cambio cancelar las cargas ulteriores a la anotación de embargo caducada que, por efecto de dicha caducidad, han ganado prioridad. Así, en la fecha de presentación de la certificación de adjudicación y del mandamiento cancelatorio había transcurrido con exceso el plazo de los cuatro años de vigencia de la anotación, contados, ya sea tanto desde la fecha de la prórroga, como desde la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo.

La solicitud de certificación de cargas en procedimiento administrativo de apremio ha de formularse al tiempo de ordenar la medida cautelar, y en el mismo mandamiento; con esta interpretación absolutamente literal del artículo 170 transcrito, que hasta la actualidad ha prevalecido, se llega al resultado en parte absurdo de que cuando se traba la anotación por el registrador, esto es, al inicio del procedimiento, también se expide la certificación de cargas.

Resolución de 12-3-2025

BOE 4-4-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### **COMPRAVENTA: DETERMINACIÓN DEL PRECIO.**

No deben existir objeciones cuando las partes han establecido procedimientos objetivos sobre la forma de llevar a cabo la fijación del precio, normas limita-

doras del mismo, y más aún, cuando la determinación del precio se ha dejado «al arbitrio de una persona determinada» ajena a las partes del contrato.

El Código Civil exige con gran rigor la determinación del precio, de manera que lo relaciona con la perfección del contrato, lo que exige un acuerdo sobre ese dato como elemento esencial del contrato (artículo 1262 del Código Civil). De ahí que no quepa entender perfeccionado el contrato si las partes remiten para su fijación a un acuerdo posterior; a diferencia de otros contratos, como el de obra, en el que no es precisa esa determinación inicial. En el supuesto concreto, referido al arbitrio de una persona determinada, el Código Civil, en coherencia con el artículo 1256, dispone que «el señalamiento del precio no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes» (artículo 1449 del Código Civil). Lo que significa que el precio no puede ser señalado por una de las partes aun fijando criterios objetivos.

La jurisprudencia ha perfilado la posibilidad de la determinación del precio por procedimientos objetivos, así como la figura del árbitro tercero en la fijación y determinación del precio en la compraventa. A la vista de esta jurisprudencia, la doctrina ha concluido que no deben existir objeciones cuando las partes han establecido procedimientos objetivos sobre la forma de llevar a cabo la fijación del precio, normas limitadoras del mismo, y más aún, cuando la determinación del precio se ha dejado «al arbitrio de una persona determinada» ajena a las partes del contrato.

Resolución de 12-3-2025

BOE 4-4-2025

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 3.

#### **PACTO COMISORIO: OPCIÓN DE COMPRA EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.**

Se reitera la doctrina acerca del rechazo de la opción de compra constituida en función de garantía.

El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

Se impone, por consiguiente, tener presentes las consideraciones que este Centro Directivo viene reiterando en las diversas resoluciones que han abordado la problemática —recurrente, por cierto— de opciones de compra pactadas en posible función de garantía de una operación de financiación, y que encubran un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento. Además, habrá que contemplar cada caso concreto, lo que impone analizar detenidamente el global clausulado de cada instrumento público y las declaraciones que en él hayan vertido las partes.

En modo alguno son aventuradas las conclusiones de la nota de calificación al estimar que lo que subyace es una operación de financiación asegurada con una garantía atípica prohibida. Y es que la opción pactada —y para la finalidad pactada— supone emplear un negocio jurídico, cuya función económico social (causa)

en absoluto tiene finalidad solutoria (adjudicándose/ adquiriendo la finca), sino algo bien distinto. Causa, por lo demás, desnaturalizada a la vista de lo pactado; en especial a la luz del destino final de lo que se dice anticipar a cuenta del futuro ejercicio de la opción (y lo que se habría de devolver de no poder ejercitarse); y que hace bascular un negocio jurídico de matiz marcadamente unilateral, a otro bien distinto, de marcado matiz bilateral.

Si del importe que se dice se anticipaba a los concedentes (que como se indicó se ha visto reducido sensiblemente tras determinados pagos a terceros por los conceptos antes señalados), luego han de devolver doblado lo recibido como arras o anticipo, hay elementos suficientes para considerar la opción pactada como una garantía de una operación de financiación, en la que siempre saldrá beneficiado el optante. Bien, recibiendo de manos del concedente, una suma sensiblemente superior a la que este recibió al concederse la opción; y si tal suma no pudiera retornarse, desembocar en la adquisición del bien (reteniendo el importe de una deuda hipotecaria), sin las garantías inherentes a todo proceso de ejecución tanto para el concedente, como para terceros.

Continúa la nota señalando que la opción convenida se sujeta a una condición resolutoria, que lejos de proponer una verdadera garantía de un derecho pactado, no es más que una nueva constatación de la función de garantía de la propia opción otorgada. En resumen, que el juego de la condición, para que opere o no y produzca sus efectos, queda a la voluntad de una de las partes, por lo que es fundada la objeción de la calificación sobre el particular; cuando pone de relieve que ese efecto no se originaría «(...) por la ocurrencia de un suceso futuro o incierto cuyo cumplimiento desencadenara la resolución»; sino de la voluntad de uno u otra de las partes, contraviniéndose claramente los artículos 1255 y 1256 (especialmente este último) del Código Civil.

Y es que se quiera o no, lo que viene a suponer una opción como la concedida es una traba del bien en función de garantía. Como igualmente es una traba en función de garantía una hipoteca, si bien su mecanismo de ejecución está revestido de unas garantías en beneficio del deudor que, en casos como el presente y por la propia dinámica y operativa de la opción (ponemos el acento en su ejercicio) brillan por su ausencia.

Resolución de 3-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Valdemoro.

#### ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No cabe extender asiento de presentación de una solicitud privada que no tiene por objeto la práctica de un asiento registral.

Con la Ley 11/2023, se da nueva redacción al artículo 246 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 3. introduce un recurso especial, «exprés», contra la denegación de la práctica del asiento de presentación, habida cuenta de la importancia de éste, con unos plazos reducidos para su interposición y resolución, corriendo esta última a cargo exclusivamente de la Dirección General, sin que haya posibilidad de calificación sustitutoria ni recurso judicial directo. La consecuencia lógica de lo anterior es

que, interpuesto el recurso, el registrador debe remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

El artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria manifiesta que «solo podrá denegarse el asiento de presentación del documento mediante causa motivada cuando el documento no sea título inscribible (...)». Mediante el escrito, cuyo asiento de presentación ha sido denegado, el recurrente pretende poner de manifiesto al registrador «en relación con la Finca 931 la irregularidad en que podría haber incurrido la administración concursal de Tuvalu Gestión S.L.U. al haber sacado a subasta pública, dicha finca integrante del lote número 11 de la subasta para liquidación de la sociedad, Tuvalu Gestión, S.L.U., haciendo constar la existencia una hipoteca ya cancelada en 2008 de más de 12 millones de euros y encubrir la carga correspondiente al embargo en favor de quien suscribe y mis hermanos, anotada en el Registro, por lo que se interesa la adopción de las medidas necesarias para garantizar nuestros derechos y la correcta fe pública registral (...)». Dicha pretensión no se encuentra incluida en ninguna de las posibles excepciones por la que nuestra legislación hipotecaria permite el acceso de documentos privados. Y, ello se entiende, lógicamente, sin perjuicio del derecho que le pueda asistir al recurrente de instar, en el correspondiente proceso judicial, la medida cautelar oportuna.

Resolución de 4-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### PRINCIPIO DE ROGACIÓN: SOLICITU DE CANCELACIÓN DE UNA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR.

La presentación de una escritura de venta lleva implícita la solicitud de cancelar una prohibición de disponer caducada.

Es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos. El momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

La prohibición de disponer que grava las fincas se estipuló por un plazo de tres años a contar desde la fecha de la escritura de compraventa de los compradores, el día 20 de abril de 2016. Es evidente, por tanto, que al tiempo en que se efectúa la transmisión a que se refiere este recurso, el día 6 de septiembre de 2024, ya ha transcurrido el plazo de duración de tres años que se estipuló. La nota de calificación, sin perjuicio de lo ya señalado en cuanto a su fundamentación, se basa en que no está cancelada la prohibición de disponer que grava las fincas. Si bien nuestra legislación se basa en el principio de rogación, como así ha ocurrido

con la solicitud de cancelación de la condición resolutoria, en el presente caso, tratándose de una escritura de compraventa cuya inscripción se pretende, debe entenderse implícita la solicitud de cancelación de la prohibición de disponer.

Resolución de 4-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Cifuentes.

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS PROCEDIMENTALES. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: INSCRIPCIÓN DE BASES GRÁFICAS.**

Por un lado, se analizan ciertos defectos de tramitación del procedimiento registral. Igualmente se recuerda la conexión del procedimiento de concentración parcelaria con los efectos de la inscripción de la base gráfica de una finca.

Como se desprende la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 25 de abril de 2016 y 10 de agosto de 2020, la emisión de una calificación negativa fuera de plazo no determina la nulidad de la misma, pues los efectos de dicho incumplimiento son exclusivamente los previstos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, es decir, la posibilidad de instar la calificación sustitutoria, conforme a los artículos 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria y la reducción de los aranceles registrales en un 30 %, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador correspondiente. Habiéndose producido esa calificación una vez transcurridos los 60 días de vigencia del asiento de presentación, siendo un plazo de caducidad, que se aplica de oficio y no se interrumpe, el asiento de presentación y el procedimiento registral han decaído. En estas circunstancias, dada la naturaleza del título presentado, que es múltiple, pues se compone de 481 copias parciales del acta de reorganización de la propiedad, derivada de un expediente de concentración parcelaria, la registradora podría haber optado por dos técnicas registrales: o practicar anotación preventiva por imposibilidad técnica del registrador del artículo 42.9.º de la Ley Hipotecaria, derivada de la acumulación de títulos en el Registro, que tiene como finalidad prorrogar el plazo ordinario de vigencia del asiento de presentación y cuyo plazo de caducidad es el de sesenta días establecido en el artículo 96 de la Ley Hipotecaria, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 1877; o bien practicar nota marginal de prórroga de vigencia del asiento de presentación por un plazo máximo de quince días, plazo ordinario para practicar la inscripción del artículo 97.1.º del Reglamento Hipotecario. Así, si se permite conceder un plazo de prórroga de sesenta días, por medio de una anotación preventiva por imposibilidad del registrador, no hay razón para no reconocer la posible concesión de un plazo máximo de prórroga de quince días, por medio de una nota marginal de prórroga del asiento de presentación, por idéntica razón de imposibilidad del registrador.

Atendidas estas circunstancias extraordinarias, la segunda cuestión preliminar es la relativa a si el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo. La nota de calificación recurrida es de fecha 6 de agosto de 2024. Pero, de la documentación del expediente no resulta, ni del escrito de interposición del recurso, que habla de la notificación en el mes de noviembre de 2024, sin precisar el día. No obstante, la Administración re-

currente solicita nota aclaratoria de la nota de calificación el día 12 de noviembre de 2024, por lo que es la que se puede tomar como fecha de inicio del cómputo del plazo de un mes al que se refiere el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Como se desprende de la doctrina de Resoluciones de esta Dirección General como la de 15 de febrero de 2022, no puede inadmitirse por extemporáneo un recurso si el registrador no puede acreditar la fecha de recepción por el presentante de la notificación de la calificación negativa. En todo caso, no es una circunstancia ordinaria que la notificación, según el recurrente, se haya producido seis meses después de la emisión de la nota de calificación. Por otro lado, cabe traer a colación también la doctrina de esta Dirección General, formulada en Resoluciones como la de 10 de julio de 2023 (vid., por todas), por la cual, en caso de duda debe prevalecer el derecho del ciudadano.

Entrando en el fondo del asunto, la cuestión que se plantea en el mismo la relación entre la doctrina de la Dirección General sobre la extensión de la protección de los principios hipotecarios a las bases gráficas registrales, es decir, a la georreferenciación inscrita que completa la descripción de un finca registral y el expediente de concentración parcelaria que, con sus distintas fases y trámites, se dilata en el tiempo con el historial registral de las fincas aportadas y de las fincas colindantes con la zona a concentrar, que pueden resultar afectadas por la concentración. Respecto a la primera cuestión, es doctrina reiterada de esta Dirección General, desde la Resolución de 4 de noviembre de 2021, las coordenadas de los límites de una finca registral no constituyen un simple dato de hecho, sino que son un pronunciamiento jurídico formal y solemne que, tras los procedimientos, trámites, garantías y alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos, y bajo la salvaguardia de los tribunales, cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito.

Como consecuencia de ello, esta Dirección General ha declarado reiteradamente que está justificada la negativa del registrador a iniciar la tramitación del procedimiento si la georreferenciación aportada invade otra previamente inscrita (así lo establece el propio artículo 199 de la Ley Hipotecaria). Tal denegación es automática y obligada, sin que sea preciso que el titular de la finca ya georreferenciada haya de ser notificado con concesión de un plazo para alegaciones y formulación por su parte de oposición expresa.

Hemos de cohonestar la regulación de la concentración parcelaria, que se ha cumplido escrupulosamente con la protección registral de los principios hipotecarios que se concede a la georreferenciación inscrita de una finca, por esta Dirección General. Como ya declaró la Resolución de esta Dirección General de 3 de octubre de 2023, si una finca está incluida en un expediente de concentración parcelaria, no es posible inscribir, respecto de la finca aportada, por la vía del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, la georreferenciación asignada a la finca de reemplazo. Lo procedente es, una vez formalizada notarialmente el acta de reorganización de la propiedad, inscribir, sobre la finca de reemplazo, la georreferenciación resultante de dicha acta. De igual modo, el hecho de que, previamente al otorgamiento del acta de reorganización de la propiedad, se haya inscrito la georreferenciación de la finca aportada no puede implicar que la protección de los principios hipotecarios aplicada a la misma impida la inscripción de la georreferenciación de la finca de resultado, puesto que opera respecto de ellas el principio de subrogación real propio de la concentración parcelaria.

Respecto a la invasión de la georreferenciación de la finca excluida de la georreferenciación, la situación cambiaría si el titular de la misma no hubiera tenido participación en la concentración parcelaria, por lo que, en ese caso, hubiera sido necesaria, al menos, su notificación, para que hubiera tenido conocimiento de la afectación parcial de su finca. En este sentido, el registrador podría utilizar en estos supuestos la posibilidad de iniciar de oficio un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, para notificar a ese posible colindante afectado, para disipar sus posibles dudas sobre la identidad de las fincas, una vez modificada la geometría de la finca no aportada a la concentración parcelaria.

Resolución de 4-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Alberic.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo dudas fundadas sobre la identidad de la finca ha de denegarse la inscripción de la base gráfica.

El principal requisito para que pueda inscribirse la representación georreferenciada o georreferenciación de una finca registral es «que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita», sino que «ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio» (artículo 9 de la Ley Hipotecaria) y que «no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente» (artículo 199 de la Ley Hipotecaria).

Para resolver el recurso resulta muy relevante el hecho de que, en la actualidad, esa misma referencia catastral corresponde a un inmueble con 28.091 metros cuadrados, cuya georreferenciación es precisamente la que ahora se pretende inscribir; y por tanto, con una superficie sensiblemente mayor a la superficie catastral que tal inmueble tenía en el año 2014 y a la que registralmente consta inscrita. Ello implica necesariamente que el perímetro o delimitación del inmueble catastral ha sido ampliado desde aquella fecha en virtud de alguna alteración catastral sobrevenida como consecuencia de algún negocio jurídico no registrado. El hecho de que la nueva georreferenciación implique un cambio en uno de los linderos fijos, también constituye un indicio, sin duda muy relevante. Lo mismo ocurre con la magnitud del exceso de cabida, que supone un 65 % sobre la previamente inscrita. Por tanto, con tales antecedentes, unidos al cambio de un lindero fijo, está justificado el temor que el registrador expresa.

Resolución de 4-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de Paterna, número 1.

#### EXPEDIENTE ART. 201.1 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si las dudas no afectan a la identificación de la finca, no puede denegarse la inscripción.

En el presente caso, quien formula oposición no alega invasión de su propia finca registral, sino, en esencia que «de inscribirse la representación que se pre-

tende supondría privar» a su propia finca «del acceso a la misma por calle (...)». Por ello, aun constando controversia, ésta no es relativa a la delimitación georreferenciada del dominio de las fincas, sino a si la porción en cuestión, aun siendo propiedad del promotor, ha de estar o no sujeta a servidumbre de paso en favor de la finca colindante, extremo éste que el promotor incluso reconoce en su recurso.

Por todo ello, procede estimar el recurso, a fin de que el promotor obtenga la inscripción de la georreferenciación de su finca con una superficie de 188 metros cuadrados, coincidente con la que tenía cuando fue creada por segregación, momento en el que conforme al artículo 201 de la Ley Hipotecaria se supone que fue medida con precisión. El hecho de que, como señala el registrador en su calificación «la propiedad de la solicitante esté vallada sin inclusión de la porción de 18 m<sup>2</sup>» podría perfectamente obedecer a que dicha porción, por estar ubicada en una esquina y sujeta a servidumbre de paso a favor de finca colindante, no mereciera la pena ser incluida dentro del perímetro vallado y cerrado. Cuestión distinta y posterior, que no es objeto del presente recurso, es la de cómo y cuándo podría el colindante obtener la inscripción de la servidumbre de paso que invoca para dar acceso a su propia finca, para lo cual, precisamente, sería requisito previo que la porción objeto de servidumbre conste inscrita como parte del predio sirviente.

Resolución de 5-3-2025

*BOE* 5-4-2025

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 5.

#### **CAPITULACIONES MATRIMONIALES: REGISTRO CIVIL.**

Las capitulaciones deben estar previamente inscritas en el Registro Civil.

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 de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable. No constando en el presente caso la mencionada acreditación por ninguno de los medios expresados, no puede practicarse la inscripción solicitada.

Resolución de 5-3-2025

*BOE* 5-4-2025

Registro de Madrid, número 23.

#### **DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS.**

Se reiteran diversos aspectos ya tratados por el Centro Directivo referidos a las sentencias en rebeldía, la constancia de las circunstancias personales y la fecha de fallecimiento del titular registral.

En el caso de resoluciones judiciales dictadas en rebeldía, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (vid. «Vistos»), sólo el Juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria. Todas estas circunstancias son esenciales para la calificación del registrador, puesto que según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras quepa la acción de rescisión, la sentencia dictada no es inscribible sino solamente susceptible de anotación preventiva. Por tales motivos el citado defecto debe confirmarse.

El segundo de los defectos se centra en la necesidad de que se acrediten todas las circunstancias personales de la adquirente. El artículo 9 de la Ley Hipotecaria exige que en la inscripción se hagan constar, entre otros extremos, los datos referentes a la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga dicho asiento, concretando luego el artículo 51, regla novena del Reglamento Hipotecario. Por ello, ha de confirmarse igualmente el segundo de los defectos, advirtiendo que será fácilmente subsanable en los términos establecidos en el artículo 110 del Reglamento Hipotecario, mediante instancia con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el registrador, o con una instancia presentada electrónicamente a través de la Sede Electrónica de los Registradores (cfr. artículo 240 de la Ley Hipotecaria).

Finalmente, señala la registradora que no consta en el título presentado la fecha de defunción de una de las titulares registrales, doña M. B. Y. El defecto debe confirmarse. Para extender asientos relativos a procedimientos seguidos contra los herederos del titular registral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesaria la constancia de su fallecimiento, circunstancia que debe ser calificada por el registrador. El documento que da fe de la muerte de una persona y de la fecha y lugar de fallecimiento es el certificado de defunción. En el ámbito procesal, el fallecimiento tiene, igualmente, que quedar debidamente acreditado para justificar la legitimación procesal de la propia herencia yacente (artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 265.1 y.2 del mismo texto legal). Por lo tanto, una vez el juez haya admitido la demanda, será suficiente que se refleje en la propia resolución judicial la fecha del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que, si ese dato no consta, como sucede en este caso, pueda obtenerse mediante una diligencia de adición o mediante la aportación del certificado de defunción.

Resolución de 5-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Falset.

#### **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.**

No cabe inscribir una resolución judicial si no se ha dirigido el procedimiento contra el actual titular registral.

El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución

Española, en su aplicación procesal y registral, e implica que los títulos inscribibles deben ser otorgados por los titulares registrales, así como que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, circunstancia que debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento).

El sistema registral español se basa en el principio de prioridad, proclamado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. En el presente caso, la sentencia que acordó la revocación de la donación por ingratitud accedió al Registro antes de que se presentara la resolución judicial que disolvía el condominio entre el recurrente y su hermano. Esta última sentencia se ha dictado en un procedimiento en el que no han intervenido los actuales titulares registrales, padres de quien ahora presenta el recurso.

Resolución de 5-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 3.

#### OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO.

Para la cancelación de cargas posteriores a la opción es necesario consignar las cantidades entregadas al concedente de la opción a cuenta del precio.

Así las cosas y pese al nada desdeñable esfuerzo argumentativo realizado por el registrador, en este caso no cabe obviar un hecho incontrovertible, cual es que el derecho de opción pactado, cuyo ejercicio se ha formalizado en la escritura calificada, fue en su día inscrito en el Registro. Y bien es sabido, pues ha sido reiteradamente declarado por este Centro Directivo, que: «Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo (...) parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria)». Ineludible punto de partida, por tanto, que no requiere mayores precisiones ni comentarios. El respeto al capital artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, impide que este Centro Directivo pueda entrar a analizar el contenido del derecho inscrito; ni —en este caso— el acierto o no de la inscripción practicada en su día. Por ello hemos de centrarnos en el análisis de la fase de ejercicio de tal derecho.

Continuando con el examen de la nota recurrida, por lo que se refiere a la notificación por medio de burofax (y sus efectos), y a la previsión y sistema de cálculo —y acreditación— de las cantidades que puedan detraerse por el comprador al ejercitar la opción; pese a no ajustarse tales previsiones a la doctrina que reiteradamente viene manteniendo este Centro Directivo en múltiples resoluciones sobre el particular, al estar inscritas, tal y como se plasmaron en la escritura de constitución del derecho, únicamente pueden ser desvirtuadas en un procedimiento contradictorio en sede judicial.

Cuestión distinta es la exigencia de consignación que pone de manifiesto el fundamento de derecho cuarto de la nota; clara exigencia del ejercicio de la op-

ción, tal y como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo. Tradicionalmente, en la doctrina de este Centro Directivo se ha venido aplicando al desenvolvimiento registral del derecho de opción, por analogía, la regulación contenida en el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario. En consecuencia, la cancelación interesada precisa la previa consignación de los importes entregados al concedente de la opción, a cuenta del pago del precio, en el momento en que se contrató el derecho de opción.

Resolución de 5-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de Estepona, número 2.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo dudas fundadas sobre la identidad de la finca ha de denegarse la inscripción de la base gráfica.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción. El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación, y el juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

Como se desprende de las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de febrero y 26 de junio de 2024, la alegación del colindante no implica, necesariamente, la denegación de la georreferenciación aportada al expediente. Pero, el registrador puede basarse en ella y en el contenido registral para fundar objetivamente sus dudas en la identidad de la finca. En el presente caso, puede existir un elemento objetivo que determine el lindero delimitador de las dos fincas, cual es el de la naturaleza del suelo, toda vez que existe una disensión entre las partes sobre el trazado del lindero delimitador, que el promotor del expediente hace coincidir con el del límite del suelo de naturaleza urbana y el colindante alegante con el límite determinado por el muro levantado, respecto del cual el promotor del expediente declara que se construyó para evitar el rellenado de tierras, quedando el muro retranqueado del lindero este. Como ha declarado esta Dirección General en Resoluciones como la de 24 de julio de 2024, para considerar adecuadamente delimitada una determinada parcela no es determinante el hecho de que, físicamente, la misma esté acotada por mojones, piquetas o muros.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación, por coincidir la parcela urbanística y la finca regis-

tral, a la cual ha de adaptarse la georreferenciación catastral, sin que la alegación del colindante tenga la virtualidad suficiente para convertir en contencioso el expediente, toda vez que no consta que formulara alegaciones en el acto de ejecución de la normativa urbanística, que era la sede adecuada para ello.

Resolución de 6-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Logroño, número 1.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se reitera la doctrina sobre el emplazamiento de la herencia yacente a efectos del tracto sucesivo.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que éste tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Para extender asientos relativos a procedimientos seguidos contra la herencia yacente del titular registral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesaria la constancia de su fallecimiento, circunstancia que debe ser calificada por el registrador. El documento que da fe de la muerte de una persona y de la fecha y lugar de fallecimiento es el certificado de defunción. En el ámbito procesal, el fallecimiento tiene, igualmente, que quedar debidamente acreditado para justificar la legitimación procesal de la propia herencia yacente (artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 265.1 y.2 del mismo texto legal). Por lo tanto, una vez el juez haya admitido la demanda, será suficiente que se refleje en el mandamiento la fecha del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que, si ese dato no consta, como sucede en este caso, pueda obtenerse mediante una diligencia de adición al mismo o mediante la aportación del certificado de defunción.

En relación con la intervención de la herencia yacente, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. A la vista de la señalada Sentencia, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: — que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. — que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los

ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Debe recordarse a este respecto que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y solo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de efectuar una notificación personal.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada en su momento en el Registro y que, como se ha hecho constar anteriormente es la única que debe tenerse en consideración para la resolución de este expediente, no puede establecerse la existencia de concretas personas llamadas a la herencia, ni la forma en que, en su caso, se hayan producido las notificaciones. Por lo tanto, el defecto, en este punto, debe así mismo confirmarse.

Resolución de 6-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Sanlúcar La Mayor, número 2.

**PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES EN LOS CASOS DE PARTICIÓN DE HERENCIA CON CAUTELA SOCINI.**

En el caso de que el cónyuge viudo opte por el usufructo de viudedad universal, se produce una colisión de intereses entre representado y representante; o lo que es lo mismo, entre ellos y el progenitor en cuestión.

Con carácter previo a su resolución, es preciso recordar que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la Propiedad; recurso que, conforme prevé el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ha de 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.

La cautela socini (o angélica o gualdense), está perfectamente admitida en nuestro ordenamiento como mecanismo de atribución del usufructo universal de la herencia al cónyuge viudo. Y siendo en la esfera conyugal donde —en la práctica— es más común el empleo de la cautela socini, esta Dirección General ha examinado, en no pocas Resoluciones, las circunstancias que permiten precisar cuándo existe conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales.

La Resolución de 5 de febrero de 2015, declaró que hay conflicto de intereses (y no intereses paralelos o concurrentes, que deben ser distinguidos de tal figura), en el caso de que el cónyuge viudo opte por el usufructo de viudedad universal, pues la cautela socini cuestiona la posibilidad de que los herederos —menores o en situación de discapacidad que no puedan decidir por sí mismos (sin medidas de apoyo, en la actual terminología, incapacitados en aquél entonces)— deban elegir entre que su parte de herencia quede gravada con el usufructo o que se concrete en el tercio de libre disposición, lo que provocaría una colisión de intereses entre

representado y representante; o lo que es lo mismo, entre ellos y el progenitor en cuestión. Por contra y para la Resolución de 22 de junio de 2015, no hay conflicto de intereses cuando el cónyuge opta por adjudicarse el tercio de libre disposición en propiedad más la cuota viudal usufructuaria, en vez de elegir el usufructo universal y vitalicio sobre la herencia. Por lo expuesto, y en el caso que motiva este recurso, no se ajusta a la expresada doctrina de este Centro Directivo afirmar que la inexistencia de un legado alternativo, y sí el cumplimiento estricto de la disposición testamentaria, excluya la existencia de una opción derivada de una cautela socini y un conflicto de intereses que afectara al progenitor (representante legal) y a su hija menor de edad (por él representada).

Podría plantearse, como alega el recurrente, si la posterior autorización judicial de la venta, sanaría, o no, el originario defecto de ausencia de designación de defensor judicial. Ahora bien, el hecho de no haberse aportado al Registro — conforme ya se indicó— el auto (con la autorización judicial y la no oposición del Ministerio Fiscal) en el momento y forma oportunos, hace difícil, en pro de las garantías procedimentales, obviar el hecho de que la registradora no tuvo ocasión de analizar la documentación que se invoca por la parte recurrente, por lo que su calificación ha de ser necesariamente confirmada.

Resolución de 6-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Albacete, número 4.

#### **BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: ACTOS DISPOSITIVOS REALIZADOS TRAS LA MUERTE DEL CONFESANTE.**

Disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, los actos de disposición necesitarían el consentimiento o la intervención de los legitimarios y a la hora de liquidarla también ésta es preceptiva para la ratificación del carácter privativo en la confección del inventario, a los efectos de quedar salvaguardada la cuantía de su legítima..

Respecto de los cónyuges, la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo de cónyuge del confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante (...) una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas. De la doctrina sentada por las sentencias citadas y reflejada en el indicado artículo 1324 del Código Civil, se deduce que este precepto reconoce valor probatorio entre los cónyuges a las manifestaciones que éstos hagan para fijar que determinados bienes son propios de uno de ellos, pero con la salvedad de que tales manifestaciones por sí solas no perjudicarán a los herederos forzosos del confesante.

No obstante, esta Dirección General ha puesto de relieve que, aunque el citado precepto reglamentario no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el supérstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título.

Según la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 13 de junio de 2003 y 29 de junio de 2023) la norma del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario es aplicable no sólo a los actos de enajenación del bien inscrito con carácter privativo, sino también a la adjudicación de éste mismo por herencia del cónyuge favorecido por la confesión, toda vez que para destruir la presunción de ganancia- lidad del artículo 1361 del Código Civil no es suficiente la confesión de un consorte sobre el carácter de la adquisición, pues ésta opera entre cónyuges (cfr. artículo 1324 del Código Civil), pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios.

Resolución de 11-3-2025

BOE 5-4-2025

Registro de la Propiedad de Iznalloz.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Existiendo dudas sobre la identidad de la finca a inmatricular, es adecuado tramitar el procedimiento del art. 199 LH.

No sólo es perfectamente posible, sino altamente recomendable, que cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199. Ello es además coherente con el tradicional principio que ha de presidir la actuación registral en la inmatriculación, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, en Resoluciones como la de 22 de octubre de 2020, cuando declara «en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados». Por ello, es conveniente la combinación de los expedientes de los artículos 205 y 199 de la Ley Hipotecaria, para disipar las posibles dudas del registrador en la identidad de la finca.

Ahora bien, en el supuesto de hecho de este expediente, aunque sin descartarse la utilidad práctica que a efectos de despejar las posibles dudas de identidad presenta la tramitación previa del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tal como resulta del fundamento anterior, debe concluirse que no concurren las dudas de identidad advertidas por la registradora.

Resolución de 18-3-2025

BOE 8-4-2025

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

## INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS AD HOC.

No concurren en este caso las circunstancias objetivas para entender que se trata de títulos creados artificialmente para lograr la inmatriculación.

Es doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 29 de mayo de 2014) que 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. Un extremo que puede, y debe, apreciar el registrador con apoyo en una pluralidad de factores (tales como la simultaneidad de fechas de los títulos, transmisiones circulares, ausencia de función económica, neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos, etc.) que ofrezcan indicios suficientes de que la documentación ha sido creada o concebida «ad hoc».

En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, había considerado comprendidos incluso simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código Civil; frente a ello la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige siempre doble título público. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima respecto de la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador.

Todos estos requisitos se cumplen por los títulos públicos aportados en el caso analizado en este expediente. Por otro lado, tampoco se puede afirmar que concurren en este supuesto alguno o algunos de los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación «ad hoc» para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales. No se da una simultaneidad de fechas de los títulos o adquisiciones, ni existen transmisiones circulares, ni tampoco se puede apreciar la ausencia de función económica o la neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos.

Como ha reiterado esta Dirección General (vid. Resolución de 19 de julio de 2018), cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipote-

caria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015. Además, del tenor del artículo 205 de la Ley Hipotecaria resulta que la identidad que exige el precepto entre el título y la certificación catastral se refiere exclusivamente a la descripción de la finca.

No se puede afirmar que en este caso exista ninguna modificación de entidades hipotecarias, ya que no se realiza ninguna división ni segregación de fincas inscritas, que es el presupuesto para que exista una modificación de entidades hipotecarias (vid. artículos 45 y siguientes del Reglamento Hipotecario). No le corresponde al registrador controlar la legalidad de una división o segregación de finca que haya tenido lugar fuera del Registro.

Resolución de 18-3-2025

BOE 8-4-2025

Registro de la Propiedad de Chiva, número 2.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: REQUISITOS.**

Para practicar la anotación de embargo es preciso que se determine con precisión el derecho embargado y que se notifique al cónyuge del demandado si el bien es ganancial. Pero no es preciso que se acredite la firmeza de la resolución que acuerda el embargo.

Como cuestión previa ha de resolverse la petición realizada por el registrador en su preceptivo informe acerca de la inadmisión del recurso, por entender que no ha quedado acreditada la representación de la persona que presenta el recurso. Señala el registrador que se requirió, tanto a la persona que presentó el recurso, como a la persona que firmaba el escrito de recurso, pero que ninguna de ellas ha aportado en el plazo legal la documentación acreditativa de la representación de la parte interesada y, por tanto, legitimada para la interposición de dicho recurso. En el presente caso, el escrito de recurso estaba firmado por doña S. P. A. F., procuradora de los tribunales que representa a la parte actora en el procedimiento ejecutivo, y fue presentado por doña V. S. T. Por tanto, siendo la firmante del recurso la procuradora que ha representado a la ejecutante en el procedimiento judicial, y habiendo quedado acreditada dicha representación en el referido procedimiento, ha de entenderse que ostenta la representación de la persona directamente interesada en la práctica de la anotación de embargo y, por ello, legitimada para la interposición del recurso.

El primero de los defectos señalados por el registrador engloba dos objeciones distintas. En primer lugar, sostiene la nota de calificación que no queda claramente determinada la cuota a embargar, puesto que el demandado es titular con carácter privativo de tres cuartas partes indivisas y de una cuarta parte con carácter ganancial. Debe tenerse en cuenta que el decreto judicial acuerda el embargo por vía de mejora de «las tres terceras partes [sic] y el 50 % de una cuarta parte» indivisa. De la simple lectura de este acuerdo resulta claro que no se cumplen las

exigencias del principio de especialidad que requieren precisar con exactitud la extensión del derecho que es objeto de anotación y el derecho real afectado por dicha anotación.

Se ha de confirmar igualmente la segunda objeción que plantea el registrador referente al embargo del 50 % de la cuarta parte indivisa de la finca que figura inscrita a nombre del demandado con carácter ganancial. Según el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario: «Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo». Manifiesta la recurrente que es notorio que el titular registral se encuentra divorciado de su cónyuge. Al margen de que en el Registro no consta ese divorcio, aun en el caso de que así se acreditara con la correspondiente sentencia inscrita en el Registro Civil, tampoco cabría anotar el embargo ordenado en el mandamiento. Lo que de ninguna manera cabe es anotar el embargo de un bien ganancial en cuanto al 50 % perteneciente al cónyuge demandado.

Por el contrario, procede revocar el segundo de los defectos recogido en la nota de calificación y que exige que se acredite la firmeza del decreto judicial que acordó el embargo cuya anotación ahora se ordena. Y es que el requisito de la firmeza de la resolución judicial está plenamente justificado cuando se van a producir asientos definitivos, tanto de inscripción como de cancelación, puesto que, si se admitiera la práctica de los mismos sin ser firme la resolución que los ordena, podrían surgir en el ínterin terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se apoyarían en asientos registrales practicados en virtud de un título que no es firme, haciéndose inviable la ejecución de la sentencia del órgano judicial superior revocatoria de la anterior. Por el contrario, tratándose de anotaciones preventivas, no existe ese peligro, porque se trata de asientos provisionales (vid. artículo 86 de la Ley Hipotecaria) que, además, no atribuyen al anotante la fuerza de la fe pública registral.

Resolución de 18-3-2025

BOE 8-4-2025

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS AD HOC.**

No concurren en este caso las circunstancias objetivas para entender que se trata de títulos creados artificialmente para lograr la inmatriculación.

Es doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 29 de mayo de 2014) que 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 esenciales de tales preceptos. Un extremo que puede, y debe, apreciar el registrador con apoyo en una pluralidad

de factores (tales como la simultaneidad de fechas de los títulos, transmisiones circulares, ausencia de función económica, neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos, etc.) que ofrezcan indicios suficientes de que la documentación ha sido creada o concebida «ad hoc».

En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, había considerado comprendidos incluso simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código Civil; frente a ello la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige siempre doble título público. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima respecto de la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador.

Todos estos requisitos se cumplen por los títulos públicos aportados en el caso analizado en este expediente. Por otro lado, tampoco se puede afirmar que concurren en este supuesto alguno o algunos de los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación «ad hoc» para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales. No se da una simultaneidad de fechas de los títulos o adquisiciones, ni existen transmisiones circulares, ni tampoco se puede apreciar la ausencia de función económica o la neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos.

Como ha reiterado esta Dirección General (vid. Resolución de 19 de julio de 2018), cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015. Además, del tenor del artículo 205 de la Ley Hipotecaria resulta que la identidad que exige el precepto entre el título y la certificación catastral se refiere exclusivamente a la descripción de la finca.

No se puede afirmar que en este caso exista ninguna modificación de entidades hipotecarias, ya que no se realiza ninguna división ni segregación de fincas inscritas, que es el presupuesto para que exista una modificación de entidades hipotecarias (vid. artículos 45 y siguientes del Reglamento Hipotecario). No le corresponde al registrador controlar la legalidad de una división o segregación de finca que haya tenido lugar fuera del Registro.

Resolución de 18-3-2025

BOE 8-4-2025

Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden.

REPRESENTACIÓN: ART. 98 LEY 24/2001. ARRENDAMIENTOS: NATURALEZA Y LEGITIMACIÓN CUANDO AFECTA A BIENES GANANCIALES. CONCURSO DE ACREEDORES: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Se reitera el criterio de calificación derivado de la interpretación del art. 98 de la Ley 24/2001. Tratándose de un bien ganancial, aunque el arrendamiento dure menos de seis años, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. En la fase de liquidación, existiendo aprobadas reglas especiales, estas deben aportarse al registrador para la calificación.

Antes de analizar esta cuestión cabe recordar 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. Por ello, es la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso la que debe ser objeto de análisis, sin que, en el reducido marco de este expediente, puedan abordarse otras cuestiones, como la relativa al hecho de que el apoderado de la arrendadora interviene también en representación, como administrador único, de la sociedad arrendataria, mientras que el notario autorizante de la escritura calificada alude únicamente a la facultad de autocontratar concedida por la señora poderdante, sin referencia alguna a la representación orgánica referida.

De la interpretación del art. 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) 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. En definitiva, el notario debe emitir su juicio relativo a la suficiencia de las facultades representativas para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea éste o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico documentado. Por ello, el registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza (cfr., entre otras muchas, las Resoluciones de 14 de julio de 2015, 1 de julio de 2021, 19 de abril y 28 de noviembre de 2023 y 28 de mayo, 20 de junio y 24 de septiembre de 2024).

En el presente caso es indudable que la reseña de la escritura de apoderamiento aportada al notario para acreditar la representación es insuficiente por

haber omitido el nombre y apellidos del notario autorizante de dicho título representativo. Y, por otra parte, en la emisión del juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades representativas acreditadas no se especifica de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura calificada se formaliza, ni incluye una reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas. Por ello se impide al registrador comprobar que dicho juicio sobre suficiencia de las facultades representativas es congruente con el contenido de la escritura calificada.

Aun tratándose, en el presente caso, de un acto de administración ordinaria y no extraordinaria, rige el apartado segundo del artículo 93 del Reglamento Hipotecario: «Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria». No cabe duda de que, aun tratándose de un arrendamiento por plazo inferior a seis años, antaño plazo mínimo necesario para la inscripción, que hoy sin embargo cabe con independencia de la duración pactada (artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria), constituye un acto de riguroso dominio del que resulta un derecho de uso y disfrute sobre un bien inmueble, que altera las facultades del titular del mismo, al excluir su propio aprovechamiento, y que, al acceder al Registro de la Propiedad independientemente de su duración surte efectos frente a terceros (e incluso, en ciertos casos, surte tales efectos aun en defecto de inscripción).

Existiendo una situación de concurso por parte de uno de los titulares registrales, en fase de liquidación y, existiendo plan de liquidación, regulado en los antiguos artículos 416 a 420 del Real Decreto Legislativo 1/2020, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, y suprimidos por la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, habrá que estar a lo dispuesto en este, conforme al artículo 415, y por ello habrá de aportarse al registrador para que este pueda tenerlo en cuenta en su labor de calificación.

Resolución de 21-3-2025

BOE 8-4-2025

Registro de la Propiedad de Rota.

#### **CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.**

No cabe inscribir una liquidación de gananciales recogida en un convenio regulador si tal extremo no ha sido expresamente aprobado por el juez.

Como cuestión previa, debe advertirse que no pueden ser tenidos en cuenta para resolver este recurso los documentos que se aportan junto con el escrito de impugnación. Ha de recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En cuanto a la cuestión sustantiva planteada, también ha de recordarse que la calificación registral no puede entrar en el fondo de la resolución judicial, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento regis-

tral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La determinación de si el concreto convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo está sometida a la calificación registral, porque es una cuestión relativa a los obstáculos derivados de la legislación registral, pues en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia ley.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la resolución que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En el presente caso resulta inequívocamente que en la resolución judicial objeto de calificación consta expresamente que no se aprueba el convenio regulador en cuanto se refiere a la liquidación de gananciales. Por ello, no cabe sino confirmar la objeción opuesta por la registradora.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 10-3-2025.

BOE 4-4-2025

Registro Mercantil de Valencia, número I

**PRINCIPIO DE PRIORIDAD.DOCUMENTO PREVIO. INCOMPATIBILIDAD DE ESCRITURA CALIFICADA.**

### SE CONFIRMA

La DG confirma que los registradores mercantiles, en su función calificadora, han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del registro existentes al tiempo de su presentación. (art. 18.2 CCo y 6 y 10 RRM).

Según el art. 11 RRM para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos, así como para otorgar actos otorgados por apoderados o administradores se precisará la previa inscripción de los mismos.

En el caso que nos ocupa existe una incompatibilidad entre la escritura objeto de la calificación impugnada y la situación registral existente.

Resolución de 11-3-2025.

BOE 4-4-2025

Registro Mercantil de Madrid, número I.

**CERTIFICACION DE DENOMINACIÓN SOCIAL: DEBE SER EXPEDIDA A NOMBRE DE UN SOCIO FUNDADOR.**

**SE CONFIRMA**

La DG confirma que la certificación que el Registro Mercantil Central en relación con la denominación social debe ser expedida a nombre de los que otorgan la escritura fundacional —como socios— que expresa su correspondiente aportación, así como las participaciones sociales que se les asignan, debido a que los términos “fundador o promotor” deben interpretarse en sentido jurídico propio.

En el caso que nos ocupa este requisito no se cumple porque la certificación ha sido expedida a nombre de quien se limita a otorgar la escritura fundacional no como socio fundador sino como administrador designado por los fundadores.

Resolución de 11-3-2025.

BOE 4-4-2025

Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número I.

**CANCELACIÓN DE ASIENTOS PRACTICADOS.**

**SE CONFIRMA**

La DG confirma que el recurso contra la calificación negativa del registrador no es la vía adecuada para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedando bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no pueden ser modificados salvo acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca. (Art.1 y 40 LH, Art.20 CCo y 7 RRM).

En el caso que nos ocupa se deniega una inscripción de los acuerdos de junta general de fecha 10 de julio de 2024, por haber sido convocada por un consejo de administración que había sido cesado y practicadas las correspondientes inscripciones en el Registro Mercantil, en una junta general anterior.

Resolución de 12-3-2025.

BOE 4-4-2025

Registro Mercantil de Madrid, número IV.

**CIERRE DEL REGISTRO (ART.378 RRM). CUENTAS NO APROBADAS POR LA JUNTA GENERAL.**

**SE CONFIRMA**

La DG confirma conforme al art. 378 RRM que, si las cuentas anuales no se hubieran depositado por no estar aprobadas por la Junta general, no procederá

el cierre registral cuando se acredite esta circunstancia mediante certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, en las que se debe de expresar la causa de la falta de aprobación o mediante copia autorizada del acta notarial de la Junta general en la que conste la no aprobación de las cuentas anuales. Para impedir el cierre, la certificación o la copia del acta deberá presentarse en el Registro Mercantil antes de que finalice el plazo previsto en el art. 378.1RRM, debiendo justificarse la permanencia de esta situación cada seis meses por alguno de los medios mencionados. Estas certificaciones y actas y las posteriores que, en su caso, se presenten reiterando la subsistencia de la falta de aprobación serán objeto de inscripción y de publicación en el BORME.

Estamos ante un caso donde la registradora no deposita las cuentas anuales de una mercantil del ejercicio 2023 porque la sociedad no ha cumplido con lo estipulado en el art. 378 RRM para los supuestos de las mercantiles que no han aprobado por la Junta General las cuentas, es cierto que presentaron la certificación del órgano de administración en las que indicaban dicho hecho, pero no han presentado el justificante de la permanencia de la situación a los 6 meses.

Resolución de 4-3-2025.

BOE 5-4-2025

Registro Mercantil de Cantabria.

## INFORME DE GESTIÓN.

### SE REVOCA

La obligación de incluir información no financiera prevista en el art. 49.6 CCo y art. 262.5 LSC, se considera cumplida si la sociedad incorpora al informe de gestión la información. La información incluido en el estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación, y el informe sobre la información no financiera debe ser presentado como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general de las sociedades.

Asimismo, se entiende que la sociedad cumple con la obligación de elaborar el estado de información no financiera consolidado si emite un informe separado, correspondiente al mismo ejercicio, en el que indique de manera expresa para dicha información forma parte del informe de gestión, se incluya la información que se exige para dicho estado y se someta a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión.

En este caso que nos ocupa, en la convocatoria de la junta general se hizo constar como punto independiente del orden del día este aspecto, y reconoce el derecho el derecho de los socios a obtener el estado de la información no financiera. Al registro mercantil se ha presentado el informe del auditor de cuentas con un apartado independiente con la opinión sobre el informe de gestión consolidado, en el que se incluye el estado de información no financiera.

Resolución de 20-3-2025.

BOE 8-4-2025

Registro Mercantil de Barcelona, número IX.

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN: MOTIVOS DE DENEGACIÓN. NUEVO RECURSO ANTE LA DG POR LA DENEGACIÓN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN. (ART 246LH).**

**SE CONFIRMA**

La DG confirma que no cabe practicar asiento de presentación en el Registro Mercantil para aquellos documentos que no provocan operación registral alguna (art.50RRM).

Tras la entrada en vigor de la Ley 11/2023 se da nueva redacción del art. 246 LH, en virtud del cual se regula un recurso “exprés” para los supuestos de denegación de la práctica de asiento de presentación al diario por el registrador. Este deberá notificar la denegación el mismo día. Contra esta denegación cabe recurso ante la DGSJFP en el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la denegación y deberá ser resuelto de forma expresa en los cinco días hábiles siguientes. La DG notificará telemáticamente su resolución al registro el mismo día en que se produzca.

En el caso que nos ocupa, el recurrente presenta una instancia para aportar información en relación sobre la nulidad de una junta extraordinaria de accionistas. Este no es el medio adecuado, sino la impugnación judicial de los acuerdos adoptados y su constancia registral mediante la anotación preventiva de demanda de impugnación de dichos acuerdos o anotación preventiva de la suspensión de los acuerdos impugnados (art.155 y 157 RRM)

Resolución de 21-3-2025.

BOE 8-4-2025

Registro Mercantil de A Coruña, número II.

**CIERRE REGISTRAL.**

**SE CONFIRMA**

La DG confirma que la sociedad ha incurrido en el cierre de hoja registral previsto en el art. 378 RRM y 282 LSC por no haber efectuado el depósito de cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012 y siguientes. Lo que permitiría la inscripción del cese de administrador (art.378.1 RRM), pero en el supuesto que nos ocupa es inviable porque la sociedad también tiene el cierre registral por la baja provisional en el Índice de Entidades Jurídicas y por la revocación del número de identificación fiscal.

**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# La determinación de la filiación no matrimonial en la reproducción asistida

## *The establishment of non-matrimonial filiation in assisted reproduction*

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA\*

*Profesora de Derecho Civil. UCM.*

*Departamento de Derecho Civil*

*Facultad de Derecho*

*Universidad Complutense*

**RESUMEN:** En los problemas que surgen de la determinación de la filiación deben tenerse en cuenta muchas cuestiones, entre ellas si nos encontramos ante un caso de filiación matrimonial o no matrimonial. Otra cuestión que debemos tener en cuenta es la determinación de la filiación en los supuestos de técnicas de reproducción asistida, especialmente en estos casos en los que se lleva a cabo por una sola mujer, sin pareja estable ni consentimiento de otra persona, pero sin embargo surgen polémicas respecto de la filiación del menor con respecto a terceras personas. En este artículo analizamos estos conceptos en materia de filiación que en ocasiones pueden resultar difusos y pueden generar controversia, resolviéndose todas estas cuestiones por la jurisprudencia. Por ello analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo 1526/2024 en donde se discute entre dos personas la filiación de la menor en una relación no matrimonial, habiendo sido su concepción a través de técnicas de reproducción asistida en las que nada ha tenido que ver el varón.

**ABSTRACT:** *In the problems arising from the determination of filiation, many questions must be taken into account, including whether we are dealing with a case of matrimonial or non-matrimonial filiation. Another issue that must be taken into*

---

\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

*account is the determination of filiation in cases of assisted reproduction techniques, especially in these cases in which it is carried out by a single woman, without a stable partner or the consent of another person, but nevertheless controversy arises regarding the filiation of the child with respect to third parties. In this article we analyse these concepts in matters of filiation, which can sometimes be diffuse and can generate controversy, all these questions being resolved by case law. For this reason, we analyse Supreme Court Judgment 1526/2024 in which the filiation of the minor child in a non-marital relationship is discussed between two people, having been conceived through assisted reproduction techniques in which the male had nothing to do with.*

**PALABRAS CLAVE:** Filiación. Posesión de estado. Técnicas de reproducción asistida. Interés superior del menor.

**KEYWORDS:** *Filiation. State possession. Assisted reproduction techniques. Best interests of the child.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. A. CONCEPTO Y TIPOS DE FILIACIÓN. B. REGULACIÓN LEGAL. C. PROBLEMÁTICAS ACTUALES EN LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.—III. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN. A. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA. B. IMPLICACIONES DE LA FECUNDACIÓN CON GAMETOS DONADOS.—IV. POSESIÓN DE ESTADO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA. A. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA POSESIÓN DE ESTADO. B. ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL MARCO DE LA STS 5766/2024.—V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACION CITADA

## I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida han planteado importantes desafíos al Derecho de Familia. En el presente trabajo analizamos la reciente STS 1526/2024, de 13 de noviembre, sobre el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto contra la SAP de Lugo, Sección 1ª, de fecha 30 de junio de 2023 en el recurso de apelación nº478/2022, dimanante del juicio de filiación nº376/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Mondoñedo. En el presente caso, la madre de la menor interpone demanda de juicio verbal de impugnación de filiación paterna no matrimonial contra D. Hipólito. En la demanda se solicita que se declare que D. Hipólito no es el padre biológico de la menor, que entre los apellidos de la menor no estén los de D. Hipólito y que se rectifique la inscripción del nacimiento de la menor en el Registro Civil de Ribadeo.

Tras seguirse con los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la madre, la cual se recurre en apelación por la misma. La Audiencia Provincial de Lugo estima el recurso de apelación y declara que el demandado no es el padre de la menor, dejando por tanto sin efecto la filiación paterna que figura en el Registro civil. Posteriormente, D. Hipólito interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

La determinación de la filiación en este asunto es especial puesto que la madre se sometió a un procedimiento de fertilización consistente en la fecundación de cuatro óvulos con preembriones de donantes y, en ese momento, las partes no mantenían relación, el demandado no prestó consentimiento alguno y el tratamiento lo siguió en solitario la madre. También debemos destacar que las partes que habían mantenido una relación sentimental antes del proceso de fecundación, retoman la relación durante el embarazo y, cuando la menor nació, se inscribió a la niña en el Registro civil como hija de ambos ya que D. Hipólito la reconoció como hija con el consentimiento de la madre, lo que se denomina reconocimiento de complacencia.

La filiación, tradicionalmente asociada a vínculos biológicos o matrimoniales, ha sido redefinida por la intervención de nuevas tecnologías que permiten la fecundación de diferentes formas. Las técnicas de reproducción asistida aparecieron en la década de los 70 y en España su regulación comenzó en el 1988. El importante avance científico de los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta a diversos problemas hicieron necesaria la reforma de dicha norma dando lugar a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre que posteriormente fue reformada por la 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante LTRHA. Todas estas técnicas pueden darse en contextos diversos como parejas no casadas o familias monomarentales como vemos en la sentencia que analizamos. Este panorama exige al legislador ajustar los conceptos clásicos a la realidad actual.

En el ordenamiento jurídico español, la filiación y las medidas paterno filiales derivadas de ella están reguladas principalmente en el Código Civil y en leyes específicas, como la LTRHA. Aun adaptando las normas a la actualidad de la sociedad, la aplicación práctica de las mismas no está exenta de controversias, especialmente en casos como el presente donde se combinan cuestiones como la filiación no matrimonial y el uso de gametos donados, en este punto el principio del interés superior del menor se erige como criterio rector.

En este artículo pretendemos analizar cómo el Derecho español enfrenta los retos planteados, integrando el estudio de los elementos esenciales de la filiación, la reproducción asistida y las medidas paterno filiales en casos complejos como el presente.

## II. LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

### II.A. CONCEPTO Y TIPOS DE FILIACIÓN

La filiación es el vínculo entre padres e hijos, es la relación jurídica entre una persona y sus progenitores. La filiación es una relación jurídica que se basa en la relación biológica que se tiene con los progenitores. El Código Civil reconoce dos tipos de filiación, la filiación por naturaleza y la adoptiva. A su vez, la filiación por naturaleza se divide en matrimonial y no matrimonial. Será filiación matrimonial aquella en la que el hijo nace de padres que están unidos por el matrimonio, ya sea anterior o posterior al nacimiento, y, la filiación extramatrimonial aquella que se produce sin que los padres estén casados.

El Código Civil en su artículo 108 dispone que “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.” Esto es la base de la determinación del tipo de filiación aplicable a cada caso y debemos resaltar además que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, así se establece además en el artículo 39 de la CE.

La filiación se compone de algunos derechos y deberes que podemos encontrar recabados a lo largo del Código Civil, estos derechos que surtirán al margen de la clase de filiación consisten en: derecho a los apellidos, derecho a los alimentos y derechos sucesorios, los cuales desarrollaremos más adelante.

En el presente caso nos interesa ahondar en la filiación no matrimonial. Cuando los progenitores no están casados, no se puede determinar la filiación por medio de presunciones, puesto que falta el deber de convivencia y el de fidelidad, por ello se puede determinar la filiación no matrimonial por medio del reconocimiento, por sentencia firme y por expediente tramitado en el Registro civil.

Además, en este asunto la filiación es derivada de técnicas de reproducción asistida, puede ser por inseminación artificial, la fecundación in vitro o el uso de gametos donados como el presente caso. Esta filiación presenta particularidades como son los sujetos que se denominarán madre y/o padre. En el caso de madre gestante se entiende que es madre quien da a luz al menor; independientemente de que se haya utilizado un óvulo propio o donado, en nuestro caso la madre de la menor, Dña. Estrella, es madre gestante. En el caso de padre y/o madre legal, la filiación se atribuye a quien consiente en el uso de la técnica reproductiva para la procreación, como se prevé en el artículo 7 de la LTRHA. En el presente caso, Dña. Estrella es la única que consiente en el uso de la técnica reproductiva, D. Hipólito nada tiene que ver con esa acción, por lo que según esto no podríamos entender que D. Hipólito es padre legal de la menor.

## **II.B. REGULACIÓN LEGAL: CÓDIGO CIVIL Y LEGISLACIÓN ESPECÍFICA**

La filiación está principalmente regulada en el Código Civil en donde se establecen los fundamentos de la relación entre progenitores e hijos, además podemos encontrar cuestiones relativas a este asunto en leyes específicas que complementan y adaptan el marco normativo a las nuevas realidades sociales, como en el presente caso ocurre con la reproducción asistida.

En primer lugar, nos centraremos en el Código Civil en donde se regula la filiación en los artículos 108 a 141 diferenciando entre filiación por naturaleza que se divide en matrimonial y no matrimonial, y la filiación adoptiva. En materia civil debemos destacar tres áreas en las cuales se habla de filiación en el Código Civil como derecho de familia en sus artículos 109 y 110; derecho de la persona en sus artículos 14 y 17; y derecho de sucesiones en sus artículos 806, 807 y 912.

El artículo 109 CC establece que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley, esto es el derecho a los apellidos. La identificación de las personas se consigue cuando se les atribuye el apellido de los progenitores lo que se ve afectado según el tipo de filiación, por ejemplo, si sólo han sido recono-

cidos por uno de los progenitores llevarán los apellidos del que los haya reconocido. Sin embargo, si la filiación está determinada por ambos progenitores, podrán ponerse de acuerdo en el orden de los apellidos. Además, el orden de los apellidos deberá ser el mismo para todos los hijos comunes, aunque el hijo puede solicitar el cambio de orden de los apellidos al alcanzar la mayoría de edad. A este derecho debemos sumar las obligaciones de los progenitores contempladas en el artículo 110 relativas a la obligación a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

En materia de derecho de la persona se habla de filiación en dos momentos concretos como el artículo 14 del CC en donde se determina la vecindad civil del menor según las de sus progenitores, o como el artículo 17 del CC en donde se determina quiénes son españoles de origen y lo serán así los nacidos de padre o madre españoles.

En derechos sucesorios la ley atribuye el derecho a la legítima en la sucesión del padre o de la madre en su artículo 806 del CC. Además, en su artículo 807 se determina quiénes serán herederos forzosos y lo serán los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, lo que enlaza con el artículo 912 relativo a la sucesión legítima<sup>1</sup>.

En segundo lugar, acudiremos a las leyes específicas que complementan la regulación de la filiación adaptándola a las nuevas realidades sociales y tecnológicas, expresamente en este asunto nos interesan recalcar tres normas: la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; y, la ley 26/2015 de Protección a la Infancia y Adolescencia.

En la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida encontramos la primera mención a esta cuestión de la filiación en el artículo sexto donde se indica que la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas se determina conforme al consentimiento informado previo de los progenitores legales, independientemente de que existan lazos genéticos. Es decir, se exige el consentimiento previo evidentemente de la mujer receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley y además, si la mujer estuviera casada se precisará el consentimiento de su marido, a no ser que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste fehacientemente.

De forma más específica se regula en el artículo 7 la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida indicando que se regulará por las Leyes civiles, teniendo en cuenta además lo que se regule en los artículos 8 a 10 de la ley de técnicas de reproducción asistida. Especialmente importante es la determinación legal de la filiación del artículo 8 en donde se reconoce como progenitores a quienes prestaron consentimiento a la técnica, sin importar si se utilizaron gametos propios o donados. Además, ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento a esa fecundación, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. En esta norma se indica además que la revelación de la identidad del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

En la normativa del Registro Civil encontramos la primera mención a la filiación en el artículo 4 relativo a los hechos y actos inscribibles en donde se determina que es inscribible en el Registro Civil la filiación conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del CC. Esta inscripción da fe del hecho, fecha, hora y lugar del naci-

miento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito. Además, los progenitores deben realizar su declaración mediante la cumplimentación de un formulario oficial en el que se determina legalmente la filiación conforme a lo establecido en las leyes civiles y en la LTRHA<sup>2</sup>.

Dentro de esta norma, nos interesa destacar para el caso que analizamos el artículo 49.2 en donde se determina que en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido, consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación, es decir, la filiación determina los apellidos, por ello en el presente caso la madre solicita que se determine que los apellidos de D. Hipólito no son los de la menor porque el mismo no es el padre de la niña.

Por último, debemos destacar la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que nos interesa en este asunto por la modificación del artículo 137 del Código Civil en donde se especifica que la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, en este caso como el mismo es menor el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad aunque el ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad. Esta norma refuerza el principio del interés superior del menor en todas las decisiones relacionadas con la filiación y la familia, vinculando directamente el desarrollo de los derechos de los menores a su entorno familiar, pero esta cuestión la desarrollaremos más adelante.

En casos complejos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es fundamental en la interpretación de las normas que hemos mencionado. En el caso que analizamos por ejemplo es determinante para la resolución el uso de la posesión de estado como prueba para determinar la filiación en donde además existe un conflicto entre la filiación biológica y la filiación legal, debiendo primar la estabilidad del menor.

## II.C. PROBLEMAS ACTUALES EN LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

La filiación no matrimonial por naturaleza es aquella en la que los padres no han contraído matrimonio, esta ha experimentado importantes avances legales en España a lo largo de los años ya que se equipararon los derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, sin embargo, existen otros desafíos que deben resolverse en esta materia en cada caso concreto.

El artículo 120 del Código Civil permite el reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial, indicando que quedará determinada legalmente por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el formulario oficial. Pueden generarse conflictos en este ámbito en supuestos como: falta de reconocimiento del padre o madre no gestante en casos en los que no se reconozca voluntariamente al hijo; reconocimientos fraudulentos en donde se reconoce la filiación con fines ilegítimos como la regularización de la situación administrativa de menores extranjeros; o, limitaciones en el reconocimiento póstumo en

supuestos en los que el progenitor fallece antes de reconocer al hijo, en estos casos el proceso es más complicado y puede ser necesaria una prueba biológica.

Otra cuestión a tener en cuenta es la prescripción de estas acciones. Según la normativa, una acción de reclamación no prescribirá mientras el hijo viva, sin embargo, en el caso de la impugnación, el periodo de prescripción es de un año desde su inscripción en el Registro Civil.

La movilidad internacional ha generado otros problemas en la filiación como el reconocimiento de filiación establecida en el extranjero o la dificultad en el reconocimiento de sentencias extranjeras. En fecha 7 de diciembre de 2022 la Comisión Europea presentó la Propuesta de Reglamento en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo con la intención de facilitar así el reconocimiento de la filiación en la Unión mediante la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado.

El problema en este asunto es que en los Estados miembros hay diferentes normas sustantivas de Derecho de familia en materia de filiación, teniendo en cuenta además que cada Estado tiene diferentes normas de Derecho internacional privado para establecimiento y reconocimiento de la filiación en situaciones transfronterizas. Algunos países reconocen figuras de filiación que, por ejemplo, no tienen equivalencia en el Derecho español, como puede ser la gestación subrogada, generando así una inseguridad jurídica. En la actualidad, el Derecho de la Unión no ofrece una solución integral al problema de la falta de reconocimiento de la filiación.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la falta de reconocimiento o la impugnación de la filiación no matrimonial repercute directamente en los derechos sucesorios y familiares como puede ser el acceso a herencias, a pensiones de orfandad, a la nacionalidad... Esto es porque estos derechos devengan de la relación filial, por lo que si no existe esa relación no se generarán estos derechos.

Además, aunque legalmente se ha equiparado la filiación, en algunos entornos puede persistir cierta estigmatización social hacia los hijos no reconocidos o que han nacido fuera del matrimonio, esto puede ocurrir en entornos tradicionales o conservadores.

Por ello, aunque la filiación no matrimonial ha sido reconocida en igualdad de condiciones, sigue enfrentando desafíos prácticos y legales que exigen una mayor protección de los derechos del menor, lo que nos lleva a la necesidad de simplificar procesos de reconocimiento de filiación y adaptar el marco legal a nuevas formas de familia y reproducción.

### III. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN

La filiación en la reproducción humana asistida, es uno de los puntos de mayor repercusión conforme a esta realidad, ya que la reproducción asistida ha transformado el concepto de filiación al desvincularlo de la relación biológica. La LTRHA es el final de la evolución normativa en la materia y establece un marco normativo que prioriza la voluntad procreacional sobre el vínculo genético, pero siempre garantizando la seguridad jurídica de los menores.

La filiación no matrimonial vinculada a estas técnicas, plantea nuevos desafíos como la falta de consentimiento formalizado exigido en el artículo 8 de la LTRHA que indica “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. Con esto entendemos que como consecuencia de ese consentimiento el progenitor no biológico no puede negar su responsabilidad en la filiación.

Otro desafío que encontramos es una posible desprotección como consecuencia de la reformulación del principio *pater is quem sanguinis demonstrat*, aunque este principio ya se ha reformulado desde el año 1988 con la ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida, constituyendo así la filiación jurídica sobre la filiación biológica. La desprotección a la que hacemos referencia en relación con este principio es la que surge en la filiación no matrimonial ya que, a diferencia del matrimonio donde la paternidad se presume, en los casos de las parejas de hecho se debe formalizar el reconocimiento, lo que puede generar situaciones de desamparo legal para el menor.

Y, por último, encontramos un tercer desafío en relación con las parejas homosexuales, anteriormente existían más problemas que se han ido solventando con el matrimonio igualitario, aunque en parejas no casadas persisten dificultades en el reconocimiento de la filiación cuando se utilizan gametos donados.

### III.A. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA

El avance científico en las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70, supuso en España la necesidad de su regulación legislativa que se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Esta ley supuso un importante avance científico y clínico lo que hizo necesaria una reforma o revisión en profundidad de dicha norma, la cual fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que dio una respuesta parcial a las novedades científicas que habían surgido entre al año 1988 y el 2003. Esta respuesta parcial no conformó a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que la consideró deficiente, con determinados vacíos jurídicos e incapaz de adaptarse a las nuevas formas de reproducción asistida que van surgiendo día a día, lo que planteó la necesidad de una nueva regulación.

La LTRHA tiene por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley; y, la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados.

Además de ello, la LTRHA recalca dos cuestiones importantes, la primera es que a los efectos de esta Ley, se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito

desde que es fecundado hasta 14 días más tarde; y, la segunda, es que se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

En su artículo 2, la LTRHA define el concepto técnicas de reproducción humana asistida y delimita en su Anexo A cuáles son, encontrando en él: la inseminación artificial; la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y, la transferencia intratubárica de gametos.

### III.B. IMPLICACIONES DE LA FECUNDACIÓN CON GAMETOS DONADOS

La donación de gametos y preembriones está regulada por la LTRHA en su artículo 5 donde se determina que la donación es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. En la propia ley se establecen los derechos y obligaciones de los progenitores las cuales son:

1. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial<sup>3</sup>. De hecho, las actividades publicitarias o de promoción que realicen los centros autorizados deberá respetar el carácter altruista de aquella.
2. La donación es anónima<sup>4</sup>. El Registro Nacional de Donantes albergado en la plataforma informática garantiza la confidencialidad de los datos e identidad de los donantes.
3. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar<sup>5</sup>. Esto permite demostrar que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.
4. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España generados con gametos de un mismo donante no podrá ser superior a seis<sup>6</sup>. Para mantener este límite, los donantes deben declarar en cada donación si han realizado otras previas, indicando el momento y el centro en el que se ha realizado. Esto nos lleva al cumplimiento de determinadas obligaciones por el donante como facilitar información veraz y completa y comunicar cualquier cambio que pudiera producirse.
5. La donación es revocable<sup>7</sup> aunque no en cualquier supuesto.

En cuanto a las de los progenitores legales, debemos acudir al artículo 6 de la LTRHA hablamos de usuarios y receptores. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas siempre que sea: mayor de 18 años; tenga plena capacidad de obrar; preste su consentimiento escrito a su utilización de forma libre, consciente y expresa<sup>8</sup>; además, podrá serlo con independencia de su estado civil y orientación sexual<sup>9</sup>.

Si la mujer estuviera casada, se precisará el consentimiento de su marido<sup>10</sup> y este deberá prestarse antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir los mismos criterios requeridos para la mujer relativos a que su expresión será libre, consciente y formal.

Además, si la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida, estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil, que consiente en que se determine a su favor la filiación.

Todo ello tiene relación con la determinación legal de la filiación, recordando que ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. Además de ello, en los casos de gestación por sustitución se determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

#### IV. POSESIÓN DE ESTADO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

En el caso que nos ocupa, antes de hablar de la posesión de estado debemos tener en cuenta el consentimiento en una relación no matrimonial, en este caso, el varón, D. Hipólito, no ha consentido a la Técnica de Reproducción Asistida, ni ha intervenido en absoluto en la procreación del nacido, aunque el mismo retomara la relación con Dña. Estrella tras su embarazo se entiende que nada permite relacionarlo jurídicamente con la menor a excepción de la posesión de estado alegada por D. Hipólito.

En los artículos 131 a 134 del Código Civil se regulan las acciones judiciales de filiación, en ellos se especifica que cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. En el supuesto particular de la STS 1526/2024 se cuestiona la posesión de estado, donde se discute entre las partes si existió o no.

La posesión de estado hace referencia a la presencia de una relación filial aun cuando no exista una conexión biológica entre las partes. La filiación por posesión de estado es uno de los tipos de filiación regulados por el Código Civil y puede dar lugar a dos tipos de acciones: la reclamación de la filiación o la impugnación.

##### IV.A. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado en el derecho de familia es la apariencia de un estado entendiendo que hay posesión de estado cuando alguien disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado, puede ser de hijo, padre, esposo... Y con esta posesión goza de hecho de las ventajas anexas a esa situación familiar, debiendo soportar igualmente los deberes inherentes a la misma. En definitiva, podemos entender que es un conjunto de circunstancias de hecho que poseen valor de derecho en relación con el estado civil de las personas.

Existen tres elementos que pueden determinar la posesión de estado en una relación filial y estos son: el nombre, hace referencia a que la persona ha utilizado el apellido de quien ostenta el título; el trato, que hace referencia a que los afectados en la relación filial han mantenido una relación de padre e hijo; y, la fama, que indica que en la sociedad son reconocidos como padre e hijo.

El Derecho atribuye importantes consecuencias jurídicas a la posesión sin exigir al poseedor la prueba de que es el verdadero titular del derecho por los siguientes motivos: primero, porque generalmente el poseedor es también el verdadero titular del derecho; segundo, porque, salvo en ciertos casos, el principio del

respeto del orden constituido y el interés de la paz social exigen que los individuos no modifiquen una situación existente sin intervención de la autoridad competente; y, tercero, porque es necesario proteger a los terceros que han establecido relaciones con el poseedor en la creencia de que es el verdadero titular del derecho.

#### IV.B. ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL MARCO DE LA STS 1526/2024

En el caso que nos ocupa, el juzgado desestimó la demanda porque entendió que en el caso había posesión de estado como hija del demandado D. Hipólito. Esta resolución fue recurrida en apelación por Dña. Estrella y estimada por la Audiencia Provincial que entiende que en este caso no hay posesión de estado puesto que los actos del padre carecieron de la constancia, continuidad y permanencia en el tiempo que se exigen por la jurisprudencia ya que la menor nace en el 2021 y en el mes de mayo ya se separa la pareja. Tras esta separación, en los dos años de vida de la menor, no se ha formado una relación paterno filial, ni una conexión cuya ruptura pueda perjudicar a la menor.

Consideramos especialmente relevante en este asunto que no hubo consentimiento del recurrente en el empleo de las técnicas de reproducción asistida. A pesar de ello, la complicación en el presente caso deviene de que la menor lleva el apellido paterno y eso refleja que se cumple con el elemento del nombre e incluso se puede entender que el elemento de la fama<sup>11</sup>. Además, aparentemente el varón argumenta que, desde la separación ha hecho todo lo posible para mantener esa relación solicitando incluso medidas de guarda y custodia y la adopción de medidas cautelares. Todas estas cuestiones se derrumban al ver que, dado el escaso contacto que había tenido D. Hipólito con la menor, se autorizaron unas visitas mínimas de unas horas sin pernocta además de que el recurrente nunca había asumido gastos económicos, todo esto afianza la creencia de la falta de posesión de estado<sup>12</sup>.

#### VI. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR

El interés superior del menor representa una de las máximas prioridades y principios rectores en el ámbito de los derechos de la infancia. Es decir, que todas las decisiones que afecten a los menores deberán tomarse considerando su bienestar. Este interés fue formalizado por primera vez en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El interés superior del menor está intrínsecamente ligado a sus derechos como puede ser la educación, la salud y la protección.

Este principio no tiene una definición única y cerrada, sino que se determinará en cada caso concreto considerando el contexto personal, familiar y social del menor.

El interés superior del menor es la garantía que se le da al menor para que se tengan en cuenta sus derechos y sean protegidos. Siempre primará el interés superior del menor ante otro interés legítimo que pueda concurrir con él. Para hablar de legislación sobre este interés primero debemos mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 determina en su artículo 3 que todas las me-

didadas que tomen las instituciones públicas o privadas deben considerar el interés superior del menor como una prioridad, es decir, que en el resto de normas que estén relacionadas con los menores vamos a encontrar esta misma protección de los menores. Esto está relacionado con lo dispuesto en el artículo 39.4 de la Constitución Española, el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la protección de los menores conforme a los tratados internacionales ratificados por España.

En el Código Civil se incorpora este principio en diversas disposiciones, señalamos algunas de ellas como el artículo 92 que regula la custodia compartida y establece que las medidas sobre guarda y custodia deben basarse en el interés del menor; el artículo 154 que regula la patria potestad, la cual debe ejercerse en beneficio de los hijos; o, el artículo 158 que permite adoptar medidas urgentes para evitar perjuicios al menor en casos de conflicto familiar.

En el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, modificada en 2015, se recalca que el interés superior del menor es ese principio que debe guiar la interpretación y aplicación de todas las normas que afecten a los niños. Es un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.

También encontramos normativa específica como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia; o la LTRHA que hemos estudiado a lo largo de este artículo.

Es primordial entender que un hijo no es un bien o un servicio que se pueda garantizar o suministrar, sino que es un ser humano titular de derechos. Este interés debería exigir que toda filiación no biológica se determine en función de la idoneidad de los comitentes o padres intencionales, incluida la de quienes intentan ser padres a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya sea antes o después de nacido el niño. La filiación no biológica por Técnicas de Reproducción Humana Asistida debería determinarse en función del interés del niño a tener un padre y una madre,

## VII. CONCLUSIONES

- I. Los conflictos jurídicos en la reproducción asistida derivan de la desconexión entre el modelo de filiación tradicional y las nuevas realidades familiares. Aunque actualmente la LTRHA ha aportado seguridad en muchos casos, todavía persisten problemas en cuestiones que siguen avanzando día tras día como la inscripción de niños nacidos por gestación subrogada dado que no está permitida en España, la desigualdad que se ha planteado en diversas ocasiones en la filiación de parejas homoparentales o monoparentales e incluso en el uso de material genético *post mortem*.
- II. A día de hoy, la jurisprudencia sigue siendo clave para adaptar la normativa a estas nuevas situaciones ya que la nuevas técnicas pueden ir, en muchas ocasiones, por delante de la normativa aunque una vez asen-

tados los términos básicos como en el presente caso es la posesión de estado, la filiación no matrimonial, el consentimiento en las técnicas de reproducción y el interés superior del menor, se pueden resolver las dimencias por los tribunales sin necesidad de actualizar la norma continuamente.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- GALLARGO RODRÍGUEZ, Almudena: “Posibilidades en la atribución de la vivienda familiar ante la separación y divorcio de mutuo acuerdo: del convenio regulador a los pactos prematrimoniales”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ISSN 1982-7636, Año 16, Vol. 23, N°1, 2021, pp. 31-54.
- ISLA GALLEGO, Amparo: “Filiación mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga”, en *El Derecho Lefebvre*, <https://elderecho.com/filiacion-mediante-tecnicas-de-reproduccion-asisistida-heterologa>
- JURADO GUERRERO, Teresa: “El creciente dinamismo familiar frente a la inflexibilidad del modelo de vivienda español”, en *Cuadernos de Información económica*, ISSN 1132-9386, N°193, 2006, pp. 117-126.
- PARDO PUMAR, María José: “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Estudios Institucionales: Revista Internacional de Investigación en Instituciones, Ceremonial y Protocolo*, ISSN 2386-8694, Vol. 6, N°10, 2019, pp. 7-20.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: “Una propuesta de reglamento (UE) para facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados Miembros: Ampliar el objeto de reconocimiento y reducir los motivos de orden público”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 76, N°2, 2021, pp. 175-184.
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n°97, N°783, 2021, pp. 135-221.
- TRYFINIDOU, Alina: “Reconocimiento jurídico transfronterizo de la filiación en la UE” en *Estudio para la Comisión PETI del Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo*, Dirección General de Políticas Interiores, ISBN 978-92-848-0711-6, 2023.

## IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 13 de noviembre de 2024. Número Sentencia: 1526/2024. Número Recurso: 9899/2023. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 5766/2024. ECLI:ES:TS:2024:5766
- SAP de Cantabria, Sala Primera, Sección: Segunda, de 14 de octubre de 2024. Número Sentencia: 586/2024. Número Recurso: 491/2024.

- Ponente: Jose Arsuaga Cortazar. Numroj: SAP S 1762/2024 — ECLI:ES:APS:2024:1762
- SAP de A Coruña, Sala Primera, Sección: Quinta, de 3 de marzo de 2016. Número Sentencia: 61/2016 Número Recurso: 368/2015. Ponente: Carlos Fuentes Candelas. Numroj: SAP C 433/2016 — ECLI:ES:APC:2016:433
  - SAP de Alicante, Sala Primera, Sección: Novena, de 21 de marzo de 2007. Número Sentencia: 80/2007 Número Recurso: 69/2007. Ponente: Jose Manuel Valero Diez. Numroj: SAP A 4045/2007 — ECLI:ES:APA:2007:4045
  - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección: Primera, de 22 de julio de 2024. Número Sentencia: 39/2024 Número Recurso: 21/2024. Ponente: María Eugenia Alegret Burgues. Numroj: STSJ CAT 8992/2024 — ECLI:ES:TSJCAT:2024:8992

#### X. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española de 1978
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley Orgánica 8/2021 de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia, modifica artículos del Código Civil sobre patria potestad.
- Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, sobre representación legal de los hijos no emancipados en caso de intereses opuestos entre los padres.
- 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.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

## NOTAS

<sup>1</sup> Asimismo, atribuye derechos en la sucesión intestada (art. 930 CC). Los descendientes y ascendientes son recíprocamente herederos forzosos. Si la sucesión es intestada, los primeros llamados por la ley a la sucesión son los descendientes.

<sup>2</sup> Además de esto, en el artículo 44.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se determina que, *salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.*

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

*a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.*

*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.*

<sup>3</sup> Lo encontramos regulado en el artículo 5.3 de la LTRHA, en el que se dispone: *La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica rescabitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.*

*Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquella, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.*

*El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.*

<sup>4</sup> Encontramos este derecho regulado en el artículo 5.5 de la LTRHA en donde se determina: *La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

*Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.*

*Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.*

<sup>5</sup> En el artículo 5.6 de la LTRHA se regula: *Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones*

serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

<sup>6</sup> Regulado en el artículo 5.7 de la LTRHA: *El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.*

*Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.*

*A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.*

<sup>7</sup> Este derecho lo encontramos en el artículo 5.2 de la LTRHA: *La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.*

<sup>8</sup> Artículo 6.2 de la LTRHA: *Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.*

<sup>9</sup> Todo esto lo encontramos en el artículo 6.1 de la LTRHA: *Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.*

*La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.*

<sup>10</sup> Esto no será así en los supuestos en los que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente según se determina en el artículo 6.3 de la LTRHA.

<sup>11</sup> Fundamento de Derecho Cuarto de la STS 1526/2024: *Es doctrina de la sala que la posesión de estado tiene un componente fáctico, constituido por los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama) y a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Pero también tiene un componente jurídico, que es lo que permite que puede impugnarse en casación la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado (entre otras, sentencias 267/2018, de 9 de mayo, 45/2022, de 27 de enero, 558/2022, de 11 de julio, y 51/2024, de 11 de marzo).*

<sup>12</sup> En este caso no entendemos aplicable la sentencia 494/2016, de 15 de julio que afirma que «será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción».

## 1.2. Derecho de familia

# La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (II)

## *Family housing in situations of family crisis and economic and social vulnerability (II).*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesor Titular).*

*Universidad Complutense de Madrid.*

**RESUMEN:** La vivienda representa un pilar fundamental en el Estado del bienestar. Al respecto, el artículo 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia y el artículo 47 el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la vivienda familiar ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja y la primera vivienda (habitual o residencia) y la secundaria ante la existencia de una vulnerabilidad económica y social y el fenómeno de la okupación y la iniquiokupación y sus consecuencias jurídicas.

**ABSTRACT:** *Housing is a fundamental pillar of the welfare state. In this regard, Article 33 of the Spanish Constitution recognises the right to private property and inheritance, and Article 47 recognises the right of all Spaniards to enjoy decent and adequate housing. This study will focus on the analysis of family housing in situations of marital or relationship crisis, and the first home (habitual or residence) and secondary home in the presence of economic and social vulnerability and the phenomenon of squatting and unsquatting and its legal consequences.*

**PALABRAS CLAVES:** Vivienda familiar, crisis matrimonial o de pareja, guarda y custodia, hijos menores de edad, mayores de edad o discapacitados, atribución del uso de la vivienda, precario, juicio de desahucio, arrendamientos urbanos, vulnerabilidad económica y social, okupación, iniquiokupación.

**KEYWORDS.** *Family housing, marital or couple crisis, custody, minor children, adults or disabled children, attribution of use of housing, precarious, eviction trial, urban leases, economic and social vulnerability, occupation, unoccupation.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMNACIPADOS. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: II.1. LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. II.2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. II.3. LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. II.4. DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN O ESTANCIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.—III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. III.1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. III.2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS. III.3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS. III.4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA. III.5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO MAYOR DE EDAD. III.6. LA ATRIBUCIÓN DEL USO AL HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO. III.7. ATRIBUCIÓN DEL USO ANTE LA POSIBILIDAD QUE EN LA VIVIENDA VIVAN HIJOS DE RELACIONES DIFERENTES —FAMILIAS RECONSTRUIDAS—. III.8. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA PERTENECIENTE A UN TERCERO TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA: PRECARIO O COMODATO. III.9. EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA POR CONVIVENCIA MARITAL.—IV. LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA. IV.1. LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: ASPECTOS CIVILES. A. Duración y prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda según la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. B. La renta en el contrato de arrendamiento de vivienda. C. Actualización de la renta del arrendamiento de vivienda. D. Gastos generales y servicios individuales. IV.2. ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA: LA OKUPACIÓN Y LA INQUIOKUPACIÓN Y LOS PROCESOS DE DESAHUCIO. A. Procesos verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y reclamación de las cantidades debidas por el arrendatario, precario, recobrar y retener la posesión y sobre derechos reales inscritos. B. Reformas procedimentales en el procedimiento de desahucio: trámites y aportación de documentos previa a la presentación a la demanda. C. La suspensión de los lanzamientos en relación a colectivos vulnerables. D. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LO 1/2025). E. El seguro de impagos para los propietarios víctimas de la okupación. IV.3. Otras cuestiones jurídicas.—V. INCENTIVOS FISCALES APLICABLES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS A LOS ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA.—VI. LOS ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA Y LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.—VII. LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA TRAS MÁS DE UN AÑO Y MEDIO DE VIGENCIA. EFECTOS JURÍDICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### III.6. LA ATRIBUCIÓN DEL USO AL HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO

La Ley 8/2021 constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas que pretende incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de apoyos necesarios que una persona con discapacidad puede precisar “para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” (artículo 249 del Código Civil). Sin perjuicio de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomode a los criterios legales y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera<sup>275</sup>.

Con esta reforma se opta por equipararlos a los menores de edad discapacitados, mencionados en líneas precedentes, a los efectos de atribución del uso de la vivienda, cuando se hiciera conveniente su continuación en el uso de la vivienda, por ser también su interés necesitado de protección (artículo 96.1 párrafo 2). La situación de discapacidad debe existir al tiempo de la separación, nulidad y divorcio, además, de probar la conveniencia de mantener al hijo discapacitado en la vivienda familiar (entre otras cosas por estar adaptada a su situación) y la voluntad de permanecer en ella por el hijo discapacitado. En todo caso, se conecta la situación de discapacidad con el uso de la vivienda familiar y sin que sea necesario que existan medidas de apoyo acordadas<sup>276</sup>. De todas formas dicho uso resulta efectivo desde el momento de dictarse la sentencia de separación de divorcio y en la misma el juez podrá fijar el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. Como en el caso de los hijos menores discapacitados después de su mayoría de edad.

Nuestro legislador opera en sentido contrario a nuestro Tribunal Supremo que, solo equiparó a los mayores de edad discapacitados a los menores de edad a los efectos de alimentos, pero con respecto a la atribución del uso de la vivienda en ninguna situación. Así, la sentencia de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017<sup>277</sup> justifica esta no equiparación con los hijos menores de edad en este supuesto sobre los siguientes argumentos: “no se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de sus capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad”. A lo que añade que “el interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de sus estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de

los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume a su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija y no por su madre". Por lo que concluye que "una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra cosa distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (artículo 142 del Código Civil). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurrido esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfechos, si no pudiera atenderlos por sí misma mediante la obligación de alimentos de los progenitores".

Para el Tribunal Supremo, en relación con esta medida, no se otorga el uso de la vivienda al hijo mayor de edad discapacitado, al no ser considerado como "interés más necesitado de protección", ni se equipara a los hijos menores de edad que se hallan en similar situación como ahora establece el citado artículo 96.1 párrafo segundo<sup>278</sup>.

En todo caso, tras la reforma por Ley 8/2021 se tiende a fijar la limitación temporal en la atribución de la vivienda al hijo discapacitado<sup>279</sup>. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2024<sup>280</sup> fija una limitación temporal del uso de la vivienda familiar adjudicada en la sentencia de divorcio a la madre e hijo con discapacidad tras la citada reforma por Ley 8/2021. El demandante instó la extinción de la medida adoptada en la sentencia de divorcio relativa a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la madre y del hijo común declarado incapaz. La pretensión fue parcialmente estimada en primera instancia, acordándose la extinción del uso atribuido en un plazo de dos años. Sin embargo dicho pronunciamiento fue revocado por la Audiencia Provincial de Valencia que rechazó la demanda por no estimar justificado que el hijo discapaz quedara privado del uso de la vivienda, manteniendo dicha atribución con carácter ilimitado. Formulado recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la atribución del uso del que fue domicilio familiar a la progenitora y el hijo con discapacidad tras la reforma introducida en el artículo 96 del Código Civil por la mencionada Ley 8/2021. Tras la reforma legislativa, el precepto establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias

concurrentes. Una vez extinguido el uso, las necesidades de vivienda de los que carezca de independencia económica se atenderán según la regulación legal de los alimentos entre parientes. La Sala de lo Civil destaca que, con ese nuevo marco normativo, se fija una regulación específica para el supuesto que, entre los hijos comunes, ya sean éstos menores o mayores de edad, hubiera alguno que se hallase e situación de discapacidad. En tal caso, cabe fijar un uso adicional de la vivienda familiar; de tal manera que, no opera la automaticidad de las consecuencias jurídicas de la mayoría de edad. Una vez extinguido el plazo atributivo del uso, las necesidades del hijo discapacitado, que carezca de independencia económica, deberán ser cubiertas mediante el régimen jurídico de la prestación alimenticia.

A tal fin, serán los órganos jurisdiccionales quienes ponderen las circunstancias concurrentes para la determinación del plazo de dicha atribución temporal del uso de la vivienda familiar cuando sea conveniente la conservación temporal de tal uso a favor del hijo con discapacidad. A estos efectos, serán factores a tener en cuenta el grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores, entre otras, en función de las cuales deberá a motivarse la decisión que se adopte.

Por lo que respecta al caso de autos, el Alto Tribunal señala que el tribunal provincial atribuyó el uso de la vivienda con carácter ilimitado mediante un escueto razonamiento, lo cual es contrario a la atribución temporal que contempla el artículo 96.1 del Código Civil, sino que ello implique desatención a las concretas circunstancias que concurren en el hijo de los litigantes. Éstos no pactaron que el uso de la vivienda familiar fuera ilimitado en el tiempo, siendo voluntad de ambas partes que la atribución del mismo fuera temporal. La demandada vienen disfrutando de la vivienda desde hace más de 10 años, incluso antes si se tienen en cuenta las medidas provisionales, mientras que el demandante ha aportado unas ofertas de venta que permitirían a la madre adquirir una vivienda en la localidad en la que actualmente, se encuentra la litigiosa con el precio obtenido de la venta del inmueble común. A la hora de finar el plazo de cese de la posesión, la sentencia concluye que, no teniendo sentido que la vivienda se encuentre si utilidad hasta que se proceda a la enajenación, deberá ser abandonada por la madre y el hijo con 15 días de antelación a la fecha designada para su subasta o, en su caso de la fecha fijada para su venta por medio de notario o en documento privado.

### III.7. ATRIBUCIÓN DEL USO ANTE LA POSIBILIDAD QUE EN LA VIVIENDA VIVAN HIJOS DE RELACIONES DIFERENTES —FAMILIAS RECONSTRUIDAS—

No se pronuncia el legislador ni antes, ni ahora aprovechando la reforma del mencionado artículo 96. No obstante, se trata de una situación frecuente en la realidad social actual. La única referencia a esta situación la tenemos en el ámbito jurisprudencial. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2017<sup>281</sup> que *“el artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en*

evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que, se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2º y no en el 1º del artículo 96 es correcta: solo en el caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido un convivencia estable”. En esta línea, la sentencia del citado Alto Tribunal, de 14 de febrero de 2018<sup>282</sup> nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y al tiempo tiene un hijo con la ahora recurrente. Por tanto, no cabe una aplicación automática del artículo 96 del Código Civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que, tiene un hijo en común con el Sr. Simón, también lo es que éste tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. Simón y gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 550 euros, por lo que, considerando igualmente que, los ingresos mensuales del demandado ascienden al importe aproximado de 1500 euros mensuales con prorrata de pagas extras, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar el cuidado y la manutención de otras dos hijas menores a su cargo, habida de una anterior relación y sobre las que ejerce la custodia en exclusiva en virtud de sentencia judicial de fecha de 23 de noviembre 2012. En definitiva, la convivencia del padre con las dos hijas menores también determina la procedente aplicación de la previsión contenida en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil. En cuanto a la propuesta de “convivencia compartida” de la actora con las hijas del demandado, resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término no mantiene relación de parentesco con estas menores que, pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de unas funciones de guarda que, le han sido atribuidas a su padre y sobre todo por el manifiesto deterioro de las relaciones personales de la actora con el demandado y sus dos hijas. En consecuencia, teniendo en consideración la limitada capacidad económica del obligado al pago de los alimentos y las cargas familiares, se ha evaluado con ponderación y corrección cual es el interés más necesitado de protección, por lo que se atribuye al padre el uso de la vivienda.

### III.8. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA PERTENECIENTE A UN TERCERO TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA: PRECARIO O COMODATO

Es posible que constante matrimonio o de pareja de hecho se ceda el uso de la vivienda perteneciente a un tercero (padres u otros parientes de uno de los progenitores o conviviente de hecho) y tenga lugar la crisis matrimonial o de pareja y se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente que, no tiene relación de parentesco con los titulares de la vivienda o tenga un derecho de uso sobre la misma (v.gr. usufructuarios). La cuestión es si estamos ante un comodato o una situación de precario y, en consecuencia, pueden o no reclamar los propietarios la vivienda de su propiedad en cualquier momento o solo cuando hay urgente necesidad.

En este contexto, nuestro Tribunal Supremo se decanta mayoritariamente por considerar este supuesto como de precario<sup>283</sup>.

En un primer momento, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal en sentencia de 30 de noviembre de 1964<sup>284</sup> afirmó que “aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el derecho romano lo configuraba; que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos, una vivienda ocupada por otro y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de tal tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación, que se invoca, ya que tal nacimiento requiere de un acto expreso y más o menos solemne, otra realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que sea constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente y, lo mismo ocurre con la tolerancia que tenga el heredero adjudicatario con referencia al familiar que venía ocupando graciosamente tal vivienda, pues nunca se puede interpretar como acto constitutivo de un derecho de habitación”.

Con posterioridad, la sentencia de 2 de diciembre de 1992<sup>285</sup> declara que “en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijos y como tal “uso preciso y determinado” lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (artículos 1749 y 1750 del Código Civil), pues, aun cuando no se haya especiado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que, no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma “la necesidad urgente” de los dueños para recuperar el piso”. A diferencia de la anterior resolución que opta por el precario, en esta califica el supuesto como comodato. De nuevo, considera que estamos ante un precario en la sentencia de 31 de diciembre de 1994<sup>286</sup> que declara textualmente que “siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que ha hecho del precario, pues entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso. Ésta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes que, obtuvieron la vivienda del padre del esposo, sin que se haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un derecho a poseer;

por lo que el padre en cualquier momento había podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia”.

Tras estos precedentes jurisprudenciales se llega a las sentencias de 26 de diciembre de 2005<sup>287</sup> y de 2 de octubre de 2008<sup>288</sup>. En la primera de ellos se indica que “para solucionar este tipo de demandas habrá que examinar si existió un contrato entre ello y aplicar los efectos propios de ese contrato, pero, en el caso que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista. Caben, por tanto, dos posibilidades: 1. Que exista una auténtica relación contractual que justifique la posesión, debiendo aplicarse los efectos que el Código Civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista; 2. Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia del 30 de octubre de 1986 define como” (...) el disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella”, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que deba probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de la prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario”.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones que “operan como reglas de aplicación: A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista; B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familiar del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar; si bien con la precisión que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso, específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino y que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista; D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más que no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes

ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho quien posibilita la cesión del uso de la vivienda”. Sobre tales bases, aplicado al caso concreto, insiste el Tribunal Supremo en la interpretación de los mismos por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, de 1 de abril de 2003 que considero que, la relación jurídica que vincula a demandantes y demandados era la propia de un comodato, apoyándose en que la cesión se había realizado para un uso determinado en consideración al matrimonio de su hijo y con el objeto que los cónyuges establecieran en ella el hogar familiar y conyugal donde iban a residir junto con los hijos habidos del matrimonio. Por lo que, considera que “con independencia que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto que, es elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble”.

En esta línea, la sentencia de 29 de octubre de 2008<sup>289</sup> en un caso de desahucio por precario instado por los usufructuarios cedentes del uso de la vivienda señala que “ciertamente, en la cesión de una vivienda de un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos —la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar— aparezcan con claridad y que los hechos sean reveladores que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada —*in casu*, servir de morada o residencia—, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso” Aplicado este criterio “se aprecia la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente considera que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso que, no permitía al comodante reclamar la cosa prestada, sino en el momento en que concluyese el uso al que ha sido destinada, lo cual no ha tenido lugar. No obstante, tal apreciación, cuya base fáctica, desde luego, resulta inatacable en esta sede, la decisión de la Audiencia no se puede

mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien, es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia. Se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar; pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario que, pueda oponerse eficazmente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble”.

La sentencia de 30 de octubre de 2008<sup>290</sup> vuelve a considerar la situación de precario afirmando que “no se ha apreciado en el caso examinado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del propio y genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar. Semejante apreciación, con la valoración que conlleva, debe ser respetada en esta sede y sitúa a la demandada en la posición de precarista, al carecer de título hábil para justificar la posesión del inmueble; título que, en cualquier caso, habría de considerarse desaparecido tras la ruptura de la convivencia conyugal y que no se adquiere a los efectos de enervar el desahucio por precario, por la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda, en la medida en que no modifica aquella situación posesoria, ni como se acaba de decir, es oponible frente a quien es tercero respecto de los cónyuges, y que, por tener título bastante, está legitimado para pedir que se ponga fin a la misma”.

Insiste en la misma consideración de precario, por un lado, la sentencia del 13 de noviembre de 2008<sup>291</sup> que tras citar la doctrina establecida en la resolución de 2 de octubre de 2008 que “en el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante, titular dominical de la vivienda y la demandada, era la propia del comodato, dicha calificación se basaba en el hecho que la cesión de la vivienda por su dueña se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con el objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio, al que de esa forma se ayudaba económicamente. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues, con independencia que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades familiares, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la

convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista que, es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario que, pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble”.

Y, por otro, la sentencia de 14 de noviembre de 2008<sup>292</sup> al disponer, asimismo, que “la conclusión a la que llega la sentencia recurrida se ajusta al criterio jurisprudencial contenido en la sentencia de 2 de octubre de 2008 y por ello, debe ser mantenida. El tribunal de instancia no ha tenido por acreditada la concurrencia de las notas definitorias del préstamo de uso: de este modo, en la sentencia recurrida se precisa que, si bien los actores cedieron la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar tras el matrimonio, no consta, empero, su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, falta la presencia de los elementos característicos del comodato, pues no se considera acreditado que la cesión lo fuera por un concreto periodo de tiempo o para un uso específico o determinado, más allá del genérico de servir de morada o residencia; y semejante apreciación, que ha de permanecer incólume en esta sede, conduce a la conclusión que, a falta de prueba de la existencia del contrato, la posesión de la vivienda lo fue a título de precario”. Y añade que “aunque, como mera hipótesis, se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, en atención a su destino como hogar familiar y considerando que la cesión del inmueble lo fue para subvenir las necesidades familiares y aunque se apreciase, en consecuencia, en dicha cesión las notas que caracterizan el préstamo de uso, en la medida en que lo hubiese sido para un uso concreto y específico de la cosa, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda sobre la que versa la acción de desahucio era la correspondiente a una precarista, habiendo desaparecido el uso concreto y específico para el que fue cedida, cuya sobrevenida ausencia determina una situación de precario, caracterizada por la falta del título hábil para mantener la ocupación del inmueble”.

En unificación de doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza y efectos del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges al amparo de lo establecido en el artículo 96 del Código Civil la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2010<sup>293</sup> manifiesta que “estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 del Código Civil no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho de precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el

propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en estas sentencias no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo esta Sala, con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”.

La sentencia, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010<sup>294</sup> ha vuelto a ratificarse en esta línea. Así después de analizar en su *Fundamento Jurídico quinto* las distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar, por lo que ahora interesa indica que “cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 de diciembre de 2005”. Y en su *Fundamento de Derecho séptimo* afirma que “cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y a favor del usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26 de diciembre de 2005; de 30 de octubre; y de 13 y de 14 de noviembre de 2008; y de 30 de junio de 2009). La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda depende de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento”. Aplicando esta doctrina al caso indica que “de acuerdo con el artículo 445 del Código Civil (...) el copropietario tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el artículo 445 admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D<sup>a</sup> Amparo por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 no debe deducirse que, siempre que exista un condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una

excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor”.

Por su parte, la sentencia de 18 de marzo de 2011<sup>295</sup> incide, nuevamente, en el hecho que la respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 2005 y a partir de ella muchas otras que fijan las pautas interpretativas y de aplicación que, sirve para resolver la cuestión por lo demás frecuente, de la procedencia de reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar: “A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que pueden surgir entorno al uso, deberá resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio. Sin embargo, y para el caso que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura del precario; B) Para el caso que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de Familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tiene que ver con los terceros propietarios; (...) D) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la parte actora y frente a su reclamación, la parte demandada funda su oposición al abandono de la vivienda en el hecho que la sentencia declaró que la separación entre ella y su esposo, hijo del demandante, le atribuyó el uso de la vivienda. Sin embargo, el uso que la demandada ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo dueño, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como precario”.

Asimismo, la sentencia de 10 de octubre de 2011<sup>296</sup> ante un caso de demandas acumuladas de separación y divorcio presentadas cuando el matrimonio y sus hijas vivían en un piso del que eran propietario en un 67% los padres del marido y el un 33% del propio marido, habiéndose probado que los padres habían cedido al hijo la vivienda en precario declaró: “en relación con el primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, al hecho probado que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada por las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010; de 18 de enero de 2010 del Pleno de esta Sala y reitera en las sentencias de 18 de marzo de 2011 y 22 de noviembre de 2011, así como las de 30 de junio de 2009; de 22 de

octubre de 2009; 14 de julio de 2010, 11 de noviembre de 2010; y, 22 de noviembre de 2010”.

La sentencia de 14 de marzo de 2013<sup>297</sup> tras referirse a la doctrina fijada en la citada resolución del Pleno de la Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010, vuelve a reiterar que “la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título hábil para justificar la posesión que resulta oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión de la vivienda”. Además señala que “la sentencia recurrida ha rechazado que exista indicio alguno para considerar que entre la propietaria y la parte recurrente hubiera un contrato de comodato; la Audiencia ha valorado que, aunque el marido de la demandante permitió que sus padres y hermanos vivieran en la casa objeto de litigio hasta el año 2003, fecha en que la actora adquiere en exclusiva la propiedad del inmueble y toleró que continuara el uso de los actuales ocupantes, no se ha acreditado que existiera contrato alguno del que pueda deducirse que la estancia de los recurrentes se sustente en la figura del comodato, sino que entiende que, de la prueba practicada esa posesión consentida suele ser de precario”.

En esta línea, la sentencia de 28 de abril de 2016<sup>298</sup> en la que se manifiesta que “es pacífico en la doctrina que la cesión del uso de la vivienda que los padres de Don Casiano hicieron para que se estableciese en ella el domicilio conyugal de su hijo y doña Mirian fue una cesión en precario. Además la relación de precario no se modificó por el hecho que Don Casiano viniera a ser con su hermana, coheredero de su padre y copropietario de la vivienda con una cuota del 16,66% en pleno dominio y el 8,33% en nuda propiedad. Habría comenzado siendo una relación de precario también si Don Casiano hubiera sido titular de dichas cuotas en el momento en que él y Doña Miriam establecieron en la vivienda su domicilio conyugal”.

En fin, en este *excusus* jurisprudencial se ha vuelto a pronunciar el Alto Tribunal en sentencias de 24 de mayo y 3 de noviembre de 2021<sup>299</sup> que, asimismo, señala que “conforme a una jurisprudencia consolidada de esta Sala cuando un tercero (frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de la pareja, casada o no) cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado, ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (artículo 1750 del Código Civil), sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, esto es, la voluntad de quien cedió el uso (artículo 250.1.2º de la LEC)”. En cualquier caso, añade que “la situación de precario no cambia por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial”; y las sentencias de 6 y 26 de noviembre de 2024<sup>300</sup>.

En este contexto, entiende que los precaristas son poseedores de mala fe y en relación a la liquidación del estado posesorio<sup>301</sup>, conforme establece el artículo 453 del Código Civil son gastos necesarios los que “responden a devengos indis-

pensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente; y los gastos útiles son “los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementa su producción o su rendimiento con repercusión consecuente de su mayor valor en venta”.

Pues bien, corresponde a todo poseedor sin distinguir que lo sea de buena o mala fe, el resarcimiento de los gastos necesarios, como explica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002<sup>302</sup>. Ello radica, para nuestro Alto Tribunal en que, esos desembolsos los hubiera tenido que hacer en cualquier caso quien resulte vencedor en la posesión discutida para evitar la pérdida o el notable desmerecimiento de la finca; por lo que su reembolso tiende a evitar situaciones de enriquecimiento injusto, lo que no ocurre en el caso de los gastos útiles aunque incrementen el valor de la cosa. Por otra parte, en las situaciones de precario, la falta de título suficiente y buena fe determina que, no existe ni derecho de reembolso de los gastos útiles ni del derecho de retención que caracteriza su efectividad en este supuesto como con los gastos necesarios<sup>303</sup>. Respecto de los gastos suntuarios o de puro lujo o mero recreo no son reembolsables al poseedor de la cosa, sea de buena fe o no<sup>304</sup>. Por lo que, concluye la citada sentencia que, en el presente caso, la construcción de una piscina y de un garaje —obras realizadas durante el tiempo de tenencia de la finca por los cónyuges antes del divorcio—, no son gastos útiles reembolsables al precarista.

Efectivamente, el poseedor de mala fe (precarista) tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios, incluyendo en ellos la mayoría de la doctrina los gastos de producción de los frutos<sup>305</sup>, sin derecho de retención; no así el abono de los gastos útiles.

Ahora bien, esta doctrina de entender que en estos supuestos estamos ante la situación de precario y no de un contrato de comodato se aplica también: 1. A los supuestos de crisis de uniones extramatrimoniales, donde se atribuye el uso de la vivienda, precisamente, al conviviente con que no tiene relación de parentesco los titulares del inmueble<sup>306</sup>; 2. Al supuesto de fallecimiento de la propietaria de la vivienda y los hijos (herederos) ejercitan una acción de desahucio contra el cónyuge supérstite<sup>307</sup>; y, 3. A las situaciones de comunidad de bienes y comunidades hereditarias cuando se utiliza el inmueble por uno solo de los partícipes en la comunidad, que excluya el uso de los demás. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008<sup>308</sup> declaran que “si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener que ampare su posesión se coloca como precarista siendo viable al acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos”<sup>309</sup>.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2024<sup>310</sup> aprueba el desahucio de un individuo que se negaba a abandonar la vivienda de su madre en la que llevaba viviendo varias décadas. En dicha resolución se resuelve la disputa familiar entre una mujer usufructuaria de una

vivienda ubicada en Sevilla y su hijo —quien lleva viviendo intermitentemente en el inmueble de su madre desde hace 35 años—. Cuando el dueño o titular del derecho de uso y disfrute de una vivienda comunica que quiere recuperar el uso exclusivo de su propiedad, aquel que posee de manera inmediata la casa debe proceder a abandonarla, pues, se considera que existe una situación de precario. No cabe entender que por permitir que el hijo nudo propietario ocupara la vivienda, la madre usufructuaria quedara privada de la posibilidad de poner fin a la ocupación y de recuperar la vivienda. La única razón por la que el ocupante de la vivienda hubiera podido oponerse con éxito a la pretensión de la actora, cosa que en modo alguna ha intentado, hubiera sido la acreditación que ha poseído la vivienda, durante el tiempo requerido por la ley (treinta años) y sin interrupción alguna como libre de gravamen, poniendo de manifiesto, que la vivienda le pertenecía en plena propiedad y libre del derecho de usufructo, pues, es esa usucapión libertaria que debió hacer el nido propietario la que habría tenido la virtualidad de extinguir el usufructo que, en cambio, no queda extinguido por el mero hecho que la usufructuaria permitiera y tolerase el uso de la vivienda por el nudo propietario.

Al respecto el Alto Tribunal recuerda la jurisprudencia de esta Sala ya descrita en líneas precedentes que considera que en las cesiones gratuitas de uso en las que no se ha establecido de manera expresa que la cesión se hace por un tiempo determinado, si no media contraprestación, el título tiende al precario (sentencia de 22 de octubre de 1987)<sup>311</sup>. En este sentido como resulta de la sentencia 702/2014, de 3 de diciembre, si no consta el tiempo de uso ni el uso determinado para que el que se cede la cosa, el cedente puede reclamarla “a voluntad” (artículo 1750 del Código Civil). Y añade al respecto que, esta doctrina se ha aplicado frecuentemente en el ámbito de cesión del uso entre familiares, donde la jurisprudencia ha excluido que la simple necesidad de vivienda constituya u uso determinado de la misma en el sentido del artículo 1750 del Código Civil. el problema se ha planteado especialmente en las situaciones de crisis familiares, cuando tras la ruptura de la pareja a la que se cedió el uso se atribuye el uso a uno de ellos y el cedente niega el derecho a que se siga usando la vivienda y quiere que se le restituya. Por lo que aquí interesa, a partir de la sentencia 910/2008, de 2 de octubre, recalca la Sala de lo Civil que es doctrina que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por el titular del derecho de uso, para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio familiar es la propia de precarista. En definitiva, cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario (o, más ampliamente, del titular de un derecho de uso), de modo que el disfrute o la simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, hay precario, y la posición del titular del derecho de uso pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolverle la cosa (sentencias 134/2017, de 28 de febrero; de 28 de mayo y 1022/2005, de 26 de diciembre, entre otras).

Específicamente, una sentencia ya antigua de esta sala de 9 de enero de 1956<sup>312</sup> en un caso de ejercicio de una acción de desahucio por precario por parte de la usufructuaria contra su hijo, nudo propietario, a quien la usufructuaria había dejado vivir en la casa, reconoce a la usufructuaria la facultad de recabar el uso exclusivo del inmueble, poniendo fin a aun situación basada en la tolerancia o en la benevolencia y niega que la situación anterior genere un derecho de ocupación a favor del nudo propietario, cuya situación había sido calificada por la sentencia

que se confirma por la Sala Primera como precario. Además, indica el Alto Tribunal que, el nudo propietario que tiene la posesión de la cosa como consecuencia del uso que le permite el usufructuario es poseedor inmediato de la cosa. Es la medida en que es poseedor por la tolerancia del usufructuario, su posesión no comporta la pérdida de la posesión de la cosa por el usufructuario, que la conserva de manera mediata a través de la posesión inmediata del nudo propietario. Por ello, no puede apreciarse que el usufructuario que consiente el uso del nudo propietario incurra en una situación de falta de ejercicio de las facultades inherentes al usufructuario susceptibles de ser valorada como no uso extintivo de su derecho. Tal interpretación equivaldría a negar que el usufructuario puede ceder y consentir el uso de la cosa por otro (que puede ser el nudo propietario), lo que forma parte del contenido de las facultades como usufructuario. Además se indica que el artículo 513.7º del Código Civil realmente contempla como modo de extinción del derecho de usufructo la prescripción, esto es, la prescripción extintiva de la acción real que corresponde al usufructuario apara proteger su derecho, lo que, necesariamente requiere que además del trascurso del plazo de treinta años (para los inmuebles, conforme al artículo 1963 del Código Civil), concurra una posesión de la cosa (por el dueño o por un tercero) como libre de gravamen, que es la forma por la que el propietario puede adquirir sin título, ni buena fe la usucapión de la libertad del bien.

Sobre tales bases, se ha consolidado en la jurisprudencia y la doctrina la consideración de precario en estos casos<sup>313</sup>. Al respecto, se indica: 1. Para resolver los conflictos como el ahora planteado, se ha de analizar cada caso concreto para verificar si ha existido o no un contrato entre las partes y, particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico; 2. Para que se califique la cesión de una vivienda a un hijo a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado que, ciertamente puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino y que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. Por lo que, es preciso que aparezcan con claridad las notas caracterizadoras del préstamo de uso; y además los hechos reveladores que, el uso para el que se cede la casa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica o incluso, específicamente considerada, lo que no impide que, puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso; 3. La duración del contrato de comodato puede venir fijada de las siguientes formas: a. Por virtud de pacto expreso: las partes convienen un plazo determinado y objetivamente determinable sin necesidad de nuevo acuerdo entre ellas y en aplicación de criterios distintos del uso convenido —pudiendo incluirse aquí, también la hipótesis en la que aunque la duración no haya sido objeto de una determinación expresa, se puede llegar a descubrir la mismas por vía de interpretación, aplicando los criterios hermenéuticos generales recogida en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil—; b. Porque el

plazo derive o se deduzca en función de un uso que se convino de forma concreta; c. Porque el uso permitido al comodatario —y consecuentemente la duración del contrato— resulte de “la costumbre de la tierra”. Se debe entender en la forma que en muchas ocasiones la menciona el Código Civil (con esa palabra o con la de “usos”, por ejemplo, en los artículos 570, 571, 590, 1496, 1599, etc.), esto es, dentro de los doctrinalmente llamados “usos jurídicos” o “usos sociales con trascendencia jurídica” hoy equiparables a la costumbre propiamente dicha en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 del citado cuerpo legal; d. Porque se haya pactado o convenido que el plazo quede a voluntad del comodatario. En cuyo caso, habrá de aplicarse lo establecido en el párrafo 2 del artículo 1128 del Código Civil y el plazo habrá de ser fijado por los tribunales; 4. En el supuesto que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrán, en cualquier momento, reclamar su posesión; 5. El uso de una vivienda para vivir en ella una familia aunque suponga un destino genérico, no puede implicar para los propietarios una cesión vitalicia o indefinida y gratuita, sin posibilidad alguna de recuperación, partiendo de la temporalidad propia del comodato (artículo 1740 del Código Civil); 6. Aun cuando se admitiese la existencia de un acuerdo o pacto entre las partes sobre la cesión del uso del inmueble durante cierto tiempo o para un uso determinado con obligación de restitución, transcurrido aquel periodo de tiempo o concluido el uso para el que se prestó, el comodato se convierte en precario al romperse la unidad del grupo familiar al que se cedió la vivienda por los propietarios; de forma que, estos pueden recuperarla; 7. De no operar así, supondría que no se podría recuperar la vivienda hasta que finalizase el uso atribuido en virtud de sentencia en un proceso matrimonial o crisis de pareja; 8. Por otra parte, se considera que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa —lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal o de pareja— y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista; 9. Que el título que posibilitó al hijo/a el uso de la vivienda constante matrimonio o relación de pareja perteneciente a sus padres tiene naturaleza de comodato, tras la crisis matrimonial o de pareja, el cónyuge o pareja de hecho no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda en sentencia dictada en un pleito de separación o divorcio. La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez, rota la convivencia con independencia de la atribución del uso y disfrute de la vivienda por resolución judicial de separación o divorcio, pues, ésta no representa título hábil de opción frente a terceros ajenos a las relaciones entre cónyuges. 10. El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar atribuido por resolución judicial de separación o divorcio a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, al no ser partes, ni pueden serlo en el procedimiento matrimonial. Además, no puede generar por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una posición jurídica y protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya

que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego dignas de protección con cargo a terceros extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda. Asimismo, se ha de manifestar que, operar de otra manera desincentivaría las cesiones del uso de la vivienda a los familiares y parientes; 11. La decisión judicial no altera el título posesorio, ni lo transforma, por lo que la atribución del uso como medida judicial definitiva no crea un derecho frente a terceros y no puede afectar a los intereses; a lo que haya que añadir que, la sentencia o el auto dictado en un proceso matrimonial pone fin al mismo, y no puede afectar a quienes no han sido parte —como los terceros que han cedido la vivienda de su propiedad—; 12. Con independencia que inicialmente pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como préstamo de uso, ha de convenirse que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal; y, 13. En fin, la solución de estos conflictos debe resolverse a través de las normas sobre propiedad y no mediante las normas del Derecho de familia, pues, las consecuencias del divorcio o separación de los cónyuges o de la crisis de pareja nada tiene que ver con los terceros propietarios del bien.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 20 de septiembre de 2024<sup>314</sup> concede legitimación al padre para desahuciar a su hija de la vivienda ganancial que ocupa sin título alguno. El actor ejercita frente a su hija una acción de desahucio por precario para que deje libre la vivienda que ocupa y que es propiedad de la sociedad de gananciales formada por sus padres. El Juzgado de Primera Instancia negó al demandante legitimación activa para ejercitar dicha acción por no haber intervenido en el proceso su esposa, previa adopción de medidas de apoyo y concesión de autorización judicial por estar incapacitada. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Ourense estima el recurso de apelación interpuesto por el padre, revoca la resolución recurrida y declara haber lugar al desahucio de la demandada. En contra del criterio del Juzgado, la Sala de la Audiencia si estima que el actor ostenta legitimación activa para ejercitar la acción de desahucio. Así el uso de la vivienda que pretende atribuirse la hija se fundamenta en la voluntad en su día manifestada por su madre. Ahora bien, dado el carácter ganancial de la vivienda, dicha progenitora carece de exclusivo poder de disposición sobre ella. De hecho, precisa la sentencia que, de negarse legitimación activa del demandante, se estaría atribuyendo el exclusivo poder de disposición sobre la vivienda a su esposa, dándose la paradoja que la demandada fundamenta su oposición a la acción ejercitada, precisamente, en que el poder de disposición sobre la vivienda no puede corresponder en exclusiva al padre. En consecuencia, al no existir ningún contrato de arrendamiento o comodato entre la demandada y sus padres en cuya virtud estos le hayan atribuido el uso de la casa en la que reside que, por tanto, ocupa en condición de precarista, el demandante está legitimado para el ejercicio de la acción de desahucio por precario, redundando, además, el ejercicio de la misma en beneficio de la sociedad de gananciales por cuanto la ocupación de la vivienda por un tercero constituye, desde un punto de vista objetivo, una carga para la propiedad. En definitiva, contando el actor con legitimación activa para instar el desahucio de su hija, debe estimarse la demanda interpuesta, sin que a la demandada le asista derecho de retención por haber realizado obras en la vivienda que ocupa sin título alguno.

Pese a esa tendencia mayoritaria, no faltan resoluciones que, entienden que estamos ante una situación de comodato tanto antes como después de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no pariente de los terceros propietarios del bien en sentencia de separación o divorcio destacando que: 1. En estos supuestos la cesión de la vivienda lo es para un uso preciso y determinado al servir de vivienda familiar (artículos 1749 y 1750 del Código Civil); 2. Dicho uso no concluye por el mero hecho de la separación o el divorcio y que se atribuya dicho uso al cónyuge no familiar de los titulares de la vivienda o del que tengan un derecho sobre ella, pues, la resolución judicial no varía el fin de la vivienda familiar como es la de servir de hogar a la familia; y, 3. No constando un plazo de duración de la cesión, pero si un uso específico de hogar familiar del matrimonio que, se mantiene aun teniendo lugar la crisis matrimonial o la de pareja, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad<sup>315</sup>.

O, como resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 8 de noviembre de 2024<sup>316</sup> que una madre no pudo desahuciar a su hija de la vivienda que le arrendó, unida después a otra vivienda de la madre para mejor movilidad de la hija en silla de ruedas. La demandante Dª Azucena instó demanda de desahucio por precario contra su hija Remedios, fundamentando su pretensión en que el contrato de arrendamiento suscrito entre ambas se refería a una vivienda de su propiedad pero no otorgaba a la demandada el derecho a ocupar la otra vivienda litigiosa.

El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 29 de noviembre de 2022, aclarada posteriormente por auto del 23 de diciembre de 2022 estimó la demanda de desahucio presentada al considerar que ambas viviendas constituían fincas registrales independientes y que, por tanto, no podía entenderse la existencia de un único arrendamiento que abarcara a ambas. En consecuencia, condenó a la demandada al desalojo de la vivienda que ocupa en situación de precario. Contra la indicada resolución planteó recurso la parte demandada insistiendo en que el contrato de arrendamiento se había concertado para ambas viviendas y que la Sra. Remedios se encontraba en situación de vulnerabilidad debido a su movilidad reducida que determina una discapacidad del 70%.

La Audiencia Provincial de Barcelona revoca dicha resolución y desestima la demanda. Asimismo, por auto de esta Sala de 8 de marzo de 2024 se deniega la solicitud de suspensión por prejudicialidad penal al entender que la investigación que se seguía en el juzgado de instrucción número 3 de l'Hospitalet (Diligencias Previas 6/2023) hace referencia a la posible comisión de un delito de apropiación indebida que no afecta a la fundamentación de la presente causa, sin perjuicio que, atendiendo a lo indicado por el Ministerio Fiscal en el informe presentado en esta Sala, correspondiera al juzgado de instancia valorar la situación de capacidad de la demandante Doña Azucena, con carácter previo a la adopción de cualquier medida de carácter ejecutivo, dando cuenta a la Fiscalía por su procediera el nombramiento de un defensor judicial.

En este contexto, la cuestión controvertida radica en determinar si el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes litigantes, que formalmente solo hacía referencia a una de las viviendas, debe extenderse también al inmueble colindante, el cual constituye una finca registral independiente, a efectos de valorar si la demandada ostenta o no título suficiente para su ocupación. En autos ha quedado

acreditado que, la realización de obras de comunicación interna de ambas viviendas hace más de 30 años existiendo una única puerta de acceso a la que debe considerarse única vivienda de la planta.

Pues bien, atendiendo al tiempo transcurrido desde que se llevaron a cabo las obras de unión de las dos viviendas y al hecho de que las litigantes sean madre e hija, el Tribunal concluye que las obras se ejecutaron con vocación de permanencia y con ánimo de facilitar a la hija mejores condiciones de movilidad y espacio en el interior de la vivienda, dado que se halla afectada de un importante grado de discapacidad y que se desplaza en silla de ruedas.

En este sentido, la Sala rechaza la alegación de la madre de tratarse de una mera actuación tolerada, puesto que las obras ejecutadas no pueden ser calificadas como actuaciones puntuales de mantenimiento o de pequeñas reformas, sino que constituyen una modificación relevante que afecta a la configuración de ambas viviendas, que han pasado de ser dos espacios físicamente independientes a integrarse en uno solo y con una única puerta de comunicación con la escalera.

En consecuencia, por su entidad, las obras realizadas solo pueden concebirse si existió entre las partes una voluntad de estabilidad y permanencia, de modo que el hecho mismo de su ejecución es elemento suficiente para entender que hubo voluntad de extender el arriendo a ambas viviendas.

Por todo lo expuesto, la sentencia concluye que no cabe considerar que la ocupación de la vivienda por la demandada derive de un acto de mera tolerancia por parte de la actora, sino que ésta conoció y admitió la realización de las obras que suponían la integración de ambas viviendas en un solo inmueble, generando en su hija la legítima confianza que la situación sería respetada y que el contrato de arrendamiento se extendía a ambas viviendas; lo que impide a la madre pretender su desalojo con fundamento en una acción de desahucio por precario, al concurrir pruebas suficientes para considerar que la demandada posee el piso en virtud de justo título de arriendo.

Ahora bien, nos parece oportuno señalar que, desde un punto de vista procesal, en base a la regulación existente en la LEC de 1881 se alegaba por la parte demandada la inadecuación del procedimiento de desahucio por precario y la remisión a un juicio declarativo ordinario, o incluso a la apreciación de oficio. Además de no resolverse la cuestión por el juzgador en base a las denominadas “cuestiones complejas”, esto es, debido a la complejidad del procedimiento<sup>317</sup>. No obstante, conforme a la nueva regulación de la LEC 1/2000 ya no es posible que prospere tal alegación, en la medida en que el juicio de desahucio es un juicio verbal que, no tiene la consideración de juicio sumario y teniendo la sentencia que recaiga en este procedimiento eficacia de cosa juzgada (artículo 447.2 de la LEC)<sup>318</sup>.

Por otra parte, no faltan ocasiones en que el titular del derecho de uso alega vulneración de la buena fe, abuso del derecho, ir contra los propios actos<sup>319</sup>, o incluso, fraude de ley que, no prosperan en la mayoría de las ocasiones<sup>320</sup>, aunque en otras excepcionalmente sí<sup>321</sup>.

En fin, cabe alegar, por un lado, como hace acertadamente ORDÁS ALONSO el carácter *intuiti persone* del contrato, bien se trate de un precario o de comodato, pues, “la cesión gratuita de la vivienda tiene carácter personalísimo, efectuada en razón de la relación familiar que une a los cedentes con su hijo y solo con él, en ocasiones hermano; de manera que la salida de éste del inmueble extingue el

contrato. Solo así cabe entender ese tránsito de la existencia de un comodato a un precario al que alude el Tribunal Supremo, seguido de la jurisprudencia menor, en alguna de sus sentencias. Una vez convertido en precario, este puede terminar en cualquier momento que el cedente reclame la extinción del uso<sup>322</sup>; y por otro, que es posible atribuir el uso de una vivienda distinta a la familiar cuando ésta se disfruta en precario, como así lo ha llevado a cabo nuestro Alto Tribunal en alguna ocasión<sup>323</sup>.

En este contexto, finalmente nos parece oportuno destacar que, diferente del precario es la situación de la ocupación ilegal de viviendas que, tras la modificación de la LEC por la Ley 5/2018, de 11 de junio se ha articulado un cauce procesal que, permite la inmediata recuperación de la plena posesión de la vivienda o parte de ella incluso frente a los desconocidos ocupantes (artículo 250.1.4º). Todo ello sin perjuicio de la tipificación penal de dicha ocupación ilegal como delito de usurpación. Lo que será objeto de análisis junto con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del sistema público de justicia.

### III.9. EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA POR CONVIVENCIA MARITAL

Desde un punto de vista objetivo, la destrucción total o la ruina de la vivienda familiar puede dar lugar a la extinción del derecho de uso; si bien, cabe que no proceda la misma si la destrucción es parcial y siempre que sirva a las necesidades habitacionales del cónyuge usuario y custodio y los hijos menores; si deja de ser apta para tal fin, tal circunstancia puede determinar la extinción del uso<sup>324</sup>. Desde un punto de vista subjetivo el fallecimiento del titular o beneficiario del uso puede, asimismo, implicar la extinción del uso por tratarse de un derecho personalísimo<sup>325</sup>. También la limitación temporal.

Por otra parte, la división de la cosa común puede determinar o no la extinción del uso. Así, cabe plantearse diversas situaciones. Si la cotitularidad de la vivienda la tiene el cónyuge no usuario con un tercero, o éste con ambos cónyuges, o ambos cónyuges en estos casos, subsiste el uso de la vivienda, aunque se venda en pública subasta<sup>326</sup>. En los dos supuestos descritos, si el tercero extraño —cotitular de la vivienda— decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común se extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla “resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido”<sup>327</sup>. Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Ahora bien, si la titularidad es de un tercero con el cónyuge no usuario y éste decide ejercitar la acción de división y venta de la vivienda familiar, debe ser calificado este acto de disposición y sujeto al régimen de consentimiento dual del artículo 96.4 del Código Civil<sup>328</sup>. Si la cotitularidad es de un tercero y ambos cónyuges, y quien ejercita la acción de división es el cónyuge no usuario no resulta posible imponer el uso al adjudicatario, ni base para que opere el citado artículo

96.4 exigiendo el consentimiento del cónyuge usuario<sup>329</sup>. En fin, si la titularidad es de ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejercita la acción de división, si el cónyuge usuario se allana, y además ha consentido expresamente en convenio la cesación del uso en caso de venta de la vivienda, si ésta se adjudica en subasta a un tercero, no cabe oponerle el derecho de uso<sup>330</sup>.

También puede tener lugar la extinción del uso por variación de la situación económica y patrimonial del cónyuge usuario<sup>331</sup>; por cambio de circunstancias de los hijos, por ejemplo, por un cambio en la guarda y custodia, atribuyéndose ésta al cónyuge no usuario<sup>332</sup>, o porque los hijos alcancen la mayoría de edad e independencia económica<sup>333</sup>; o, en fin, por el no uso de la vivienda, esto es, deje de utilizarse para cubrir las necesidades de alojamiento de la familia, de lo que se deriva una falta de necesidad de ocupación<sup>334</sup>. Si bien esta situación de no uso ha de ser con carácter permanente, pues, no determina la extinción del derecho situaciones de no uso transitorias o puntuales<sup>335</sup>. Igualmente, la pérdida del carácter familiar, que puede tener lugar por el abandono de la misma al no necesitarla para cubrir las necesidades habitacionales de la familia, o cuando el cónyuge usuario y los hijos se trasladan a otra vivienda en la misma o distinta.

En este contexto, es posible acordar en el marco de un convenio regulador como causa de extinción del derecho de uso el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona<sup>336</sup>. Ahora bien, si no se ha pactado nada la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018<sup>337</sup> resuelve la cuestión señalando que, el cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación y, por supuesto, sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, procede la extinción del derecho de uso de la vivienda, cuando éste constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive y perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial que, determinó la fijación de tal medida, constituyendo ahora la convivencia marital causa de extinción del derecho de uso<sup>338</sup>. En el mismo sentido, la sentencia de 23 de septiembre de 2024<sup>339</sup> en la que se extingue la atribución del uso de la vivienda a los hijos y a la esposa custodia por convivencia en el domicilio de la progenitora con una nueva pareja. Se prolonga el uso de la vivienda durante un año desde la fecha de la sentencia atendiendo a la especial ponderación del interés de los hijos. No procede posponer esa permanencia hasta la liquidación de la sociedad de gananciales como pretendía la esposa. De ahí que, por razones de seguridad considere el Alto Tribunal que es preferible fijar un plazo cierto.

En fin, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2022<sup>340</sup> que el uso de la vivienda familiar por un cónyuge tras el periodo en que fue asignada no genera derecho a indemnización en favor del otro cónyuge.

#### IV. LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA

La vivienda como la garantía del derecho a la misma se relaciona directamente con ocho de los ODS, en concreto, los números 1, 3, 4, 5, 7, 10, 11 y 17. Este último relativo a las alianzas para lograr los objetivos se interpela a todos

los niveles de la Administración para que actúen y la necesidad de una sociedad y tercer sector fuerte que coparticipen y se alíen en la coproducción de políticas de vivienda asequible. Este ODS insta a los Estados a “lograr que ciudades y asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles” y establece como meta principal que de aquí al 2030, se asegure el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos, adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales”<sup>341</sup>.

En todo caso, la vivienda constituye, ante todo, un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar, y centro de todas las políticas urbanas. Pero también, desde el punto de vista de su soporte físico, al tratarse de un bien que acota un sector económico dedicado a su producción, puesta en el mercado y su gestión. De hecho, en el conjunto de la edificación urbana, la vivienda ocupa el 80% del espacio construido y, como tal, es un factor determinante de la estructuración espacial.

Desde esta perspectiva, asimismo, la satisfacción del derecho a una vivienda digna está directamente relacionada con la capacidad que tiene nuestro sistema de vivienda de responder a las necesidades residenciales de la sociedad. De ahí que, se parte de la base de concebir la vivienda (y la vivienda asequible) como un derecho humano que se enmarca en las necesidades humanas para una vida digna, pero que también exige que se acompañe del desarrollo de políticas públicas que se orienten a su cumplimiento.

En este contexto, resulta esencial el cumplimiento de lo dispuesto en el título II donde se recogen los aspectos fundamentales de la actuación pública en materia de vivienda, precisando algunos principios vinculados a la ordenación territorial y urbanística y regulando las herramientas básicas de la planificación estatal en esta materia, con plena salvaguarda de la competencia autonómica en esta materia.

Así, la ley articula las políticas de planificación y programación públicas, sobre dos categorías de vivienda protegida: vivienda social y vivienda de precio limitado.

El parque de vivienda social está integrado por el conjunto de viviendas sobre suelo de titularidad pública, destinado al alquiler, cesión u otras formas de tenencia temporal, orientado, de manera prioritaria, a atender las necesidades de los sectores de población con mayores dificultades de acceso a la vivienda.

Dentro del parque de vivienda social se encuentran las viviendas dotacionales públicas, que son aquellas que ocupan terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o que forman parte de edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público. Las viviendas dotacionales públicas podrán gestionarse por las administraciones públicas, sus entidades dependientes o entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, para garantizar el acceso a las mismas a personas en situaciones de vulnerabilidad o en exclusión social, en régimen de alquiler, derecho de superficie u otras modalidades de tenencia temporal admitidas por la legislación aplicable.

Las viviendas dotacionales públicas, junto con el resto de la vivienda social, formará parte del parque público de vivienda que se regula específicamente en el título III, y que estará sujeto a limitaciones para asegurar su pervivencia y su destino como instrumento al servicio de las políticas de vivienda.

La ley establece varios mecanismos para ampliar la oferta de vivienda social: se permitirá que se califique como uso compatible de los suelos dotacionales, el uso de vivienda dotacional pública; se podrá obtener suelo para vivienda dotacional o social con cargo a actuaciones de transformación urbanística y, además, se garantiza que se construya vivienda dotacional en los suelos procedentes del cumplimiento del deber previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 18 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Para ello se impide que, en los municipios donde exista desajuste entre la oferta y la demanda de vivienda habitual, pueda sustituirse la entrega de este suelo por otras formas de cumplimiento del deber o que se pueda destinar a otros usos de interés social distintos al anterior.

En segundo lugar, dentro de la vivienda protegida se define la vivienda de precio limitado como aquella que está sujeta a limitaciones administrativas en los precios de venta y/o alquiler, por un plazo de tiempo determinado. La vivienda protegida de precio limitado estará destinada a diferentes regímenes de tenencia y su volumen y características en cuanto a superficies y precios estará condicionado en todo caso a la demanda y necesidades de los hogares en su ámbito territorial.

La vivienda protegida de precio limitado podrá ejecutarse, al igual que las otras modalidades de vivienda protegida, sobre las reservas de suelo para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública que prevé la letra b) del apartado 1 del artículo 20, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso deberán mantener dicha condición de forma permanente en tanto que se mantenga el destino de ese suelo. Si bien, la vivienda de precio limitado también podrá desarrollarse sobre suelos calificados con el uso de vivienda libre.

En todo caso, la ley garantiza que la vivienda protegida, ya sea social o de precio limitado, no pueda descalificarse, salvo en el supuesto de viviendas promovidas sobre suelos cuya calificación urbanística no imponga dicho destino y que no cuenten con ayudas públicas para su promoción, o en aquellos casos que excepcionalmente se justifique de acuerdo con la normativa autonómica, no pudiendo ser en tales supuestos excepcionales, el periodo de calificación inferior a treinta años. En el resto de los supuestos en los que la calificación urbanística del suelo imponga dicho destino, ésta no podrá modificarse como tampoco podrán descalificarse las viviendas sobre dichos suelos.

Pero también es importante destacar la introducción del concepto de vivienda asequible incentivada, como figura necesaria para incrementar la oferta a corto plazo. Se trata de un novedoso concepto que se suma a la vivienda protegida como mecanismo efectivo para incrementar la oferta de vivienda a precios asequibles, considerándose como aquella vivienda de titularidad privada, incluidas las entidades del tercer sector y de la economía social, a cuyo titular la Administración competente otorga beneficios de carácter urbanístico, fiscal, o de cualquier otro tipo, a cambio de destinarlas a residencia habitual en régimen de alquiler a precios reducidos, o de cualquier otra fórmula de tenencia temporal, de personas cuyo nivel de ingresos no les permite acceder a una vivienda a precio de mercado. De esta forma, se busca la implicación de todos los agentes públicos, privados y tercer sector en la búsqueda de soluciones de los problemas de oferta de vivienda y la orientación a tal fin del parque de vivienda existente, vinculando siempre los

beneficios públicos que se asignen a estas viviendas a las limitaciones de uso, temporales y de precios máximos que, en cada caso, determine la Administración competente<sup>342</sup>.

Se incluye también dentro del título II la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, que podrán efectuar las Administraciones competentes en materia de vivienda a los efectos de orientar las actuaciones públicas en materia de vivienda en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado, estableciéndose unas reglas procedimentales para su declaración a los efectos de la legislación estatal. Como principal efecto de la declaración de estos ámbitos tensionados es la redacción de un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios observados. Si bien, se trata de una competencia propia de las Comunidades Autónomas la definición de un mercado tensionado.

La disposición transitoria tercera establece la sujeción de los procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 al procedimiento de conciliación o intermediación previsto en la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recoge en la disposición final quinta de la ley.

En relación con las disposiciones finales: en la disposición final primera se establece un mecanismo de carácter excepcional y acotado en el tiempo, que pueda intervenir en el mercado para amortiguar las situaciones de tensión y conceder a las administraciones competentes el tiempo necesario para poder compensar en su caso el déficit de oferta o corregir con otras políticas de vivienda las carencias de las zonas declaradas de mercado residencial tensionado. Para ello, se modifica la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, estableciendo para las viviendas arrendadas, la posibilidad de que el arrendatario pueda acogerse a la finalización del contrato a una prórroga extraordinaria, de carácter anual, y por un periodo máximo de tres años, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor y, en los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas que hubiesen estado arrendadas, a nuevos inquilinos, se plantea la limitación del alquiler en estas zonas, con carácter general a la renta del contrato anterior, aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, permitiendo ciertos incrementos adicionales máximos en determinados supuestos establecidos en la ley.

Asimismo, en estas zonas de mercado residencial tensionado, cuando el propietario sea un gran tenedor, o en el caso de viviendas que no hubiesen estado arrendadas como vivienda habitual en los últimos cinco años cuando ello se justifique en la declaración de la zona, no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia, cuya aplicación se define a través de una nueva disposición transitoria que se introduce en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

En la misma disposición final primera se introducen también determinadas mejoras en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda a través de diferentes modificaciones de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Entre ellas, se puede destacar la introducción de una prórroga

extraordinaria de un año al término del contrato, que podrá solicitarse en situaciones acreditadas de vulnerabilidad social y económica cuando el arrendador sea un gran tenedor de vivienda, así como el establecimiento de la obligación de que los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato sean a cargo del arrendador.

Y, asimismo, con objeto de evitar incrementos desproporcionados en las actualizaciones anuales de los contratos de alquiler de vivienda, a través de la introducción de una nueva disposición adicional en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, encomienda al Instituto Nacional de Estadística la definición, antes de la finalización del año 2024, de un nuevo índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda.

La disposición final segunda recoge una serie de incentivos fiscales aplicables en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, IRPF, a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda. En particular, se establece una mejora de la regulación del IRPF para estimular el alquiler de vivienda habitual a precios asequibles, a través de la modulación de la actual reducción del 60 por ciento en el rendimiento neto del alquiler de vivienda, estableciendo que, en los nuevos contratos de arrendamiento, el porcentaje de reducción será del 50 %, que podrá incrementarse hasta el 90 por ciento, en el caso de que se firmen nuevos contratos de arrendamiento de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado con una reducción de al menos un 5 por ciento sobre el contrato anterior. Esta reducción podrá alcanzar el 70 por ciento cuando se trate de la incorporación al mercado de viviendas destinadas al alquiler en zonas de mercado residencial tensionado y se alquilen a jóvenes de entre 18 y 35 años en dichas áreas, o bien, se trate de vivienda asequible incentivada o protegida, arrendada a la administración pública o entidades del tercer sector o de la economía social que tengan la condición de entidades sin fines lucrativos, o acogida a algún programa público de vivienda que limite la renta del alquiler. Y, podrá alcanzar una reducción del 60 por ciento sobre el rendimiento neto cuando se hubiesen efectuado obras de rehabilitación en los dos años anteriores.

En la disposición final tercera se modula el recargo a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, IBI, que podrá aplicarse a aquellas viviendas vacías durante más de dos años, con un mínimo de cuatro viviendas por propietario, salvo causas justificadas de desocupación temporal, tasadas por la ley. Asimismo, se establece el incremento del recargo actualmente situado en el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI hasta un máximo del 150 por ciento, en función de la duración de la desocupación y del número de viviendas también desocupadas que sean del mismo titular en el término municipal, con el objetivo de que tenga un mayor efecto en la optimización del uso del parque edificatorio residencial y refuerce el instrumento de los Ayuntamientos para hacer frente a situaciones de vivienda desocupada a través de la fiscalidad.

La disposición final cuarta modifica el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, incrementando el porcentaje de reserva de suelo destinado a vivienda protegida del 30 al 40 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de

nueva urbanización, y del 10 al 20 por ciento en el caso de suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.

En la disposición final quinta se introducen importantes mejoras en la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad, a través de una modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Entre otros aspectos, se puede destacar la eliminación de la necesidad de consentimiento del interesado en el traslado a las Administraciones públicas competentes para comprobar su situación de vulnerabilidad en procedimientos de desahucio, se amplía el ámbito de protección cuando se identifiquen situaciones de vulnerabilidad, se introducen diferentes mejoras técnicas en la redacción y, de acuerdo con los estándares jurisprudenciales e internacionales, no se establece un sistema de suspensión automática por el Letrado de la Administración de Justicia si se acredita vulnerabilidad, sino un sistema de decisión por el tribunal previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, fijando un plazo de suspensión en dos meses para las personas físicas y cuatro meses para las personas jurídicas, incrementando los actuales plazos de uno y tres meses, respectivamente.

También se introduce en esta disposición un procedimiento de conciliación o intermediación en los supuestos en los que la parte actora tenga la condición de gran tenedor de vivienda, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica. La aplicación de este procedimiento facilitará a las Administraciones competentes dar adecuada atención a las personas y hogares afectados, ofreciendo respuesta a través de diferentes instrumentos de protección social y de los programas de política de vivienda.

En la disposición final sexta se extiende la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda contenida en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. En concreto, se amplía temporalmente la medida estableciendo una limitación al 3 por ciento en la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024.

Asimismo, se establecen unos concretos parámetros de vulnerabilidad económica basados en criterios de carácter objetivo y, en el caso de ocupaciones de viviendas que hayan de sustanciarse en vía penal, se establece a través de una nueva disposición adicional que los Juzgados darán traslado de la situación a las Administraciones Públicas competentes, para la protección de personas dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

En el presente apartado, nos vamos a centrar exclusivamente en los aspectos civiles contenidos en la disposición final primera de la Ley 12/2023 relativos a la modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en lo referente al sistema de prórroga, renta y actualización de la renta y en los aspectos procesales, que se concretan en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los cuatro tipos de procedimientos judiciales enunciados en el artículo 250.1, 1º, 2º, 4º y 7º de la citada Ley y en las modificaciones en el régimen

de ejecución de las resoluciones judiciales que condenen al lanzamiento a resultas de la estimación de una demanda de desahucio.

Antes nos parece oportuno, por un lado, mencionar que en el estatuto básico del ciudadano en relación con la vivienda, se recoge como derechos y deberes del ciudadano en relación con la vivienda contenidos en el Título I de la ley. Tales derechos toman como base los principios rectores indicados que garantizan el cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la Constitución española. En cuanto a los derechos, entre otros se refiere: a) Disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley, ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión de uso, o de cualquier otro régimen legal de tenencia; b) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones públicas sobre los programas públicos de vivienda y a las condiciones de acceso a los mismos en formatos accesibles para personas con discapacidad, así como sobre las prestaciones, ayudas y recursos públicos disponibles para garantizar el acceso a la vivienda por parte de las personas y familias en situación de vulnerabilidad<sup>343</sup>.

En relación con los deberes: b) En relación con la vivienda que se habita, realizar las actuaciones de conservación, reparación o mejora que correspondan de acuerdo con el régimen legal de tenencia en virtud del cual se dispone de la misma; d) En relación con las operaciones de compra o alquiler de vivienda, cumplir los deberes legalmente establecidos para el transmitente o intermediario definidos en el título IV y demás normativa aplicable en dichas operaciones. El título IV se centra, precisamente, en el refuerzo de la protección en las operaciones de compra o alquiler de vivienda, estableciendo una serie de garantías y obligaciones de información a la que tienen derecho las personas o entidades adquirentes o arrendatarias de vivienda, y una serie de responsabilidades derivadas de su incumplimiento, ya se trate del vendedor o del intermediario en la operación inmobiliaria. En particular, se establece como derecho de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, el de recibir información en formato accesible, que sea completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, que asegure el pleno conocimiento de las condiciones de la vivienda objeto de la operación. Asimismo, se establecen determinados requisitos básicos de los agentes inmobiliarios y de la información o publicidad a los que deben sujetarse los operadores.

Todo ello, sin perjuicio de los principios y requerimientos contenidos en la normativa autonómica de aplicación y con carácter mínimo, la información que la persona interesada en la compra o arrendamiento de una vivienda que se encuentre en oferta puede requerir, antes de la formalización de la operación y de la entrega de cualquier cantidad a cuenta.

De nuevo, en el artículo 11 de la LDV alude a los deberes y fija el siguiente en su letra a): Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad. Pero no es una facultad que deriva del derecho de la propiedad (artículo 348 del Código Civil). a nuestro entender, si esto lo relacionamos con los conceptos del artículo 3 de la citada Ley relativos a residencia habitual: la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho (letra i); y, residencia secundaria: toda aquella vivienda

que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes, y que no constituye su residencia habitual (letra j). Se está refiriendo el legislador preferentemente como residencia objeto de especial protección a la residencia habitual, permanente y a la que el propietario tiene la facultad de usar y disfrutar (derecho de propiedad). Y, aunque, como la residencia secundar es vivienda, no se entiende que una vivienda digna y adecuada como la residencia principal.

Qué sucede, si se operan sobre tales parámetro que, puede entenderse como vivienda vacía y deshabitada con consecuencias impositivas (IBI): así la propia Disposición final tercera de la LDV modifica el apartado 4 del artículo 74 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que queda redactado en los siguientes términos: “4. Dentro de los límites resultantes de lo dispuesto en los apartados anteriores, los ayuntamientos podrán establecer, para los bienes inmuebles urbanos, excluidos los de uso residencial, tipos diferenciados atendiendo a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. Cuando los inmuebles tengan atribuidos varios usos se aplicará el tipo correspondiente al uso de la edificación o dependencia principal. Dichos tipos solo podrán aplicarse, como máximo, al 10 por ciento de los bienes inmuebles urbanos del término municipal que, para cada uso, tenga mayor valor catastral, a cuyo efecto la ordenanza fiscal del impuesto señalará el correspondiente umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual serán de aplicación los tipos incrementados. Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del impuesto. A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. El recargo podrá ser de hasta el 100 por ciento de la cuota líquida del impuesto cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación. Además, los ayuntamientos podrán aumentar el porcentaje de recargo que corresponda con arreglo a lo señalado anteriormente en hasta 50 puntos porcentuales adicionales en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal”.

Y, en algunas legislaciones autonómicas (vgr. la catalana) ha pretendido su expropiación.

Por otro lado, señalar que según el CIS un 83,6% de los españoles cree que no todos tienen las mismas oportunidades de acceso a la vivienda. Precisamente, la vivienda se afianza como el principal problema nacional al aparecer en ese puesto por tercer mes consecutivo en los barómetros del CIS. En concreto, en febrero con un 34,1% de menciones; seis puntos más que el mes anterior y acercándose a su record histórico, que data de 2007. En segunda posición empatan con un 20% el paro y la crisis económica.

Además, también en un fenómeno que preocupa a los pequeños propietarios que el fenómeno de la okupación y la inquilinización que, tiene como principal efecto, si la persona ocupante está en situación de vulnerabilidad económica y so-

cial se suspende los lanzamientos. Según estadísticas, el tiempo medio en España para este tipo de procesos es de 12 meses. Si a este tiempo medio se le añaden las apelaciones de sentencias en las Audiencia Provinciales en procedimientos civiles, el proceso puede extenderse hasta casi dos años, concretamente casi 24 meses. Y si a esto le añades la suspensión del lanzamiento por encontrarse en situación de vulnerabilidad económica y social de los ocupantes se puede demorar la desocupación a varios años.

En este contexto, nos parece oportuno finalizar este apartado, señalando que la ocupación, usurpación y allanamiento de morada son términos diferentes. No obstante, todos ellos hacen referencia a un uso de una vivienda ajena, el bien jurídico y las penas varias de uno a otro.

En primer lugar, la ocupación no está tipificada en el Código Penal. Es la manera coloquial de referir al acto por el cual una persona se instala a vivir en un inmueble ajeno que, no le pertenece. Al no tener una regulación específica, lo que tenemos, en consecuencia que, analizar si estamos ante una usurpación o un allanamiento. La usurpación es la ocupación ilegal de una vivienda o un inmueble deshabitado que no constituye morada sin el consentimiento de sus propietarios. Un tercero, sin autorización, toma esta inmueble y lo convierte en su residencia. Es un delito tipificado en el artículo 245 del Código Penal. Ahora bien, el allanamiento de morada es el ingreso o permanencia en una vivienda o edificio sin la autorización de su morador. Una persona que, sin siendo inmueble habitado por su dueño, la intenta convertir en su propia vivienda sin permiso. Se trata de un delito tipificado también en el Código Penal, en concreto en el artículo 202.

Sobre tales bases, para diferenciar si estamos ante una usurpación o un allanamiento resulta necesario identificar si el inmueble constituye una morada. Se entiende por morada: todo bien inmueble que se utilice como residencia o domicilio y lugar de realización de actividades privadas. En algunos casos, las personas jurídicas tienen declarado sus domicilios en las oficinas o locales comerciales donde trabajan y también se incluyen en este concepto.

En todo caso, el concepto de morada puede abarcar: el interior de la vivienda, todos los anexos a la vivienda que forman parte de la vida privada de los propietarios, una caravana, una habitación de hotel o, incluso, una tienda de campaña. Y, asimismo, las segundas viviendas o viviendas vacacionales.

En este contexto, el bien jurídico protegido: en el la ocupación o usurpación de vivienda es la propiedad, es decir, se trata de un delito contra el patrimonio. En el allanamiento, el bien jurídico protegido es la intimidad del hogar y el derecho a la vivienda. Ahora bien, conviene resaltar que, si el bien ocupado constituye morada estamos ante un delito de allanamiento; si, por el contrario, no constituye morada estamos ante un delito de usurpación. Las penas, igualmente, son distintas en el delito de usurpación de vivienda: con violencia o intimidación: será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, en función de la utilidad obtenida y del daño causado. Mientras que, el delito de allanamiento de morada: si es con violencia o intimidación: pena de prisión de 6 meses a dos años; y sin violencia: prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses.

Una vez concretado el tipo delictivo, previa denuncia, se procede a intentar la recuperación de la vivienda. Si bien, para los casos de usurpación de vivienda, el propietario puede instar previamente un mecanismo previsto en la Ley 5/2018,

de 11 de junio que se denomina *desahucio express*, mediante este procedimiento civil se puede obtener una resolución en el plazo de 15 días. En todo caso, resulta necesario interponer una denuncia ante la Policía o la Guardia Civil y aportar pruebas que acrediten la titularidad del inmueble como escrituras, contrato de compraventa, o recibos de suministros.

De todas formas, la Policía tiene capacidad para desalojar a los okupas de un inmueble durante las primeras 48 horas de okupación sin orden judicial. Pasado ese tiempo será necesaria una orden judicial para poder entrar en el inmueble.

Una realidad es que la ocupación puede ser legal o ilegal, mientras que la usurpación siempre es un acto ilegal.

En todo caso, con la nueva LDV se ha modificado el artículo 795 de la LECrim para incluir el allanamiento de morada y la usurpación de un bien inmueble en la lista de delitos de enjuiciamiento rápido, que se encuentran comprendidos en el Título III, Capítulo I. Lo que se pretende es que los autores de estos hechos delictivos sean juzgados con los plazos establecidos para los delitos de enjuiciamiento rápido, donde el señalamiento para la celebración del juicio oral será en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso dentro de los quince días siguientes. Ahora bien, únicamente afecta a aquellas ocupaciones que sean consecuencia de una actuación que pueda encuadrarse en un ilícito penal, esto es, que la actuación de los ocupantes ilegales se encuadre en el delito de usurpación o allanamiento de morada. Si alguien deja de pagar la renta de un alquiler, no podrá ser juzgado por la vía penal, pues, esta actuación supone un incumplimiento contractual que, se debe resolver por la vía civil.

Ahora bien para que opere lo dispuesto en el citado artículo 795 debe concurrir alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él. 2ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. b) Delitos de hurto. c) Delitos de robo. d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos. e) Delitos contra la seguridad del tráfico. f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal. h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal. i) Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal. j) Delitos de usurpación del artículo 245 del Código Penal. Y, 3ª Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

En todo lo no previsto expresamente en el Título III se aplicarán supletoriamente a estos procedimientos, las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de la Justicia (en adelante, LO 1/2025) que ha entrado en vigor el día 3 de abril de 2025, introduce un cambio significativo en el tratamiento penal de la ocupación ilegal de inmuebles. Con esta reforma se establece un procedimiento rápido que permite a los propietarios recuperar sus viviendas en plazos más breves que los actuales modificando el artículo 795 apartado primero circunstancia 2ª, añadiendo las letras i) Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal y, j) Delitos de usurpación del artículo 245 del Código Penal. Dicho precepto dispone que “el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra, a los efectos que a nosotros interesa, las circunstancias de estar ante un delito de allanamiento o de usurpación de morada”.

Si bien, conviene precisar que, únicamente incluye dentro de los supuestos en los que debe celebrarse un juicio rápido los citados delitos de allanamiento de morada (artículo 202 del Código Penal) y usurpación (artículo 245 del Código Penal), dejando fuera los casos de inquilinación, que son precisamente los que han crecido en los últimos años al albor del Decreto antidesahucios aprobados en 2020 con ocasión de la crisis del coronavirus y prorrogado hasta en once ocasiones por el Gobierno. A tal efecto, una vez detenido el okupante, en los términos reseñados, el juez celebra audiencia en 72 horas y juicio en un máximo de quince días. La carga de la prueba recae ahora en el okupante, que deberá justificar su derecho a permanecer en la vivienda. En todo caso, las penas que se atribuyen a tales delitos no varían; prisión por allanamiento (6 meses a 2 años; y 4 años con violencia) y usurpación (multa o prisión de 1 a 2 años con violencia).

Ahora bien, los plazos que teóricamente se aplicarán en estos juicios rápidos o procedimiento abreviado, los quince días señalados se empiezan a contar desde que el okupa comparece en calidad de denunciado. En esta línea, señala la Guía sobre Juicios rápidos de delitos emitido por el Consejo General del Poder Judicial resulta condición indispensable que “el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial: la policía judicial haya detenida a una persona y la haya dispuesto a disposición del Juzgado de Guardia, o que, aun sin detenerla, se la cite para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: 1ª Que se trate de delitos flagrantes<sup>344</sup>. 2ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal; b) Delitos de hurto; c) Delitos de robo. d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos. e) Delitos contra la seguridad del tráfico; f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal; g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal; h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal. 3ª Que se trate de un hecho punible cuya instrucción

sea presumible que será sencilla. No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones. A partir de este momento el Juzgado de guardia convoca a las partes, testigos y peritos para la vista del juicio ante el juzgado de lo penal dentro de los quince días siguientes (p. 2).

Asimismo, se indica esta Guía sobre Juicios rápidos que “en la simplificación y reducción de plazos de los trámites previos a la celebración del juicio que, además, se realizarán en el propio juzgado de guardia. Puede ocurrir: 1. Que se siga juicio rápido. Cuando el juez acuerda llevar a cabo todos los trámites previos necesarios durante el servicio de guardia. El juzgado de guardia convoca a las partes, testigos y peritos para la vista del juicio ante el juzgado de lo penal dentro de los 15 días siguientes. 2. Que se dicte sentencia de conformidad. En determinados supuestos, cuando la persona acusada está de acuerdo con el relato de hechos del fiscal y con su petición de pena, el juez de guardia dicta la denominada sentencia de conformidad durante el servicio de guardia. 3. Que se siga el procedimiento abreviado. Cuando no es posible llevar a cabo durante el servicio de guardia las diligencias necesarias. La instrucción continúa en el juzgado de instrucción hasta su finalización y remisión al juzgado de lo penal para la celebración del juicio. 4. Que se acuerde el sobreseimiento, archivo o inhibición. El juez también puede acordar el sobreseimiento, el archivo de las actuaciones o su inhibición a favor de otro partido judicial o jurisdicción”.

De todas formas, este plazo de 15 días es más teórico que real, pues, resulta necesario que no existan dudas sobre la ilegalidad de la ocupación. De ahí que, el okupa intentará evitar la aplicabilidad del plazo presentando, precisamente, documentos falsos: contratos de arrendamientos simulados, recibos fabricados ad hoc para la ocasión o a nombre de otra persona, o incluso testimonio de testigos que manifiesten la existencia de una “supuesta” cesión verbal del inmueble. Con ello se generan dudas en el juzgador sobre la ilegalidad de la ocupación; por lo que se gana tiempo, ya que, se obliga al juez a que abra diligencias; transformando un proceso de desahucio exprés en un proceso ordinario con los tiempos que él mismo conlleva.

A esto se debe añadir la sobrecarga de trabajo de los juzgados y la falta de medios que, pueden dificultar la aplicabilidad de proceso de desahucio exprés de 15 días.

Además, advierte el Magistrado del Tribunal Supremo MAGRO SERVET de la posibilidad que la sentencia que se dicte en este proceso de desahucio exprés, se pueda presentar un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y como también dice la Guía “existe la posibilidad de recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación”. Dicho autor propone como mejor solución, la ejecución de una medida cautelar de expulsión inmediata que es lo que se hace en toda Europa<sup>345</sup>.

Esta vía penal, como hemos indicado, solo se refiere a los delitos de allanamiento y usurpación de morada, quedando fuera de este procedimiento de desalojo exprés los llamados iniquokupas —aquellas personas arrendatarias que han dejado de abonar la renta—. Legalmente, no se les considera okupas y, solo pueden actuar en la vía civil, donde no se modifican los plazos ni los recursos legales actualmente existentes.

Pues bien, en este contexto, cabe señalar que, el 7 de marzo de 2025 los jueces de las secciones penales de la Audiencia de Barcelona adoptaron un acuerdo

de unificación de criterios han dispuesto que “en caso que el titular de una finca (en régimen de propiedad o cualquier otro que habilite el uso) ocupada o que ha sido objeto de allanamiento de morada no mantenga el alta de los suministros o el abono de los mismos, no será constitutivo de un delito de coacciones” (p. 2 letra b)). También establece este acuerdo que, en caso de denuncias por delito leve de usurpación contra personas cuya identidad resulte desconocida, se practiquen, a tal efecto, las diligencias oportunas por parte de los cuerpos policiales para proceder a su identificación. Son los conocidos como “ignorados ocupante” —personas desconocidas que no han mantenido ninguna relación contractual con el propietario, como aquellas que dejen de pagar la renta del alquiler o la hipoteca y que ocupan una propiedad—. La averiguación por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de quienes son los autores de tal delito de usurpación leve, permite analizar si son personas vulnerables y ofrecerles los recursos pertinentes. Si practicada esta diligencia policial, se sigue sin poder identificar a dichas personas, se debe proceder al sobreseimiento y, por ende, al archivo provisional de las actuaciones.

#### IV.1. LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: ASPECTOS CIVILES

Antes de proceder al análisis por un lado, del mecanismo de carácter excepcional y acotado en el tiempo que supone la posibilidad de que el arrendatario pueda acogerse a la finalización del contrato a una prórroga extraordinaria, de carácter anual, y por un periodo máximo de tres años; y por otro, de las medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamientos urbanos, nos parece oportuno referirnos a una serie de conceptos previos necesarios para el desarrollo posterior de nuestro análisis.

Así, en el artículo 3 letra a) de la citada Ley se define vivienda como “edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial”. Por su parte, en la letra c) se entiende por vivienda digna y adecuada: “la vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas”. Se refiere a vivienda los edificios o partes de los mismos que tenga carácter privativo, excluyendo los que tengan carácter común —vivienda del portero—. Una definición en la línea del artículo 3 letra u) de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco que la conceptúa como “Edificio o parte de un edificio, de carácter privativo y con destino a uso residencial”. Asimismo, esta norma autonómica en sus letras v) y w) define vivienda o alojamiento adecuado como aquella vivienda

o alojamiento que por su tamaño, ubicación y características resulta apropiada o apropiado para la residencia de una concreta persona, familia o unidad de convivencia; y vivienda o alojamiento digno: como la vivienda o alojamiento cuyas características técnicas son acordes a los criterios de habitabilidad. Y tal forma de operar contrasta con la ofrecida por la normativa catalana que, sin diferenciar entre edificio o partes del mismo que tengan carácter privado o público, la vivienda como “toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación” (artículo 3 letra a) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda).

O no faltan legislaciones autonómicas que parte del concepto de vivienda digna y adecuada y de calidad para referirse al concepto de vivienda. Así, el artículo 2.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía A los efectos de esta Ley, se entenderá por vivienda digna y adecuada aquella que reúna, al menos, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una edificación fija y habitable, constituyendo, a efectos registrales, una finca independiente; b) Que sea accesible, particularmente las destinadas a titulares con necesidades especiales<sup>346</sup>. O, simplemente, el artículo 42 bis 1 de la ley Foral 10/2010 considera vivienda simplemente a “toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones”; y añade en su apartado 3 que “no tendrán la consideración de viviendas deshabitadas las siguientes: a) Las viviendas habituales. Se presumirá tal carácter para aquellas que constituyan el domicilio habitual y permanente de sus titulares por declararse como tal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Y en ausencia de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las que consten como domicilio de empadronamiento en un municipio de Navarra de sus titulares; b) Las viviendas de las personas físicas cuyo uso sea el de esparcimiento o recreo, entendiendo como tales las que constituyan segunda residencia de su titular. Podrá tener a estos efectos tal consideración únicamente una vivienda por persona o unidad familiar. En caso de que una persona o unidad familiar sea titular de dos viviendas, se presumirá como vivienda cuyo uso es el de esparcimiento o recreo la vivienda que conforme el punto anterior no tenga la consideración de vivienda habitual. En caso de que una persona o unidad familiar sea titular de tres o más viviendas, se presumirá como vivienda cuyo uso es el de esparcimiento o recreo la vivienda con mayor valor catastral entre las que no tengan la consideración de vivienda habitual.

Ahora bien, en alguna de las legislaciones citadas se alude también al concepto de vivienda o residencia principal o secundaria. Así en el mencionado artículo 3

de la Ley 12/2023 en las letras i) y j) se define residencia habitual: la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho; y residencia secundaria como toda aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes, y que no constituye su residencia habitual, respectivamente<sup>347</sup>.

Por su parte, en el artículo 3 de la Ley 3/2015 del País Vasco en la letra z) se considera vivienda principal a aquella que consta como domicilio de una persona, familia o unidad de convivencia en el padrón municipal; vivienda de realojo como la que se destina a nueva residencia, transitoria o permanente, de las personas, familias o unidades de convivencia que se ven obligadas a dejar su vivienda por causa de operaciones urbanísticas o expropiatorias o de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana; y vivienda de segunda residencia como la vivienda titularidad de quien, disponiendo ya de una vivienda principal, utiliza otra de modo intermitente o en estancias temporales. Las viviendas de la misma titularidad que superen el número de dos no se considerarán, en ningún caso, vivienda de segunda residencia.

En esta línea, el artículo 3 de la Ley 18/2007 catalana entiende en la letra b) como vivienda principal: la que consta como domicilio en el padrón municipal y vivienda secundaria o de segunda residencia: la utilizada de modo intermitente o en estancias temporales (letra c).

En fin, el artículo 3.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo entiende que la residencia habitual es la que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un período superior a 183 días al año; el artículo 3 i) de la Ley 12/2023 “la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho”<sup>348</sup>; y, el artículo 41 bis de Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su parte, considera vivienda habitual del contribuyente a efectos de determinadas exenciones (artículos 7.t), 33.4.b), y 38 de la Ley del Impuesto) la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas. 2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

De todas formas, el artículo 40 del Código Civil define el domicilio como lugar de residencia habitual, pero al mismo tiempo admite la existencia de domicilios legales, con independencia de cuál sea el lugar de residencia habitual.

En todo caso, el legislador distingue entre las nociones de vivienda y residencia habitual, pero no define, lo que se considera vivienda habitual, máxime si tenemos presente las nuevas exigencias que debe contener la demanda en los

juicios verbales de los apartados 1º, 2º, 4º y 7º del artículo 250.1 de la LEC y en el procedimiento hipotecario, pues, resulta necesario hacer constar en la demanda si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual de la persona ocupante. De todas formas, resulta sencillo conocer si el inmueble es vivienda habitual del deudor, habida cuenta que con la Ley 1/2013, de 14 de mayo es obligatoria que figure tal condición en las escrituras de préstamo hipotecario. Por otra parte, la vivienda habitual será la que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa —sea propietario o no— dice la Ley. Mientras que la residencia secundaria sería la vivienda no habitual del propietario —su residencia no habitual— pues, la destina para estancias temporales o intermitentes. Aquí si el legislador alude a propietario, mientras en el anterior supuesto descrito —al que la ocupa—. Por tanto, las nuevas exigencias para presentar la demanda en los juicios verbales por ocupación de la vivienda (artículo 439 párrafo sexto de la LEC) pueden constituir vivienda habitual de la persona ocupante tanto la residencia habitual como la secundaria del propietario. Quizá con más “fundamento” la secundaria, pues, no constituye ni el domicilio, ni la residencia habitual del propietario y, en todo caso, la vivienda habitual debe ser la residencia habitual del ocupante —ámbito sustantivo y procesal<sup>349</sup>. En esta línea, para ARGELICH COMELLES este concepto de vivienda que da la ley es “claramente obsoleto en su literalidad por la ausencia de nociones básicas del Derecho comparado europeo y además parte del paradigma de las viviendas en régimen de propiedad horizontal o de propiedad horizontal por parcelas, cuando refiere el acceso a espacios y servicios comunes”<sup>350</sup>. Asimismo, para ACHÓN BRUÑÉN esta definición “peca de parquedad, ya que no establece cuál es el tiempo mínimo de residencia para considera a una vivienda como habitual, lo que constituye un defecto reprochable que va a ocasionar serios problemas”<sup>351</sup>.

Por otra parte, en la línea de evitar lo que se conoce como sobreendeudamiento de las familias la letra d) del artículo 3 de la Ley 12/2023 define lo que ha de entenderse por condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero para adquirir o arrendar una vivienda: “aquellas condiciones de precio de venta o alquiler que eviten un esfuerzo financiero excesivo de los hogares teniendo en cuenta sus ingresos netos y sus características particulares, considerando, tanto la cuota hipotecaria o la renta arrendaticia, como los gastos y suministros básicos que corresponda satisfacer al propietario hipotecado o al arrendatario, no debiendo superar con carácter general el 30 por ciento de los ingresos de la unidad de convivencia”.

En cualquier caso, como hemos indicado, entre los objetivos de la Ley está mejorar la protección en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso y como objeto de la misma: reforzar la protección del acceso a información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda.

Ahora bien, como hemos indicado en líneas precedentes, se introducen por primera vez el concepto de *sinhogarismo* en la letra l) del artículo 3 de la Ley 12/2023 como la circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos

inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia.

Podrá calificarse como *sinhogarismo* cronificado, cuando la situación de *sinhogarismo* continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año.

Ahora bien, se trata de una situación vital cuya solución debe venir desde la actuación del Estado llevando a cabo la planificación adecuada con su correspondiente financiación con el fin de facilitar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, prestando especial atención a aquellos colectivos, personas y familias con mayores dificultades de acceso o que puedan encontrarse en riesgo de exclusión residencial y con especial atención a aquellas familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo. Por lo que, no debe recaer en los particulares, pues necesariamente esta situación vital tiene que ver con el fenómeno de la ocupación de la vivienda y la dificultad en su recuperación. En esta línea, MAGRO SERVET manifiesta que “la confrontación de los derechos de una persona que ocupa una vivienda de forma ilegal lo es frente a la Administración Pública, que es la competente para proveer vivienda a estas personas que se relacionan con el concepto de *sinhogarismo*, pero no el propietario de una vivienda que, la use, o no y sea gran tenedor o no lo sea, ya que los propietarios de viviendas no pueden ser sancionados por la Ley por disponer de un número determinado de viviendas y exigírseles más requisitos para recuperar su inmueble”<sup>352</sup>.

Precisamente, el artículo 14.3 de la Ley 12/2023 califica de situación de vulnerabilidad las personas en situación de *sinhogarismo* exhortando a que las Administraciones competentes, de acuerdo con lo previsto en su marco normativo, lleven a cabo programas de medidas específicas para afrontarlo, promoviendo en su ámbito territorial el acceso a soluciones habitacionales de alojamiento en condiciones adecuadas, y posibilitando una adecuada complementariedad entre las distintas políticas, recursos y servicios, especialmente en el ámbito sanitario, social, educativo y de empleo.

En fin, se da un concepto de *infravivienda* como, pero no de vivienda vacía o deshabitada, a diferencia de las legislaciones autonómicas que lo fijan en torno a un año<sup>353</sup> o dos años el plazo temporal para su consideración como tal vivienda deshabitada<sup>354</sup>. No obstante, el artículo 34 de la Ley 12/2023 en la caracterización del parque de vivienda indica con respecto a la vivienda deshabitada o vacía que: “1. El Estado, en cumplimiento del principio de colaboración y cooperación, así como en garantía del de transparencia en la forma que se instrumente de acuerdo con las administraciones competentes, y sobre la base de sus sistemas de información y gestión, ofrecerán información sobre el uso y destino del parque de viviendas de su ámbito territorial, con indicación, en términos agregados, del número de viviendas o de inmuebles de uso residencial que estén habitados por hogares y constituyan su residencia principal, así como aquellos que se hayan identificado como deshabitados o vacíos dentro de su ámbito territorial, incluyendo también de forma agregada, el número de inmuebles a los que, en su caso, se haya aplicado el recargo fiscal establecido en el artículo 72 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales,

*aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; y, 2. Con periodicidad anual, deberán publicarse los datos indicados en el apartado anterior a través de la sede electrónica prevista en el artículo 38 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, especificando las medidas y acciones orientadas a la optimización del uso del parque de vivienda del ámbito territorial; y, a su vez, la Disposición final tercera de la citada Ley modula el recargo que se impone a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles modificando para ello el artículo 72 apartado 4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*<sup>355</sup>.

*IV.1.A. Duración y prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda según la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos*

A la duración del contrato se refiere el Capítulo II del Título II de la Ley 29/1994 (artículos 9 a 16). Como regla general, la duración del arrendamiento se pactará libremente por las partes. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario, si esta fuere posterior y, corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición.

No obstante, si esta fuera inferior a 5 años o inferior a 7 si el arrendador fuera persona jurídica, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos guals hasta que el arrendatario alcance la duración mínima de 5 años o de 7 años, si el arrendador fuera persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. De forma que, la prórroga obligatoria será por plazos anuales hasta alcanzar los cinco años, o en su caso, los 7 años referidos, si se trata de persona jurídica.

En todo caso, en los arrendamientos sin plazo o con plazo indeterminado se entenderán celebrados por un año, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario en los términos expuestos.

Ahora bien, excepcionalmente, como hemos indicado, no tendrá lugar la prórroga forzosa en el caso que el arrendatario manifieste al arrendador, con un mínimo de treinta días de antelación a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. Asimismo, el artículo 9.3 de la LAU contempla un supuesto en que, dadas determinadas condiciones, tampoco tiene lugar la prórroga obligatoria del contrato, a pesar que no se haya alcanzado la duración legalmente prevista. Así se posibilita al arrendador una vez transcurrido el primer año de duración del contrato y siempre que aquél sea persona física que no proceda la prórroga obligatoria del contrato cuando, al tiempo de su celebración, se hubiese hecho constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Para ejercer esta potestad de recuperar la vivienda, el arrendador deberá comunicar al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada, especificando la causa o causas entre las previstas en el apartado anterior, al menos con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se vaya a necesitar y el arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo distinto.

Si transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato o, en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda, no hubieran procedido el arrendador o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial a ocupar esta por sí, según los casos, el arrendatario podrá optar, en el plazo de treinta días, entre ser repuesto en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta cinco años, respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación, o ser indemnizado por una cantidad equivalente a una mensualidad por cada año que quedara por cumplir hasta completar cinco años, salvo que la ocupación no hubiera tenido lugar por causa de fuerza mayor, entendiéndose por tal, el impedimento provocado por aquellos sucesos expresamente mencionados en norma de rango de Ley a los que se atribuya el carácter de fuerza mayor, u otros que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

No obstante, se exceptúa de lo anterior, si la ocupación no hubiera podido tener lugar por causa de fuerza mayor, entendiéndose por tal, el impedimento provocado por aquellos sucesos expresamente mencionados en norma de rango de Ley a los que se atribuya el carácter de fuerza mayor, u otros que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

Ahora bien, una vez transcurridos los cinco años o siete años de duración del contrato, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con cuatro meses de antelación a aquella fecha en el caso del arrendador y al menos con dos meses de antelación en el caso del arrendatario, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovar el contrato (artículo 10.1 de la LAU) —prórroga tácita del contrato—.

En este contexto, la Ley 12/2023 por medio de su disposición final primera modifica parcialmente los artículos 10, 17 y 20 de la citada Ley 29/1994 con el objetivo de introducir modificaciones en: 1. La duración del contrato de arrendamiento y el establecimiento de unas prórrogas extraordinarias; 2. El modo de pago de la renta y la generalización de los medios electrónicos como sistema de pago; 3. El establecimiento de unos topes cuantitativos en el importe de la renta que se pacte en los nuevos contratos y una modificación en el sistema de actualización; y 4. Imposición al arrendador del pago de los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato.

Respecto a la duración y prórrogas extraordinarias del contrato tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 12/2023 —26 de mayo de 2023— se mantiene sin modificación los plazos mínimos de duración y la prórroga obligatoria —5 años

y 7 años, si es persona jurídica—, como, asimismo, los supuestos de excepción de prórroga en los términos expuestos. Lo que cambia con la nueva Ley 12/2023 es que se posibilita que, tras la finalización del plazo de duración pactado en el contrato, de la última prórroga anual obligatoria o, en su caso, de la última prórroga anual tácita de hasta 3 años, el arrendatario podrá disfrutar de una o varias prórrogas extraordinarias anuales en función de dos factores:

1. Que el arrendatario tenga la condición de persona vulnerable. A la situación de vulnerabilidad económica y social se refiere el artículo 441.7º de la LEC en juicios de desahucio por falta de pago.

Así se considera situación de vulnerabilidad económica: cuando el importe de la renta más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (IPREM). Este límite se incrementará en 0,2 o 0,3 veces el IPREM en determinadas situaciones personales. Y, situación de vulnerabilidad social la que tiene lugar cuando: entre quienes ocupen la vivienda se encuentran personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad. Y podríamos añadir, pues, la propia Ley 12/2023 en su artículo 14.1 entiende son situaciones de especial vulnerabilidad: personas sin hogar, personas con discapacidad, menores en riesgo de pobreza o exclusión social, menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación. En todo caso, este concepto de vulnerabilidad económica y social puede ser concretado en una ley autonómica con la posibilidad de operar con criterios dispares en cuanto a su alcance<sup>356</sup>. Si bien, la acreditación de la situación de vulnerabilidad económica y social corresponde al arrendatario en base a un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico, lo que contrasta con lo previsto en los procedimientos de desahucio por impago de rentas que la carga de la prueba recae en el demandante (arrendador).

2. Que la vivienda se encuentre ubicada en una zona declarada de mercado residencial tensionado (ZMRT). El artículo 18 de la Ley 12/2023 se refiere a la declaración de zonas de mercado residencial tensionado. A tal fin, señala que, las Administraciones competentes en materia de vivienda —Comunidades autónomas o Administraciones locales— podrán declarar, de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos en su normativa reguladora y en el ámbito de sus respectivas competencias, que zonas son de mercado residencial tensionado, precisamente, en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población. Todo ello, a los efectos de orientar sus actuaciones públicas en materia de vivienda en condiciones que hagan asequible el acceso de viviendas al mercado, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales.

En todo caso, la declaración de zonas de mercado residencial tensionado deberá realizarse por la Administración competente en materia de vivienda (autonómica o local) de conformidad con las siguientes reglas: a) La declaración deberá ir

precedida de un procedimiento preparatorio dirigido a la obtención de información relacionada con la situación del mercado residencial en la zona, incluyendo los indicadores de los precios en alquiler y venta de diferentes tipos de viviendas y su evolución en el tiempo; los indicadores de nivel de renta disponible de los hogares residentes y su evolución en el tiempo que, junto con los precios de vivienda, permitan medir la evolución del esfuerzo económico que tienen que realizar los hogares para disponer de una vivienda digna y adecuada. A tal efecto, se podrá tener en cuenta en lo relativo a la distribución de los precios de venta, los ámbitos territoriales homogéneos de los mapas de valores de uso residencial que elabore la Dirección General del Catastro del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en el marco de sus informes anuales del mercado inmobiliario, de conformidad con la disposición final tercera del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo; b) La declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado implicará la realización de un trámite de información en el que deberá ponerse a disposición pública la información sobre la que se basa tal declaración, incluyendo los estudios de distribución espacial de la población y hogares, su estructura y dinámica, así como la zonificación por oferta, precios y tipos de viviendas, o cualquier otro estudio que permita evidenciar o prevenir desequilibrios y procesos de segregación socio espacial en detrimento de la cohesión social y territorial; c) La resolución del procedimiento de delimitación por parte de la Administración competente en materia de vivienda deberá motivarse en deficiencias o insuficiencias del mercado de vivienda en la zona, en cualquiera de sus modalidades, para atender adecuadamente la demanda de vivienda habitual y, en todo caso, a precio razonable según la situación socioeconómica de la población residente y las dinámicas demográficas, así como las particularidades y características de cada ámbito territorial. La referida resolución deberá ser comunicada a la Secretaría General de Agenda Urbana y Vivienda del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; y, d) La vigencia de la declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado será de tres años, pudiendo prorrogarse anualmente siguiendo el mismo procedimiento, cuando subsistan las circunstancias que motivaron tal declaración y previa justificación de las medidas y acciones públicas adoptadas para revertir o mejorar la situación desde la anterior declaración. Para la aplicación de las medidas contenidas en esta ley, con carácter trimestral el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana aprobará una resolución que recoja la relación de zonas de mercado residencial tensionado que hayan sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en este artículo.

Por otra parte, la declaración de una zona de mercado residencial tensionado requerirá la elaboración de una memoria que justifique, a través de datos objetivos y fundamentada en la existencia de un especial riesgo de abastecimiento insuficiente de vivienda para la población residente, incluyendo las dinámicas de formación de nuevos hogares, en condiciones que la hagan asequible, por producirse una de las circunstancias siguientes: a) Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares; y, b) Que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como

área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente.

Asimismo, la declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado conllevará la redacción, por parte de la Administración competente, de un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados en su declaración, así como su calendario de desarrollo. Toda esta tramitación permite su impugnación por la vía administrativa.

En fin, el Departamento Ministerial competente en materia de vivienda, en el marco del ejercicio de las competencias estatales, podrá desarrollar, de acuerdo con la administración territorial competente, un programa específico para dichas zonas de mercado residencial tensionado, que contemplará la diversidad territorial, tanto en entornos urbanos o metropolitanos como en zonas rurales, que modificará o se anexará al plan estatal de vivienda vigente, y habilitará al Estado para:

- a) Promover fórmulas de colaboración con las administraciones competentes y con el sector privado para estimular la oferta de vivienda asequible en dicho ámbito y en su entorno;
- b) El diseño y adopción de medidas de financiación específicas para ese ámbito territorial que pudieran favorecer la contención o reducción de los precios de alquiler o venta;
- c) El establecimiento de medidas o ayudas públicas específicas adicionales dentro del plan estatal de vivienda vigente, de acuerdo con las previsiones que en su caso éste establezca.

Si bien, la aplicación de este programa podrá implicar la adopción de medidas en el seno de la Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales, encaminadas a favorecer el incremento de la oferta de vivienda social y asequible incentivada conforme a lo establecido en la Disposición adicional segunda de esta ley.

En todo caso, las circunstancias expuestas en líneas precedentes para la identificación de zonas de mercado residencial tensionado relativas a la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares; y, al precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente, conforme la Disposición adicional tercera de la Ley podrá ser objeto de revisión a los tres años desde la entrada en vigor de la Ley, para adecuarlos a la realidad y evolución del mercado residencial, sobre la base de la cooperación con las Administraciones competentes en materia de vivienda.

Ahora bien, atendiendo a todo lo expuesto, no debemos olvidar que, la declaración de zonas de mercado residencial tensionado son competencia autonómica y local, con la consecuencia de operar de forma dispar según el territorio a la hora de calificar como tal, determinadas zonas territoriales.

3. Que el arrendador sea un gran tenedor. En el artículo 3 k) de la Ley 12/2023 se define gran tenedor como “la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta

definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa". Por tanto, para ser considerado gran tenedor a los efectos de la Ley debe ser: 1. Persona física o jurídica: se ha planteado si las comunidades de bienes, herencias yacentes o cualquier otra entidad, masa patrimonial o patrimonio separado que tienen cierta capacidad de actuación en los ámbitos fiscal, administrativo o procesal, si bien carecen de personalidad jurídica, pueden incluirse en este concepto. Para ESPI-NET ASENSIO y ECHEVARRÍA SUMMERS, con quienes coincido "no pueden ser considerados grandes tenedores, al menos a los efectos de esta Ley 12/2023". En cualquier caso, añaden "podrán serlo las personas físicas o jurídicas integrantes de estas masas patrimoniales y entidades sin personalidad jurídica, si concurren en ellas el resto de requisitos exigidos en la Ley por el derecho a la vivienda"<sup>357</sup>; 2. Ser titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. No se indica el alcance de esta titularidad: como derecho real de propiedad, o también caben otros derechos reales como el usufructo, uso habitación, derecho de superficie, etc. Asimismo, tampoco se precisa si dentro del cómputo de los 10 inmuebles de 1500 metros cuadrados construidos de uso residencial entran o no las partes en cotitularidad o indivisas; y, en fin, a los efectos de gran tenedor que sucede con las comunidades de bienes o el régimen de sociedad legal de gananciales respecto de los bienes comunes, o en el régimen de separación de bienes respecto de la cotitularidad de bienes. Existe una coincidencia en la doctrina de optar a efectos del cómputo por las situaciones de plena propiedad y de operar sobre la superficie total o construida<sup>358</sup>.

A tal efecto, el artículo 3 de la Ley 12/2023 señala que, las definiciones contenidas en esta norma no entran en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquéllas. Así el artículo 5.9 de la Ley 24/2015, de 29 de julio de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de la Comunidad Autónoma de Cataluña da una definición más precisa de gran tenedor de vivienda. Así entiende por grandes tenedores de viviendas a las siguientes personas jurídicas: a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil; b) Las personas jurídicas que, por si solas o mediante un grupo de empresas, sean titulares de una superficie habitable de más de 1.250 m<sup>2</sup>, con las siguientes excepciones: 1º Los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda; 2º Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad cualificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler.

Por su parte, el artículo 16.1 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat valenciana considera grandes tenedores de vivienda a viviendas aquellas personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que, destinando su actividad a la construcción, promoción, inter-

mediación, inversión o financiación de la construcción, compra o arrendamiento de vivienda, dispongan de más de 10 viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo u otras modalidades de disfrute que les faculten para determinar los usos a que se destinan, y las excluyan del mercado de venta, alquiler o derecho de superficie que cumplan los requisitos del artículo anterior. No se computarán a tales efectos las viviendas desocupadas en las que concurra alguno de los motivos para la desocupación que enumera el número 3 del artículo 15 de esta ley.

Por lo que, a diferencia de las normativas autonómicas citadas, para la Ley estatal gran tenedor es la persona física o jurídica que tenga la titularidad de más de diez inmuebles o de más de 1500 metros cuadrados de superficie construida de uso residencial, sin especificar más y que en entornos de mercado residencial tensionado se pueden reducir a cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial básicas en dicho ámbito, pues, se deja en manos de las Comunidades Autónomas la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, cuando así lo haya motivado en la correspondiente memoria justificativa y, por ende, definir como gran tenedor a titulares de cinco o más inmuebles.

Indeterminación de conceptos que contrasta con la mayor precisión de legislaciones autonómicas. En todo caso, todas las legislaciones coinciden que este concepto de gran tenedor tiene especial incidencia en el derecho de propiedad de la vivienda y, va a determinar el desarrollo de las políticas públicas en esta materia. Asimismo, va a generar distorsiones en el mercado de vivienda al depender la consideración de gran tenedor o, como hemos visto, de zonas de mercado tensionado de lo que legisle cada Comunidad Autónoma y concrete en la correspondiente memoria justificativa a los efectos de zona de mercado tensionado.

En cualquier caso, los grandes tenedores de vivienda tendrán la obligación de colaborar con las administraciones públicas competentes en materia de vivienda. A tal efecto, las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda podrán exigir a los grandes tenedores de vivienda en las zonas de mercado residencial tensionado declaradas según lo previsto en el artículo 18 de la Ley, el cumplimiento de la obligación de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad que se encuentren en tales zonas de mercado residencial tensionado. A tal efecto, en la memoria que acompañe a la propuesta de declaración de zona de mercado residencial tensionado se definirán los criterios para la consideración de gran tenedor de vivienda en la zona de mercado residencial tensionado, en función de su potencial influencia, por el volumen de inmuebles de uso residencial de su titularidad en el mercado de alquiler de dicha zona, que, sobre la base de la definición de gran tenedor podrá incorporar criterios adicionales acordes a la realidad y características de la zona o atendiendo a la normativa específica de la Administración competente en materia de vivienda.

La información que aporte se referirá al año natural anterior, a requerimiento de las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, debiendo comunicarse en un plazo máximo de tres meses desde el referido requerimiento, que incluirá, con respecto a las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado, al menos, los siguientes datos: a) Los datos identificativos de la vivienda y el edificio en que se ubica, incluyendo la dirección postal, año de construcción y, en su caso, año y tipo de reforma, superficie construida de uso privativo por usos, referencia catastral y calificación energética; b)

Régimen de utilización efectiva de la vivienda, en el contexto de los de usos previstos en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística; c) Justificación del cumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de vivienda, establecidos en el artículo 11 de esta LDV.

Sobre tales bases, procede señalar que, se introduce en el artículo 10 de la Ley 29/1994 dos nuevos apartados, los 2 y 3, y posponiendo el apartado 2 al ordinal 4, manteniendo incólume el apartado 1 en los términos analizados.

De forma que, atendiendo a los nuevos apartados que se incorporan el citado artículo 10, se prevé dos prórrogas extraordinarias: *una primera prórroga legal extraordinaria del plazo por un periodo máximo de un año* —arrendador que tenga la condición de gran tenedor—: así finalizado el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, durante el cual se seguirá aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria requerirá la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico —sólo valoración administrativa— y, que deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador; cuando este sea un gran tenedor de vivienda, salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento.

Por lo que, los requisitos para la aplicabilidad de esta prórroga son los siguientes:

1. Que haya finalizado el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 de la LAU o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1 de la LAU. De forma que, solo podrá solicitarse a la finalización de cualquiera de esos períodos;
2. Que el arrendador sea considerado gran tenedor en los términos indicados. Se entiende que, debe cumplir dicha condición a la fecha de finalización de los periodos de prórroga obligatoria o de prórroga tácita;
3. Que el arrendatario solicite la prórroga al arrendador, estando éste obligado a concederla, salvo que las partes suscriban un nuevo contrato de arrendamiento;
4. Que el arrendatario se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica y social y lo acredite debidamente en base a un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico;
5. No es necesario que la vivienda objeto del contrato se encuentre ubicada en una zona de mercado tensionada;
6. Al contrato prorrogado se le seguirán aplicando los términos y condiciones establecidas en el contrato en vigor, así como el régimen legal y convencional al que estuviera sometido. No se indica el plazo de preaviso que debe realizar el arrendatario al arrendador; parece que, a falta de referencia legal, *muta mutandis*, aplicamos en de 4 meses de antelación previsto en el artículo 10.1 de la LAU. Por tanto, se podrá solicitar antes de finalizar tales períodos de prórroga y, hacerse efectiva cuando dicha finalización tenga lugar. Por lo que, dicha solicitud se puede hacer efectiva en dos momentos temporales: finalizado el periodo de prórroga obligatoria del artículo 9.1 o el de prórroga legal tácita del artículo 10.1. Todo ello, con respecto a los nuevos contratos que se firmen a la entrada en vigor de la Ley 12/2023<sup>359</sup>. En todo caso, resulta una realidad que, para evitar esta prórroga, el arrendador obviará la tácita de tres años

notificando el arrendador al arrendatario con cuatro meses de antelación su voluntad de no renovar el contrato de arrendamiento de vivienda.

*Una segunda prórroga legal extraordinaria por plazos anuales por un periodo máximo de 3 años:* así tratándose de un inmueble ubicado en una zona de mercado residencial tensionado y dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona en los términos dispuestos en la legislación estatal en materia de vivienda, haya finalizado el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 de esta LAU, o el periodo de prórroga tácita del artículo 10.1, previa solicitud del arrendatario, podrá prorrogarse de manera extraordinaria el contrato de arrendamiento por plazos anuales, por un periodo máximo de tres años, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes —sin con ello se pueda obviar la normativa imperativa de la LAU en lo relativo a prórrogas y renta—; se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de esta Ley; o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de esta Ley, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Los requisitos para que opere esta segunda prórroga extraordinaria son:

1. Que la vivienda objeto de arrendamiento se ubique en una zona de mercado tensionado; 2. Que haya finalizado el periodo de prórroga obligatoria previsto en la LAU artículo 9.1 o el de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1 de la citada Ley; 3. Que el arrendatario solicite la prórroga al arrendador; 4. Esta prórroga es obligatoria para el arrendador (sea o no gran tenedor), salvo que: a) Se hubieran fijado otros términos o condiciones por acuerdo de las partes; b) Se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la fijación de la renta que, en su caso, proceda conforme al artículo 17, apartados 6 y 7 de la LAU; c) El arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la LAU, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o para sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. En todo caso, también durante esta prórroga se seguirá aplicando los términos y condiciones fijados en el contrato en vigor, así como el régimen legal y convencional al que estuviera sometido.

De todas formas, para la operatividad de esta prórroga debemos tener en cuenta que, la calificación de zona de mercado tensionado es temporal y queda al criterio de las Comunidades autónomas; y, además, que los arrendadores de nuevo evitarán su aplicación no renovando el contrato en los términos del artículo 10.1 de la LAU —esto es, no propiciando la prórroga tácita—, o directamente, no adquiriendo viviendas en estas zonas o de tenerlas no ponerlas en el mercado para su arrendamiento.

Todo lo referido, en líneas precedentes, se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 26 de mayo de 2023 —fecha de entra-

da en vigor de la Ley—. Respecto a los contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, la Disposición transitoria cuarta de la misma señala que continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994 —los celebrados entre el 1 de enero de 1995 y 26 de mayo de 2023— sean arrendamientos de vivienda o de uso distinto de vivienda, pues, se opta por la generalización a todos los contratos de arrendamientos urbanos firmados en ese plazo temporal. Todo ello, sin perjuicio que las partes en el juego de la autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1255 del Código Civil acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, adaptarse al régimen jurídico establecido en la Ley 12/2023. Si bien, la regulación establecida en esta nueva ley 12/2023 no afectará a las medidas de aplicación extraordinaria dictadas para hacer frente a la crisis económica y la guerra de Ucrania en relación a los contratos de arrendamiento de vivienda vigentes —ahora si se especifica que sólo alcanza a los contratos de vivienda—. Estas medidas son por un lado, la recogida en el artículo 46 del Real Decreto 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania respecto a la limitación extraordinaria de la actualización de la renta que, estudiaremos en el apartado siguiente; y por otro, la prórroga extraordinarias de los contratos de arrendamiento de vivienda regulada en el artículo 71 del Real Decreto-Ley 20/2022, de 27 de diciembre de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y otras situaciones de vulnerabilidad —modificado por la disposición final 6ª del Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero—, cuyos efectos quedarán extinguidos el 30 de junio de 2023<sup>360</sup>.

En este contexto, conforme a lo analizado, las prórrogas extraordinarias previstas en el artículo 10.2 y 3 de la LAU operan finalizado el periodo de prórroga obligatoria (artículo 9.1), o de prórroga legal tácita (artículo 10.1), pero no se dice nada si el contrato se ha renovado por tácita reconducción (artículos 1566 y 1581 del Código Civil). Si ésta tiene lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, no se aplicarán tales prórrogas extraordinarias, pues, el arrendamiento de vivienda se rige por la Ley 29/1994 (Disposición transitoria cuarta de la citada Ley 12/2023). Ahora bien, si dicha tácita reconducción tiene lugar tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 12/2023 consideramos que, si resulta de aplicación la nueva norma y, por ende, operan tales prórrogas extraordinarias, pues, la tácita reconducción da lugar a un nuevo contrato de arrendamiento que, requiere el consentimiento presunto de todas las partes. Por tanto, no provoca una prórroga o ampliación del plazo del mismo contrato anterior. Éste ha finalizado, una vez cumplido el término de su duración “sin necesidad de requerimiento especial” (artículo 1581.2 del Código Civil)<sup>361</sup>.

#### *IV.1.B. La renta en el contrato de arrendamiento de vivienda*

La LAU no contiene una definición del concepto de renta. Para FUENTES-LOJO RIUS sobre la base del artículo 1543 del Código Civil se puede inferir que: “es la de precio cierto que se entrega a una de las partes en el arrendamiento de cosas a cambio del goce o uso de la misma por tiempo determinado”.

Así en el contrato de arrendamiento de vivienda, la renta será la que libremente pacten las partes. Si no establece lo contrario, lo habitual es que el pago sea mensual y en los siete primeros días del mes.

En cuanto a la forma o modo de hacerse el pago, el artículo 17.3 modificado por la Ley 12/2023 señala que, el pago se efectuará a través de medios electrónicos como regla general. Si bien, excepcionalmente, cuando alguna de las partes carezca de cuenta bancaria o acceso a medios electrónicos de pago y a solicitud de esta, se podrá efectuar en metálico y en la vivienda arrendada. Quizá entre otros objetivos se pretenda evitar el pago en efectivo, por considerarlo una forma de pago en dinero negro (dinero B), pero también deja fuera a aquellos ciudadanos que no están adaptados a las exigencias de la era digital<sup>362</sup>.

En todo caso, el arrendador queda obligado a entregar al arrendatario recibo del pago, salvo que se hubiera pactado que éste se realice mediante procedimientos que acrediten el efectivo cumplimiento de la obligación de pago por el arrendatario. El recibo o documento acreditativo que lo sustituya deberá contener separadamente las cantidades abonadas por los distintos conceptos de los que se componga la totalidad del pago y, específicamente, la renta en vigor. Si el arrendador no hace entrega del recibo, serán de su cuenta todos los gastos que se originen al arrendatario para dejar constancia del pago. Por otra parte, podrá acordarse libremente por las partes que, durante un plazo determinado, la obligación del pago de la renta pueda reemplazarse total o parcialmente por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble en los términos y condiciones pactadas. Al finalizar el arrendamiento, el arrendatario no podrá pedir en ningún caso compensación adicional por el coste de las obras realizadas en el inmueble. El incumplimiento por parte del arrendatario de la realización de las obras en los términos y condiciones pactadas podrá ser causa de resolución del contrato de arrendamiento y además, el arrendador que no haya autorizado la realización de las obras podrá exigir que el arrendatario reponga las cosas al estado anterior o conservar la modificación efectuada, sin que éste pueda reclamar indemnización alguna (artículo 17.4 y 5 de la LAU).

En este contexto, la Ley 12/2023 introduce en el citado artículo 17 dos nuevos apartados, 6 y 7, con reglas específicas para la determinación de la renta en el caso de mercado residencial tensionado y de grandes tenedores, en concreto, establece topes y límites al importe de la renta que se pacte en los contratos que se celebren a la entrada en vigor de la citada ley 12/2023, y a su actualización anual. Se trata de norma imperativa; por lo que, la no observancia de la misma conlleva la nulidad de la estipulación de la renta.

Así, en los contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 12/2023 en los que el inmueble se ubique en una *zona de mercado residencial tensionado*, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior; sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior.

Únicamente podrá incrementarse, más allá de lo que proceda de la aplicación de la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior; en un

máximo del 10 por ciento sobre la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, cuando se acredite alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento. b) Cuando en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento se hubieran finalizado actuaciones de rehabilitación o mejora de la vivienda en la que se haya acreditado un ahorro de energía primaria no renovable del 30 por ciento, a través de sendos certificados de eficiencia energética de la vivienda, uno posterior a la actuación y otro anterior que se hubiese registrado como máximo dos años antes de la fecha de la referida actuación. c) Cuando en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento se hubieran finalizado actuaciones de mejora de la accesibilidad, debidamente acreditadas; y, d) Cuando el contrato de arrendamiento se firme por un periodo de diez o más años, o bien, se establezca un derecho de prórroga al que pueda acogerse voluntariamente el arrendatario, que le permita de manera potestativa prorrogar el contrato en los mismos términos y condiciones durante un periodo de diez o más años.

En los contratos de arrendamiento de vivienda que el arrendador sea *un gran tenedor de vivienda* y en los que *el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado* dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique, pudiendo desarrollarse reglamentariamente las bases metodológicas de dicho sistema y los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación.

Esta misma limitación se aplicará a los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona, y sobre el que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda vigente en los últimos cinco años, siempre que así se recoja en la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, al haberse justificado dicha aplicación en la declaración de la zona de mercado residencial tensionado.

Si bien, atendiendo a lo expuesto, conviene precisar que, mientras no exista la declaración de zona de mercado tensionado o esta no se encontrara vigente al tiempo de la conclusión del contrato, los límites de la renta expuestos no podrán ser aplicados.

Pues bien, sobre la base de lo dispuesto legalmente en el artículo 17.6 y 7 de la LAU procede indicar varias situaciones:

1. *Contratos sujetos a la LAU respecto de viviendas en zonas de mercado tensionado y el arrendador no sea un gran tenedor.* El límite de la renta no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan

fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior.

Ahora bien, puede darse el caso que, se trata de contratos vigentes en los últimos cinco años, pero finalizados en menos de un año antes de la celebración del nuevo contrato. Para fijar la renta del nuevo contrato de arrendamiento se tendrá en cuenta el importe de la renta de la última mensualidad devengada en el arrendamiento anterior, sin que proceda ninguna actualización, por cuanto no ha transcurrido el plazo de un año entre la última renta devengada del anterior contrato y el nuevo contrato que exige una actualización monetaria; o también que no haya contrato vigente en los últimos cinco años la renta será la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia que se acuerden —aplicando lo previsto en el artículo 17.7 de la LAU que sí que contiene una previsión para este supuesto—.

También se podrá topa o limitar la renta cuando no hubiese existido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores un nuevo contrato de arrendamiento de vivienda con el que comparar la renta a estos efectos, el límite de la renta será el establecido en el artículo 17.7 apartado segundo de la Ley 12/2023, conforme al sistema de índices de precios de referencia al que hace referencia la Disposición adicional segundo del Real Decreto 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler cuyo número 2 autoriza a las comunidades autónomas a definir de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia, para el ejercicio de sus competencias y a los efectos de diseñar sus propias políticas y programas públicos de vivienda y siempre que así se contenga en la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

No obstante estos límites, se posibilita un incremento de la renta en un máximo de un 10% cuando: 1. Cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento; 2. Cuando en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento se hubieran finalizado actuaciones de rehabilitación o mejora de la vivienda en la que se haya acreditado un ahorro de energía primaria no renovable del 30 por ciento, a través de sendos certificados de eficiencia energética de la vivienda, uno posterior a la actuación y otro anterior que se hubiese registrado como máximo dos años antes de la fecha de la referida actuación; 3. Cuando en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento se hubieran finalizado actuaciones de mejora de la accesibilidad, debidamente acreditadas; y, 4. Cuando el contrato de arrendamiento se firme por un periodo de diez o más años, o bien, se establezca un derecho de prórroga al que pueda acogerse voluntariamente el arrendatario, que le permita de manera potestativa prorrogar el contrato en los mismos términos y condiciones durante un periodo de diez o más años.

2. *Contratos sujetos a la LAU respecto de viviendas situadas en zonas tensionadas y el arrendador es un gran tenedor*: la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de

la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique, pudiendo desarrollarse reglamentariamente las bases metodológicas de dicho sistema y los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación.

Recordemos que, esta misma limitación se aplicará a los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona y, sobre dicha vivienda no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda en los últimos cinco años.

En consecuencia, respecto a los límites de la renta de alquiler se aplica: a cualquier arrendador lo dispuesto en apartado 6 del artículo 17 cuando estamos en un mercado tensionado; el apartado 7 del mismo precepto cuando se trata de grandes tenedores que tengan inmuebles en zonas de mercados tensionados; y, a los nuevos propietarios de viviendas que tengan inmuebles en esas zonas y no hayan arrendado la vivienda en los últimos cinco años anteriores a la declaración por la Administración autonómica correspondiente de esta zona como zona de mercado tensionada que, conforme a lo regulado en cuanto a la limitación de la renta difícilmente adquieran viviendas en estas zonas de mercado tensionado, o las pongan en arrendamiento; restringiendo, de nuevo, el mercado de la vivienda tanto en operaciones de compra como de alquiler, salvo por un dato que, al ser el precio de oferta en el mercado más bajo, podrá ser una buena opción de compra para quienes lo van a adquirir como residencia habitual<sup>363</sup>.

Ahora bien, procede señalar que, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 17.7 de la LAU se introduce una disposición transitoria séptima a esta LAU en la que se dispone que: “1. La regulación establecida en el apartado 7 del artículo 17 se aplicará a los contratos que se formalicen desde la entrada en vigor de la Ley 12/2023 y una vez se encuentre aprobado el referido sistema de índices de precios de referencia, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la citada Ley 12/2023 y lo establecido en mencionada la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. 2. La resolución del Departamento ministerial competente en materia de vivienda que apruebe el referido sistema de índices de precios de referencia se realizará por ámbitos territoriales, considerando las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las distintas comunidades autónomas y asegurando en todo caso la coordinación técnica”.

En fin, nos parece oportuno finalizar este apartado, señalando que la experiencia comparada demuestra el fracaso de este control de rentas tanto Europa como fuera del continente europeo<sup>364</sup>.

Pese a ello, el Gobierno de Cataluña ha aprobado el Decreto Ley 1/2025, de 28 de enero, de medidas urgentes en materia de contención de rentas, con el objetivo de proteger a los arrendamientos con necesidad de vivienda permanente en las zonas declaradas de mercado tensado, en coherencia con las últimas medidas legislativas, y reforzar al mismo tiempo el régimen sancionados con el fin de coadyuvar a su plena efectividad. A tal fin, modifica el régimen sancionados de la Ley 18/2027, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, incorporando el incumplimiento de estas obligaciones como conductas constitutivas de infracción susceptibles de ser sancionada. Asimismo, se reflejan los correspondientes comportamien-

tos infractores en el Código de Consumo d Cataluña, que también se modifica. Además, prevé ciertas obligaciones de información en los anuncios, las ofertas de arrendamientos y los contratos mismos, como es el precio que resulta de aplicar el sistema de índice de referencia, el precio de la última renta del contrato de arrendamiento o la condición de gran tenedor de la persona propietaria de la vivienda cuando los inmuebles estén ubicados en zonas de mercado tensionado.

Como hemos indicado, se modifica la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en concreto la letra b) del apartado 3 del artículo 45 para especificar los supuestos en que se produce la discriminación indirecta (cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, la simulación o fraude del contrato, un criterio o una práctica, aparentemente neutros, ocasionan una desventaja particular a una persona con respecto a otras en el ejercicio del derecho en la vivienda).

Con esta modificación se podrá aplicar la correspondiente infracción prevista al artículo 123 de la misma Ley, cuyo apartado 2 ya recoge, como infracción muy grave en materia de protección de consumidores y usuarios de vivienda en el mercado inmobiliario, llevar a cabo acciones u omisiones que supongan acoso o discriminación.

Por otra parte, con la modificación de la letra g) del artículo 59, relativo al contenido obligatorio en toda publicidad de las viviendas, se especifica el precio que ha de constar necesariamente en la publicidad si la vivienda está ubicada en una zona de mercado residencial tensado.

Las modificaciones que se llevan a cabo en el artículo 61 se refieren a los datos que han de contenerse en la información mínima de una oferta de arrendamiento.

Por lo que respecta a los requisitos para el arrendamiento de las viviendas que se contienen en el artículo 66, se especifican los datos que han de hacerse constar en el contrato de arrendamiento de las viviendas que estén ubicadas en una zona de mercado residencial tensado en vigor.

Mediante las modificaciones introducidas en los artículos 123 y 124 se adicionan nuevas infracciones en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios de viviendas en el mercado inmobiliario, así como un nuevo ámbito de infracción específico en materia de arrendamientos de vivienda.

Así, se califica como infracciones muy graves en materia de arrendamientos establecer en el contrato de arrendamiento de una vivienda sujeta al régimen de contención de precios del alquiler una renta que rebase el importe máximo permitido, si la diferencia de rentas es superior al treinta por ciento, no hacer constar la finalidad del contrato de arrendamiento o hacer constar una finalidad simulada, falsa o fraudulenta, y repercutir al arrendatario los gastos de gestión inmobiliaria y/o los gastos de formalización del contrato de arrendamiento de la vivienda cuando, por el tipo de arrendamiento, no sean procedentes de conformidad con la normativa aplicable; como infracción grave en materia de protección de los consumidores y usuarios de viviendas en el mercado inmobiliario no hacer constar, en la publicidad o en las ofertas de viviendas para alquilar, la renta que resulta de aplicar el sistema de referencia de los precios del arrendamiento de viviendas o, si procede, el importe de la renta del contrato de arrendamiento anterior, así como la condición de gran tenedor de la propiedad de la vivienda; y como infracciones graves en materia de arrendamientos establecer en el arrendamiento de una vivienda

sujeta al régimen de contención de precios del alquiler una renta que rebase el importe máximo permitido, si la diferencia de rentas es igual o inferior al treinta por ciento y no hacer constar la renta que resulta de aplicar del sistema de referencia de los precios del arrendamiento de viviendas o, si procede, el importe de la renta del contrato de arrendamiento anterior, así como la condición de gran tenedor de la propiedad de la vivienda en los contratos de arrendamiento de viviendas.

Y se modifica el artículo 130.2 para actualizar la referencia normativa al marco legal vigente en materia de protección de las personas consumidoras y usuarias en Cataluña, en sustitución de normativa ya derogada.

Asimismo, se modifica el Código de Consumo catalán, en concreto el artículo 331-5 añade una letra f) para fijar el tipo infractor consistente en la realización de prácticas abusivas por parte de las personas empresarias o profesionales que intervienen en la prestación de servicios inmobiliarios estableciendo la formalización de un régimen de contratación de arrendamiento de la vivienda de carácter temporal cuando en realidad queda acreditada su finalidad de carácter permanente o habitual, con la voluntad manifiesta de eludir, en fraude de ley, la aplicación de la normativa vigente en materia de arrendamientos urbanos. Si no se hace constar que el contrato de arrendamiento de vivienda tiene una finalidad de carácter temporal, se presume que es para satisfacer la necesidad primordial de vivienda de carácter permanente de la persona arrendataria.

Con la modificación de la letra d) en el apartado 1 del artículo 332-3 se concreta la calificación de dicha infracción como grave.

En fin, entra en vigor el Decreto Ley 1/2025 el 30 de enero de 2025, al día siguiente de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de octubre de 2024<sup>365</sup> ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad núm. 3955-2022, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, y, subsidiariamente, contra los arts. 1.1, 1.3, 7, 8, 9.2, 10, 11 y 12 y la disposición transitoria de dicha ley por invasión de competencias estatales en materia de legislación procesal y sobre bases de las obligaciones contractuales. En la citada Ley catalana obligaba a los grandes tenedores ofrecer un alquiler social a los ocupantes vulnerables antes de la interposición de una demanda de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo. De tal forma que, tras la citada sentencia no solamente ya no es sancionable la falta de ofrecimiento de alquiler social en estos casos, sino que, además, los sancionados tienen derecho a exigir la revisión de dichos expedientes sancionadores y el reintegro de los importes de las sanciones abonadas con sus correspondientes intereses legales.

#### *IV.1.C. Actualización de la renta del arrendamiento de vivienda*

La renta solo podrá actualizarse durante la vigencia del contrato por: por el arrendador o el arrendatario en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato, en los términos pactados por las partes. En defecto de pacto expreso, no se aplicará actualización de rentas a los contratos.

En caso de pacto expreso entre las partes sobre algún mecanismo de actualización de valores monetarios que no detalle el índice o metodología de referencia, la renta se actualizará para cada anualidad por referencia a la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de cada actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato<sup>366</sup>.

Si bien, el incremento producido como consecuencia de la actualización anual de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación porcentual experimentada por el Índice de Precios al Consumo a fecha de cada actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato.

De todas formas, la renta actualizada será exigible al arrendatario a partir del mes siguiente a aquel en que la parte interesada lo notifique a la otra parte por escrito, expresando el porcentaje de alteración aplicado y acompañando, si el arrendatario lo exigiera, la oportuna certificación del Instituto Nacional de Estadística. Si bien, será válida la notificación efectuada por nota en el recibo de la mensualidad del pago precedente.

Ahora bien, con relación a las actualizaciones de renta al cumplirse una anualidad de vigencia del contrato, esto es, a partir del 1 de enero de 2025, se añade una Disposición adicional undécima a la LAU en la que se impone al Instituto Nacional de Estadística, antes del 31 de diciembre de 2024, la definición de un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda, que se fijará como límite de referencia a los efectos del artículo 18 de esta LAU, con el objetivo de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento. Un nuevo índice al que también hizo referencia en su momento la Disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler como índices de referencia del precio del alquiler de vivienda con la finalidad de garantizar la transparencia y el conocimiento de la evolución del mercado del alquiler de viviendas, así como para aplicar políticas públicas que incrementen la oferta de vivienda asequible y para facilitar la aplicación de medidas de política fiscal que se elaboraría en el plazo de ocho meses por la Administración del Estado. Y añade que, corresponde a las comunidades autónomas definir de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia, para el ejercicio de sus competencias y a los efectos de diseñar sus propias políticas y programas públicos de vivienda. Forma de proceder que va a tener aplicación también ahora con el nuevo índice; dando lugar de nuevo a un tratamiento dispar entre territorios.

Pues bien, para conseguir la finalidad de la disposición final primera de la LDV deben considerarse conjuntamente el Índice de Precios de Consumo, el Índice de Precios de Consumo subyacente y las diferencias entre las tasas de crecimiento anual tanto del Índice de Precios de Consumo como del Índice de Precios de Consumo subyacente de cada mes y dos parámetros: uno que guarde relación con el crecimiento esperado a largo plazo de dicho índice, y otro que será un coeficiente moderador de dichas diferencias, definidos a propuesta conjunta de la Dirección General de Vivienda y Suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana y de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía, Comercio

y Empresa, formulada con fecha 17 de diciembre de 2024, en consideración a las circunstancias del mercado del alquiler de vivienda.

De acuerdo con ello la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística procede a dictar la resolución de 18 de diciembre de 2024<sup>367</sup>, por la que se define el índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda.

A los efectos del artículo 18 de la LAU, el índice de referencia que se utilizará como límite para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda será el mínimo valor entre la tasa de variación anual del Índice de Precios de Consumo, la tasa de variación anual del Índice de Precios de Consumo subyacente y la tasa de variación anual media ajustada, elaborada según lo previsto en el anexo de esta resolución.

Se define la tasa de variación anual media ajustada de acuerdo con la siguiente fórmula:  $TVAMA^m = \min(\beta + \alpha \times (TVIPC^m - \beta), \beta + \alpha \times (TVIPCS^m - \beta))$

Dónde:  $TVAMA^m$  es la tasa de variación anual media ajustada, en el mes  $m$  del año  $t$ .

$TVIPC^m$  es la tasa de variación anual del Índice de Precios de Consumo en el mes  $m$  del año  $t$ .

$TVIPCS^m$  es la tasa de variación anual del Índice de Precios de Consumo subyacente en el mes  $m$  del año  $t$ .

$\alpha$  es un parámetro que, a propuesta conjunta de la Dirección General de Vivienda y Suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana y de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, tomará el valor 0.5, en consideración a las circunstancias del mercado del alquiler de vivienda.

$\beta$  es un parámetro que, a propuesta conjunta de la Dirección General de Vivienda y Suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana y de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, tomará como valor 2, que es el objetivo de tasa de inflación a medio plazo del Banco Central Europeo. Así, guardará relación con la evolución esperada de los precios de consumo a medio plazo.

Al respecto, el Instituto Nacional de Estadística publicará mensualmente el índice de referencia definido en la cláusula anterior, expresado con dos decimales, utilizando los últimos datos mensuales disponibles.

Y, la presente resolución surte efectos a partir del 1 de enero de 2025.

Asimismo, se establece en la Disposición Final sexta de la Ley 12/2023 una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda a través de la modificación del artículo 46 del Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania. Con esta modificación del artículo 46 se extiende la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, respecto a:

1. Los contratos de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU cuya anualidad de vigencia tenga lugar en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de este Real Decreto Ley —31 de marzo de 2022— y el 31 de diciembre de 2023 la persona arrendataria podrá negociar con el

arrendador el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con sujeción a las siguientes condiciones: a) En el caso de que el arrendador sea un gran tenedor el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes, sin que pueda exceder del resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta quedará sujeto a esta misma limitación; b) En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. De forma que, en este periodo temporal la actualización de la renta no podrá ser superior al 2%.

2. Los contratos de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU, cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024, el arrendatario podrá negociar con el arrendador el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con sujeción a las siguientes condiciones: a) En el caso de que el arrendador sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes, sin que la variación anual de la renta pueda exceder del tres por ciento. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta quedará sujeto a esta misma limitación; b) En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta a aplicar no podrá ser superior al tres por ciento. No se aplica el IGC en 2024. De forma que, en este periodo temporal la actualización de la renta no podrá ser superior al 3%.

En consecuencia, procede señalar que, el mencionado artículo 18 de la LAU establece de modo imperativo que en ningún caso, el incremento producido como consecuencia de la actualización anual de la renta podrá exceder del resultado de aplicar la variación porcentual experimentada por el Índice de Precios al Consumo a fecha de cada actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. Si bien, tras la incorporación de la Disposición adicional undécima a partir de 1 de enero de 2025 para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda, el incremento cuantitativo de la renta no podrá exceder del que resulte de aplicar el nuevo índice de referencia que se apruebe. De forma que, esta Disposición adicional añade un nuevo límite en la aplicabilidad del citado artículo 18, por lo que las revisiones de renta que tengan lugar al cumplirse una anualidad del contrato desde la entrada en vigor

de la Ley 12/2023 hasta el 31 de diciembre de 2024 se regirá por lo dispuesto en la Ley 29/1994 respecto de arrendamientos celebrados con anterioridad a la Ley 12/2023 (Disposición Transitoria cuarta); y, conforme la Disposición final 6ª de la Ley 12/2023 por el que se modifica, como se ha expuesto, el contenido del artículo 46 del Real Decreto-Legislativo 6/2022 relativo a la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, respecto de los contratos celebrados a partir del 26 de mayo de 2023, se aplicará la Ley 12/2023 en relación con lo dispuesto en el citado Real Decreto, esto es, un límite máximo de un 2% para las actualizaciones de renta comprendidas entre el 31 de marzo de 2022 y el 31 de diciembre de 2023 y de un 3% respecto de aquellas revisiones que procedan al cumplirse un año de vigencia del contrato en el periodo entre 1 de enero de 2024 y 31 de diciembre de 2024 y con respecto a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a la entrada en vigor de la Ley 12/2023.

En todo caso, los contratos de arrendamiento de vivienda a partir del 1 de enero de 2025 se regirán por el nuevo índice general de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda con independencia que el arrendador sea o no un gran tenedor y que estén situados o no en un área de mercado residencial tensionado. El índice de referencia será el mínimo valor entre la tasa de variación anual de Índice de Precios de Consumo, la tasa de variación anual media ajustada que se calculará conforme a la fórmula que se ha indicado y que figura en el Anexo de la Resolución. El INE publicará mensualmente el Índice de referencia. El 2 de enero de 2025 se ha publicado en la página web del INE los primeros resultados del Índice de Referencia.

Ciertamente el artículo 18 de la LAU durante la vigencia de un contrato de alquiler el precio de la renta se podrá actualizar cada año si se ha pactado de forma expresa. Antes de 2022, normalmente se actualizaba por el IPC, aunque si no se especificaba ningún índice, se aplicaba la variación anual del índice de garantía de Competitividad (IGC). Para poder actualizar el precio del alquiler, el arrendador deberá avisar al inquilino con un ms de antelación y solo se podrá revisar (una vez al año). A partir de 2025, el precio del alquiler se actualizará según al índice de Referencia de Arrendamientos d vivienda (IRAV), el nuevo índice, tal y como recoge la Disposición adicional undécima d la Ley de Vivienda. Este nuevo índice para actualizar los contratos de arrendamiento se define como el valor mínimo entre a tasa de variación anual del IPC, la tasa de variación anual de la inflación subyacente y la tasa de variación anual media ajustada. Como hemos especificado n líneas precedente la fórmula para calcular la tasa anual media ajustada, que incluye dos parámetros: 1. Alfa (0,5), propuesto por la Dirección General de Política Económica, relacionado con el crecimiento esperado a lo largo del índice; 2. Beta (25), definido conjuntamente por la Dirección General de Vivienda y Suelo y la Dirección General de Política Económica, considerando las condiciones del mercado del alquiler y coincidiendo con el objetivo de inflación del BCE.

De acuerdo con el INE el nuevo índice de actualización del alquiler se define como el valor mínimo entre: 1. La Tasa de variación anual del índice de precios al consumo (IPC); 2. La tasa de variación anual del IPC subyacente; y 3. La tasa de variación anual media ajustada definida en el Anexo de la Resolución que, incorpora como hemos indicado, dos parámetros definidos conjuntamente por la Dirección General de Vivienda y el Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana y la

Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa. Es decir, se trata de un porcentaje calculado a partir de tres parámetros.

En todo caso, la fórmula de actualización será similar a la empleada con el IPC o los límites establecidos en años anteriores. Para calcular la nueva renta, se sumará el porcentaje del índice del INE, al precio mensual actual del alquiler. La fórmula para actualizar el precio será la misma que con el IPC o el límite del 2% que se indicaba en 2023 o el 3% que se indicaba en el 2024.

Al abril de 2025 el índice de actualización del precio del alquiler es del 2,09%

El índice se aplicará exclusivamente a los contratos de alquiler de vivienda habitual y que se hayan firmado después de la entrada en vigor de la Ley de vivienda, el 25 de mayo de 2023. Los anteriores a dicha fecha se actualizarán conforme a lo que hayan establecido las partes en el contrato de arrendamiento. No será aplicable a los alquileres temporales, de habitación, de locales comerciales, de oficinas y de garajes y trasteros.

Por su parte, para poder actualizar este precio el contrato de alquiler debe incluir una cláusula que especifique el precio se podrá actualizar cada año y los arrendadores deberán avisar al inquilino que la renta se actualizará con un mes de antelación.

Ahora bien, desde el sector inmobiliario se advierte que la puesta en marcha de este índice tendrá efectos perniciosos sobre los precios de los alquileres, ya que los propietarios que firmen nuevos contratos elevarán el precio inicial para compensar la intervención estatal. Al tratarse de una medida que implica una pérdida de poder adquisitivo por parte del propietario, para evitarlo, subirá el precio al inicio del contrato para protegerse de la intervención de precios que tendrá que soportar en los próximos cinco años (los obligatorios para un contrato de alquiler).

#### *IV.1.D. Gastos generales y servicios individuales*

Las partes podrán pactar que los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios, sean a cargo del arrendatario. Así: 1. En los edificios en régimen de propiedad horizontal tales gastos serán los que correspondan a la finca arrendada en función de su cuota de participación; 2. En los edificios que no se encuentren en régimen de propiedad horizontal, tales gastos serán los que se hayan asignado a la finca arrendada en función de su superficie.

Si bien, este pacto será válido, si consta por escrito y determina el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato. El pacto que se refiera a tributos no afectará a la Administración.

Tras la reforma por Ley 12/2023 y por imperativo legal, serán de cargo del arrendador —sin distinguir entre persona física o jurídica—: los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato.

No obstante, durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, o durante los siete primeros años si el arrendador fuese persona jurídica, la suma que el arrendatario haya de abonar por los conceptos referidos, con excepción de los tributos, sólo podrá incrementarse: por acuerdo de las partes, anualmente, y nun-

ca en un porcentaje superior al doble de aquel en que pueda incrementarse la renta conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la LAU.

En fin, serán, en todo caso, de cuenta del arrendatario los gastos por servicios con que cuente la finca arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores.

Ahora bien, respecto a los gastos de intermediación inmobiliaria, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala tercera, de 27 de febrero de 2025 (asunto C-674/2023)<sup>368</sup> se ha pronunciado respecto al límite de la comisión que tienen que cobrar las agencias inmobiliarias respecto al precio de venta y arrendamiento. Al respecto, indica que no se opone a una normativa nacional que, en relación a la adquisición o arrendamiento por una persona física de una vivienda unifamiliar, apartamento o unidad residencia se limite la comisión que se aplica a los servicios de intermediación inmobiliaria, en caso de adquisición o venta de un inmueble cuyo valor contractual sea superior o igual a 10.000 euros, al 4% del precio establecido en el contrato y, en caso de arrendamiento, al 4% de la cantidad resultante de multiplicar el importe de la renta mensual por el número de meses durante los cuales se arrienda el inmueble, siempre que esa normativa no vaya más allá de lo necesario para conseguir los objetivos que persigue (fomentar el acceso a la vivienda a precios asequibles para las personas vulnerables y proteger a los consumidores ofreciendo mayor transparencia en los precios) y no se pueda sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Por otra parte, procede señalar que, la Disposición adicional primera de la Ley 12/2023 prevé que para un adecuado desarrollo de lo previsto en la misma, se conformará una base de datos de contratos de arrendamiento de vivienda, a partir de la información contenida en los actuales registros autonómicos de fianzas de las comunidades autónomas, en el Registro de la Propiedad y otras fuentes de información de ámbito estatal, autonómico o local, con el objetivo de incrementar la información disponible para el desarrollo del Sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler<sup>369</sup>.

Asimismo, se promoverán los mecanismos de colaboración con las comunidades autónomas y otros organismos e instituciones, para disponer de la información veraz sobre los contratos de arrendamiento de vivienda vigentes, a través de los datos recogidos en los distintos registros autonómicos y estatales, con el objeto de realizar un adecuado seguimiento del conjunto de medidas incluidas en esta ley y determinar el progreso en el cumplimiento de los objetivos de incrementar la oferta de vivienda en alquiler a precios asequibles. Su creación y actualización anual dependerá de las propias Administraciones Públicas, atendiendo a la información que reciban de los registros autonómicos de fianza, del Registro de la Propiedad o de otras fuentes de información de ámbito estatal, autonómico o local.

Y, asimismo, indicar que, a la entrada en vigor de la Ley —26 de mayo de 2023— se iniciará un proceso específico de colaboración entre el Departamento Ministerial competente en materia de vivienda y las comunidades autónomas que hayan desarrollado sistemas de referencia del precio del alquiler en sus respectivos ámbitos territoriales para asegurar la colaboración entre sistemas, la atención

a las especificidades territoriales que deban tenerse en cuenta, así como el establecimiento de plazos para agilizar su aplicación efectiva.

#### IV.2. ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA: LA OKUPACIÓN Y LA INQUIOKUPACIÓN Y LOS PROCESOS DE DESAHUCIO

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 12/2023 en su Disposición final quinta que se refiere básicamente, por un lado, a los cuatro procedimientos judiciales, cuya finalidad común es la de recuperar la posesión de los inmuebles por quienes los poseen sin título previo que ampare la posesión o que habiendo existido título éste ha decaído o devenido ineficaz (artículo 250.1.1º, 2º, 4º y 7º de la LEC); y, por otro, las modificaciones en el proceso ejecutivo.

##### IV.2.A. *Procesos verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y reclamación de las cantidades debidas por el arrendatario, precario, recobrar y retener la posesión y sobre derechos reales inscritos*

En cuanto al procedimiento de desahucio por falta de pago de la renta y por expiración del plazo, versa sobre la reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca (artículo 250.1.1º de la LEC). Estamos antes los conocidos como juicios verbales de desahucio que principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia. No obstante, en los juicios verbales en que no se actúe con abogado y procurador, el demandante podrá formular una demanda sucinta, donde se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, concretando los hechos fundamentales en que se basa la petición (artículo 437.1 y 2 de la LEC). En la demanda el arrendador (propietario o usufructuario) alegará el hecho negativo de no haber recibido el pago de la renta en el tiempo oportuno.

Examinada la demanda por el Letrado de la Administración de Justicia, la admitirá por decreto o dará cuenta de ella al tribunal en los supuestos del artículo 404 para que resuelva lo que proceda. Admitida la demanda, dará traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario. Si el demandado no compareciere en el plazo otorgado será declarado en rebeldía conforme al artículo 496 (artículo 438.1 de la LEC).

En los casos en que sea posible actuar sin abogado ni procurador, se indicará así en el decreto de admisión y se comunicará al demandado que están a su disposición en el juzgado unos impresos normalizados que puede emplear para la

contestación a la demanda. Salvo que el arrendatario pague o consigne notarial o judicialmente para enervar la acción, el demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites. Si solicita la vista cualquiera de las partes, el Letrado de la Administración de Justicia señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes. No obstante, en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso se dará traslado a la otra parte por el plazo de tres días y, transcurridos los cuales, si no se hubieren formulado alegaciones o manifestado oposición, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el tribunal así lo considera.

La vista deberá tener lugar en el plazo de un mes, en la que el arrendatario solo puede alegar y robar el pago en su caso y, proponer las pruebas oportunas. Finalizada la vista, el tribunal deberá dictar sentencia en el plazo de cinco días siguientes sin efectos de cosa juzgada, determinado que se decrete el desahucio del inmueble hasta la completa recuperación de la posesión por el demandante.

Si el juicio verbal versa sobre la expiración del plazo legal o contractual, el arrendador deberá acreditar debidamente que ha realizado en plazo oportuno la notificación al arrendatario la finalización del contrato de arrendamiento. La sentencia que se dicte, igualmente, conlleva la recuperación de la posesión del inmueble y carece de efectos de cosa juzgada.

Ahora bien, en estos casos, podrá anunciar en el demandante en la demanda que asume el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique por el arrendador, que no podrá ser inferior al plazo de quince días desde que se notifique la demanda. Igualmente, podrá interesarse en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que se fije por el juzgado a los efectos señalados en el apartado 3 del artículo 549.

Y, por otra parte, el demandado podrá oponer en la contestación a la demanda un crédito compensable, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 408. Si la cuantía de dicho crédito fuese superior a la que determine que se siga el juicio verbal, el tribunal tendrá por no hecha tal alegación en la vista, advirtiéndolo así al demandado, para que use de su derecho ante el tribunal y por los trámites que correspondan.

Respecto al desahucio por precario, se pretende recuperar la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. Alcanza tanto a los supuestos de cesión en precario, por mera tolerancia sin pago de renta ni contraprestación alguna del propietario, usufructuario o cualquier otro derecho a poseer el inmueble, como a los supuestos en que el ocupante carece de título hábil que justifique o ampare su posesión, bien porque nunca ha tenido título jurídico, o bien porque lo ha tenido y éste ha quedado extinguido, decaído o resuelto. Este tipo de procedimiento, también sigue los trámites del juicio verbal y se estructura

de forma similar al desahucio por falta de pago de las rentas y cantidades debidas o por expiración del plazo de duración: interposición de la demanda; contestación a la demanda en el plazo de diez días hábiles siguientes al emplazamiento; señalamiento para la celebración de la vista del juicio verbal en el plazo máximo de un mes y tras la vista, sentencia en los cinco días siguientes, que en este supuesto, si tiene efecto de cosa juzgada.

En cuanto al procedimiento de tutela sumaria para retener o recuperar la posesión —conocido como interdicto de retener y recuperar la posesión— cuenta con una regulación especial en el artículo 441 de la LEC —modificado por la Ley 12/2023—. Se pretende la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. La persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento. La finalidad de esta acción es, precisamente, la de restituir al demandante en la posesión del inmueble o parte del mismo que venía ostentando y de la que se ha visto despojado contra su voluntad por los actos de despojo del demandado. La notificación de la demanda se hará a quien se encuentre habitando aquella. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad.

Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión a trámite de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria.

Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto el desalojo de los ocupantes y la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer y sin perjuicio de lo establecido en los apartados 5, 6 y 7 de este mismo artículo si ha sido posible la identificación del receptor de la notificación o demás ocupantes de la vivienda.

Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda (artículo 441.1.1bis de la LEC).

El plazo para el ejercicio de esta acción es de un año a contar desde el acto de despojo de la posesión y, la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada las sentencias (artículo 447.2 de la LEC).

En fin, respecto a los procedimientos de recuperación de la posesión por los titulares de derechos reales inscritos, se refiere a las instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad demandado la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación. Tiene como finalidad esta acción la recuperación de la posesión del inmueble que se ha visto perturbada por la posesión del demandado, si este no dispone de título inscrito en el Registro de la Propiedad que le legitime a ello. La persona demandada solo pue-

de oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución que el tribunal hubiera determinado previamente. Tan pronto se admita la demanda, el tribunal adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere. En relación con la vista, el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de la LEC. La oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada; 2º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito; 3º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción; 4º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado (artículo 444.2 de la LEC).

Como sucede con los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, los que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias en que, las sentencias que pongan fin a estos juicios verbales no producen efecto de cosa juzgada, tampoco lo tendrán las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

#### *IV.2.B. Reformas procedimentales en el procedimiento de desahucio: trámites y aportación de documentos previa a la presentación a la demanda*

Dispone el artículo 439 apartado 7 de la LEC que, la parte actora que tenga la condición de gran tenedora, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

Tal requisito podrá acreditarse mediante alguna de las siguientes formas:

1. La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2. El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

En el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los mismos términos del apartado anterior.

Tampoco se admitirán las demandas de juicio verbal cuando no se cumplan los requisitos de admisibilidad, que, para casos especiales, puedan establecer las leyes.

Al respecto, señala la Disposición adicional cuarta de LDV que en el desarrollo de los trámites de intermediación y conciliación previos a la presentación de la demanda, así como en la atención a las personas y hogares sujetos a vulnerabilidad en los procedimientos recogidos en los artículos 439, 655 bis y 685 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, podrán aplicarse por parte de las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla los recursos de los planes estatales en materia de vivienda para cubrir los costes del proceso así como las compensaciones que puedan acordarse a solicitud de los propietarios de los inmuebles afectados, o por decisión de la administración competente en materia de vivienda, en los términos establecidos en la legislación y normativa autonómica de aplicación, con la finalidad de garantizar una vivienda digna y adecuada.

El seguir un procedimiento de conciliación e intermediación antes de presentar la demanda de desahucio es preceptivo para los casos de los números 1, 2, 4 y 7 del artículo 250 de la LEC, siempre que la parte actora tenga la condición de gran tenedora de viviendas, el inmueble objeto de demanda constituya la “vivienda habitual” de las personas ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica y deberá aportar alguno de los documentos mencionados.

Respecto de la aportación de documentos para la admisión de la demanda en los casos de los números 1º, 2º, 4º y 7º del apartado 1 del artículo 250, manifiesta el apartado 6 del citado artículo 439 de la LEC que, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique:

- a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante.
- b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.  
En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que conste la relación de propiedades a nombre de la parte actora.
- c) En el caso de que la parte demandante tenga la condición de gran tenedor, si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica.

Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito exigido en esta letra c) también podrá cumplirse mediante:

- 1º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.
- 2º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

Con la modificación realizada en el apartado 5 del artículo 441 de la LEC y la adición a este artículo de dos nuevos apartados 6 y 7 por la Disposición Final 5ª-4 de la LDV. Dispone al respecto que, en los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, siempre que el inmueble objeto de la controversia constituya la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las Administraciones Públicas autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La información deberá comprender los datos exactos de identificación de dichas Administraciones y el modo de tomar contacto con ellas, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada.

Asimismo, se comunicará inmediatamente y de oficio por el Juzgado la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, de existir esta, presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.

En caso que estas Administraciones Públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, se notificará al órgano judicial a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo máximo de diez días.

Ahora bien, en los casos previstos por los apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad.

Por lo que, recibida dicha comunicación o transcurrido el plazo, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas.

Sobre tales bases el apartado 6 del citado artículo señala que, presentados los escritos de las partes o transcurrido el plazo concedido para ello, el tribunal resolverá por auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes, sobre si suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica.

Y, una vez adoptadas las medidas por las Administraciones Públicas competentes o transcurrido el plazo máximo de suspensión descrito, se alzarán éstas automáticamente y continuará el procedimiento por todos sus trámites.

En fin, el tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos (apartado 7).

Recordemos que, el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:

- a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
- b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
- c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
- d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la

letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo —un total de 1800 euros—.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad conviene precisar que la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2025 ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 6 c) y 7 del artículo 439 de la LEC, además de los apartados 1 y 2 del artículo 665 bis sobre la subasta de bienes inmuebles y, por conexión del artículo 685.2 de la LC referido a la demanda ejecutiva, en su redacción fijada por la Disposición Final 5ª dos, seis y ocho de la LDV. Se ha publicado en el BOE de 28 de febrero de 2025 por lo que produce sus efectos a partir del día siguiente a su publicación —1 de marzo de 2025—<sup>370</sup>.

Como hemos expuesto en líneas precedentes, en las demandas contenidas en los apartados 1º, 2º, 4º y 7º del artículo 250.1 de la LEC, esto es, los desahucios por falta de pago y expiración del término, incluyendo, también los que tengan por objeto exclusivamente la reclamación de rentas y demás cantidades derivadas del contrato de arrendamiento, las de precario, las de juicios sumarios de recobrar la posesión y, por lo tanto, el proceso especial contra okupas introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio, y la de los sumarios ejercitado por los titulares de derechos inscritos tenían que los grandes tenedores cumplir los presupuestos hasta ahora exigidos y así debían aportar: 1. Documento acreditativo de la concurrencia o no de la situación de vulnerabilidad económica del demandado; y 2. Documento acreditativo de haber acudido a un procedimiento previo de conciliación o intermediación. Desde el 1 de marzo de 2025 hasta el día 4 de abril de 2025 fecha de entrada en vigor de la LO 1/2025 los grandes tenedores no tenían que aportar tales documentos. Ciertamente, en la redacción del artículo 439 apartados 6 c) y 7 de la LEC dada por la LDV se obligaba a los citados grandes tenedores a presentar antes de la presentación de sus demandas, acudir a los servicios sociales para comprobar la vulnerabilidad de los demandados y, continuación, acudir a un procedimiento de conciliación o intermediación establecido por las Administraciones Públicas competentes.

Sobre tales bases, desde el 4 de abril de 2025 toda demanda de desahucio debe especificar si el inmueble es la vivienda habitual del ocupante (artículo 439.6 de la LEC) y si el demandante es considerado gran tenedor debe haber intentado una mediación y aportarse información sobre vulnerabilidad económica (MASC). Los MASC no son un *numerus clausus*, sino *numerus apertus*: mediación, oferta vinculante, experto independiente, derecho o abogacía colaborativos, acto de conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia. Se trata de un requisito de procedibilidad obligatorio.

De ahí que, el artículo 10 de la LDV disponga que, a los efectos de acreditar que se ha intentado actividad negociadora previa, deberá ser recogida documentalmente. Si no hubiera intervenido una tercera persona neutral, la acreditación se cumplirá mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas y, en su caso, de las personas

profesionales o expertas que hayan participado asesorándolas, la fecha, el objeto de la controversia, la fecha de la reunión o reuniones mantenidas, en su caso, y la declaración responsable de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso. En su defecto, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro. Si hubiera intervenido una tercera persona neutral gestionando la actividad negociadora, esta deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar: a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece o registro en el que esté inscrito; b) La identidad de las partes; c) El objeto de la controversia; d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas; y, e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente. Si alguna de las partes no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará dicha circunstancia y, en su caso, la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma. En fin, se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo: a) Si transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud inicial de negociación por la otra parte y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito; b) Si, una vez iniciada la actividad negociadora, transcurrieran treinta días desde que una de las partes haga una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que se alcance acuerdo ni se obtenga respuesta por escrito. El plazo de treinta días comenzará a contar desde la fecha de recepción de la propuesta concreta de acuerdo; c) Si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo. No obstante, lo anterior las partes tienen derecho a continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo; y, d) Si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad.

En este contexto, en el mencionado artículo 439.6 de la LEC se distingue entre vulnerabilidad económica –cuando no se superan tres veces el IPREM y se destina más del 30% a alquiler— y vulnerabilidad social, que queda a criterio de los servicios sociales. Otra nueva ralentización del procedimiento; y según el artículo 441.5 de la LEC “en los casos previstos por los apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar; así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad”. Y añade el apartado 6 del citado artículo 441 el procedimiento puede suspenderse por 2 meses (persona física) o 4 meses (persona jurídica), si hay vulnerabilidad.

Por su parte, el artículo 704.1 apartado segundo de la LEC se exige fijar el día y hora exacta de lanzamiento tanto en la resolución inicial como en la que acuerde la prórroga o en cualquier resolución ulterior que acuerde el lanzamiento, aunque este se haya intentado practicar con anterioridad. Además, el artículo 549.4 de la citada norma permite solicitarla demanda, incluso en los procedimientos de impago.

Ahora bien, con la Ley Orgánica 1/2025 se modifica la tramitación de todo juicio verbal –no solamente el desahucio–; de tal manera que, en la fase de proposición de prueba como en las alegaciones dentro del plazo de cinco días –mismo plazo para la contestación de la demanda y en el supuesto que alguna de las partes hubiera anunciado la presentación de una prueba pericial conforme al artículo 337.1 de la LEC– la parte actora podrá realizar las alegaciones que tenga por conveniente con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado y lo hará en su escrito de contestación. Si bien, en los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, presentar las impugnaciones a las que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427. Transcurrido dicho plazo, el tribunal resolverá por auto sobre la impugnación de la cuantía del pleito de haberse producido, sobre las excepciones procesales planteadas, sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre la pertinencia de la celebración de vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia (artículo 438.8, 9 y 10 de la LEC). En este contexto, no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias. En relación con las demandas en las que se acumulen a la pretensión de desahucio o recuperación de finca dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, las acciones de reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, así como las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario, los pronunciamientos de la sentencia en relación con esas acciones acumuladas a la de desahucio si producirán efectos de cosa juzgada (artículo 447. 2 de la LEC).

Sobre tales bases, en la vía civil el procedimiento de desahucio se va a ver retrasado ante la exigencia previa de un MASC; y, frente al pequeño propietario los grandes tenedores son los más perjudicados, de nuevo, con esta reforma, pues, en caso de vulnerabilidad social y económica del inquilino que utiliza la vivienda como residencia habitual, el procedimiento puede quedar paralizado, impidiendo el lanzamiento del inquilino. Ciertamente, la cuestión de vulnerabilidad no se modifica con la reforma de la Ley Orgánica 1/2025.

Con la LDV se añade un apartado 5 al artículo 440 de la LEC que prohíbe en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamiento sin fecha y hora. A tal fin establecía: “5. En todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo”. Sin em-

bargo, con la reforma de la LO 1/2025 se ha modificado este artículo, suprimiendo dicha referencia<sup>371</sup>.

#### *IV.2.C. La suspensión de los lanzamientos en relación a colectivos vulnerables*

Así, el Real Decreto 9/2024, de 23 de diciembre<sup>372</sup> por la que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte y d Seguridad Social y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social procede a extender determinadas medidas de protección en situaciones de vulnerabilidad en materia de vivienda que fueron introducidas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

En concreto, se amplía hasta el 31 de diciembre de 2025 la suspensión de los procedimientos de desahucio y lanzamientos en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos, así como, en consonancia, la posibilidad hasta el 31 de enero de 2026 de solicitar compensación por parte del arrendador o propietario recogida en el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

En consonancia con lo anterior, se establece que la referencia al 31 de diciembre de 2024 que se realiza en la disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2025.

Entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado —25 de diciembre de 2024—.

Si bien, quedó derogado por falta de apoyos parlamentarios. Posteriormente, se aprobó el Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero<sup>373</sup>, por el que se aprueban determinadas medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad.

En el Título IV Medidas de apoyo a colectivos vulnerables, capítulo I Medidas en materia de vivienda artículo 72 modifica el citado Real Decreto-Ley 11/2020 establece, de nuevo, la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2025 de los procedimientos de desahucio y lanzamientos en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos, así como, en consonancia, la posibilidad de solicitar hasta el 31 de enero de 2026 compensación por parte del arrendador o propietario recogida en el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

Coherentemente con lo anterior, se establece que la referencia al 31 de diciembre de 2024 que se realiza en la disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2025.

La entrada en vigor tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado —30 de enero de 2025—; por lo que desde el 25 de diciembre de 2024 hasta el 31 de diciembre de 2025 no estuvieron suspendidos los lanzamientos.

Ciertamente, una vez superados los trámites de admisión expuestos se ha introducido el incidente extraordinario de suspensión del proceso por vulnerabilidad económica, ya que estamos ante la décima prórroga del Real Decreto Ley 11/2020, que suspende los desahucios hasta el 31 de diciembre de 2025 siempre que concurra la vulnerabilidad que prevé el artículo 5 de dicha norma.

Como bien, sabemos con la actual LDV un propietario tiene que esperar una medida de 20 meses para recuperar la posesión del inmueble.

#### *IV.2.D. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*

Esta Ley incorpora nuevos requisitos de procedibilidad consistentes en la mediación, conciliación, oferta vinculante, experto independiente, negociación directa entre partes y/o sus abogados. Asimismo, clarifica algunos aspectos procesales en relación con las demandas de desahucio.

Los pequeños propietarios que, con la LDV no tenían que acudir a la intermediación inmobiliaria y podían recuperar la posesión de una vivienda habitual de una forma inmediata, a partir del 3 de abril, tendrá que acreditar haber acudido a uno de los medios extrajudiciales de solución de conflictos para poder interponer sus demandas.

El 3 de enero de 2025 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la LO 1/2025.

El primer aspecto esencial de esta norma es la introducción de nuevas medidas de eficiencia procesal con el proclamado fin de tratar de reducir la litigiosidad y agilizar los procedimientos judiciales. La reforma más relevante es la potenciación de los denominados medios adecuados de solución de controversias alternativos a la jurisdicción ("MASC"), mediante la exigencia de haber acudido a uno de ellos antes de interponer una demanda en asuntos civiles y mercantiles, con reglas específicas en materia de costas.

El segundo, es la reforma organizativa de la Administración de Justicia en todos sus ámbitos mediante la creación y constitución de los Tribunales de instancia.

En la LO 1/2025 los MASC son un nuevo requisito de procedibilidad, conforme al cual, en el orden jurisdiccional civil y con carácter general, para que sea admisible la demanda se debe acudir previamente a algún MASC. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar.

Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1ª y 2ª, de este capítulo o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abo-

gados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo.

Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con excepción de los que tengan por objeto las siguientes materias: a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales; b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; d) la filiación, paternidad y maternidad; e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; h) el juicio cambiario.

Por lo que, se exigirá la actividad negociadora previa ahora también para todos los propietarios ya que son aplicables a los procesos de desahucio para recuperación de la posesión, a excepción del interdicto de recobrar o retener la posesión (procedimiento que se utiliza para recuperar la posesión en casos de ocupación ilegal).

No será preciso, sin embargo, acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la interposición de una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, la solicitud de diligencias preliminares ni para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con excepción de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para presentar la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, o solicitar el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía, conforme al Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

La iniciativa de acudir a los medios adecuados de solución de controversias puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia de derivación de las partes a este tipo de medios.

Las partes deberán acreditar documentalmente que han intentado una actividad negociadora previa y cumplir el requisito de procedibilidad: 1. Si no interviene una tercera persona neutral, la acreditación se cumplirá mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas y, en su caso, de las personas profesionales o expertas que hayan participado asesorándolas, la fecha, el objeto de la controversia, la fecha de la

reunión o reuniones mantenidas, en su caso, y la declaración responsable de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso. En su defecto, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro; 2. Si interviene una tercera persona neutral gestionando la actividad negociadora, esta deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar: a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece o registro en el que esté inscrito. b) La identidad de las partes. c) El objeto de la controversia. d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas. e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente.

En caso que alguna de las partes no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará dicha circunstancia y, en su caso, la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma.

Asimismo, la LO 1/2025 precisa los supuestos en los que termina el proceso sin acuerdo: a) Si transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud inicial de negociación por la otra parte y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. b) Si, una vez iniciada la actividad negociadora, transcurrieran treinta días desde que una de las partes haga una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que se alcance acuerdo ni se obtenga respuesta por escrito. El plazo de treinta días comenzará a contar desde la fecha de recepción de la propuesta concreta de acuerdo. c) Si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo. No obstante lo anterior, las partes tienen derecho a continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo. d) Si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad.

No se admitirán a trámite las demandas cuando no se hagan constar que se ha acudido a un MASC.

En los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores y usuarios, el requisito se entenderá cumplido por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin perjuicio que puedan acudir a cualquiera de los MASC. En el caso de los usuarios financieros, el requisito también se entenderá cumplido con la resolución de las reclamaciones presentadas ante el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros.

Por otra parte, las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de abogado. Únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes cuando se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de una oferta vinculante, excepto cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los dos mil euros o bien cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta. En los casos en que no siendo preceptiva la asistencia letrada,

cualquiera de las partes pretendiera servirse de ella, lo hará constar así en el requerimiento o en el plazo de tres días desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida. En ambos casos, deberá comunicarse tal circunstancia a la otra parte para que pueda decidir valerse también de asistencia letrada en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la notificación.

En cuanto a los honorarios de los profesionales que intervengan, cuando las partes acudan al proceso negociador asistidas por sus abogados o abogadas habrán de abonar los respectivos honorarios, salvo que se tenga derecho al beneficio de justicia gratuita. Se asegurará la existencia de mecanismos públicos para la solución de conflictos de acceso gratuito para las partes. Si las partes deciden optar por otros mecanismos en el caso de que intervenga una tercera persona neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes. Si la parte invitada a participar en el proceso negociador no acepta la intervención de la tercera persona neutral propuesta unilateralmente por la otra parte, deberá esta abonar íntegramente, de haberlos, los honorarios devengados hasta ese momento por la tercera persona neutral.

Ahora bien, la solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias, en la que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la otra parte en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste a la persona solicitante, o bien a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas.

La interrupción o la suspensión se prolongarán hasta la fecha de la firma del acuerdo, o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo.

El cómputo de los plazos se reiniciará o reanudará respectivamente en el caso de que no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se dirige, o desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce.

En este contexto, si la solicitud inicial de negociación no tiene respuesta o el proceso de MASC finaliza sin acuerdo, se deberá formular la demanda dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que haya dirigido o, en su caso, desde la fecha de terminación del MASC sin acuerdo. Si se hubieran acordado medidas cautelares, la demanda se deberá presentar ante el mismo tribunal que las acordó en los veinte días siguientes desde la terminación del MASC sin acuerdo. En todo caso, quizá para evitar este resultado negativo y el tiempo transcurrido, la recomendación sea acudir directamente a la oferta vinculante confidencial regulada en el artículo 17 de la LO1/2025. Así, si se admite la oferta, la parte oferente queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta expresamente. Además, dicha aceptación tendrá carácter irrevocable. Se exige que la forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación permita dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su

contenido. Ahora bien, y esto es lo que puede favorecer al pequeño propietario: en el caso de que la oferta vinculante sea rechazada, o no sea aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes o en cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, la oferta vinculante decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiéndose que se ha cumplido el requisito de procedibilidad. Basta, por tanto, en este caso acreditar la remisión de la oferta a la otra parte por manifestación expresa en el escrito de demanda o en la contestación a la misma, en su caso, a cuyo documento procesal se ha de acompañar el justificante de haberla enviado y de que la misma ha sido recibida por la parte requerida, sin que pueda hacerse mención a su contenido (apartado 4).

Ahora bien, de formalizarse el acuerdo, el documento que recoja el mismo se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad de sus abogadas y abogados y de la tercera persona neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones de esta ley. El acuerdo deberá firmarse por las partes y, en su caso, por sus representantes, y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene una tercera persona neutral esta entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservarse otro ejemplar para su conservación. En todo caso, las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública. De no atender la parte requerida la solicitud de elevación del acuerdo alcanzado a escritura pública, podrá otorgarse unilateralmente por la parte solicitante, debiendo hacerse la solicitud por medio del notario autorizante del instrumento público y dejar constancia en él. En fin, no será necesaria la presencia del tercero neutral en el acto de otorgamiento de la escritura.

Respecto a los gastos de otorgamiento de escrituras serán abonados según lo acordado por las partes. En defecto de acuerdo, serán pagados por la parte que solicite la elevación a escritura pública, sin perjuicio de la repercusión como costas que, en su caso, pudiera producirse en el proceso de ejecución de conformidad con lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, teniendo la consideración de derechos arancelarios.

El acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a negociación. El acuerdo alcanzado será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto. Contra lo convenido en dicho acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, sin perjuicio de la oposición que pueda plantearse, en su caso, en el proceso de ejecución. Para que tenga valor de título ejecutivo el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública, o ser homologado judicialmente cuando proceda en los términos previstos en el artículo anterior, o bien constar en la certificación a que se refiere el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, si es consecuencia de una conciliación registral.

Como hemos señalado en líneas precedentes, se clarifica que, en relación con las demandas en las que se acumulen a la pretensión de desahucio o recuperación de finca dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, las acciones de reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, así como las acciones ejercitadas contra el fiador

o avalista solidario, los pronunciamientos de la sentencia en relación con esas acciones acumuladas a la de desahucio producirán efectos de cosa juzgada (artículo 447.2 de la LEC)<sup>374</sup>.

#### *IV.2.E. El seguro de impagos para los propietarios víctimas de la okupación*

El artículo 76 del Real Decreto Ley 1/2025 ha aprobado una línea de avales por cuenta del Estado para la cobertura en caso de impago en el alquiler de vivienda.

El objetivo de esta línea de avales es facilitar el acceso al mercado de alquiler y mitigar las dificultades económicas derivadas del acceso a la vivienda.

Corresponde al Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana establecer esa línea de avales para cubrir los posibles impagos derivados de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente para jóvenes y familias vulnerables en los términos que reglamentariamente se establezcan.

El aval vendrá a garantizar el pago de todas las rentas o mensualidades impagadas hasta que la propiedad recupere la posesión de la vivienda, así como todos los daños causados en la finca por culpa del arrendatario, el coste de los suministros debidos que hayan sido asumidos por la propiedad, y aquellos otros daños y costes que reglamentariamente se establezcan.

Los avales se gestionan por las Comunidades y Ciudades Autónomas con financiación finalista por parte del Estado.

Si bien, para la obtención del aval el inquilino deberá cumplir, como mínimo, uno de los dos requisitos siguientes, tanto en el momento de suscripción del contrato de arrendamiento como del documento de compromiso del aval:

- a) Ser menor de treinta y cinco años.
- b) Tratarse de persona vulnerables de acuerdo con los criterios establecidos reglamentariamente.

Asimismo, el otorgamiento del aval requerirá:

- a) Que la renta del alquiler no supere el índice estatal de referencia al alquiler.
- b) Depositar la fianza legal obligatoria del contrato de alquiler y sus actualizaciones.
- c) Suscribir por arrendador y arrendatario el compromiso relativo al aval al alquiler, con arreglo al modelo aprobado por la Administración.

De ahí que, que si se cumplan los requisitos expuestos en el momento de la suscripción del aval al alquiler se entenderá concedido el aval.

Ahora bien, la solicitud para el cobro de las cantidades debidas y avaladas se podrá realizar en el plazo de 6 meses desde que la propiedad recupere la posesión de la vivienda, ya sea, mediante resolución judicial de lanzamiento, ya sea mediante acuerdo judicial o extrajudicial que acredite dicha recuperación de la posesión.

Asimismo, reglamentariamente se podrán incorporar otros colectivos como beneficiarios potenciales de esta línea de avales. Dicho reglamento será aprobado en un plazo máximo de 6 meses desde la publicación de esta norma y será de aplicación respecto a los contratos vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley.

De forma que, para que sean operativos las líneas de avales cumplir con los requisitos fijados: ser menor de treinta y cinco años y, tratarse de personas vulnerables de acuerdo con los criterios establecidos reglamentariamente. Además, el otorgamiento del aval requerirá que: la renta del alquiler no supera el índice estatal de referencia al alquiler; depositar la fianza legal obligatoria del contrato de alquiler y sus actualizaciones; y suscribir por arrendador y arrendatario el compromiso relativo al aval al alquiler con arreglo al modelo aprobado por la Administración. De esta forma, solo podrán beneficiarse del seguro de impagos aquellos propietarios que fijen una renta dentro de los límites marcados por el Gobierno.

En fin, ese seguro solo podrá cobrarse una vez que se haya logrado echar al inquilokupa, ya sea mediante un acuerdo judicial o extrajudicial. Esto supone que el propietario tiene que asumir la ruina económica al que le condena su inquilokupa durante el tiempo que permanece en la vivienda okupada.

#### IV.3. OTRAS CUESTIONES JURÍDICAS

En primer lugar, en noviembre de 2024 se aprobó en el Congreso de los Diputados una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que acelerará los procesos de desocupación propuesta por el PNV. Ha contado con el apoyo del PP, Junts, UPN, Coalición Canaria, Bildu y ERC, aunque estos dos últimos por un “error injustificable”. En cuanto a la oposición, se han encontrado el PSOE, Sumar, Podemos y BNG, mientras que Vox se ha abstenido en la votación. La proposición de ley se encuentra en el Senado, donde tiene la mayoría el PP y donde debe ser ratificada.

Esta nueva reforma permitirá desalojar una vivienda okupada en cuestión de horas. Además, los okupas serán juzgados en tan solo un plazo de 15 días y los procesos de desahucios serán mucho más rápidos.

Esta nueva reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permitirá juicios rápidos en un plazo de 15 días desde que los acusados sean puestos en disposición judicial. Después, el juez deberá dictar sentencia en un plazo máximo de 3 días. Para ello, la enmienda aprobada modifica el artículo 795 de esta ley, que regula los procedimientos abreviados e incluye entre ellos la usurpación de vivienda (tipificado en el artículo 245 del Código Penal) y el allanamiento de morada (tipificado en el artículo 202 del Código Penal).

Si bien, esta reforma solo afecta a las “okupaciones que tengan un carácter delictivo”. No cuando los inquilinos tengan un contrato de alquiler y éste vence y no desalojan la vivienda. La inquilokupación no se considera delictiva, dado que no hay delito de usurpación o allanamiento de morada.

En el ámbito penal hay dos procesos: el procedimiento ordinario en el que el juez determina los hechos ocurridos y las personas implicadas y otros casos que se resuelven bajo el amparo del artículo 795 de la LECrim, recientemente modificado. Los delitos se reconducirán a un procedimiento abreviado que simplifica el proceso y acorta los plazos de forma importante. En la reforma que se propone en poco días puede haber sentencia y condena, sin necesidad de presentar querrela y pedir medidas cautelares al juez. Se desaloja de forma inmediata la vivienda y no

es necesario un estudio de vulnerabilidad del ocupante; se entiende porque estas cometiendo un delito flagrante.

En segundo lugar, procede indicar que, mediante la aprobación del Real Decreto 1212/2024, 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 servicios de alquiler de alojamientos de corta duración se adoptas las nuevas medidas del Gobierno contra los propietario de pisos de alquiler turístico y vacacional. En concreto, el presente Real Decreto entra en vigor el 2 de enero de 2025, desplegando efectos sus disposiciones el 1 de julio de 2025, para otorgar un plazo suficiente para realizar las adaptaciones tecnológicas y funcionales necesarias por parte de todos los actores implicados en el cumplimiento de la norma. Se trata de una nueva medida dirigida a limitar la libertad de los propietarios de viviendas con el objeto de evitar la conversión de viviendas residenciales en viviendas turísticas y de temporada en aquellas zonas de alta demanda. Se busca priorizar el uso residencial de la vivienda en lo que se denominan “zonas tensionadas”.

A tal fin, este Real Decreto tiene por objeto la creación de la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos y el desarrollo del procedimiento de registro único de arrendamientos, en aplicación del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, y resto de normativa nacional de aplicación (artículo 1).

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación de este Real Decreto, atendiendo al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, comprende tanto los servicios prestados por las plataformas en línea a anfitriones que prestan servicios de alquiler de alojamientos de corta duración en España, independientemente del lugar de establecimiento de dichas plataformas, como los servicios de alquiler de alojamientos que prestan los anfitriones a través de las plataformas. El ámbito geográfico de aplicación de esta norma será todo el territorio nacional. Si bien, no resultará de aplicación a los servicios de alquiler de alojamientos que no lleven asociada una remuneración. A estos efectos, por remuneración se entiende cualquier forma de compensación económica, independientemente de su valor o de la forma que adopte.

Pues bien, la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos se define como la “pasarela digital única nacional para la transmisión electrónica de datos entre las plataformas en línea de alquiler de corta duración y las autoridades competentes, así como para informar sobre los diferentes usos, regulación y destinos de las unidades dedicadas a alquiler de corta duración en todo el territorio nacional, a través de la cual se articula en España el cumplimiento de las obligaciones de comunicación de datos recogidas en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024” (artículo 2 letra e))<sup>375</sup>. Y, el Procedimiento de Registro Único de Arrendamientos: es el procedimiento a través del cual se da cumplimiento en España a las obligaciones de registro recogidas en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, que se tramitará por el Registro de la Propiedad competente, donde se halla inscrito el inmueble objeto de arrendamiento y donde se hará constar el

número de registro asignado al mismo; o en el Registro de Bienes Muebles competente donde se halla inscrito el buque, la embarcación o artefacto naval objeto de alquiler y donde se hará constar el número de registro asignado al mismo (artículo 2 letra f))<sup>376</sup>.

La regulación impone a los propietarios (personas arrendadoras) una serie de obligaciones. En concreto, respecto al anfitrión o persona arrendadora, esto es, la persona física o jurídica que presta, o tiene la intención de prestar, un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración a cambio de una remuneración a través de una plataforma en línea de alquiler de corta duración ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no el artículo 5 establece que de acuerdo con el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, están obligadas a: “a) Obtener previamente el número de registro definido en el artículo 2.i) en el Registro de la Propiedad o en el de Bienes Muebles a los efectos de poder ofrecer sus servicios a través de las plataformas en línea<sup>377</sup>. Este número será otorgado de manera automática e inmediata conforme al artículo 9<sup>378</sup>. b) Aportar la información que se recoge en el artículo 9.2 junto con la solicitud<sup>379</sup>. c) Atender a los requerimientos de información de las autoridades competentes que pueda recibir en relación con sus unidades. d) Actualizar la información aportada sobre sus unidades respecto de las que haya obtenido un número de registro en el momento en el que se produzca un cambio en la misma. e) Comunicar a las plataformas en línea el número de registro que se haya asignado a su unidad por el Registro de la Propiedad o el de Bienes Muebles, para poder ofrecerlas en dichas plataformas”.

En cuanto a las plataformas en línea de alquiler de corta duración que son aquellas plataformas en línea en el sentido del artículo 3.i) del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, que permite a los huéspedes celebrar contratos a distancia con anfitriones para la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. Están obligadas a: a) Recoger funcionalidades en sus aplicaciones que permitan a las personas arrendadoras identificar las unidades ofrecidas mediante el número de registro que se les haya asignado por el Registro de la Propiedad o el de Bienes Muebles. b) Garantizar que las personas arrendadoras faciliten el número de registro que tengan asignado a sus unidades y que se muestre claramente como parte de sus anuncios antes de permitir la oferta de los servicios de alquiler de alojamiento de las unidades en sus plataformas. c) Realizar comprobaciones aleatorias y periódicas de las declaraciones de las personas arrendadoras, en su caso, a través de la consulta con la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos de los datos del registro, a cuyos efectos se habilitará la posibilidad de que pueda realizarse la consulta de manera permanente y automática para cada anuncio que pretenda publicarse en la plataforma en línea. d) Informar sin demora indebida a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos y a las personas arrendadoras de los resultados de las comprobaciones aleatorias anteriores en los casos previstos por el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024. e) Informar a las personas arrendadoras que se propongan utilizar sus servicios de la aplicación del procedimiento de registro único regulado en esta norma, en los casos previstos por el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024. f) Recoger y transmitir mensualmente los datos de actividad por unidad, junto con el número de registro facilitado por las personas arrendadoras, la dirección específica de la unidad y las URL de los anuncios publicados en sus plataformas, a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos, por medios de comunicación de máquina a máquina. En el caso de las plataformas definidas en el artículo 2.h)<sup>380</sup>, recogidas en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, los datos de actividad por unidad, junto con el número de registro facilitado por las personas arrendadoras, la dirección específica de la unidad y las URL de los anuncios publicados en sus plataformas, se transmitirán al final de cada trimestre, por medios de comunicación de máquina a máquina o manualmente. Esta transmisión se presentará en los plazos y de acuerdo con el modelo que sea aprobado por orden ministerial de la persona titular del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana. g) Dar cumplimiento en un plazo de cuarenta y ocho horas desde la notificación a las resoluciones administrativas por las que se ordene la eliminación o inhabilitación del acceso a anuncios vinculados a un número de registro suspendido o retirado.

En fin, en este Real Decreto se establece que, aparte de las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos también podrán “ejercer funciones de inspección y control”<sup>381</sup>.

En tercer lugar, señalar que, el Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Segunda, de 29 de enero de 2025<sup>382</sup> estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox contra los preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 8/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, y declara la pérdida sobrevenida de objeto respecto de los artículos 1.3; 7; 11; 12, en lo que se refiere a los apartados 1 y 2 y el inciso “y, en cualquier caso, no inferior a cinco años si el titular de la vivienda es una persona física y no inferior a siete años si es una persona jurídica en cualquier caso, no inferior a cinco años si el titular es una persona física y no inferior a siete años si es una persona jurídica”, de apartado 3 de la disposición adicional primera; y la disposición transitoria de la Ley 1/2022. Declara inconstitucional y nulo l inciso “y de conformidad con el artículo 49.3 del texto refundido de la Ley del Suelo y rehabilitación urbana, el contenido del derecho de propiedad se reduce en un 50% de su valor, cuya diferencia corresponde a la Administración expropiante” del artículo 15.4 de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, en redacción dada por el artículo 15 de la Ley 1/2022, en la redacción dada por el artículo 6.2 de la Ley 1/2022 no es inconstitucional si se interpreta conforme a los señalado en el fundamento jurídico 6.2 a) de esta sentencia. Desestima el recurso en todo lo demás.

En esencia, el Tribunal Constitucional declara que la Ley catalana de emergencia en materia de vivienda no vulnera el derecho a la propiedad privada; sin embargo, no puede reducir al 50% el valor de la vivienda en caso de expropiación al ser la fijación del justiprecio competencia estatal. Esta posibilidad supone una intromisión autonómica en las garantías del expropiado establecidas en la Ley estatal y, en particular, en la valoración del derecho objeto de expropiación que es competencia exclusiva del Estado, sin que haya que acoger el argumento que la

legislación autonómica de vivienda se ha limitado a recoger la regla de valoración establecida en la legislación estatal porque la reducción del 50% contemplada en el artículo 49.3 del TRLSRU al que hace referencia el inciso controvertido, es una regla especial que no está prevista en la legislación estatal para cualquier supuestos de expropiación por incumplimiento de la función social. Igual sucede con la previsión de sancionar como infracción grave el incumplir, en la formulación propuesta obligatoria de alquiler social, los requisitos legales vigentes en el momento que corresponda formalizarla, al suponer de facto el establecimiento de las condiciones de acceso al proceso judicial, al ser un óbice procesal, es también competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.6 CE.

Al respecto, señala FUENTES-LOJO RIUS que “por fin ha llegado la tan esperada sentencia del Tribunal Constitucional que fulmina el reducto del artículo 5.1 de la Ley 24/2015 expulsando así de nuestro ordenamiento toda obligación legal de ofrecer un alquiler social como requisito previo para el ejercicio de acciones judiciales por contravenir la reserva competencial estatal en legislación procesal del artículo 149.1.6 de nuestra Constitución”. Si bien, aclara que “aun cuando debemos manifestar que esta reciente sentencia no declara formalmente derogado el referido artículo 5.2, en la medida que tampoco este caso era objeto de impugnación dicho precepto, el Tribunal Constitucional, con gran valentía y para terminar de una vez por todas con la insoportable inseguridad jurídica existente sobre la materia, declara *obiter dicta* la inconstitucionalidad de dicha obligación legal, quedando derogado de forma tácita el polémico artículo 5.2 y, por extensión, su régimen sancionador”<sup>383</sup>.

En cuarto lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2020 (asunto Papachela y AMAZON S.A. contra Grecia)<sup>384</sup> ha estimado la demanda de una ciudadana y sociedad anónima griegas contra la República Helénica, presentada ante el Tribunal el 9 de marzo de 2018, por el retraso de las autoridades en ejecutar la sentencia que ordenaba el desalojo de su propiedad, siendo ello una violación del artículo 1 del Protocolo Adicional número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La demanda se refiere a la ocupación de forma abusiva por parte de inmigrantes y “solidarios” de estos de un hotel propiedad de las demandantes situado en el Centro de Atenas durante más de tres años, así como la imposibilidad por parte de las demandantes de obtener el concurso de las autoridades para desalojarles del hotel y volver a recuperar su posesión. Aunque se trata de dos demandantes en realidad es uno, pues, estamos ante una persona física que constituyó una sociedad de la cual es dueña de todas sus participaciones, con la finalidad de explotar un hotel de su propiedad —por eso nos referiremos solo como una única demandante, aunque aparezcan dos en la sentencia—.

Cuando la crisis migratoria en Grecia alcanzó su punto álgido en marzo de 2016 y el Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados buscaba edificios de alquiler para acoger a los refugiados, varias organizaciones no gubernamentales expresaron su interés en alquilar el hotel. La demandante firmó entonces un acuerdo con dicha organización a la espera de la aprobación de la financiación por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El 22 de abril de 2016 la demandante constató que se había saltado las cerraduras de la puerta principal del hotel y que comenzaba a ser ocupado por personas “solidarias”

de los refugiados. La demandante llamó a la policía, pero ésta no acudió inmediatamente y cuando llegó a la escena simplemente se limitó a colocarse a distancia y observar los movimientos de los ocupas. Enfrentándose a la demandante, los “solidarios” le indicaron que a partir de ahora el hotel acogería los inmigrantes y refugiados cuyos derechos eran más importantes que la propiedad de ella. La demandante acompañada de su abogado, acudió a la comisaría de Aghios Panteleimonas, y los policías se negaron a registrar su denuncia y la enviaron a otros servicios. La demandante entonces presentó una denuncia contra X a la Dirección de Policía de Atenas. Según el Gobierno, la Comisaría de Aghios recibió la declaración de la demandante y remitió el expediente a la Dirección de Policía de Atenas y posteriormente a la fiscalía del tribunal correccional de Atenas quien ordenó una investigación preliminar por incitación a la comisión de un delito y la alteración de la paz. En vista de la inacción de las autoridades estatales, la demandante presentó más denuncias, siendo todas ellas, o bien objeto de trámites burocráticos inacabables, o bien directamente ignoradas. Además, a pesar que la demandante había cortado los suministros de agua y luz, los ocupantes la reconectaron. La demandante informó a las empresas proveedoras sobre esta situación, indicándoles que ellas no eran responsable del consumo realizado por los ocupantes del hotel. Sin embargo, no sólo no le contestaron, sino que además la empresa que suministraba el servicios de aguas potables le reclamó una deuda por una cuantía total de varias decenas de miles de euros, advirtiéndoles que si no pagaba le embargarían el hotel. El 14 de noviembre de 2017, la demandante intentó llegar a un acuerdo amistoso con el Consejo Jurídico del Estado; éste no respondió a la solicitud. La demandante señala que su deuda con el Estado por diversos impuestos (incluido el impuesto sobre bienes inmuebles de 22.000 euros al año) ascendía en Junio de 2017 a 101.885,35 y que el importe de las facturas de agua impagadas hasta el 12 de febrero de 2018, ascendían a 141.990 euros. A esto se añadían las facturas emitidas por la compañía nacional de electricidad. Alega, asimismo, que el valor comercial de su hotel recibió una notificación de embargo de su domicilio personal en Kastrí por deudas con el Estado. La demandante tuvo que venderla para pagar sus deudas y evitar el procesamiento penal. El 25 de enero de 2018 la demandante presentó ante el juzgado de paz de Atenas una demanda de desalojo de los ocupantes del hotel. Mediante documento de 3 de agosto de 2018, el jefe de Policía griego informó al Secretario General del Ministerio de Políticas Migratorias que la ejecución de la resolución de desalojo del hotel no sería simple y que sería necesario que previamente se indicaran los lugares donde podrían alojarse aquellos que fueran desalojados del hotel. El 10 de julio de 2019 los ocupantes del hotel lo abandonaron por propia voluntad.

La demandante decidió acudir al TEDH y solicitar su amparo, al considerar que el Estado griego, con su inacción, había vulnerado las obligaciones positivas que sirvan del artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH.

En su sentencia, la Corte de Estrasburgo comienza recordando que el ejercicio real y efectivo del derecho a la propiedad privada que garantiza el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH no puede depender únicamente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, sino también medidas positivas de protección, en particular, allí donde exista un vínculo directo entre las medidas que un demandante podría esperar legítimamente de las autoridades y el disfrute efectivo

de sus bienes por parte de éste. El Tribunal, asimismo, señala que, el hecho que las autoridades no adoptaran medidas para desalojar el hotel de la demandante de sus ocupantes ilegales, aun cuando el fiscal había dictado una orden de desalojo, dio lugar al bloqueo del inmuebles durante varios años sin que pudieran explotarlo de ninguna manera, así como el aumento de las cargas financieras relativas como consecuencia del aumento significativo de los costes de consumo energético del edificio.

La Corte de Estrasburgo entiende que los Estados tienen un amplio margen de apreciación nacional en materia de política social a la hora de determinar qué es aquello que debe considerarse de “utilidad pública” o de interés general, siempre que su sentencia no carezca manifiestamente de una base razonable. A esto añade que, para valorar el cumplimiento del artículo 1 del Protocolo, se debe llevar a cabo un examen exhaustivo de los diversos intereses en juego, teniendo en cuenta el “espíritu” del Convenio que debe garantizar los derechos “concretos y eficaces”. Debe ir más allá de las apariencias y buscar la realidad de una situación en causa. Si bien, es cierto, precisa que, por una parte, los poderes públicos están obligados a responder de manera oportuna, correcta y coherente cuando está en juego una cuestión de interés general, sería necesario, por otra parte, asegurar la existencia de salvaguarda que garanticen que la aplicación e impacto de esta reacción en los derechos patrimoniales del titular a los que se refieren las medidas en causa no sean arbitrarias ni impredecibles.

De forma que, aplicando tal criterio al presente caso, si bien, en cierta forma entiende que, el Gobierno justificase la inacción de las autoridades por razones de orden público, en particular, la preocupación por minimizar el riesgo de alteraciones del orden público relacionadas con la expulsión de decenas de personas y el desalojo de un edificio cuya ocupación formaba parte de una acción militante, así como por motivaciones sociales, especialmente, la ausencia, durante un periodo en el que los flujos migratorios había alcanzado un punto álgido, de soluciones para la reubicación de los migrantes que allí se encontraban. Además, una expulsión en masa de todos los ocupantes, podría haber provocado alteraciones de orden público, por el probable enfrentamiento violento de los activistas e inmigrantes con la policía. No obstante lo expuesto, para el TEDH lo que no resulta justificable es la completa inacción de las autoridades públicas durante más de tres años, pues ello, repercutió significativamente en el derecho de propiedad privada de la actora. De hecho, pone especial énfasis a que no solo ignoraron las diferentes soluciones que les proponía la demandante, sino que, además le exigieron el pago de todos los tributos relacionados con el hotel, embargándole su vivienda familiar, viéndose obligada a venderla para pagar los impuestos. Para el TEDH no cabe duda que, el Estado griego alteró el justo equilibrio entre las exigencias de responder al interés general de la comunidad y los imperativos que se derivan de seis deber de salvaguardar los derechos individuales. En consecuencia, ha habido para el Tribunal una violación del artículo 1 del Protocolo número 1. Dadas las circunstancias del presente asunto, el Tribunal considera que la ocupación del hotel contribuyó a exponer a los demandantes a unos costes relacionados con la necesidad de restablecer y mantener el hotel y también les privó de una posibilidad real de hacerlo funcionar o de explotarlo de alguna manera. Por lo que, considerando la imposibilidad de cuantificar con precisión esta pérdida real en base

a los elementos del expediente presentados por las partes, el Tribunal decide en equidad y otorga al demandante 300.000 euros en concepto de pérdida de oportunidades, más las cargas fiscales correspondientes y 10.000 euros en concepto de daño moral sufrido<sup>385</sup>.

Nos parece acertada la decisión del TEDH, pus, aunque las autoridades griegas justificasen su inacción en la vulnerabilidad social del colectivo que ocupaba el hotel, en el potencial desorden social que podría producirse en caso de ejecutar el desalojo y en la crisis migratoria que, determinó que el país heleno no contase con alojamiento para las personas migrantes. En este sentido, el TEDH admite que el anterior argumento justificase que las autoridades griegas no realizaran una operación rápida de desalojo. No obstante ello, en ningún caso justifica una inactividad prolongada que, además, genera un perjuicio tan grande en la demandante. El TEDH subraya que la inactividad llegó hasta el punto de ni siquiera examinar dos de las causas iniciadas por la demandante. Mediante esta sentencia, el TEDH ha estimado la pretensión de la demandante al observar que la inactividad del gobierno griego ha violado el principio de proporcionalidad entre el respeto al interés general de la comunidad que habitaba el hotel y los derechos individuales del demandante. De este modo, observa el TEDH que la inactividad de dichas autoridades durante un periodo de más de tres años ha causado un gran daño en el derecho de propiedad de aquella. Por todo ello, el TEDH termina considerando que las autoridades griegas deberían haber tomado las medidas oportunas para salvaguardar el derecho de disfrute pacífico de la propiedad de la demandante, mientras ofrecían un periodo razonable para que el Estado encontrase para la comunidad que habitaba el hotel para encontrar una alternativa habitacional.

Por tanto, estamos ante una responsabilidad patrimonial del Estado que, puede ser aplicable al caso español ante la inacción de las autoridades públicas en la defensa del derecho de la propiedad privada de muchos españoles (propietarios) que se no pueden hacer uso de sus inmuebles por estar o bien ocupados ilegalmente, o se trata de casos de inquilinización. Se debería adoptar una legislación que protegiese el derecho de propiedad privada y dotase de seguridad jurídica al alquiler en España.

En quinto lugar, por una parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2024<sup>386</sup> entiende que no constituye intromisión ilegítima e el derecho al honor la colocación de carteles por el administrador de una comunidad de propietarios avisando a los integrantes de la comunidad sobre la existencia de una persona que, tras haber impagado las rentas del alquiler de una vivienda en la urbanización, haber causado daños en el garaje y haberse quedado con un juego de llaves y el mando de la puerta de garaje, tenía intención de alquilar otro piso en la misma urbanización. La conducta enjuiciada para el Alto Tribunal puede incardinarse en el ámbito de actuación propio del administrador comunitario en defensa de los intereses de los integrantes de la comunidad. La información presenta interés en el ámbito en el que se difunde, pues, afecta a los intereses tanto comunes como particulares, de los miembros de la comunidad. Se trata de una información veraz y, además, la parte demandada observó una diligencia razonable en contrastar la información que plasmó en los avisos cuestionados. Y, en fin, en la redacción de éstos no se utilizaron juicio de valor o expresiones ofensivas o injuriosas; y, por otro, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala

de lo Civil, de 12 de diciembre de 2024<sup>387</sup> considera que colgar una pancarta en un colegio y guardería para informar que no paga el alquiler y que tiene una orden de desahucio o supone una intromisión ilegítima en su derecho al honor siempre que la información sea veraz y no vejatoria. En consecuencia, rechaza el recurso de casación interpuesto por el director del colegio y administrador único de la empresa arrendataria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, al igual que la dictada por un juzgado de Sabadell, rechazó la demanda por intromisión en el derecho al honor que había interpuesto contra los propietarios del local, a los que reclamaba una indemnización de 104.000 euros por colgar el cartel. El Alto Tribunal explica que en este caso no se ha producido una intromisión en el derecho al honor de los arrendatarios porque la conducta de colocar la pancarta no fue desproporcionada y la información difundida era veraz.

Asimismo, recuerda que la Sala de lo Civil ha considerado “justificada por la libertad de información la conducta consistente en colocar carteles informadores de la situación de morosidad o, en general, de incumplimientos o ilegalidades causantes de daños o molestias (...). Esta conducta no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor si no es desproporcionada en atención a la finalidad informativa e innecesariamente vejatoria”.

La sentencia cuyo ponente el magistrado Rafael Sarazá, precisa que en el momento en el que se puso la pancarta la sociedad arrendataria “no solo adeudaba la cantidad líquida que se fijaba en la sentencia como adeudada hasta ese momento (que había sido consignada a efectos de interponer el recurso y no había sido entregada a los arrendadores), sino también las rentas que se siguieron devengando desde ese momento, que no fueron pagadas ni consignadas por la arrendataria. Con posterioridad a la colocación de la pancarta se siguieron devengando esas cantidades, que resultaron impagadas, hasta el momento del desahucio”. De hecho, afirma que si siquiera se alega en el recurso que esas cantidades hayan sido pagadas posteriormente y que los recurridos alegan que la sociedad demandante todavía las adeuda.

La Sala de lo Civil, finalmente, indica “que los arrendadores demandados tuvieran a su disposición la vía judicial para obtener la condena al pago de las cantidades adeudadas y el lanzamiento de la arrendataria incumplidora no es incompatible con que informaran sobre la situación de impago y la orden de desahucio”.

Y, por último, fuera del ordenamiento español, nos parece oportuno señalar que, la legislación danesa de vivienda pública en zonas de transformación (“guetos severos”) constituye una discriminación directa basada en un criterio étnico según las Conclusiones de la Abogada General en el asunto C-417/23 *Slagelse Almennyttige Boligselskab, Afdeling Schacknorgvaenge*. La legislación danesa de vivienda pública distingue varios tipos de barrios con situaciones socioeconómicas desfavorables en términos de tasas de desempleo, delincuencia, educación e ingresos. Las zonas en las que, además de una situación socioeconómica desfavorable, hay una proporción de inmigrantes procedentes de países no occidentales y de sus descendientes que ha superado el 50% durante el último lustro han sido calificadas de “zonas de transformación” (anteriormente “guetos severos”). La ley obliga a las asociaciones de vivienda pública propietarias de esas zonas de elaborar un plan de desarrollo en el que se detalle qué manera el porcentaje de viviendas públicas en las zonas de transformación va a reducirse al 40% antes del 1 de enero

de 20230, por ejemplo, mediante la venta de inmuebles a promotores privados, su demolición o la transformación de viviendas familiares en vivienda para jóvenes. En estos casos, los contratos de arrendamiento con los antiguos arrendatarios deben resolverse.

Los arrendatarios que se encontraban en esa situación en dos zonas de transformación —Schackenborgvaenge, en Slagelse y Mjølnerparken en Copenhague— impugnan judicialmente la legalidad de los planes de desarrollo adoptados sobre la base de la legislación danesa de vivienda pública. El Tribunal de Apelación de la Región del Este (Dinamarca) alberga dudas sobre la compatibilidad de la legislación danesa con la Directiva sobre el Origen Racial o Étnico. En sus Conclusiones, la Abogada General Tamara Capeta indica que la división entre los inmigrantes “occidentales” y “no occidentales” y sus descendientes se basa en el origen étnico. Considera que, aunque los “no occidentales” son un grupo diverso desde un punto de vista étnico, lo que une a este grupo no es un conjunto de elementos que conformen su “etnicidad”, sino la percepción, por el legislador danés, que no posee las características del otro grupo (el de los “occidentales”).

La Abogada General recuerda a continuación que existe discriminación directa cuando el trato desfavorable se basa directamente en el origen étnico. Por consiguiente, aunque los arrendatarios cuyos contratos de arrendamiento se resolvieron no fueron seleccionados en función de su origen no occidental, si fueron objeto de discriminación directa sobre la base del criterio étnico.

Para la Abogada General la primera razón por la que se produjo discriminación directa es que la legislación coloca a dicho arrendatarios en una situación precaria por lo que respecta a la seguridad de su derecho a la vivienda, lo que se traduce en que reciben un trato menos favorable que los arrendatarios de otros barrios comparables en los que la mayoría de la población es de origen “occidental”. Y, en segundo lugar, el criterio étnico empleado por la legislación danesa estigmatiza el grupo étnico cuya desventaja estructural en su capacidad de integración en la sociedad danesa ha sido reconocida, de modo que, en lugar de mejorar sus posibilidades de integrarse en dicha sociedad, las empeora.

#### V. INCENTIVOS FISCALES APLICABLES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS A LOS ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA

Con efectos para los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 26 de mayo de 2023, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio:

Así, se modifica el apartado 2 del artículo 23, que queda redactado de la siguiente forma: “2. En los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, el rendimiento neto positivo calculado con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior, se reducirá: a) En un 90 por ciento cuando se hubiera formalizado por el mismo arrendador un nuevo contrato de arrendamiento sobre una vivienda situada en una zona de mercado residencial tensionado, en el que

la renta inicial se hubiera rebajado en más de un 5 por ciento en relación con la última renta del anterior contrato de arrendamiento de la misma vivienda, una vez aplicada, en su caso, la cláusula de actualización anual del contrato anterior. b) En un 70 por ciento cuando no cumpliéndose los requisitos señalados en la letra a) anterior, se produzca alguna de las circunstancias siguientes: 1º Que el contribuyente hubiera alquilado por primera vez la vivienda, siempre que ésta se encuentre situada en una zona de mercado residencial tensionado y el arrendatario tenga una edad comprendida entre 18 y 35 años. Cuando existan varios arrendatarios de una misma vivienda, esta reducción se aplicará sobre la parte del rendimiento neto que proporcionalmente corresponda a los arrendatarios que cumplan los requisitos previstos en esta letra. 2º Cuando el arrendatario sea una Administración Pública o entidad sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen especial regulado en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que destine la vivienda al alquiler social con una renta mensual inferior a la establecida en el programa de ayudas al alquiler del plan estatal de vivienda, o al alojamiento de personas en situación de vulnerabilidad económica a que se refiere la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, o cuando la vivienda esté acogida a algún programa público de vivienda o calificación en virtud del cual la Administración competente establezca una limitación en la renta del alquiler. c) En un 60 por ciento cuando, no cumpliéndose los requisitos de las letras anteriores, la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento del Impuesto que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento. d) En un 50 por ciento, en cualquier otro caso.

Los requisitos reseñados habrán de cumplirse en el momento de celebrar el contrato de arrendamiento, siendo la reducción aplicable, mientras se sigan cumpliendo los mismos.

Ahora bien, estas reducciones sólo resultarán aplicables sobre los rendimientos netos positivos que hayan sido calculados por el contribuyente en una autoliquidación presentada antes de que se haya iniciado un procedimiento de verificación de datos, de comprobación limitada o de inspección que incluya en su objeto la comprobación de tales rendimientos.

Por otra parte, en ningún caso resultarán de aplicación las reducciones respecto de la parte de los rendimientos netos positivos derivada de ingresos no incluidos o de gastos indebidamente deducidos en la autoliquidación del contribuyente y que se regularicen en alguno de los procedimientos citados en el párrafo anterior, incluso cuando esas circunstancias hayan sido declaradas o aceptadas por el contribuyente durante la tramitación del procedimiento. Tampoco resultarán de aplicación las reducciones en relación con aquellos contratos de arrendamiento que incumplan lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En este contexto, también se introduce una disposición transitoria trigésima octava, bajo la rúbrica reducción aplicable a determinados arrendamientos de viviendas disponiendo al respecto que “A los rendimientos netos positivos de capital inmobiliario derivados de contratos de arrendamiento de vivienda que se

hubieran celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, les resultará de aplicación la reducción prevista en el apartado 2 del artículo 23 de esta ley en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2021”.

Sobre tales bases, procede, asimismo, indicar que la subida del precio del alquiler ante la falta de oferta de viviendas en alquiler y la creciente preferencia de los arrendadores por opciones más rentables como los alquileres turísticos o de temporada, viene acompañada para aquéllos de varios retos fiscales y económicos especialmente en lo que respecta al impago del alquiler.

No obstante, conviene tener presente que, los propietarios de inmuebles arrendados están obligados a declarar todas las rentas derivadas de estos arrendamientos en su declaración de la renta. La Agencia Tributaria establece que las cantidades adeudadas por los inquilinos son consideradas rendimientos del capital inmobiliario y, en consecuencia, deben ser incluidas en la declaración, aunque no se haya producido el cobro efectivo de las mismas. Ante esta situación de obligación fiscal existen medidas que pueden en cierta manera aliviar el impacto de estos impagos. Uno de los mecanismos es la posibilidad de considerar las rentas impagadas como “de dudoso cobro”. De forma que, si se cumplen ciertos requisitos, los arrendadores pueden aplicar deducciones fiscales que les pueden ayudar a reducir la base imponible y, por ende, su carga tributaria. En términos fiscales, un “saldo de dudoso cobro” representa aquellos ingresos que el propietario no ha recibido y cuya recuperación parece incierta. En consecuencia, para que un arrendador pueda aplicar esta deducción basada en tal concepto en su declaración de la renta, resulta necesario que haya intentado cobrar la deuda y, además, que se cumplan determinadas condiciones. Al respecto la Agencia Tributaria establece que los saldos pueden calificarse de “dudoso cobro” si han transcurrido más de seis meses desde la primera reclamación extrajudicial o judicial del cobro de la deuda, sin resultado positivo. Para la Agencia Tributaria es esencial que, se justifique los intentos judiciales o extrajudiciales planteados por el arrendador frente al arrendatario, dirigidos a intentar cobrar la deuda, sin éxito.

## VI. LOS ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA Y LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Sin profundizar en la materia por falta de espacio y exceder con creces el número de páginas dedicadas al presente estudio; sin dejar de tener presente que, un análisis más completo será llevado a cabo en otro trabajo.

Procede señalar por un lado que, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil. De forma que, no le resulta aplicable lo establecido en el Título II relativo a los arrendamientos de vivienda, esto es, ni la normativa relativa a la duración del contrato (artículos 9 y 10 de la LAU), ni la de la renta y actualización de la misma (artículos 17 y 18 de la LAU).

De ahí que, para evitar que se utilicen estos arrendamientos de temporada para sortear fraudulentamente la aplicación de la Ley 12/2023, la Disposición adi-

cional quinta de este norma prevé la constitución de un grupo de trabajo para la regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley con el objetivo de avanzar en una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda a que se refiere el artículo 3 de la Ley 29/1994, y, en particular, de los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda. Ciertamente, se va a producir un incremento exponencial de las viviendas de uso turístico como vía de salida a la aplicación de la legislación de arrendamientos urbanos de vivienda tras la reforma por la Ley 12/2023.

Por otro lado, se ha incrementado el número de viviendas de uso turístico, sacando del mercado del alquiler residencial a las mismas. Nos parece oportuno señalar, en primer lugar que, únicamente que con disposición final 4.2 de la Ley Orgánica 1/2025 se ha modificado el apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), con efectos desde el 3 de abril de 2025.

Ante lo que implicaría una vivienda de uso turístico que tal como establece el artículo 5 letra c) de la LAU “se trataría de la situación de 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”. Para la aprobación, limitación, o prohibición del ejercicio de esa actividad turística, aunque suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (60%). Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Si bien, estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos. De forma que, solo alcanzan para las nuevas licencias, no para las ya concedidas.

Y, en segundo lugar, señalar que, por ejemplo, en Madrid hay un total de 13.000 viviendas de uso turístico, de las que, solo 1008 inmuebles cuentan con permiso de la Administración municipal para poder operar. En el Plan Especial de Hospedaje aprobado por el Ayuntamiento de Madrid el 27 de marzo de 2019 contempla una serie de medidas para ordenar las viviendas de uso turístico que, en la ciudad de Madrid, como hemos indicado, operan de forma irregular: se pretende al suspensión temporal de las licencias municipales con carácter inmediato que no cumplan con la normativa, el endurecimiento del régimen sancionador para aquellos propietario cuyos inmuebles operan como VUT sin contar con autorización del Ayuntamiento; una nueva regulación para las VUT con la modificación del plan general; prohibición de convertir locales comerciales en pisos turísticos; y, asimismo, prohibir la comercialización de viviendas turísticas ilegales en plataformas como Airbnb.

En todo caso, lo que si se permite desde el mencionado Ayuntamiento de Madrid es la transformación de ciertos edificios de uso dotacional privado a residenciales, siempre y cuando el cambio esté destinado a generar vivienda asequible y/o coliving, pudiendo aplicarse hasta en 210 edificios.

## VII. LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA TRAS MÁS DE UN AÑO Y MEDIO DE VIGENCIA. EFECTOS JURÍDICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS

El informe del Banco de España señala que una de las imposiciones más devastadoras para el alquiler son los controles de precio. Su anuncio y aplicación sostenida en el tiempo puede generar nuevos problemas de accesibilidad a la vivienda.

Los efectos adversos que destaca el Banco de España son tres: 1. Una contracción de la oferta de vivienda en alquiler en áreas reguladas; 2. Desplazamiento del uso de las viviendas a otros mercados alternativos (por ejemplo, el alquiler de temporada o la vivienda turística); 3. Un descenso de la calidad de la vivienda por un menor mantenimiento.

A menos oferta, porque los propietarios deciden no ofertar sus inmuebles en alquiler, mayores precios y, como indica Pablo Hernández de Cos “genera efectos distributivos regresivos y aumentos del sobreesfuerzo entre el segmento de hogares con menos renta y en particular, la fijación de un precio máximo podrá reducir los alquileres de los inquilinos que se sitúan por encima del máximo regulatorio, para incrementar los precios”

Por otra parte, el Banco de España también indica los perjuicios para los propietarios: alguno de ellos son: 1. La ampliación de duración de las limitaciones en las actualizaciones anuales de las rentas del alquiler en niveles inferiores al IPC y el endurecimiento de los supuestos y condiciones de desahucio en el caso de hogares en situación de vulnerabilidad; 2. También destaca que “como resultado de una mayor prestación para los inquilinos más vulnerables, se eleva el riesgo de impagos para los propietarios; lo que puede resultar en un incremento del precio del alquiler —por una mayor prima de riesgos— o en una reducción de la oferta del alquiler disponible para estos hogares disponibles —es el caso de los propietarios que rechazan el alquiler a familias por su desconfianza y desprotección ante los impagos y la okupación”; 3. Además “esta oferta podría sustituirse en forma de alquileres de habitaciones o por periodos inferiores al año, modalidades en las que los inquilinos disponen de una menor protección; 4. Al mismo tiempo “en un contexto de aumento de los costes, tanto operativos como de construcción de viviendas, la extensión temporal de la vigencia de los contratos de alquiler y su combinación con actualizaciones de rentas anuales por debajo del IPC disminuyen los incentivos para aumentar la oferta del alquiler. Estos desincentivos serían mayores en el ámbito de las personas jurídicas, ya que los inquilinos de estas entidades reciben una mayor protección”; 5. También advierte que en el mercado con oferta rígidas de políticas de apoyo a la demanda de vivienda en propiedad, como los avales públicos “suelen generar un aumento de los precios de compraventa”, a lo que hay que añadir “un mayor apalancamiento que supone adquirir una vivienda son ahorro previo, como es el caso de los jóvenes a los que van destinados los avales implica una cuota hipotecaria más alta especialmente en el contexto actual de tipo de interés hipotecarios elevados o que no logren que su petición de préstamos sea aceptada”

Además de las políticas gubernamentales y de oferta, el Banco de España ha indicado otros factores que influyen del lado de la demanda, así: 1. Un aumento de

la población: el crecimiento de la población residente constituye, a través de la formación de nuevos hogares, un importante elemento de impulso para la demanda de vivienda en propiedad o en alquiler; 2. Tamaño medio de los nuevos hogares: la demanda de vivienda también aumenta por una tendencia progresiva a la reducción del tamaño medio del hogar. En 2023 se situaba en 2,5 personas frente a los 2,86 de 2001 y a las 3,59 en 1981; 3. La concentración de la población en áreas urbanas y grandes ciudades. El Banco d España también señala que la población de origen extranjero habría incrementado sustancialmente su presencia relativa en el centro de las áreas urbanas. Este colectivo, dado sus menores niveles medios de renta y los elevados precios inmobiliarios en las principales ciudades tiende a residir en viviendas de alquiler y en el periodo más reciente, habría aumentado su residencia en modalidades de alquiler compartido y de habitaciones. En el otro lado, se habría dado “una desplazamiento de la población española desde el centro hacia la periferia de las áreas urbanas”.

En fin, se señala que, las Comunidades Autónomas con mayor población son aquellas donde se concentra la creación neta de hogares y aumento de la demanda de vivienda residencial. en concreto, Cataluña, la Comunidad de Madrid, Andalucía y Comunidad valenciana que representan un 58% del stock de hogares en 2021, acogen cerca del 70% de los nuevos hogares formados en 2022-2023 y del incremento proyectado para los años 2024-2025.

En este contexto, ante la enorme desconfianza que genera para miles de propietarios la nueva regulación, hay una realidad que la oferta de vivienda en alquiler disminuye, mientras los precios suben. Asimismo, los arrendamientos de vivienda tradicionales se están reduciendo en detrimento de los alquileres de temporada que, siguen aumentando su relevancia en el mercado inmobiliario. Así, en el último año la oferta de alquileres permanentes se ha reducido en un 15%, frente al aumento del 56% interanual de los alquileres temporales, que ya suponen el 11% del mercado, según los últimos datos de stock de idealista. Según este último estudio, el 30% de la oferta de alquiler en Barcelona corresponde a arrendamientos de temporada, mientras que en Madrid se encuentra en torno al 15% y en Málaga sobre el 12% del stock, al igual que Valencia.

Asimismo, destaca Alquiler Seguro que en el año 2024 se han perdido un total de 60.000 viviendas en el mercado del arrendamiento, unas 25.000 de ellas en Cataluña, precisamente, la Comunidad donde se aplican las áreas tensionadas que controlan los precios del alquiler. También se pone de manifiesto que, el precio de los alquileres ha registrado un incremento del 13% interanual y en abril de 2024 alcanzó los 13 euros/m<sup>2</sup> al mes. Hasta 35 capitales de provincia se anotaron record de precios en el segundo trimestre del 2024, donde destacan: Madrid (19,2 euros/m<sup>2</sup>); Barcelona (21,1 euros/m<sup>2</sup>), Valencia (13,9 euros/m<sup>2</sup>) o Málaga (14,9 euros/m<sup>2</sup>) con subidas interanuales por encima de la media nacional. En enero de 2025 se ha constatado que la subida interanual alcanzó un 11,8% de media en toda España, con el precio medio fijado n 13,8 euros/m<sup>2</sup>. Este aumento del precio está impulsado por diversos factores: la oferta de viviendas en alquiler y la creciente preferencia de los arrendadores por opciones más rentables como los alquileres turísticos o de temporada. De forma que, el mercado del alquiler sigue presionando a los inquilinos y complicando la situación de muchos propietarios.

Por otra parte, la oferta de pisos en alquiler compartido se ha incrementado un 43% interanual durante el primer trimestre de 2024, mientras que la demanda apenas ha cedido un 1%, lo que supone un aumento del precio un 3%, en concreto hasta los 400 euros mensuales, según otro estudio de idealista.

Ahora bien, en los 140 municipios de Cataluña, entre ellos las cuatro capitales de provincia y el área metropolitana de Barcelona, cuentas con limitaciones a la subida de nuevos contratos de alquiler, sobre todo para aquellos grandes tenedores que cuentan con cinco viviendas en propiedad en estas áreas tensionadas. Otras medidas como es el nuevo índice oficial de precios en alquiler que se utiliza como referencia para los nuevos contratos de arrendamiento en las áreas que se declaren como mercado residencial tensionado son un laboratorio que aporta importantes datos. Ciertamente, se constata que hay una menor oferta, al retirar del mercado del alquiler un importante número de viviendas y, además que los índices de precios de referencia del alquiler que ha aprobado el Gobierno muestran unos niveles de precios muy alejados de las rentas que un inquilino puede encontrar en el mercado actual. Mientras según datos proporcionados por idealista se ofrecieron en 2024 un precio medio dl metro cuadrado de 11,6 euros, el índice del Ministerio, por el contrario, se quedaba en 7,9 euros, un 32% inferior. Esto, de nuevo, ha contribuido a la retracción de la oferta y las pocas viviendas que se ofrecen en alquiler reciben tanta demanda (55% más elevada por piso en 2024 que en 2023) que se han incrementado los precios.

MAGRO SERVERT se refiere a las cifras facilitadas por el Ministerio del Interior de 15.289 denuncias por ocupación ilegal de inmuebles el último año, que aunque reflejan un descenso del 8,8% “no reflejan una realidad que pasa por la circunstancia que algunas personas hayan optado por encargar la recuperación posesoria a empresas de desocupación para buscar un pacto con los ocupas de desalojo inmediato del inmueble y tampoco reflejan estas cifras los hechos de iniquiokupación referido a aquellas personas que suscriben un contrato de arrendamiento con obligación del pago de la renta y de inmediato dejan de pagar voluntariamente y sin razón alguna, para permanecer en el inmueble bajo el amparo de los derechos y beneficios concedidos en la Ley de vivienda 12/20243, de 24 de mayo y la cobertura que la posible vulnerabilidad le concede al arrendatario suspender el procedimiento judicial en tanto en cuanto se busca un realojo por una Administración Pública”<sup>388</sup>.

Sobre tales bases, hay que poner de manifiesto la imposición de un peregrinaje administrativa en los servicios sociales (informes de vulnerabilidad, a veces, desconociendo in situ la verdadera situación) y de cargas procesales de obligada imposición, máxime si eres un gran tenedor, que conllevan, de nuevo, a una lógica contracción del mercado, con incremento de precios por la ausencia de oferta y mantenimiento de la demanda. A ello hay que añadir el incremento exponencial de okupaciones y de iniquiokupaciones. Frente a la expulsión inmediata que se produce en Italia, Alemania, Holanda y Bélgica que se resuelven en 72 horas, en España los procesos de desahucio se demoran en el tiempo (durando incluso tres años) y, además, de la suspensión de los lanzamientos, si se trata de personas vulnerables. Efectivamente, con relación a los cuatro procedimientos judiciales regulados en el artículo 250.1.1, 2, 4 y 7 de la LEC que, además de mantenerse suspendidos los lanzamientos hasta el 31 de diciembre de 2025, a partir del 1 de

enero de 2024 para la admisión a trámite de la demanda, si se trata de gran tenedor, se le van a exigir nuevos requisitos (artículo 439.6 y 7 de la LEC) —entre otros, la inversión de la carga de la prueba al propietario (arrendador) respecto a que el inmueble tiene la consideración de vivienda habitual de la persona ocupante; y, el sometimiento a un procedimiento previos de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes—. Todo ello genera desasosiego, inseguridad jurídica y retirada del mercado de inmuebles para el alquiler, así como una ausencia de inversión exterior y nacional.

De ahí, las críticas por parte de la doctrina tanto de las modificaciones operadas en materia de arrendamientos urbanos como las relativas a los procesos judiciales previstas en el citado artículo 250.1 de la LEC, a las que me sumo, pues, no guardan el justo equilibrio deseado entre las derechos de los propietarios y los inquilinos; y, asimismo, retrasan la posibilidad de recuperar la posesión de la vivienda, si hay incumplimiento u ocupación de la misma, haciendo recaer sobre los propietarios y sus viviendas ocupadas —con nuevas trabas burocráticas y procesales que impiden su recuperación—, precisamente, la falta de una adecuada política pública de vivienda y, en tanto, ésta se resuelve<sup>389</sup>. Y, si los okupas o inquilokupas están en situación de vulnerabilidad se suspenden los lanzamientos de los desahucios —31 de diciembre de 2025—.

Como hemos señalado en líneas anteriores, precisamente, esa vulnerabilidad que paraliza los desahucios no es real, pues, no se conoce o no se investigan cuáles son los verdaderos ingresos que perciben quienes alegan dicha situación; e, incluso, se dan por hecho dicha situación de vulnerabilidad cuando hay hijos menores, personas dependientes o discapacitadas. A ello hay que añadir la falta de recursos en los servicios sociales para comprobar esa situación. Además, sólo la LDV parece atender a la situación de vulnerabilidad económica y social de los que ocupan ilegalmente o lo inquilinos que dejan de pagar, pero no la que padecen los propietarios, muchos de ellos han invertido sus pocos ahorros en un inmueble y que, pretenden con los ingresos que les proporciona el alquiler complementar su pensión. Sin embargo, la realidad actual es que esos propietarios se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y social; pues, no reciben los ingresos derivados de la renta del alquiler, y tienen que pagar los gastos que se derivan de los suministros de luz, gas, agua; sin poder cortar tales suministros, al incurrir en un delito de coacciones. La solución habitacional de aquellos okupas e inquilokupas “vulnerables” se hace descansar sobre los propietarios de inmuebles ocupados, en lugar de asumir dicho deber la Administración Pública competente.

Al respecto, en esta línea, señala acertadamente MAGRO SERVET en la actualidad “hay un traspaso de las funciones y responsabilidades de la Administración Pública en materia de vivienda a los propietarios de las mismas cuando éstos han visto que han sido ocupadas ilegalmente, o se han celebrado un contrato de arrendamiento cuya renta no perciben y que están siendo obligados a mantener al propietario en la posesión de sus inmuebles, pese a que no paguen la renta o hayan ocupado el inmuebles de forma ilegal”. A esto añade que, si se llevase a cabo una política de fomento de la devolución de la posesión en estos caso, se produciría una mayor oferta n el mercado del alquiler, si existiera confianza en la recuperación posesión inmediata”. De ahí que proponga la necesidad “de aprobación de una Ley Orgánica integral en materia de “perdida de la posesión de la

vivienda por incumplimiento contractual en arrendamientos y ocupación ilegal de inmuebles con la que se dé respuesta al problemas de las dificultades existentes en la actualidad de dichos ciudadanos que no pueden recuperar de inmediato sus inmuebles en casos de delitos de ocupación ilegal de inmuebles y de incumplimientos contractuales en contratos de arrendamiento”<sup>390</sup>.

En este contexto, el Partido Popular ha conseguido sacar adelante una moción sobre vivienda que pide al Gobierno tomar medidas contra la okupación, para expulsar a quienes ocuparon un inmueble en el plazo de 24-48 horas. La propuesta ha salido adelante con los 180 votos de Voz, PNV, Junts, Coalición Canaria, UPN y Grupo Mixto, frente a los 162 votos en contra del PSOE, Sumar, ERC, Bildu, Podemos y el diputado José Luía Ábalos del Grupo Mixto. El punto aprobado por el Pleno del Congreso insta al Ejecutivo a “luchas contra las ocupaciones ilegales de viviendas y el nuevo fenómeno de la iniquiokupación, haciendo que las personas que ocupan ilegalmente una vivienda puedan sr expulsadas de la misma en un plazo de 24-48 horas”. Además de la lucha contra los okupas, también ha salido adelante la propuesta para “poner suelo de titularidad pública en el mercado para la construcción de viviendas a precios asequibles y hacerlo con transparencia, a través de un portal como herramienta de información abierta que permite consultar parcelas públicas disponibles”. También se ha aprobado pedir que se ejerciten los mecanismos de la Administración Pública para que los informes sectoriales se emitan en el plazo establecido y acelerar los procesos de transformación de suelo finalista con el fin de construir viviendas, reduciendo los plazos de 10-12 años a la mitad”. Y, por último, “dotar de seguridad jurídica al planeamiento urbanístico, limitando la nulidad por defectos formales de los planes generales urbanísticos” y “adoptar medidas específicas para facilitar el acceso a la vivienda como la ampliación de avales hasta 40 años y medidas de carácter fiscal que faciliten y el ahorro y la posibilidad de emancipación de los jóvenes.

Ciertamente, como se indican por los expertos en Derecho Civil, resulta necesario una reforma legislativa integral que proporcione seguridad jurídica y que proteja tanto al arrendador como al arrendatario. Posibilite que el propietario pueda recuperar la vivienda ocupada ilegalmente, o ante el incumplimiento contractual de falta de pago de la renta a través de un procedimiento judicial rápido y que sea la Administración Pública que proporcione a las personas vulnerables una alternativa habitacional a través de una adecuada política de vivienda social. Con esto se recuperara el mercado del alquiler. Mientras tanto, disminuye el número de viviendas disponibles para el alquiler, esto es, la oferta ante el problema actual de no saber el propietario cuándo podrá recuperar su vivienda y en qué estado. Por supuesto, la demanda sigue creciendo y el mercado del alquiler y compraventa se vuelve más exigente, al dejar fuera a quienes no tienen una suficiente capacidad de solvencia.

Igualmente, en este estudio hemos hecho oportuna referencia a los delitos de allanamiento de morada y de usurpación de bienes inmuebles y el juicio rápido en la tramitación de las denuncias por tales delitos como consecuencia de la reforma del artículo 795 de la LECrim por la LDV. Si bien, destaca MAGRO SERVET que “el juicio rápido no es la solución”; se estima “absolutamente imprescindible que la vía de solución de este problema sea el de la medida cautelar de expulsión urgente en el plazo de 24 horas”. De ahí que proponga “la aprobación del artículo

544 sexies de la LECrim que permita a la sección de instrucción del Tribunal de instancia decretar la expulsión inmediata de los okupas en 24 horas, tanto para el allanamiento de morada como en usurpación de bien inmueble sin existir influencia alguna en el retraso de la devolución posesoria, si se alega la vulnerabilidad de los ocupantes”. Y añade también “para los casos de delito de estafa de iniquiokupación”<sup>391</sup>.

Efectivamente, cuando nos encontramos ante un delito flagrante, qué plazo tienen para actuar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. No existe legislación al respecto, pero parece que durante las primeras 48 horas deberían poder actuar, sin necesidad de orden judicial, pues, a partir de qué trascurra dicho momento temporal hay que acudir a la vía penal o la vía civil e interponer demanda de desahucio por precario.

Actualmente, los seguros de vivienda como las empresas de seguridad ofertan sistemas de seguridad (alarmas) que ante la posible ocupación de la vivienda permiten una intervención inmediata de la Policía, además de seguros de antiocupación por las primeras o por otras empresas (movistar). Se deberían coordinar mediante los adecuados protocolos la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando tienen lugar el salto de una alarma de vivienda y las empresas de seguridad para lograr cuanto antes el desalojo de la vivienda. Ciertamente, los trabajadores de estas empresas ven, muchas veces, su integridad física en peligro ante la actuación por la fuerza de los ocupantes ilegales de una vivienda. En todo caso, estas medidas de seguridad pueden, además de alertar de una ocupación ilegal, servir de medio de prueba antes las tretas que suelen emplear los ocupantes ilegales para justificar su permanencia a la vivienda (mediante tickets de comidas por encarga solicitada 72 antes de la ocupación)<sup>392</sup>. Precisamente, el Fiscal Suprior de Baleares D, Bartolomé Barceló aprobó una instrucción dirigida a la Policía Nacional, Local y la Guardia Civil en la que establece unos criterios de actuación para desalojos sin necesidad de orden judicial, atendiendo a los intereses legales que hay en conflicto. Así ha pretendido dar una solución a la falta de uniformidad en las repuestas jurídicas contra el problema de la ocupación. En dicha instrucción se establece que las situaciones serán distintas según que sea inmueble ocupado o desocupado por su titular. En el primer supuesto, el fiscal superior explica que la Policía puede entrar en la vivienda y echar a los ocupantes sin orden judicial por un delito leve de allanamiento de morada —agravado si hay violencia o intimidación— si el propietario está fuera de su casa accidentalmente o se encuentra hospitalizado, por ejemplo, aunque trascurran más de 48 horas. En el caso de segundas residencias de las que el propietario solo disfruta en determinada épocas del año, la instrucción aclara que el Tribunal Constitucional, en gasta ahora tres sentencias de 1999, identificó el domicilio con un espacio para desarrollar la vida privada, como último reducto de la intimidad personal y familiar y, por tanto, dispone de la misma protección que la primera vivienda. Por consiguiente, también en estos casos la Policía también puede desalojar.

Por otra parte, también hemos visto la importante actuación de un Administrador de Fincas avisando de la existencia de quien hasta ahora había sido un iniquiokupa de que solicitaba un nuevo arrendamiento en la misma finca. Al efecto MAGRO SERVET pone de manifiesto la importancia de los vecinos a la hora de impedir una ocupación o de avisar de la misma a la Policía; de ahí que, proponga

como medida la reforma del artículo 9 de la LDV y la redacción de un nuevo apartado 41 del artículo 109 de la LECrim que dé legitimación a las comunidades de propietario para denunciar a los okupas<sup>393</sup>.

El tiempo representa una de las claves para poder expulsar a la persona que ha ocupado ilegalmente y contra la voluntad del propietario una vivienda (utilizada por éste a diario o únicamente en periodo vacacional —segunda residencia—) sin necesidad de recurrir a la vía judicial.

Finalmente, nos parece oportuno finalizar este apartado, destacando que como también ha puesto de manifiesto el autor anteriormente citado, algunos propietarios recurren a los servicios de empresas de desocupación que prometen sacar al inquilino indeseado en menos de 72 horas “sin problema”. Ahora bien, se debe tener cuidado, pues, el propietario puede terminar siendo acusado de un delito de amenazas o, incluso, de allanamiento de morada.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LLORIA, I. y LORA CONZÁLEZ, C. (2023). “La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda”, *Foro de Actualidad*, pp. 93-111.
- ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>.J. (2023). “Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo”, *Práctica de Tribunales*, número 163, julio, pp. 1-20.
- ALBA FERRÉ, E. (2024). “La accesibilidad y la vulnerabilidad económica en la Ley por el derecho a la vivienda (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-18.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Edisofer.
- ALEJÁNDREZ PEÑA, P. (2010). “Comentario al artículo 1320 del Código Civil”. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.
- ÁLVAREZ OLALLA, M<sup>a</sup>. Del P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona: Aranzadi.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, L. (2024), “Los excesivos requisitos de procedibilidad y los menoscabos en las garantías procesales de los arrendadores a la luz de la nueva Ley sobre Derecho de Vivienda (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-11.
- ARGELICH COMELLES, C. (2023). *La Ley por el derecho a la vivienda*, 2<sup>a</sup> edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ARNAU MOYA, F. (2023). “Luces y sombras de la Ley 12/2023, por el Derecho a la vivienda”, *Revista Jurídica valenciana*, número 42, julio-diciembre, pp. 65-116.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2021). “Comentario al artículo 348 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CALZADILLA MEDINA, M<sup>a</sup> 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: Calzadilla Medina, María

- Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.). *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto, núm. 582, pp. 1431-1462.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA G. (2012). "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 CC?. Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, pp. 243-262.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2012). "Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 734, noviembre-diciembre, pp. 3149-3194.
- CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar". En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2020). "La propiedad". En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. III Derechos reales*, 5ª ed., Madrid: Edisofer.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 752, noviembre-diciembre, pp. 3387-3466.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2010). "Comentario al artículo 455 del Código Civil". En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por, Lex Nova, Valladolid.
- DÍAZ ROMERO M<sup>a</sup>. Del R. (1997). *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid: McGraw-Hill.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). "Comentario al artículo 96.3 del Código Civil". En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- DONADO VARA, A. (2024). "Recientes novedades en materia de acoso inmobiliario y "vulnerabilidad residencial": normativa autonómica y legislación estatal (1)", *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-16.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi.
- FUENTES-LOJO RUS, A. (2023). "La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales", *Actualidad Civil*, número 6, junio, p.
- GALLEGO RODRÍGUEZ, P. (2024). "Un paso adelante en la función social de la propiedad (1)", *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-19.
- GAVARA DE CARA, J.C. (2024). "El derecho a la vivienda: un terrible derecho. Problemática de su dimensión objetiva en la Ley por el derecho a la vivienda", *Revista de Derecho Político. UNED*, número 119, enero-abril, pp. 41-70.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C. (1984). "Comentario al artículo 70 del Código Civil", *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1º, Madrid: Tecnos.

- GÓMEZ LINACERO, A. (2023). "Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal (1)", *Diario la Ley*, número 10386, sección Tribuna, 13 de noviembre, p.
- (2024). "Derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida por tercero: colisión de titularidades y análisis de la doctrina jurisprudencial (1)", *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-29.
- GUERRA GONZÁLEZ, J. (2025). "Yo (me) acuso-Alienación parental hecha fácil", *Diario LA LEY*, número 10672, sección Tribuna, de 25 de febrero, pp. 1-22.
- GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). "Comentario al artículo 92 del Código Civil". En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova.
- (2021). "Comentario al artículo 96 del Código Civil". En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- HERRERO GARCÍA, M<sup>a</sup>.J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2024), "El régimen de los grandes tenedores de vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda (1)", *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-16.
- JULIÀ-PIJOAN, M. (2024). "La suspensión de los procesos de desahucio por situaciones de vulnerabilidad: ¿Constituye una dilación indebida? (1)", *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-14.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1986). "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prologo". En: P.J. Viladrich (coord.), *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Universidad de Navarra.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albasa, Madrid. Dykinson.
- LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (2023). "Comentario al artículo 348 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Valencia: tirant lo blanch.
- LUQUE JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. DEL C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MAGRO SERVET, V. (2023), "Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo", *Diario La Ley*, número 10300, junio, p.
- (2025). "Hay soluciones ante la ocupación ilegal de viviendas. 15 propuestas de reforma legislativa", *Diario LA LEY*, número 10655, sección doctrina, 30 de enero, pp. 1-16.
- (2024). *Cómo afrontar jurídicamente la ocupación ilegal de un inmueble*, Madrid: LA LEY.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). "Comentario al artículo 94 del Código Civil": En:

- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.
- MARTENS JIMÉNEZ, I. (2023). “Una década de reformas en el régimen arrendaticio de vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la ley por el derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 19, agosto, pp. 506-557.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”. En: C, Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 3ª ed, Madrid: Colex.
- MARTOS CALABRÚS, M.A. (2024). “El destino preferente de la vivienda a uso habitacional como política pública de vivienda tras la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho de la vivienda (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-17.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.Mª. (1991). “Comentario al artículo 400 del Código Civil”. En: dirigidos por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). “Constitución y vivienda familiar”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- PEGUERO CARRERO, B. (2022). “Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021”, *Diario La Ley*, número 1077, sección Tribunal, de 24 de noviembre, pp. 1-20.
- RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos.
- RODRÍGUEZ-MORÁN, M.A. (2024). “¿Protege la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda al arrendador que no es gran tenedor?”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-8.
- RODRIGUEZ TIRADO, A.Mª. (2024). “La ley por el derecho a la vivienda y la vulnerabilidad económico-social en los procesos arrendaticios de desahucio de vivienda habitual por falta de pago. ODS y Regla de Brasilia (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, pp. 1-16.
- ROGEL VIDE C. (2005). “En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, pp. 73-96.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª.B. (2023). “La redefinición del derecho de propiedad sobre vivienda en la era de los bienes comunes. A propósito de la Ley 12/2023, del derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 19, agosto, pp. 630-663.
- SERRANO GÓMEZ E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica.
- TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- UREÑA CARAZO, B. (2016). “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia

de género”, *LA LEY Derecho de Familia*, año 3, número 11, julio-septiembre, pp. 1-23.

UREÑA MARTÍNEZ, M. (2021). “Comentario al artículo 455 del Código Civil”. En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

VELA SÁNCHEZ, A.J. (2025). “El régimen jurídico de los “hijos ocupas””, *Diario LA LEY*, número 10673, sección Doctrina, de 26 de febrero, pp. 1-11.

VILLASECA BALLESCA, A. (2023). “Aspectos constitucionales”. En: Fco. M. Echevarría Summers (coord.), *Ley de vivienda*, Madrid: Francis Lefebvre.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STEDH, secc. 1ª, de 3 de diciembre de 2020.
- STJUE, Sala tercera, de 27 de febrero de 2025.
- STC, de 20 de julio de 1988.
- STC, Pleno, 17 de marzo de 1995.
- STC, Sala Segunda, de 31 de enero de 2008.
- STC, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016.
- STC, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000.
- STC, Sala Segunda, de 19 de abril de 2021.
- STC, Pleno, de 13 de septiembre de 2022.
- STC, Pleno, de 21 de mayo de 2024.
- STC, Sala Segunda, de 3 de junio de 2024.
- STC, Sala Segunda, de 23 de septiembre de 2024.
- STC, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 2024.
- STC, Pleno, de 29 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1964.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2012.

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015.
- STS Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021.

- STS, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2025.

- STS, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2025 (dos).
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2025.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, de 31 de julio de 2008.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, de 3 de febrero de 2014.
- SAP Ciudad Real, secc. 2ª, de 30 de noviembre de 1995.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, de 8 de septiembre de 1997.
- SAP Madrid, secc. 22ª, de 17 de febrero de 1998.
- SAP Córdoba, secc. 2ª, de 8 de julio de 1999.
- SAP Cádiz, secc. 7ª, de 16 de septiembre de 2002.
- SAP Asturias, 24 de noviembre de 2003.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, de 30 de abril de 2004.
- SAP A Coruña, secc. 4ª, de 21 de octubre de 2005.
- SAP Jaén, secc. 1ª, de 10 de septiembre de 2007.
- SAP Granada, secc. 5ª, de 18 de febrero de 2011.
- SAP Valladolid, secc. 1ª, de 22 de marzo de 2013.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, de 17 de septiembre de 2014.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, de 13 de octubre de 2014.
- SAP Madrid, secc. 22ª, de 9 de enero de 2015.
- SAP Huelva, secc. 2ª, de 15 de julio de 2015.
- SAP Tarragona, secc. 1ª, de 4 de enero de 2016.
- SAP Valladolid, secc. 1ª, de 15 de enero de 2018.
- SAP Madrid, secc. 22ª, de 12 de junio de 2018.
- SAP Valencia, secc. 10ª, de 1 de octubre de 2019.
- SAP Madrid, secc. 13ª, de 20 de noviembre de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6ª, de 9 de diciembre de 2020.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, de 6 de mayo de 2021.
- SAP Castellón, de 27 de abril de 2022.
- SAP Navarra, secc. 3ª, de 11 de mayo de 2022.
- SAP Sevilla, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2022.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, de 5 de julio de 2022.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, de 25 de marzo de 2024.
- SAP La Rioja, secc. 1ª, de 18 de abril de 2024.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, de 25 de abril de 2024.
- SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 8 de octubre de 2024.
- SAP Barcelona, secc. 1ª, de 8 de noviembre de 2024.

## NOTAS

<sup>275</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 (Roj STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276); de 19 de octubre de 2021 (Roj STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770); y, de 2 de noviembre de 2021 (Roj STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003). Asimismo, el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2024 (JUR 2024,25192).

<sup>276</sup> En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 96 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 158.

<sup>277</sup> JUR 2017,20694. Asimismo, las sentencias de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017,1633); y, de 4 de abril de 2018 (RJ 2018,1185).

<sup>278</sup> Asimismo en esta línea, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2017 (JUR 2017,60732). Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3ª, de 26 de enero de 2015 (JUR 2016,4526) se atribuye la vivienda a la madre, al entender que hay que cubrir las necesidades del hijo común con una discapacidad psíquica importante del 65% y que es dependiente económicamente de sus padres.

<sup>279</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2018 (RJ 2018,1185); de 29 de mayo de 2024 (JUR 2024,178772); y, de 12 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486027) los órganos jurisdiccionales deben ponderar las circunstancias concurrentes para la determinación del plazo de atribución temporal del uso de la vivienda familiar cuando sea conveniente la conservación temporal de tal uso a favor del hijo con discapacidad. En el caso de autos se fija un uso prudente de la vivienda familiar de tres años adicionales a contar desde la mayoría de edad del hijo de los litigantes.

<sup>280</sup> JUR 2024,178772.

<sup>281</sup> RJ 2017,4528 en un caso de unión extramatrimonial. Si el uso del bien inmueble se atribuye a la menor hija común, se vería desplazado del mismo a la otra hija del padre, desfavoreciendo sus necesidades de convivencia con el progenitor que, tiene en común. No se atribuye a la madre como custodia de uno de los hijos, pues, tiene una vivienda en la misma zona y de la que no se niega que pueda utilizarla y satisfacer las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad.

<sup>282</sup> RJ 2018/460.

<sup>283</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J. (2025). “El régimen jurídico de los “hijos ocupas””, *Diario LA LEY*, número 10673, sección Doctrina, de 26 de febrero, pp.1-11 lleva a cabo un estudio de los “hijos ocupas” como precaristas.

<sup>284</sup> RJ 1964,5552.

<sup>285</sup> RJ 1992,10250.

<sup>286</sup> Roj STS 20231/1994; ECLI:ES:TS:1994:20231.

<sup>287</sup> RJ 2006,180.

<sup>288</sup> RJ 2008,5587.

<sup>289</sup> RJ 2008,6923.

<sup>290</sup> RJ 2008,6925.

<sup>291</sup> RJ 2009,5.

<sup>292</sup> RJ 2009,393.

<sup>293</sup> RJ 2009,2323.

<sup>294</sup> RJ 2010,274. Se ha formuló voto particular por los Magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O’Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller estimando que, en este supuesto estamos ante un comodato y no ante un precario.

En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2009 (RJ 2009,5704); de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010,1407); de 14 de julio de 2010 (RJ 2010,6041); de 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010,8048); de 22 de noviembre de 2010 (RJ

2011,936); de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 935); de 30 de abril de 2011 (RJ 2011,3724); de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011,6389).

<sup>295</sup> RJ 2011,935.

<sup>296</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre d 2011 (RJ 2011,6708); de 11 de junio de 2012 (RJ 2012,8848); de 14 y de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013,2420; RJ 2013,2174); de 13 y de 14 febrero de 2014 (RJ 2014,1341; RJ 2014,954); y, de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2014,6078); de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015,1104); y de 29 de abril de 2015 (RJ 2015,1917).

<sup>297</sup> RJ 2013,2420.

<sup>298</sup> RJ 2016,2216.

<sup>299</sup> JUR 2021,2510 y JUR 2021, 341405. Con anterioridad, vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2019 (RJ 2019,4588); de 2 de junio de 2020 (RJ 2020,1589); y, de 17 de noviembre de 2020 (Roj. STS 3805/2020; ECLI:ES:TS:2020:3805).

<sup>300</sup> JUR 2024,432204 y JUR 2024,460897.

<sup>301</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 1948 afirma que "(...) como solamente cabe reputar poseedor de buen fe, conforme al artículo 433, al que ignora que su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulte evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y, por tal motivo, no puede retener éste en su poder por los gastos que en la misma hubiese realizado, ni impedir el desahucio...".

<sup>302</sup> RJ 2002,4449.

<sup>303</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1984 (RJ 1984,3804); y, de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018,919).

<sup>304</sup> En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 1997 (RJ 1997,3434).

<sup>305</sup> DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2010). "Comentario al artículo 455 del Código Civil". En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 578; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2021). "Comentario al artículo 455 del Código Civil". En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 696; DÍAZ ROMERO Mª. Del R. (1997). *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid: McGraw-Hill, pp. 34-35 y 39. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 1956 (RJ 1956/922); de 4 de abril de 1968 (RJ 1968/2034); de 22 de enero de 1980 (RJ 1980/84); de 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991,8925); y, de 13 de octubre de 1995 (RJ 1995,7080).

<sup>306</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2008 (RJ 2008,6925); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 7 de mayo de 2014 (JUR 2014,195423).

<sup>307</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). "Comentario al artículo 1750 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi, p. 2180. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008,4062).

<sup>308</sup> Roj. STS 1553/2008; ECLI:ES:TS:2008:1553; y Roj. STS 3264/2008; ECLI:ES:TS:2008:3264.

<sup>309</sup> En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 2013 (Roj. STS 6651/2013; ECLI:ES:TS:2013:6651) al declarar "el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el período de indivisión de la misma (artículos 445 y 450 del Código Civil); de forma que, aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún heredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación de

su derecho de coposesión carente, por tanto, de una necesaria cobertura formal del derecho (...). Asimismo, vid., la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 14 de febrero de 2014 (Roj: STS 626/2014; ECLI:ES:TS:2014:626); y, de 21 de diciembre de 2020 (RJ 2020,5037) procede la acción de desahucio por precario instada por la primera esposa del causante contra la segunda respecto de la vivienda que corresponde a la comunidad postganancial, aun sin liquidar formada por aquélla y por la comunidad hereditaria del causante, a la que pertenece la segunda esposa como legataria del usufructo y que tiene la posesión exclusiva de la vivienda. La circunstancia de no haber hecho constar la actora en su demanda que actúa en beneficio de la comunidad no es razón para negarle la legitimación, si se trata de una pretensión que, de prosperar redundará en provecho de la misma y siempre que no se demuestre una actuación en su beneficio exclusivo, como es el caso. La actora ha puesto de manifiesto su condición de cotitular de la vivienda como bien perteneciente a una sociedad de gananciales no liquidada y no reclama para sí la posesión de la vivienda con exclusión de los demás interesados en la comunidad postganancial, lo que incurriría en la misma posesión exclusiva que contravendría el fundamento de acción que ejercita.

<sup>310</sup> JUR 2024,432204.

<sup>311</sup> ROJ: STS 8496/1987, ECLI:ES:TS:1987:8496.

<sup>312</sup> ROJ: STS 24/1956; ECLI:ES:TS:1956:24.

<sup>313</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2012). "Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 734, noviembre-diciembre, p. 3180; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 737, mayo-junio, p. 1905; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana", *op. cit.*, pp. 3413-3421; GÓMEZ LINACERO, A. (2021). "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *op. cit.*, pp. 22-24; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 80, pp. 686-687; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, pp. 477-483. En la doctrina italiana, VIRGADAMO, P. (2015). "Il comodato casa familiare in italia: un rapporto precario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 3 bis, noviembre, p. 409.

<sup>314</sup> LA LEY 361749,2024.

<sup>315</sup> Vid., ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, pp. 483-487. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990,3827); de 29 de octubre de 2008 (Roj. STS 5636/2008; ECLI:ES:TS:2008:5636); y, de 3 de diciembre de 2014 (Roj. STS 4837/2014; ECLI:ES:TS:2014:4837). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996,2259); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 13 de noviembre de 1999 (AC 1999,8030).

En la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2009 (RJ 2009,2895) ante una venta del usufructo de la vivienda familiar por el propietario a su madre, tiene lugar la separación conyugal del nudo propietario y la atribución de la vivienda al hijo y a su cónyuge. Se consiente por la usufructuaria la continuidad en el uso. No procede, en consecuencia, el desahucio por precario instado por ésta.

<sup>316</sup> LA LEY 379840,2024.

<sup>317</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, de 21 de marzo de 1997 (Roj. SAP M 182/1997; ECLI:ES:APM:1997:182).

<sup>318</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20ª, de 29 de junio de 2016 (Roj. SAP M 9091/2016; ECLI:ES:APM:2016:9091).

<sup>319</sup> Para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2021 (RJ 2021,2510) la cesión de la vivienda familiar en precario supone un acto propio: su desalojo

deberá efectuarse en procedimiento de desahucio, dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial, no puede atribuir, ni desalojar vivienda que no sea familiar.

<sup>320</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre d 1992 (Roj. STS 8816/1992; ECLI:ES:TS:1992:8816). En esta línea, CUADRADO PÉREZ, C. (2012). “Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 3180.

<sup>321</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, de 24 de abril de 2012 (Roj. SAP CS 465/2012; ECLI:ES:APCS:2012:465) para quien el cambio de posesión de los demandantes pretendiendo forzar la figura del precario atenta contra los principios de buena fe (artículo 7 del Código Civil) o incluso de la doctrina de los actos propios; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1ª, de 16 de junio de 2003 se alegó abuso del derecho.

<sup>322</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, p. 503. En este sentido, CUADRADO PÉREZ, C. (2012). “Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 3187.

<sup>323</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (Roj. STS 6496/2011; ECLI:ES:TS:2011:6496); y, de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019,5073).

<sup>324</sup> En esta línea, GAVILÁN LÓPEZ J. (2016). “Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio”, *Memento Práctica Familia 2016-2017*, Madrid. Francis Lefebvre-El Derecho, p. 610; ORDÁS ALONSO M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, pp. 516-517.

<sup>325</sup> ORDÁS ALONSO M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch, pp. 517-520 se refiere a los diferentes supuestos que se derivan del fallecimiento del cónyuge usuario y custodio, de alguno o de todos los hijos, del cónyuge y de alguno de los hijos.

<sup>326</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2006 (RJ 2006,2342); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524); y, de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012,3383); y, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, de 19 de marzo de 2018 (RJ 2018,2841); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2ª, de 9 de octubre de 2013 (AC 2013,2264); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, de 29 de enero de 2016 (JUR 2016,52809); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 2 de noviembre de 2018 (LA LEY 172195,2018) división de la vivienda familiar, manteniendo el derecho de uso vitalicio reconocido a favor de la ex esposa.

<sup>327</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, p. 509; GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). “Atribución del uso de la vivienda familiar y “actio communi dividundo”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 enero-6 febrero 1994, p. 84; CUENA CASAS, M. (2011). “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *op. cit.*, p. 361. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2021 (RJ 2021,1307).

<sup>328</sup> CERVILLA GARZÓN, Mª D. (2017). “Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, octubre, p. 33.

<sup>329</sup> En esta línea, CERVILLA GARZÓN, Mª D. (2017). “Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>330</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018,352).

<sup>331</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, de 1 de septiembre de 2001 (AC 2001,2582) obtención *mortis causa* por el cónyuge usuario de un importante patrimonio inmobiliario.

<sup>332</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4ª, de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005,103595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 5 de junio de 2018 (JUR 2018,223732) cese de la guarda a favor de la madre.

<sup>333</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,978); y, de 19 de enero de 2017 (RJ 2017,274), y, las sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 20 de marzo de 2015 (JUR 2015,127066); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3ª, de 10 de julio de 2015 (JUR 2016,41296); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 26 de junio de 2018 (JUR 2018,260195) por mayoría de edad.

<sup>334</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1ª, de 13 de abril de 2002 (JUR 2002,157777) ha estado la vivienda conyugal deshabitada de forma continuada; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012,155694) vivienda sin habitar durante un año; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, de 5 de julio de 2018 (JUR 2018,258878).

<sup>335</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017,5912); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, de 6 de junio de 2014 (RJ 2014,3571); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 21 de enero de 2002 (JUR 2002,159932).

<sup>336</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 547; CABEZUELO ARENAS, A.L. (2008). “Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 21, p. 315.

<sup>337</sup> Roj: STS 3882/2018; ECLI:ES:TS:2018:3882.

<sup>338</sup> Adoptando la doctrina fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, de 15 de enero de 2018 (JUR 2018,64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 abril 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

<sup>339</sup> JUR 2024,369219.

<sup>340</sup> RJ 2022,1472.

<sup>341</sup> Precisamente, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana se refiere al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible disponiendo al respecto: “1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes. 2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente (...)”.

<sup>342</sup> El artículo 3 de la LDV lleva a cabo diversas definiciones, en concreto: f) Vivienda protegida: la vivienda sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural. A los efectos de esta ley, se establecen las siguientes modalidades: vivienda social, o vivienda de precio limitado.

1. Vivienda social: la vivienda de titularidad pública destinada al alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta y destinada a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado. También será considerada vivienda social aquella cuyo suelo sea de titularidad pública sobre el que se haya constituido derecho de superficie, concesión administrativa o negocio jurídico equivalente. La vivienda social podrá desarrollarse sobre terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o estar comprendida en edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público. La vivienda social podrá

gestionarse de manera directa por las administraciones públicas o entidades dependientes, por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, o a través de fórmulas de colaboración público-privada, que sean compatibles con el carácter de la misma.

Y, podrá tener la consideración de vivienda social de emergencia aquella vivienda social que esté destinada a atender situaciones de emergencia, ofreciendo solución habitacional a corto plazo y de forma temporal, con carácter universal y hasta que se provea de una vivienda alternativa permanente, a personas y familias en situación de pérdida o imposibilidad para acceder a una vivienda adecuada, independientemente de las condiciones documentales y administrativas de las personas afectadas.

2. Vivienda protegida de precio limitado: la vivienda de titularidad pública o privada, excluida la social o dotacional pública, sujeta a limitaciones de precios de renta y todos los demás requisitos que se establezcan legal o reglamentariamente y destinada a satisfacer la necesidad de vivienda permanente de personas u hogares que tengan dificultades de acceder a la vivienda en el mercado. La vivienda de precio limitado será calificada como tal con arreglo al procedimiento establecido por la Administración Pública competente.

g) Vivienda asequible incentivada: a los efectos de lo dispuesto en esta ley, se considerará como aquella vivienda de titularidad privada, incluidas las entidades del tercer sector y de la economía social, a cuyo titular la Administración competente otorga beneficios de carácter urbanístico, fiscal, o de cualquier otro tipo, a cambio de destinarlas a residencia habitual en régimen de alquiler, o de cualquier otra fórmula de tenencia temporal, de personas cuyo nivel de ingresos no les permite acceder a una vivienda a precio de mercado. Los beneficios públicos que se asignen a estas viviendas estarán vinculados a las limitaciones de uso, temporales y de precios máximos que, en cada caso, determine la Administración competente.

h) Parque de vivienda y alojamiento del tercer sector: el conjunto de inmuebles de titularidad o gestionados por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, destinados a satisfacer la necesidad de vivienda o alojamiento de personas u hogares en situación de vulnerabilidad o en riesgo de exclusión social, o proveer vivienda asequible a amplias capas de la sociedad.

<sup>343</sup> Para SAINZ-CANTERO CAPARRÓN, M<sup>a</sup>.B. (2023). “La redefinición del derecho de propiedad sobre la vivienda en la era de los bienes comunes. A propósito de la Ley 12/2023, del derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 19, agosto, p. 650 “las nuevas “facultades dominicales” sobre la vivienda, vendrían determinadas por lo que en cada momento decida el legislador (estatal o autonómica), por lo que el derecho constitucional de propiedad sobre la vivienda del artículo 33.1 de la CE quedaría sin contenido civil, para convertirse en una forma de atribución o tenencia del bien vivienda diseñada por los poderes públicos (habilitados previamente por esta ley) en el tiempo y en el especio concretos con la finalidad de que nadie quede excluido del derecho a residir en una vivienda digna y adecuada”.

Por su parte, MARTOS CALABRÚS, M.A. (2024). “El destino preferente de la vivienda a uso habitacional como política pública de vivienda tras la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho de la vivienda (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, p. 3 precisa que “la LDV no contempla el derecho de acceso a una vivienda digna como derecho subjetivo (no es un derecho ejercitable frente a los poderes públicos, ni es límite a la actuación de terceros para proteger el interés de su titular), sino que sienta las bases del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles destinados a vivienda, como derecho estatutario, donde se limita diferentes facultades que conforman el contenido propio del derecho de propiedad privada cuando tiene por objeto un bien de aquella naturaleza con el fin de hacer efectivo aquel derecho”.

<sup>344</sup> En el glosario de esta Guía se define “Delitos flagrantes: los que se estuviesen cometiendo o se acabaren de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in

fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

<sup>345</sup> MAGRO SERVET V. (2024). *Cómo afrontar jurídicamente la ocupación ilegal de un inmueble*, Madrid: LA LEY, pp. 117-119.

<sup>346</sup> En cuanto a la calidad de la vivienda el artículo 3 de la citada norma señala que: “1. Las viviendas que se construyan en Andalucía tendrán que ser viviendas dignas y adecuadas, debiendo incorporar parámetros de sostenibilidad y eficiencia, como los relativos a adaptación a las condiciones climáticas, minimización de impactos ambientales, reducción del ruido, gestión adecuada de los residuos generados, ahorro y uso eficiente del agua y la energía y utilización de energías renovables”.

<sup>347</sup> MAGRO SERVET, V. (2023). “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, *Diario La Ley, número 10300, junio*, p. 5 critica que se haga referencia a estos conceptos y no al de morada que, es relevante, habida cuenta de la gran cantidad de ocupaciones ilegales de inmuebles que existen en la realidad. En todo caso, precisa que “no puede identificarse el concepto de morada con el de residencia habitual, ya que el primero es mucho más amplio y admite aquellos inmuebles que no son de residencia habitual, pero que tienen servicios en regla y están disponibles para ser utilizados por el propietario cuando quiera. Son inmuebles de “segunda residencia”. La jurisprudencia los ha admitido como morada para calificar su acceso y ocupación ilegal como delito de allanamiento de morada del artículo 202 del CP y no como delito de usurpación del artículo 245.2 del CP”.

<sup>348</sup> El artículo 3 j) de la Ley 12/2023, por su parte, entiende como residencia secundaria: “toda aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes y que no constituye su residencia habitual”.

<sup>349</sup> GÓMEZ LINACERO, A. (2023). “Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal (1)”, *op. cit.*, p. 4 considera, al respecto, que el concepto de vivienda es equiparable al de residencia habitual y extrapolable a la esfera procesal.

<sup>350</sup> ARGELICH COMELLES, C. (2023). *La Ley por el derecho a la vivienda*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>351</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M.<sup>a</sup>J. (2023). “Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>352</sup> MAGRO SERVET, V., “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>353</sup> Vid., el artículo 81 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de viviendas de Canarias considera viviendas deshabitadas: “1. Toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones. 2. Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o por el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación. A estos efectos, se entenderá como último día de efectiva habitación el que ponga fin a, al menos, seis meses consecutivos de uso habitacional. Para las viviendas que no hayan sido nunca habitadas, dicho plazo comenzará a computarse desde que el estado de ejecución de las mismas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación, o si estas se han otorgado, desde la notificación de su otorgamiento. En caso de que las autorizaciones legales hayan sido solicitadas, pero aún no se hayan concedido, se descontará el plazo de otorgamiento de aquellas”.

<sup>354</sup> El artículo 3 d) de la Ley 18/2007 de derecho a la vivienda de Cataluña entiende por vivienda vacía: “la vivienda que permanece desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A este efecto, son causas justificadas el traslado por

razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución. La ocupación sin título legítimo no impide que se pueda considerar vacía una vivienda”.

<sup>355</sup> Señala el citado precepto que: “(...) Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del impuesto. A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. El recargo podrá ser de hasta el 100 por ciento de la cuota líquida del impuesto cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación. Además, los ayuntamientos podrán aumentar el porcentaje de recargo que corresponda con arreglo a lo señalado anteriormente en hasta 50 puntos porcentuales adicionales en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. En todo caso se considerarán justificadas las siguientes causas: el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis meses en esta situación. En el caso de inmuebles de titularidad de alguna Administración Pública, se considerará también como causa justificada ser objeto el inmueble de un procedimiento de venta o de puesta en explotación mediante arrendamiento. El recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare. La declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente exigirá la previa audiencia del sujeto pasivo y la acreditación por el Ayuntamiento de los indicios de desocupación, a regular en dicha ordenanza, dentro de los cuales podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro”.

<sup>356</sup> Como precisa acertadamente, ACHÓN BRUÑEN, M<sup>a</sup>.J. (2023). “Problemas que pueden suscitar las modificaciones en juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo”, *op. cit.*, p. 8 estas previsiones representan “un arma de doble filo”, pues los arrendadores van a mostrarse reticentes en alquilar a ciertos colectivos y las entidades bancarias van a endurecer las condiciones para conceder préstamos con garantía hipotecaria a quienes no tengan solvencia, lo cual va a ocasionar que una ley cuya finalidad es hacer efectivo el derecho a la vivienda consiga el efecto contrario, ya que para ciertas personas va a resultar complicado acceder a una vivienda tanto en alquiler como en propiedad”.

<sup>357</sup> ESPINET ASENSIO, J.M. y ECHEVARRÍA SUMMERS, FCO. M. (2023). “Novedades en el régimen legal de los contratos de arrendamiento de vivienda”, *Guía rápida de la Ley de vivienda*, Madrid: Francis y Taylor, p. 118.

<sup>358</sup> TORRES LÓPEZ, A., “Los arrendamientos de vivienda tras la Ley por el Derecho a la vivienda”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>359</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A., “La Ley por el Derecho a la vivienda. Aspectos arrendaticios y procesales”, *op. cit.*, p. 4 critica estos dos momentos temporales, pues, considera que no tiene sentido solicitar las prórrogas extraordinarias en el momento de prórroga legal tácita, cuando puedes hacer valer antes de las prórrogas legales obligatorias. Y añade además que,

no se contempla la aplicación del artículo 10.2 y 3 de la LAU cuando “no operen las prórrogas legales pro haberse pactado una duración contractual igual o superior a dichos plazos”.

<sup>360</sup> El artículo 71 relativo a la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual dispone que: “En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este real decreto-ley y hasta el 30 de junio de 2023, finalice el contrato o el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o la prórroga por tácita reconducción establecida en el artículo 1566 del Código Civil, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento de seis meses desde la fecha de finalización, durante la cual se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. La renta del contrato aplicable durante esta prórroga extraordinaria podrá actualizarse conforme a los términos establecidos en el contrato, con sujeción a las limitaciones establecidas en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania”.

<sup>361</sup> En esta línea, MOLINA ROIG, E. (2023). “Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda”, *Actualidad Civil*, número 5, p. 3. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018,4223) declara, al respecto, que la tácita reconducción a que se refiere el artículo 1566 del Código civil da lugar en realidad a un nuevo contrato de arrendamiento que se perfecciona por el consentimiento tácito de los contratantes. Este consentimiento se entiende producido por la permanencia del arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada por el término de quince días una vez finalizada la vigencia temporal del contrato, y ello con la aquiescencia del arrendador que deja pasar dicho plazo desde la extinción sin requerir al arrendatario a fin de que proceda a la devolución de la posesión del inmueble. Y, asimismo, precisa que “el citado artículo 1566 CC da por concluso el contrato primitivo de arrendamiento (“si al terminar el contrato”, dice textualmente) y por nacido otro en el que se mantienen los pactos que rigieron la anterior relación contractual, salvo el plazo de duración que lógicamente no ha de coincidir —salvo casos especiales— con el inicialmente previsto que, sin duda, podría resultar excesivamente largo para tenerlo en cuenta en un pacto de carácter tácito. De lo dispuesto por el artículo 1581 del CC, al que se remite a estos efectos el 1566, se desprende la duración a que ha de referirse la “reconducción”, pues este artículo, para el caso en que no se fije duración al arrendamiento, acude al criterio lógico de la fijación de la renta (“se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario”); y, de 31 de marzo de 2021 (RJ 2021,1359) que, igualmente, indica que “la tácita reconducción, en caso de producirse, da lugar a un nuevo contrato, a un nuevo arrendamiento, integrado, como todo contrato, por su consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 del Código Civil). Por ser un contrato nuevo se extinguen las garantías y su plazo no es el mismo del contrato anterior (ya que se consumió), sino el establecido supletoriamente en el Código en virtud de la remisión que el artículo 1561 del Código Civil hace al 1581. Este recurso a la supletoriedad resulta preciso, pues, en la tácita reconducción el consentimiento de las partes, es un consentimiento presunto derivado, por el lado del arrendatario, de su permanencia en el disfrute de la cosa arrendada durante quince

días y, del lado del arrendador, de su aquiescencia a dicha situación, aquiescencia presunta que puede desvirtuarse mediante el correspondiente requerimiento”.

<sup>362</sup> MOLINA ROIG, E., “Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>363</sup> En esta línea, MAGRO SERVET, V., “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, *op. cit.*, p. 15 quien señala al respecto que “al final, lo que conlleva todo ello es que, posiblemente se reduzca el precio de los inmuebles que se encuentren en “zonas tensionadas”, ya que serán en estas donde se establezcan los límites en la renta a fijar en los arrendamientos, por lo que los inversores de viviendas para alquiler optarán por adquirir inmuebles en zonas no tensionado y no hacerlo en zonas tensionadas y, el particular tampoco lo hará en estas zonas, porque les afectan los límites de renta”.

<sup>364</sup> Al respecto ARGELICH COMELLES, C. (2023). *Ley por el derecho a la vivienda*, *op. cit.*, pp. 243-244 indica que “el control de rentas es un *legal transplant* de lo dispuesto en setiembre de 2018 en el § 556 del BGB como *Mietpreisbremse*, para los nuevos contratos de vivienda, tras su aplicación en Berlín, así como a nivel global en otras ciudades como Nueva York, San Francisco, París, Copenhague o Estocolmo, entre otros”. Ciertamente, añade la autora “este mecanismo ha fracasado donde se ha aplicado” y para ello, se remite a “unos oportunos estudios estadísticos comparados, de más 70 experiencias de aplicación, del profesor Dr. Kholdilin, también con lecciones para el *legal transplant* de este mecanismo en Cataluña”. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional del Pleno, 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022,37) sobre la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 6 de la Ley 11/2020 catalana sobre el control de rentas en los arrendamientos de vivienda por ser competencia del Estado “la fijación de las bases de las obligaciones contractuales” (artículo 149.1.8ª de la CE) y, por tanto, el principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos (artículo 17.1 de la LAU); además de ser contrario a la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos (artículo 1255 del CC); y no ser garantía de la libertad individual (artículo 10.1 de la CE) y de la empresa (artículo 38 de la CE).

<sup>365</sup> BOE, número 277, de 16 de noviembre de 2024, pp. 148479 a 148545. Señala la sentencia que “La reforma operada por la Ley 1/2022 se desvincula del modelo estatal que reside en las administraciones públicas el deber y la responsabilidad de llevar a cabo actuaciones públicas con las que facilitar el acceso a la vivienda, generar suelo, promover vivienda pública y vivienda protegida, impulsar, fomentar y estimular la incorporación de viviendas desocupadas al mercado y se desliza por la solución fácil de descargar la efectividad del derecho de acceso a la vivienda —y de la política social— en los propietarios, al introducir como deber prioritario del propietario de una vivienda el de su ocupación efectiva. De ahí que, s pueda constatar por ello que “la reforma autonómica interfiere en la normativa del Estado, en un ámbito de fuerte influencia en la economía nacional, pues desplaza las medidas de inversión en materia de vivienda por la imposición sobre los propietarios de vivienda de la carga de ocupación con título, que en caso de incumplimiento declarado determina la imposición de sanciones, la cesión forzosa o su expropiación. Con ello se desvirtúa el modelo previsto en la regulación estatal que establece las condiciones básicas con las que pretende garantizar en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional tanto el derecho de acceso a la vivienda como el derecho de los propietarios de viviendas mediante medidas que respetan la libre disposición de los propietarios de las viviendas”. Cuenta con el voto particular que formula el magistrado don José María Macías Castaño aunque comparte las razones que han dado lugar a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1.3, 11, 12 y disposición transitoria de la Ley 1/2022 del Parlamento de Cataluña, de 3 de marzo, por contravención del art. 149.1.6 de la CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal, y del art. 149.1.8 de la CE relativo a la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases de las obligaciones contractuales; y, también las razones por las que se declara inconstitucional el art. 7 Ley 1/2022, que claramente incurre en infracción del art. 25 de la CE, al prever

una suerte de extensión objetiva a los adquirentes de la responsabilidad en la que hubieran podido incurrir anteriormente los transmitentes de viviendas desocupadas.

Sin embargo, considero que la declaración de inconstitucionalidad debió extenderse también al art. 9.2 de la Ley 1/2022, que establece un concepto propio de “gran tenedor”, a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la ley y de las obligaciones resultantes de la función social que ha de cumplir el derecho de propiedad sobre las viviendas, por más que el concepto de “gran tenedor” coincida con el establecido en la legislación estatal actual que establece las condiciones básicas del derecho de propiedad sobre ellas. A mi entender, —y sin perjuicio de lo que expondré más adelante— el precepto contribuye a la inseguridad jurídica (proscrita en el art. 9.3 de la CE) en cuanto que, primero, las competencias estatales y autonómicas concurren de forma imprecisa sobre una misma realidad material; segundo, el número mínimo de viviendas en la definición de gran tenedor en Cataluña, podrá ser rebajado por la Generalitat “en el ámbito de sus competencias”, con la consecuencia de que la norma catalana será de aplicación preferente (ex art. 148.1.3 de la CE en relación con el art. 3 k) de la Ley 12/2023 y el art. 149.3 de la CE) en perjuicio de los propietarios catalanes; y tercero, la normativa autonómica ha tomado para la definición de gran tenedor un elemento extraterritorial (“viviendas ubicadas en territorio del Estado”) en contra de nuestra jurisprudencia (SSTC 80/2012 de 18 abril, FJ 7º b), o 102/2017 de 20 de julio, FJ 4º) habiendo podido emplear elementos de conexión exclusivamente autonómicos. (...) Por último, considera conveniente precisar que “el carácter indebido de la reiteración del concepto de “gran tenedor” que se ha llevado a cabo en la Ley 1/2022 no se justifica por las afirmaciones contenidas en la sentencia de este tribunal núm. 79/2024, de 21 de mayo, en las que se razona que “la existencia de esa definición de gran tenedor de vivienda en la Ley 12/2023 ‘en nada obsta que las comunidades autónomas puedan establecer definiciones similares o divergentes en su ámbito, para el desarrollo de sus políticas propias en materia de vivienda. Es muestra de ello lo dispuesto en el art. 19.2 de la Ley, tampoco impugnado en el recurso, que reconoce expresamente que, en las zonas de mercado tensionado, la consideración de gran tenedor tendrá que ser definida en la memoria que acompañe la propuesta de declaración de la zona y podrá incorporar criterios adicionales a los del art. 3 k) acordes a las características de esta o a la normativa autonómica”. La posibilidad de “establecer definiciones similares o divergentes” debe necesariamente considerarse ligada a la existencia de “políticas propias en materia de vivienda” y, añade, concretas y que guarden la debida conexión de sentido con esas políticas propias. De otra manera, esto es, si la posibilidad de establecer una “definición divergente” se refiriera a un concepto general diferente del llevado a cabo por el Estado como condición básica y aplicable en cualquier supuesto, la calificación de condición básica de la definición contenida en la legislación estatal no tendría ninguna entidad real. Como ya he indicado antes, Cataluña no puede en virtud de su competencia del art. 148.1.3 de la CE (“vivienda”) alterar la condición básica de la norma del estado sobre el número mínimo y común de viviendas para ser considerado “gran tenedor” (ex art. 149.1.1 de la CE, en relación con art. 149.1.8 de la CE), porque ello desplazaría la norma básica estatal y defraudaría el principio de prevalencia del art. 149.3 de la CE —máxime si el art. 3 primera frase, de la Ley 12/2023 fue respetuoso con la competencia autonómica—”.

<sup>366</sup> Precisa MOLINA ROIG, E., “Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda”, *op. cit.*, p. 5 establece que el IGC representa “una tasa de revisión de precios consistente con la recuperación de competitividad frente a la zona euro.

<sup>367</sup> BOE, número 306, de 20 de diciembre de 2024, pp. 175635 a 175636.

<sup>368</sup> LA LEY 22478, 2025.

<sup>369</sup> Manifiesta MOLINA ROIG, E. “Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda”, *op. cit.*, p. 5 que con la creación de esta base de datos “se ha perdido la oportunidad de disponer de un organismo al que se le puedan atribuir, en cualquier momento, competencias que vayan más allá de la simple recogida de

datos, como puede ser competencias de control del cumplimiento de requisitos de los contratos de alquiler o de las malas prácticas arrendaticias”.

<sup>370</sup> El Tribunal Constitucional fundamenta la nulidad de dichos presupuestos previos, o solamente en exigencias constitucionales de derecho a la tutela judicial efectiva, sino también en el principio de proporcionalidad y en su fundamentación jurídica señala que “(...) art. 439.6 c) de la LEC, y su correlativo art. 655 bis.1 de la LEC exigen, para la admisión de las demandas de recuperación de la posesión y para proseguir la vía de apremio de la ejecución dineraria —en los concretos supuestos que en ellos se prevén—, respectivamente, que se especifique si la parte demandada o ejecutada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica, para cuya acreditación los respectivos preceptos arbitran iguales alternativas: la forma principal de probar dicho extremo lo será mediante la aportación de documento acreditativo, precisándose respecto de este que los órganos encargados de su emisión lo serán “los servicios de las administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”, y determinando el aspecto temporal relativo al plazo de vigencia de dicho documento —no superior a tres meses—, estableciendo finalmente que aquel ha de emitirse previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda o de la persona ejecutada, según el caso.

Para el caso de que esta última no consienta la realización de un estudio sobre su posible situación de vulnerabilidad económica, el precepto contempla la posibilidad de acreditar el extremo que aquí se interesa mediante documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que dicha persona no ha prestado su consentimiento, determinando, de nuevo, que este otro documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

Finalmente, aunque en un orden distinto, se prevé una última modalidad de acreditación de la situación de vulnerabilidad económica de la parte demandada-ejecutada, al establecerse que tal circunstancia podrá también acreditarse mediante declaración responsable de la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados sin que su solicitud de emisión del referido documento acreditativo “hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes”, junto con justificante acreditativo de dicha solicitud, y en atención a los plazos expresamente previstos en ambos preceptos: haber acudido a los servicios competentes para la emisión del documento acreditativo en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda (art. 439.6 de la LEC) o a la presentación de la solicitud de inicio de la vía de apremio (art. 655 bis.1 de la LEC), y haber transcurrido dos meses desde que se solicitó el documento acreditativo sin que la solicitud fuera atendida o se iniciaran los oportunos trámites.

Por su parte, la exigencia a la parte actora, para que su demanda pueda ser admitida o para iniciarse la vía de apremio, que acredite haberse “sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las administraciones públicas”, sin precisar la naturaleza, caracteres, plazo de duración o los efectos de dichos procedimientos de conciliación o intermediación, sino delegando en las administraciones públicas la concreción de tales elementos, adolece de una indeterminación incompatible con la debida garantía de seguridad jurídica que se ha de predicar de toda regulación legal limitativa del ejercicio de un derecho fundamental.

Se trata de elementos indispensables cuya omisión impide al justiciable poder formar una expectativa razonablemente fundada sobre qué ocurrirá con la tutela judicial que persigue, al quedar está condicionada al sometimiento a un procedimiento previo cuyos rasgos definitorios se desconocen como consecuencia de haber trasladado el legislador a la administración “el desempeño de una función que solo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de ley del art. 53.1 de la CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación”.

Y, consecuencia de todo ello indica la citada resolución “es que la sentencia debía haber reputado primeramente, por estos motivos, contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), en conexión con el

art. 53.1 de la CE, el primer párrafo de sendos arts. 439.7 y 655 bis.2 de la LEC, que prevén el requisito de acreditar haberse sometido al referido procedimiento de conciliación o intermediación. Dicha inconstitucionalidad sería extensible a los párrafos sucesivos de aquellos apartados en la medida en que regulan la forma de acreditar este requisito, quedando, por ello, desprovistos de toda utilidad práctica”.

Después Administración de Justicia del mismo texto nuevo poner la siguiente nota: El artículo 5 de la LDV establece como requisito de procedibilidad: “1. En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar. Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1ª y 2ª, de este capítulo o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo. 2. Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con excepción de los que tengan por objeto las siguientes materias: a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales; b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; d) la filiación, paternidad y maternidad; e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; h) el juicio cambiario”.

Después los servicios sociales del texto nuevo poner la siguiente nota: El artículo 439.6 de la LEC dispone que: “En los casos de los números 1º, 2º, 4º y 7º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique: a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante. b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora.

<sup>371</sup> JULIÀ-PIJOAN, M. (2024). “La suspensión de los procesos de desahucio por situaciones de vulnerabilidad: ¿Constituye una dilación indebida? (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, p. 10 señala respecto a las modificaciones procesales que: “nos encontramos con un incidente: 1. Que persigue la suspensión de un procedimiento sumario; 2. A partir de la apreciación de una situación de vulnerabilidad con una articulación palmariamente deficitaria, especialmente en lo concerniente en la actividad probatoria; 3. Que conlleva una mediana reiteración de valoraciones, ya efectuadas por los órganos competentes; y, 4. Que ostenta una escasa —al menos al día de hoy— eficacia práctica. Cada una de estas características representan un óbice a la agilidad del procedimiento de desahucio, lo que desembo-

ca en una organización del sistema judicial incompatible con la proscripción de dilaciones indebidas contemplada en los artículos 24.2 CE en relación con el artículo 6-1 del CEDH”.

<sup>372</sup> BOE, número 118, de 18 de mayo de 2024, pp. 55104 a 55107.

<sup>373</sup> BOE, número 25, de 29 de enero de 2025, pp. 13035 a 13112.

Artículo 72. Modificación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Se modifica el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, en los siguientes términos:

Uno. El artículo 1 queda redactado como sigue: Artículo 1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. “1. Desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2025, en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que pretendan recuperar la posesión de la finca, se haya suspendido o no previamente el proceso en los términos establecidos en el apartado 5 del artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la persona arrendataria podrá instar, de conformidad con lo previsto en este artículo, un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el Juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. Así mismo, si no estuviese señalada fecha para el lanzamiento, por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista. Estas medidas de suspensión que se establecen con carácter extraordinario y temporal, en todo caso, dejarán de surtir efecto el 31 de diciembre de 2025. 2. Para que opere la suspensión a que se refiere el apartado anterior, la persona arrendataria deberá acreditar que se encuentra en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en las letras a) y b) del artículo 5.1 del presente real decreto-ley mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1. El Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de dicha acreditación al demandante, quien en el plazo máximo de diez días podrá acreditar ante el Juzgado, por los mismos medios, encontrarse igualmente en la situación de vulnerabilidad económica descrita en la letra a) del artículo 5.1 o en riesgo de situarse en ella, en caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento. 3. Una vez presentados los anteriores escritos, el Letrado de la Administración de Justicia deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales competentes toda la documentación y solicitará a dichos servicios informe, que deberá ser emitido en el plazo máximo de diez días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente. 4. El Juez, a la vista de la documentación presentada y del informe de servicios sociales, dictará un auto en el que acordará la suspensión del lanzamiento si se considera acreditada la situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, que no debe prevalecer la vulnerabilidad del arrendador. Si no se acreditara la vulnerabilidad por el arrendatario o bien debiera prevalecer la situación de vulnerabilidad del arrendador acordará la continuación del procedimiento. En todo caso, el auto que fije la suspensión señalará expresamente que el 31 de diciembre de 2025 se reanudará automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, del lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso. Acreditada la vulnerabilidad, antes de la finalización del plazo máximo de suspensión, las Administraciones públicas competentes deberán, adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna. Una vez aplicadas dichas medidas la Administración competente habrá de comunicarlo inmediatamente al Tribunal, y el Letrado de la

Administración de Justicia deberá dictar en el plazo máximo de tres días decreto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento. 5. A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona arrendataria por la mera presentación de la solicitud de suspensión. Se entenderá igualmente que concurre el consentimiento del arrendador para hacer la comunicación prevenida en este artículo por la mera presentación del escrito alegando su situación de vulnerabilidad económica”.

Dos. El artículo 1 bis queda redactado como sigue: artículo 1 bis. Suspensión hasta el 31 de diciembre de 2025 del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal. “1. Desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2025, en todos los juicios verbales en los que se sustancien las demandas a las que se refieren los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y en aquellos otros procesos penales en los que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello, el Juez tendrá la facultad de suspender el lanzamiento hasta el 31 de diciembre de 2025. Estas medidas de suspensión que se establecen con carácter extraordinario y temporal dejarán de surtir efecto en todo caso el 31 de diciembre de 2025. 2. Será necesario para poder suspender el lanzamiento conforme al apartado anterior, que se trate de viviendas que pertenezcan a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas y que las personas que las habitan sin título se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por encontrarse en alguna de las situaciones descritas en la letra a) del artículo 5.1. El Juez tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta, entre otras que procedan, las siguientes circunstancias: a) Las circunstancias relativas a si la entrada o permanencia en el inmueble está motivada por una situación de extrema necesidad. Al efecto de analizar el estado de necesidad se valorará adecuadamente el informe de los servicios sociales emitido conforme al apartado siguiente. b) Las circunstancias relativas a la cooperación de los habitantes de la vivienda con las autoridades competentes en la búsqueda de soluciones para una alternativa habitacional que garantizara su derecho a una vivienda digna. 3. Para que opere la suspensión a que se refiere el apartado anterior, quien habite la vivienda sin título habrá de ser persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad. En todo caso, la persona o personas que ocupan la vivienda sin título deberán acreditar, además, que se encuentran en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en la letra a) del artículo 5.1 del presente real decreto-ley mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1. El Letrado de la Administración de Justicia, dará traslado de dicha acreditación al demandante o denunciante. 4. El Letrado de la Administración de Justicia deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales competentes toda la documentación y solicitará a dichos servicios informe, que deberá ser emitido en el plazo máximo de quince días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad de la persona o personas que hayan fijado en el inmueble su vivienda, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente. 5. Acreditada la situación de vulnerabilidad de la persona que habite en la vivienda y ponderadas por el Juez todas las demás circunstancias concurrentes, este dictará auto acordando, en su caso, la suspensión por el tiempo que reste hasta el 31 de diciembre de 2025. Si el solicitante no acreditara la vulnerabilidad o no se encontrara entre las personas con derecho a instar la suspensión conforme a lo señalado en el apartado 2 o concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 6, el juez acordará mediante auto la continuación del procedimiento. Durante el plazo máximo de suspensión fijado, las administraciones públicas competentes deberán, caso de quedar

constatada la vulnerabilidad económica, adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna. Una vez adoptadas dichas medidas la Administración competente habrá de comunicarlo inmediatamente al Tribunal competente, y el Juez deberá dictar en el plazo máximo de tres días auto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento y el correspondiente lanzamiento. 6. A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona demandada por la mera presentación de su solicitud de suspensión. 7. En ningún caso procederá la suspensión a que se refiere este artículo si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física, si en dicho inmueble tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario. b) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada. c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas. d) Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas. e) Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda. f) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley”.

El artículo 73 relativo a la aplicación de la disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. La referencia al 31 de diciembre de 2024 efectuada en la disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2025.

<sup>374</sup> El artículo 447.2 de la LEC dispone que: “No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias. En relación con las demandas en las que se acumulen a la pretensión de desahucio o recuperación de finca dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, las acciones de reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, así como las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario, los pronunciamientos de la sentencia en relación con esas acciones acumuladas a la de desahucio producirán efectos de cosa juzgada”.

<sup>375</sup> El artículo 7 respecto a la Ventanilla Única Digital dispone que. “A efectos del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos será dependiente del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana a través de la Dirección General de Planificación y Evaluación, que será el órgano competente para dictar las resoluciones administrativas por las que se ordene la eliminación o inhabilitación del acceso a anuncios vinculados a unidades ofrecidas sin número de registro o con un número de registro no válido, o en casos de uso indebido de un número de registro, así como todos aquellos vinculados al ejercicio de potestades administrativas atribuidas al Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana en relación con esta norma. A través de la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos se llevará a cabo la recepción y transmisión de los datos por parte de las plataformas, de acuerdo con el artículo 6. A estos efectos, las plataformas sujetas al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, comunicarán a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos los datos necesarios para permitir la notificación de las comunicaciones y resoluciones que emitan órdenes reguladas en esta norma y en el resto de normativa aplicable. 2. La Ventanilla Única

Digital de Arrendamientos: a) Permitirá la transmisión máquina a máquina y manual de los datos de actividad por unidad, junto con el número de registro facilitado por las personas arrendadoras, la dirección específica de la unidad y las URL de los anuncios publicados en las plataformas en línea de alquiler de corta duración. b) Facilitará a las plataformas en línea de alquiler de corta duración llevar a cabo las comprobaciones aleatorias del artículo 6.c). c) Recogerá una funcionalidad que permita consultar el número de registro asignado a las unidades de las personas arrendadoras y la dirección o ubicación específica de la unidad. d) Recogerá una funcionalidad que permita consultar los datos de actividad por unidad y las URL de los anuncios publicados por las personas arrendadoras en las plataformas, mediante su interconexión con las plataformas en línea, únicamente en los casos previstos por el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024. e) Incluirá una base de datos en línea de libre acceso y legible por máquina para las comprobaciones del artículo 6.c). f) Garantizará que su información sea reutilizable. g) Garantizará la confidencialidad, integridad y seguridad en el tratamiento de los datos de acuerdo con el 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, y con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Para sus fines, garantizará el tratamiento automático, intermedio y transitorio de los datos personales. h) Proporcionará una interfaz técnica para que las autoridades competentes a que se refiere el artículo 12 del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, reciban los datos de actividad, el número de registro pertinente, la dirección específica de la unidad y las URL de los anuncios, transmitidos por las plataformas en línea de alquiler de corta duración únicamente con los fines enumerados en el apartado 2 de ese mismo artículo, relativos a las unidades situadas en su territorio. E i) Facilitará la información a que se refiere el artículo 13 del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024.

<sup>376</sup> El artículo 8. Registro único de arrendamientos establece que: “Para el cumplimiento de las obligaciones prescritas en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, el procedimiento de registro único de arrendamientos se realizará a través del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles. Será el único procedimiento de registro aplicable en España a los efectos del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, y se regirá por lo dispuesto en él, por esta norma y supletoriamente, por la legislación hipotecaria”.

<sup>377</sup> El artículo 2, letra i) dispone que el número de registro es: “el identificador único de una unidad expedido por el Registrador o Registradora de la Propiedad o de Bienes Muebles competente que permite la identificación de una unidad”.

<sup>378</sup> El artículo 9.1 referido al procedimiento de inscripción y solicitud de número de registro será iniciado a solicitud del interesado. La solicitud será presentada en la sede electrónica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, adjuntándose toda la documentación preceptiva en formato electrónico, pudiendo optar por sistemas de identificación y firma basados en certificados electrónicos, sistema Cl@ve o firmas no criptográficas como códigos de un solo uso, firmas OTP o similares ofrecidos por terceros de confianza interpuestos, u otros sistemas basados en claves previamente concertadas, siendo todo el procedimiento tramitado de manera electrónica por el Registro de la Propiedad o el de Bienes Muebles. La solicitud también podrá presentarse directamente en papel en el Registro de la Propiedad o en el de Bienes Muebles competente.

<sup>379</sup> El artículo 9.2 dispone al respecto que: “La solicitud deberá incluir, al menos: a) Para cada unidad: 1º La dirección específica de la unidad, el Código Registral Único y su referencia catastral. En el caso de buques, embarcaciones o artefactos navales, alternativamente, el Número de Identificación del Buque (NIB), la matrícula o el Código Registral Único del bien. 2º El tipo de unidad, incluyendo si se trata de una finca completa, una habitación o en general una parte de una finca, siempre que de acuerdo con la normativa aplicable sea posible, o si

se trata de una embarcación u otro tipo de alojamiento sujeto al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024. 3º Si la unidad se ofrece como una parte o la totalidad de la residencia principal o secundaria de la persona arrendadora, o para otros fines. 4º El número máximo de personas arrendatarias que se pueden alojar en la unidad. 5º Si la unidad está sujeta a un régimen de título habilitante como la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable, salvo que la legislación aplicable sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellos documentos se sustituirán por los que acrediten que la comunicación o declaración ha sido realizada, que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad si este ha sido establecido y que no se tenga declarada su ineficacia, y sin que del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles resulte la existencia de resolución obstativa alguna, incluyendo, en su caso, la autorización, prohibición o limitación para tal uso conforme a la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. 6º La identificación de la categoría o categorías y tipos de arrendamiento para los que pretenda obtener un número de registro, pudiendo ser simultáneos, en su caso, las tres categorías: — Fincas, habitaciones o unidades parciales de finca destinadas a alquiler de corta duración con una finalidad no turística. — Fincas, habitaciones o unidades parciales de finca, siempre que de acuerdo con la normativa aplicable sea posible, destinadas a alquiler de corta duración con finalidad turística. — Embarcaciones flotantes u otras propiedades que permitan el alojamiento de corta duración y no estén excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024. 7º La declaración de que se dispone de lo indicado en el artículo 4.2.b). b) En las solicitudes presentadas por las personas arrendadoras que sean personas físicas: 1º El nombre y apellidos del solicitante. 2º El número de identificación fiscal. 3º Su domicilio. 4º Un teléfono de contacto. 5º Una dirección de correo electrónico para la comunicación por escrito. c) En las solicitudes presentadas por las personas arrendadoras que sean personas jurídicas: 1º Su denominación social. 2º Su número de identificación fiscal. 3º La identificación de la persona representante legal. 4º Su domicilio social. 5º Un teléfono de contacto de una persona representante. 6º Una dirección de correo electrónico para la comunicación por escrito. 3. Con la presentación de la solicitud y documentación señalada en los apartados anteriores, el Registrador o Registradora de la Propiedad o de Bienes Muebles, según la naturaleza de la unidad, procederá a la asignación automática e inmediata de un número de registro, que recogerá la identificación de la categoría y tipo designado por la persona interesada. A estos efectos, en su caso, podrá ser de aplicación el régimen de recursos aplicable a las resoluciones de los Registradores y Registradoras conforme a la normativa hipotecaria. 4. Será también de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores en aquellos casos en los que sea necesario actualizar la información aportada. 5. Cada unidad solo podrá tener asociado un número de registro por categoría y tipo de arrendamiento conforme a lo recogido en el apartado 2.A.f). De esta manera, una unidad sólo podrá contar con un número de registro destinado a alquiler de corta duración no turístico, un solo número de registro destinado a alquiler de corta duración turístico, y un solo número de registro de embarcación. Si bien, podría contar simultáneamente con un número de registro de finalidad turística y un número de registro de finalidad no turística”.

<sup>380</sup> Se trata de la plataforma pequeña y microplataforma en línea de alquiler de corta duración y se define como “plataforma en línea de alquiler de corta duración, conforme a la definición del párrafo anterior, que se considera una pequeña empresa o una microempresa en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas”.

<sup>381</sup> Al respecto, la Disposición adicional primera relativa a la comunicación de datos señala que: las altas, suspensiones y bajas de los números de registro se notificarán de forma telemática por la Ventanilla Única Digital a las comunidades autónomas y ayuntamientos, para que puedan ejercer las funciones de inspección y control establecidas en sus respecti-

vas normativas. Además, las comunidades autónomas y ayuntamientos podrán establecer mecanismos máquina a máquina de consulta y conexión con la Ventanilla Única Digital de acuerdo con el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024.

<sup>382</sup> LA LEY 7315,2025.

<sup>383</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. (2025). “Estocada definitiva a la obligación de alquiler social en Cataluña: se abre la puerta a la revisión de las sanciones impuestas a grandes tenedores de vivienda”, *Diario La Ley*, número 10665, sección Tribuna, de 14 de febrero, p. 2.

<sup>384</sup> TEDH 2020,163.

<sup>385</sup> CLIMENT GALLART, J.A. (2020). “El TEDH no ampara la ocupación considerándola una vulneración del derecho a la propiedad privada (art. 1 del protocolo 1 CDH)”, [www.idibe.org/tribuna](http://www.idibe.org/tribuna), p. 3 critica que al TEDH en el sentido que “se ha mostrado especialmente cicatero a la hora de valorar los daños materiales y morales y más si se tienen en cuenta los graves perjuicios que le ocasionaron a la demandante, viéndose obligada a tener que vender su vivienda”.

<sup>386</sup> JUR 2024,369220.

<sup>387</sup> Roj: STS 5513/2024; ECLI:ES:TS:2024:5513.

<sup>388</sup> MAGRO SERVET, V. (2025). “Hay soluciones ante la ocupación ilegal de viviendas. 15 propuestas de reforma legislativa”, *Diario LA LEY*, número 10655, sección doctrina, 30 de enero, p. 4.

<sup>389</sup> Vid., entre otros, MAGRO SERVET, V., “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda...”, *op. cit.*, p. 2; MALO VALENZUELA, M.Á., “La “Ley por el derecho de vivienda” como forma de promover la ocupación ilegal de viviendas ajenas por vía legislativa”, *El Notario del Siglo XXI*, número 110, julio-agosto (2023), p. 41 para quien con esta Ley “a) Se desprotege el derecho de propiedad al obstaculizar lo procesos de desahucio; b) Asocia de forma peligrosa para la convivencia la defensa del derecho a la vivienda con la desprotección del derecho de propiedad; y c) no desaprueba la ocupación ilegal de viviendas, sino que las legitima como simple manifestación de un problema social, convirtiéndola en un primer paso para la obtención de ayudas a conceder por las Administraciones Públicas”. RODRÍGUEZ MORÁN, M.A. (2024). “¿Protege la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda al arrendador que no es gran tenedor”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, p. pone de manifiesto acertadamente en esta línea que “el acuciante problema d la vivienda no puede ser trasladado por las Administraciones Públicas a fin de que recaiga sobre los propietarios de vivienda que se ponen en el mercado para su arrendamiento. Esto no hace más que conseguir el efecto contrario al que se pretende al ser tantas las trabas, gastos y ausencia de garantías para el propietario “pequeño” arrendador que le hace recelar consiguiendo que un gran número de viviendas no salgan al mercado del alquiler rebajando la oferta y subiendo la demanda”. Asimismo, propone ÁLVAREZ SUÁREZ, L. (2024). “Los excesivos requisitos de procedibilidad y los mecanismos n las garantías procesales de los arrendadores a la luz de la nueva ley sobre el Derecho de Vivienda (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, p. 5 que “en el contrato de arrendamiento se haga constar un reconocimiento expreso de la inexistencia de vulnerabilidad del arrendatario y de su núcleo familiar, haciendo referencia a su situación laboral y a los ingresos que percibe”.

Y en relación al Proyecto de Ley NASARRE AZNAR, S., “La Ley de vivienda: el estado de renuncia a cumplir con el artículo 47 de la Constitución”, *El Notario del siglo XXI*, número 109, mayo-junio, (2023), pp. 18 y 22 señala, por una parte “se evidencia una vez más que el derecho humano como es la vivienda está en manos de políticos pendientes de twitter y de los poderes oclocráticos y demás lobbies”; y por otra indica que “el Estado y algunas CA parecen estar lanzando el mensaje: nuestra política de vivienda es un desastre y mientras hallamos “la solución” mágica (que no existe) debéis alojar obligatoriamente en “vuestras” casas a quienes se metan por la fuerza en ellas para aplicar la situación”.

<sup>390</sup> MAGRO SERVET, V. (2025). “Hay soluciones ante la ocupación ilegal de viviendas. 15 propuestas de reforma legislativa”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>391</sup> MAGRO SERVET, V. (2025). “Hay soluciones ante la ocupación ilegal de viviendas. 15 propuestas de reforma legislativa”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>392</sup> MAGRO SERVET, V. (2025). “Hay soluciones ante la ocupación ilegal de viviendas. 15 propuestas de reforma legislativa”, *op. cit.*, p. 14 a tal efecto manifiesta que “debería regularse exactamente el momento temporal que disponen los agentes policiales para acceder a la vivienda, cuando se interprete la distancia temporal entre el acceso de los ocupas y por parte de los agentes policiales para proceder a la expulsión”; por ello, el autor propone que debería recogerse en una disposición legal el siguiente texto “se entenderá que hay flagancia cuando el acceso al inmuebles de los agentes se produzca en el “mismo día” en el que se ha producido la ocupación”

<sup>393</sup> MAGRO SERVET, V. (2025). “Hay soluciones ante la ocupación ilegal de viviendas. 15 propuestas de reforma legislativa”, *op. cit.*, p. 11 y 14.



### 1.3. Derechos reales

## La progresiva reducción del derecho de propiedad inmobiliaria como consecuencia de la función social: un análisis jurisprudencial\*

### *The progressive reduction of real estate property rights as a consequence of the social function: a jurisprudential analysis*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
*Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil,  
Universidad Francisco de Vitoria.*

**RESUMEN:** El derecho de propiedad que recae sobre un inmueble es un derecho subjetivo, constitucionalmente protegido, que ha cambiado mucho desde su origen hasta la actualidad. La publicación de la Constitución Española(CE) con la definitiva incorporación de la función social de la propiedad como contenido propio de este derecho supuso un cambio definitivo. Sin embargo, estamos observando cómo ese concepto y contenido del derecho de propiedad aceptado con la CE sigue evolucionando. En los últimos años, sobre todo, las sucesivas sentencias del TC, y también del TS, así como leyes recientes, interpretan la función social de forma amplia, más amplia, de manera que su paulatino crecimiento, tiene como contrapartida la disminución del contenido típico y tradicional del derecho de propiedad, que ve mermadas las facultades de las que se compone. En este trabajo, analizamos críticamente esta evolución.

**ABSTRACT:** *The right of ownership over real estate is a subjective right, constitutionally protected, which has changed significantly from its origin to the present*

---

\* Este trabajo se enmarca dentro de los proyectos de investigación: “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar” (REF.: PID2021-124953NB-I00), dirigido por Matilde Cuena Casas, financiado en el programa “Proyectos de Generación de Conocimiento”, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

*day. The publication of the Spanish Constitution, with the definitive incorporation of the social function of property as an inherent aspect of this right, marked a turning point. However, we are witnessing how the concept and content of property rights, as accepted in the Constitution, continue to evolve. In recent years, particularly through successive rulings by the Constitutional Court and the Supreme Court, as well as new legislation, the social function of property has been interpreted more broadly. This gradual expansion has, in turn, led to a reduction in the traditional and typical content of property rights, diminishing the powers that comprise them. In this paper, we critically analyze this evolution.*

**PALABRAS CLAVE:** propiedad inmobiliaria, contenido, función social, limitaciones, facultades.

**KEYWORDS:** *Real estate property, content, social function, limitations, faculties.*

**SUMARIO:** I. EL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA: CONCEPTO, CONTENIDO, FUNCIÓN Y PROTECCIÓN.—II. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD: ORIGEN Y CONCEPTO.—III. LA PROGRESIVA REDUCCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA COMO CONSECUENCIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL. III.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. III.2. FACULTADES LIMITADAS O RESTRINGIDAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD. III.2.1. Limitaciones a la facultad de uso y disfrute, disposición y exclusión. III.2.2. Limitaciones a la facultad de libre aprovechamiento y destino.—IV. LA RECIENTE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD A LA LUZ DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL DERECHO A LA VIVIENDA: UN PASO MÁS HACIA LA REDUCCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA

## **I. EL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA: CONCEPTO, CONTENIDO, FUNCIÓN Y PROTECCIÓN**

El derecho de propiedad no está definido en nuestro ordenamiento, el art. 348 CC, con todas las críticas que se le puedan hacer, se limita a decir en qué consiste, sin definirlo, pues afirma que “es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”; es decir, enumera parcamente dos de las facultades propias de su contenido. Esta concepción restringida, —pues enumerar todas las facultades de la propiedad sería prolijo y casi imposible<sup>1</sup>—, se recogió del Código Napoleónico francés, y refleja perfectamente la concepción liberal del momento en que se promulgó; pues el propietario no tiene casi limitaciones en las cosas que le pertenecen. Como luego veremos, esta concepción liberal de la propiedad ya no tiene sentido, y se ha visto matizada y perfilada por la Constitución Española (CE).

En cualquier caso, podemos decir que el derecho de propiedad es el derecho real —como poder directo, inherente y absoluto sobre una cosa— por excelencia, ya que comprende todas las facultades que una persona puede tener sobre la cosa; su titular puede obtener de la cosa todas las utilidades que esta le ofrece. Los tres grandes grupos de facultades dominicales que, a su vez, engloban muchas otras

son: las facultades de goce y disfrute, las facultades de disposición y las facultades de exclusión.

Además, se caracteriza por su abstracción, elasticidad y perpetuidad, que le diferencian de otros derechos reales.

La concepción que se tenga del derecho de propiedad determina el reparto de los bienes entre los hombres de una manera u otra. De este modo, la propiedad privada supone que determinados bienes se atribuyen a algunas personas en exclusividad, de forma que pueden impedir su uso a otros; sin embargo, está también subordinada al principio del destino universal de los bienes y “desde el punto de vista constitucional” al interés general. Esto explica las limitaciones que deben imponerse a la propiedad precisamente para conseguir ese uso universal y común de todos los bienes. La propiedad privada se constituye en un medio para alcanzar ese uso común, y no como un fin en sí misma, de ahí que surja la función social de la propiedad: “El individuo no puede obrar prescindiendo de los efectos del uso de los propios recursos, sino que debe actuar en modo que persiga, además de las ventajas personales y familiares, también el bien común”;<sup>2</sup> por eso, deben surgir vínculos de uso entre las cosas objeto de propiedad privada, y el resto de las personas.

Pero, por otra parte, no podemos olvidar que la propiedad privada de los bienes asegura la supervivencia del hombre, al aprovecharse de ellos y de sus frutos, facilitando su desarrollo como persona y convirtiéndose en medio necesario para su autonomía personal. Debe entenderse, por lo tanto, como una ampliación de la libertad humana, en cuanto su ejercicio contribuye a su responsabilidad, pues el dominio de los bienes y su reparto, le permite ejercer su función responsable en la sociedad y en la economía. Esto es así porque el hecho de que exista propiedad privada de los bienes y no una propiedad colectiva de aquellos, pertenecientes al Estado, siendo este quien atribuya y distribuya los bienes materiales y su uso, hace que el hombre sea independiente del Estado; sea más libre y no dependa de los designios del Estado, cambiantes en cada momento, para conseguirlos. Así, “una de las funciones de la propiedad es la de asegurar un dominio de justa libertad, no solamente en materia económica sino también en materia política, cultural y religiosa... por lo tanto, podemos ligar la propiedad no solo con la dimensión corporal del ser humano sino también con su dimensión racional que le permite la previsión del futuro y de la libertad”<sup>3</sup>.

La propiedad es, en consecuencia, un elemento esencial para el desarrollo de la persona, pues contribuye a su desenvolvimiento como ser humano (corporal), pues le proporcionan los elementos básicos para su supervivencia física, pero, a la vez, contribuye a su desarrollo como ser racional, al influir de forma decisiva en su libertad a través de la responsabilidad de su ejercicio.

El derecho de propiedad, por tanto, debe responder a esta doble perspectiva: lograr la justa atribución de los bienes contribuyendo a garantizar la autonomía y la libertad de la persona en su faceta corporal y racional.

La regulación del derecho de propiedad se encuentra básicamente en el CC español, arts. 348 y siguientes, en leyes especiales según distintos tipos de propiedad: ley de propiedad horizontal, ley de propiedad intelectual, ley de propiedad industrial, ley de aguas, minas y montes..., ley hipotecaria, y por supuesto, todas ellas presididas y acordes con la Constitución Española de 1978 que supuso un punto de inflexión en la consideración y concepto del derecho de propiedad privada. La CE recoge expresamente, y como derecho constitucionalmente protegido,

dentro del Título I, Capítulo II (derechos y libertades) y en la sección segunda destinada a los derechos y deberes de los ciudadanos, en el art. 33.1: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”.

A continuación, en los párrafos 2 y 3 se matiza la nueva concepción del derecho de propiedad tras la Constitución, pues deja de ser absoluto y omnímodo, para delimitarse a través de la función social y quedar subordinado al interés general o social que permite inferencias en aquel: “2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

En efecto, se pone fin a la concepción liberal del derecho de propiedad como derecho absoluto, sin limitaciones ni vinculaciones, introduciendo en su contenido propio la denominada “función social de la propiedad”. La concepción de la persona como ser social que vino de la mano de la Constitución y del Estado social de Derecho que estableció en España, produjo un cambio importantísimo con respecto a la propiedad privada<sup>4</sup> que, existiendo y reconociéndose de forma expresa por la Constitución en el art. 33<sup>5</sup>, incorporó esa función social en su contenido, delimitándolo. La propiedad aparece, hoy en España, como derecho de las partes (art. 33.1 CE), pero con aspecto social<sup>6</sup>.

Se trata de una propiedad de corte capitalista, en la que se reconoce la propiedad privada, la libertad de empresa y la opción democrática. No se incluye entre los derechos fundamentales y libertades públicas, sino entre los derechos y deberes de los ciudadanos, y se enmarca en un contexto social<sup>7</sup>. Pero, a la vez, puede verse limitada, o constreñida, en su ejercicio por el interés general quedando subordinada a este en los casos en que existiera conflicto entre ambos, tal y como establece el art. 128 CE<sup>8</sup>. Además, le afecta la reserva de ley recogida en el art. 53.1 CE para los derechos reconocidos en el Capítulo II, del título I, lo que significa que este derecho no puede regularse (o limitarse) por normas que no tengan rango de Ley (SSTC 20 de octubre 1995 (RTC 156/1995) y 20 marzo 1997(RTC 61/1997)).

El Derecho de propiedad se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero, también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad; es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir.

## II. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD: ORIGEN Y CONCEPTO

La función social no es una limitación al ejercicio del derecho de propiedad privada, sino que constituye o delimita su contenido, es decir, forma parte de la nueva concepción del derecho de propiedad tras la CE, tal y como recoge el art. 33.2 CE.

En palabras de PEREZ ALVAREZ,<sup>9</sup> “el derecho subjetivo privado se concede no sólo en interés exclusivo del titular sino también para satisfacer intereses generales”, y para poder compaginar los intereses del dueño con los de la comunidad, serán las leyes quienes delimiten el contenido del derecho de propiedad.

Surge como reacción a las tesis y doctrinas liberales imperantes en la Europa del siglo XIX, “tenía por finalidad configurar una nueva forma de propiedad a la luz de la doctrina positivista vigente en la época”<sup>10</sup>.

Con el fin de conjugar los intereses dignos de protección del dueño de la cosa con los de la comunidad, serán las leyes las que delimitarán el contenido del derecho.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 37/1987 de 26 de marzo, RT-C/1987/37<sup>11</sup> señala que la función social es un elemento estructural de la definición del derecho de propiedad, también se refiere a ella como factor determinante de la delimitación legal del contenido del derecho: “la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”. Esta sentencia define la función social como “un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”.

Pues bien, la función social de la propiedad, introducida por la CE de 1978<sup>12</sup>, supone realmente el establecimiento de límites legales a las facultades propias del dueño, por el bien de la comunidad o sociedad. Este nuevo dibujo del derecho de propiedad se lleva a cabo a través de leyes que van limitando el derecho en aras de un bien mayor —y esto empieza a ocurrir cada vez con mayor frecuencia—. De este modo, el ejercicio de la propiedad privada, que excluye en principio del uso y disfrute de esos bienes a quienes no son sus titulares o no tienen un derecho real sobre los mismos, queda sometido al bien común, de forma que “el individuo no puede obrar prescindiendo de los efectos del uso de los propios recursos, sino que debe actuar en modo que persiga, además de las ventajas personales y familiares, también el bien común”. Es decir, es de esencia del propio derecho de propiedad que su ejercicio y uso se haga de forma individual, pero buscando el bien común que no es sino el bien de todas y cada una de las personas, de forma que no sería lícito un ejercicio del derecho de la propiedad que perjudicara el bien de todos.

Así creo que debe entenderse la función social de la propiedad: cede el ejercicio individual, el bien particular, ante el destino universal de los bienes, consecuencia del bien común.

No cabe otra interpretación, a mi modo de ver, de la función social de la propiedad, en el sentido de pretender que la función social suponga la claudicación de la propiedad privada ante otros intereses particulares, por muy numerosos que sean, ni siquiera del interés general cambiante con el tiempo y muchas veces teñido de carga ideológica. Solo el bien común justifica la función social.

Sin embargo, nuestro TC y nuestro legislador han entendido que la función social debe ponerse en relación con el interés general, y no con el bien común, que en cada momento se determina por el legislador, de forma que, acudiendo a la función social de la propiedad, el propietario puede ver limitado su derecho por leyes restrictivas en favor de minorías o grupos particulares que, en un momento determinado pueden considerarse de interés social o general. El voto particular de la STC

89/1994 de 17 de marzo, ya puso de manifiesto el riesgo que eso supone, pues, el contenido dominical “será lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico”; y, por ello, “huérfano de todo referente *ex constitutione*, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de ‘contenido esencial’ (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza”.

Esos límites legales del derecho de propiedad están establecidos en orden a la función social que desempeña este derecho, delimitan su ámbito, contenido y régimen y no hace falta probarlos: son los límites del derecho de propiedad. Tradicionalmente, ha existido una pluralidad de norma que han limitado las facultades del propietario en razón de la función social, en interés público: baste ver leyes urbanísticas, de navegación aérea, de seguridad, ley del suelo, ley de transportes, leyes administrativas... que han ido configurando el derecho de propiedad, o los derechos de propiedad privada en función de los distintos objetos sobre los que recaen.

Pero, claro, tal y como señala la STC 89/1994 citada, esas limitaciones no pueden suponer “la desaparición o negación del contenido esencial del derecho de propiedad”, ni esa delimitación puede llevarse a cabo careciendo de fundamento o justificación constitucional.

Es decir, el contenido esencial del derecho de propiedad, aquel por el que este es reconocible (abstracción), y cumple su función, no puede desaparecer como consecuencia de una exagerada concepción de la función social de la propiedad que va aumentando los límites legales, y constriñendo en paralelo el contenido del derecho.

Sin embargo, en los últimos años, se percibe un aumento de los límites de la propiedad en interés público. Cada vez con mayor frecuencia, hay más leyes que, con base en la función social de la propiedad, están limitando el derecho de propiedad, reduciéndolo casi a una expresión mínima. Lo vemos con la evolución de la jurisprudencia en este sentido.

### III. LA PROGRESIVA REDUCCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA COMO CONSECUENCIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL

#### III.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como acabamos de adelantar, el contenido esencial del derecho de propiedad, en principio, no puede verse disminuido, ni alterado, por las limitaciones legales que son reflejo de la función social de la propiedad. Ese contenido esencial, o mínimo, debe permanecer, y cualquier limitación de este sería contraria al artículo 33 CE. No podemos olvidar tampoco que todas las limitaciones que se hagan del derecho de propiedad (que no afecten al contenido esencial), deben hacerse por ley, tal y como se deduce del art. 53 CE.

Además, en principio, la intervención de los poderes públicos en el contenido esencial de un derecho fundamental o constitucional debe fiscalizarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. La aplicación de este principio o criterio sirve para que el Tribunal Constitucional confirme la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos que intervienen en materia de derechos fundamentales. Este principio, a su vez, se concreta en la idoneidad (la intervención de

los poderes públicos en el derecho ha de ser adecuada para conseguir el fin constitucionalmente protegido), necesidad (exige que de todas las medidas idóneas para intervenir en el derecho fundamental, se escoja la más benévola —menor intervención—), y por último la proporcionalidad en sentido estricto (las ventajas que supone la intervención deben superar los inconvenientes para el titular que ve restringido su derecho).

Pues bien, este criterio de proporcionalidad debería ser el que resolviera la posibilidad de limitación de la propiedad privada y su conflicto con el derecho a la vivienda, o los intereses sociales; de forma que la constricción al propietario de sus facultades favoreciera o proporcionara mayores ventajas para la sociedad y, en concreto en este caso, para los demandantes de vivienda. En consecuencia, todas las injerencias que se produzcan en derechos constitucionalmente protegidos deben someterse al principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que no es necesario aplicar este principio con respecto al derecho a la propiedad del art. 33 CE, sino que basta aplicar el criterio de razonabilidad. En concreto, la STC 16/2018, de 22 febrero, afirma que “[A] diferencia de lo sostenido en la demanda, este tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida’ (por todas, asunto James y otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (inter alia, asuntos James y otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 46; ex Rey de Grecia y otros c. Grecia, 23 de noviembre de 2000, § 87; Broniowski c. Polonia, 22 de junio de 2004, § 149)” (STC 16/2018, FJ 17, jurisprudencia reiterada en la STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley de vivienda de Andalucía).” Y en el mismo sentido, afirmando que es la razonabilidad el criterio adecuado, la STC 112/2021, de 13 de mayo, afirma que “cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las leyes desde la perspectiva de la libertad de constitucionalmente garantizada, este tribunal ha aplicado el canon de la «razonabilidad», y no el de la proporcionalidad en sentido estricto; por todas, STC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4b”. Y concluye afirmando que: “Así pues, ni en la delimitación de la función social de la propiedad (art. 33.2), ni en la regulación del ejercicio de actividades económicas (art. 38), el legislador está sujeto ex Constitutione al test de proporcionalidad que invocan los recurrentes, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE).”

A partir de estas premisas, observamos cómo se van asentando las bases para que se produzcan injerencias permitidas en el derecho de propiedad privada, cuando sea razonable y se busque el equilibrio entre esas medidas y el contenido del propio derecho. Cuando, además, el derecho de propiedad recae sobre un inmueble destinado a vivienda, ese canon del justo equilibrio o razonabilidad parece justificar, más si cabe, las intervenciones del legislador en el derecho de propiedad en favor de las personas necesitadas de vivienda. De este modo, entendemos que este derecho constitucional está sufriendo una disminución de su contenido

esencial —a nuestro parecer—, precisamente por su “pugna” con el “derecho a la vivienda” de las personas que habitan en ese inmueble.

El pretendido derecho a la vivienda está recogido en el art. 47 CE, no como un derecho constitucionalmente protegido —a diferencia del derecho de propiedad privada—, sino cómo consecuencia del principio rector que arenga a los poderes públicos a hacer lo posible para procurar una vivienda digna a los españoles<sup>13</sup>. Este artículo se encuentra dentro del capítulo Tercero: “De los principios rectores de la política social y económica”, en el título I de la CE, destinado a los derechos y deberes fundamentales.

Los conflictos entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la vivienda, su protección y defensa, el predominio de uno sobre otro, han sido la causa de las últimas resoluciones y modificaciones legislativas, a las que nos vamos a referir, ya que, a través de ellas, se ha ido reduciendo el contenido de la propiedad en aras del derecho a la vivienda.

### III.2. FACULTADES LIMITADAS O RESTRINGIDAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Para procurar una vivienda digna a los españoles, los poderes públicos han decidido intervenir en el derecho de propiedad de los particulares, para que sean estos los que “soporten” a costa de la disminución del contenido de su derecho, el facilitar el acceso a la vivienda en nuestro país. Ello, en lugar de promover políticas públicas que lo favorezcan.

Esto se aprecia en las últimas reformas legislativas y pronunciamientos del Tribunal Supremo y sobre todo del Constitucional, de las que se deduce una limitación en las facultades propia y tradicionalmente dominicales.

#### III.2.1. Limitaciones a la facultad de uso y disfrute, disposición y exclusión

- a) Por la prorrogada suspensión de los procedimientos y lanzamientos de la vivienda habitual en virtud de normas de carácter urgente

En primer lugar, ya desde hace muchos años, y con la “excusa” de las sucesivas crisis financieras, sanitarias y derivadas de conflictos internacionales, se ha ido prorrogando la recuperación de la posesión de los inmuebles habitados por personas vulnerables, que hayan dejado de pagar el préstamo hipotecario o el arrendamiento<sup>14</sup>.

La última de las prórrogas de suspensión de los procedimientos de desahucio y recuperación posesoria, que se señalaba hasta el 31 de diciembre de 2024, en virtud del incidente de suspensión extraordinario previsto en los arts. 1 y 1bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 —EDL 2020/8052—, ha sido prorrogado, de nuevo, hasta el 31 de diciembre de 2025, en virtud de lo dispuesto por el art. 72 del Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad.

Lo mismo ha ocurrido con la suspensión de los lanzamientos de personas vulnerables derivados de la ejecución hipotecaria. El Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, prorroga la protección a colectivos vulnerables en ejecuciones hipotecarias hasta el 15 mayo de 2028, modificando el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo<sup>15</sup>.

De este modo, el propietario de la vivienda (sea porque la adquirió en el procedimiento de ejecución hipotecaria, o sea el arrendador) no puede hacer uso y disfrute de su inmueble, debiendo mantener en el uso del mismo a la persona vulnerable que no ha podido hacer frente a sus pagos<sup>16</sup>. La situación de vulnerabilidad de estas personas dificulta que puedan acceder a otra vivienda y, siendo esta necesaria para su desarrollo vital, es urgente que los poderes públicos busquen fórmulas y alternativas para solucionar el problema, sin que todo el peso de la solución recaiga sobre los propietarios. El suspender los lanzamientos tiene como consecuencia indirecta impedir, limitar, la facultad de uso y disfrute del verdadero propietario (*ius utendi et fruendi*), sin recibir por ello contraprestación alguna. Esta situación se prorroga ya desde hacer más de 12 años. El propietario particular se ve privado de estas facultades como consecuencia de la función social de la propiedad y la razonable prevalencia del derecho a la vivienda de los vulnerables.

b) Como consecuencia de la Ley 12 /2023, de 24 de mayo por el Derecho a la Vivienda

Probablemente haya sido la Ley por el Derecho a la Vivienda (LDV) una de las normas que más ha limitado o restringido las facultades dominicales del propietario, como consecuencia de su función social del derecho de propiedad que queda postergado al derecho a la vivienda.

En primer lugar, con esta ley se produce un cambio de paradigma respecto a la vivienda, afirmando que “...sus postulados demandan un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda, para reforzar su función como servicio social de interés general. Sólo de este modo será posible garantizar el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión, reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental e incluyendo en el mismo el acceso a los servicios básicos definidos en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, contribuyendo así a garantizar la vida digna en un entorno adecuado y a erradicar la pobreza en todas sus formas.”

A continuación, en la misma exposición de motivos, el legislador deja clara su postura de que el derecho de propiedad puede verse limitado para favorecer el derecho a la vivienda de los españoles: “Por su objeto, el derecho constitucional así reconocido —el derecho a la vivienda— incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), a la protección de la salud (artículo 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE); derechos, todos ellos, que guardan una relación estrecha con los valores de la calidad de vida —de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental— y del libre desarrollo de la personalidad

en sociedad (artículo 10.1 CE). Esta incidencia e imbricación también se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resalta en la doctrina del Tribunal Constitucional, que es receptiva de aquella. Todo lo cual modula, tanto el derecho de propiedad, como la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde el doble punto de vista de la función social que deben cumplir y del interés general, respectivamente (artículos 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE)". Más adelante, se reconoce que el propietario tiene que asumir una serie de obligaciones y deberes para procurar la efectiva protección del derecho a la vivienda, cuya función social es indubitada y su consideración como derecho constitucional también: "la necesidad de establecer, precisamente por el Estado, unos mimbres legales comunes de aspectos tan esenciales y básicos para las políticas de protección del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada. Entre ellos, que las facultades de las personas propietarias no amparan el uso antisocial de la vivienda o la discriminación por cualquier razón, entre otras. También la definición de los derechos y deberes básicos del propietario de vivienda, como el de uso y disfrute de la misma, de manera efectiva.

De esta forma la ley establece un estatuto de derechos y deberes de los propietarios de vivienda que atiende a las características de la propia vivienda y el edificio en que se enclava, del entorno urbano o rural y a las particularidades del titular del inmueble, aspectos todos ellos que inciden en la salvaguarda de la función social que debe ser inherente a la vivienda."

Como consecuencia de estos planteamientos, el propietario de una vivienda se ve sometido a un estricto régimen normativo de obligaciones y deberes con la administración y con el demandante de vivienda, pero lo más llamativo se produce con las modificaciones que esta Ley introduce en la LAU, que van a mermar las facultades del propietario arrendador.

En concreto, la facultad de uso y disfrute y la de disposición se ven limitadas con las nuevas prórrogas obligatorias establecidas en el art. 10. 2 y 3 LAU, que impiden la recuperación de la posesión tras el plazo pactado con las partes cuando se trate de personas vulnerables (1 año más según art. 10.2 LAU) y hasta 3 años si el inmueble está en zona tensionada (art. 10.3 LAU)<sup>17</sup>. De igual forma, se limita la facultad de disposición (y las de uso y disfrute) con las medidas introducidas en la ley que dilatan los procedimientos de desahucio, a favor de los inquilokupas, que continúan en la posesión del inmueble durante más tiempo del hasta ahora previsto para un procedimiento de desahucio rápido y sumario. Ello impide que el propietario pueda recuperar la posesión (limita su uso y disfrute) y que pueda disponer libremente de ella, al estar okupada.

También la LDV introdujo modificaciones en los arts. 439<sup>18</sup> y 441.5, 6 y 7<sup>19</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), estableciendo nuevos requisitos que demoraban el proceso y el propio lanzamiento del inquilino, cuando el inmueble arrendado fuera la vivienda habitual del arrendatario vulnerable, empeorando más si el arrendador es un gran tenedor. Estas modificaciones limitaban de nuevo la recuperación de la posesión y las facultades de disposición y uso y disfrute e, incluso, la de exclusión para el gran tenedor que no podía iniciar la demanda para su lanzamiento. Estas demoras se producían como consecuencia de dilaciones en el propio procedimiento, tanto en la admisión de la demanda, como en el inicio de la tramitación del juicio verbal que exigían al actor (si era gran tenedor) que acreditara la condición de

vulnerable de su arrendatario, cuando se trate de la vivienda habitual de este. Y, si esta se probara, la necesidad de iniciarse un proceso de conciliación o negociación e intermediación de la propia administración con el fin de procurar una salida habitacional a ese arrendatario, o incluso suspender el lanzamiento en su caso, con el fin de garantizar el derecho a la vivienda de este. Afortunadamente, la reciente STC 26/2025, de 29 de enero de 2025, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad n.º 5514/2023, sobre determinados aspectos de la LDV, determina la inconstitucionalidad de estas reformas por vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)<sup>20</sup>. Es de agradecer esta rectificación, si bien, consideramos que también estos artículos podrían haber vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad, pues dificultan o limitan las facultades dichas, como se ha planteado con respecto a otras modificaciones de esta ley.

Por último, las modificaciones introducidas por la LDV en la LAU respecto al control de precios del arrendamiento, estableciendo topes para las rentas de las viviendas situadas en zonas tensionadas, constituye, a mi parecer, una nueva limitación en la facultad de disposición del arrendador propietario. La nueva redacción del art. 17 LAU establece esos topes en las rentas de alquiler de viviendas en zonas tensionadas, en el apartado 6 para todos los propietarios, y en el 7 para los grandes tenedores. En esas zonas tensionadas, y para todos, no podrá establecerse un precio de renta de alquiler que exceda de “la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior; sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior”. Si se trata además de grandes tenedores, esta restricción será mayor, pues “la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique”. Estas medidas de tope de alquileres suponen, a nuestro juicio, un riesgo para el propietario, pues lejos de poder pactar un precio de mercado, acorde con la demanda y oferta existente, ve limitadas las posibilidades de rentabilizar su inversión inmobiliaria. Ello puede conducir a un retraimiento de la oferta y a que el propietario decida no poner más inmuebles en alquiler, prefiriendo la venta o incluso mantenerlos vacíos. Es decir, limita o dificulta la facultad de disposición y libre aprovechamiento del inmueble, entendida —en este caso concreto— como la facultad de cesión temporal a cambio de un precio. Como luego veremos, el TC no considera que esto sea así, y no ve injerencia alguna en el contenido esencial del derecho de propiedad por estas limitaciones de renta. Es más, entiende que el propietario no tiene por qué poner sus inmuebles en arrendamiento, como si esta facultad de disposición no fuera parte esencial del contenido de propiedad.

### *III.2.2. Limitaciones a la facultad de libre aprovechamiento y destino*

Otra de las facultades que se están limitando, y también como consecuencia de la función social de la propiedad y su pugna con el derecho a la vivienda, es la facultad de libre aprovechamiento y destino. Un propietario tiene la facultad de

destinación del bien de su propiedad, y puede, en consecuencia, darle la función que considere conforme a su naturaleza, o su voluntad. De ahí se deriva la facultad del libre aprovechamiento del bien, que puede destinar a un fin u otro y obtener o no por su uso, un provecho.

Es cierto, que la función social debe limitar el contenido del derecho de propiedad, y como dice GARCIA GARCIA<sup>21</sup>, “Esta función social no es idéntica para todos los inmuebles pues varía en función del uso y destino al que dichos bienes sirven, cuestión ésta en la que además debe partirse de una premisa esencial, cual es que, cada vez más, no es el propietario el que decide el uso y destino de su bien sino que son instrumentos públicos y privados los que vinculan, condicionan o limitan las facultades del propietario en este sentido.” Siendo esto una realidad, pues no es lo mismo una finca rústica dedicada a la explotación agrícola que un piso en propiedad horizontal, destinado en principio a residencia, dentro de esos límites legales, el propietario puede dedicar ese inmueble a los distintos usos permitidos.

Esto ha sido una constante en los pisos en propiedad horizontal, donde el Tribunal Supremo, de forma reiterada, ha proclamado la libertad de destino de su propietario, que debe ser respetada. Baste ver lo que afirma la STS 9 octubre 2013 en este sentido: «existe una plena libertad a la hora de 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, 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»<sup>22</sup>.

Sin embargo, la nueva configuración de la función social de la propiedad en relación con el derecho a la vivienda vuelve a modificar el contenido del derecho de propiedad, limitando sus facultades, pues se considera que todo inmueble susceptible de ser destinado a vivienda, debe serlo, sin posibilidad de libre elección de su propietario, en aras del cumplimiento del derecho a una vivienda digna para los españoles.

Pues bien, partiendo de esta tesis, encontramos recientes resoluciones jurisprudenciales (SSTS 3 octubre 2024) que entienden que puede limitarse la facultad de destino y libre aprovechamiento de los pisos en propiedad horizontal, cuando se quieren destinar a vivienda turística, al arrendamiento turístico, estableciendo las correspondientes prohibiciones por la Junta de propietarios. Recientemente, la ley ha recogido este giro jurisprudencial, y se han modificado los arts. 7 y 17 LPH<sup>23</sup>, de forma que ahora, para que un propietario destine su piso a arrendamiento turístico, necesita tener la aprobación previa de la comunidad de propietarios. En el mismo sentido, esta comunidad, mediante acuerdo de la Junta de 3/5 partes de propietarios y cuotas, puede prohibir el desarrollo de tal actividad en el edificio sobre el que se ha constituido el régimen de propiedad horizontal. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que entró en vigor el 3 abril 2025, añade un nuevo párrafo al art. 7 LPH, imponiendo al propietario la obligación de pedir autorización expresa a la Junta de propietarios para establecer un arrendamiento turístico, y modifica el art. 17.12 LPH, de forma que, ahora, contempla expresamente que pueda prohi-

birse —y no solo limitarse como se recogía antes— esta actividad por acuerdo de la Junta por la doble mayoría de 3/5 partes de propietarios y cuotas.

Las sentencias del Tribunal Supremo citadas, de 3 octubre 2024 establecen la siguiente doctrina, plenamente confirmada por la LO1/2025, en el sentido de que dichas prohibiciones y autorizaciones son válidas, ya que el derecho de propiedad puede verse limitado por su función social y la confluencia con el resto de los copropietarios: “En efecto, las prohibiciones de actividad en los elementos privativos fueron declaradas conformes con la Constitución por las SSTC 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo, en las que se proclamó, con respecto al régimen de propiedad horizontal, que: «[...] la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares». En definitiva, impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O, dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer; puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal.”

Esta sentencia recoge también un argumento que nos resulta muy interesante, el teleológico o del sentido de la norma, ya que las normas deben interpretarse conforme a la realidad de su tiempo. En este sentido, el Alto Tribunal, justifica estas prohibiciones de destino en la necesidad de vivienda, en la dificultad añadida que suponen los arrendamientos turísticos para el —ya difícil— acceso a la vivienda, pues con ellos se retraen más viviendas del mercado. Es necesario introducir estas limitaciones en aras de facilitar el derecho a la vivienda de los españoles.

Esto es realmente lo que subyace en toda esta cuestión. La función social de la propiedad inmobiliaria no puede separarse del derecho a la vivienda, toda la propiedad debe estar subordinada a satisfacer la necesidad de vivienda, aunque ello suponga limitar el derecho de propiedad particular y su contenido propio y tradicional. Y eso es lo que criticamos desde estas líneas. El derecho a la vivienda podría también verse satisfecho por otros medios que no fuera el atacar el derecho de propiedad privada inmobiliaria.

#### IV. LA RECIENTE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD A LA LUZ DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL DERECHO A LA VIVIENDA: UN PASO MAS HACIA LA REDUCCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Por último, la reciente STC de 29 enero 2025, Rec. 5514/2023, sobre la inconstitucionalidad de la Ley Derecho a la Vivienda ha dado un paso más en la reducción del ya exiguo derecho a la propiedad privada inmobiliaria.

Esta sentencia, y en lo que atañe a este trabajo, entiende que no se vulnera el derecho a la propiedad privada, y es constitucional, el control de rentas en los arrendamientos en zonas tensionadas que introdujo la LDV en el art. 17.7 LAU. Se planteó por el grupo parlamentario popular la posible inconstitucional de varios preceptos de la LDV<sup>24</sup> y en este caso concreto, el Tribunal confirma que esa modificación, y la medida de establecer topes a las rentas, es perfectamente constitucional pues no afecta al contenido esencial del derecho de propiedad. Considera que la medida pretende mejorar o facilitar el acceso a la vivienda (por lo tanto, lo pone en relación de nuevo con este derecho), y además entiende que lo que queda afectado con este control de rentas es una expectativa de beneficio económico para el propietario, que no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

Exponemos a continuación la cuestión planteada y la respuesta del Tribunal.

Se plantea recurso de inconstitucionalidad de la disposición final primera tres de la Ley 12/2023 por el Derecho a la Vivienda. En concreto, se considera que el nuevo párrafo 7 introducido en el art. 17 de la LAU, que impone un límite de renta máxima conforme a un sistema de índices de precios de referencia, a los contratos de arrendamiento celebrados por grandes tenedores en zonas tensionadas, y para todos los propietarios que no hayan tenido arrendadas sus viviendas en los últimos 5 años, vulnera el derecho de propiedad privada del art. 33 CE. Los recurrentes entienden que esta medida supone *ab initio* una limitación a una de las facultades esenciales e integrantes del derecho de propiedad, como es la facultad de disfrute. Esa limitación excede, a su juicio, el ámbito de la posible limitación de su contenido en atención a la función social de la propiedad, que establece el art. 33.2 CE, por lo que es aplicable lo dispuesto en el art. 53.1 CE, que indica que cualquier ley que desarrolle ese derecho deberá respetar “su contenido esencial”.

Alegan la doctrina constitucional recogida en las sentencias SSTC 37/1987, 170/1989, 89/1994 y 204/2004, que sostienen que “la determinación del contenido esencial de un derecho viene determinada por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, quedando rebasado cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección.”

En ese sentido, consideran —y también nosotros— que el establecimiento de un tope en la renta de los contratos de arrendamiento limita la facultad esencial “ínsita y consustancial” del derecho de propiedad de disfrute. En concreto “la posibilidad de fijar de acuerdo con el arrendatario la utilidad económica del bien arrendado, mediante la fijación de la renta, estando ante una norma de fijación directa y automática de la “merced arrendaticia”, que desnaturaliza el derecho real de dominio al suponer una limitación esencial y determinante de una de sus facultades, sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico postconstitucional”.

Además, entienden de acuerdo con la STC16/2018, de 22 de febrero, que “la función social del derecho de propiedad pugna con las facultades del propietario en el marco de una relación de adecuación, razonabilidad y equilibrio con el fin perseguido”. Por ello, consideran que, teniendo en cuenta que el fin perseguido es la accesibilidad a la vivienda, existen otros medios o medidas (fiscales, procesales, laborales...) para conseguir ese fin sin vulnerar las facultades del contenido esencial de la propiedad.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad en este punto, y entiende que no se ha vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad, que solo se ha limitado el beneficio económico que el propietario puede obtener, pero en ningún caso su contenido esencial ni, en consecuencia, la facultad de disfrute alegada; pues el alquiler de la vivienda y la obtención de rentas consecuente no parecen estar —a su juicio— dentro de la facultad de disfrute del derecho de propiedad.

El TC después de recordar su doctrina sobre el concepto de derecho de propiedad y que su contenido viene limitado por su función social (SSTC 37/1987; 7/2023; 204/2004; 112/2006; 7/2023, y 168/2023, de 22 noviembre<sup>25</sup>), de afirmar que el contenido esencial de un derecho está compuesto por las facultades que le hacen reconocible (SSTC 204/2004; 11/1981 y 37/1987<sup>26</sup>) y que ese contenido esencial (facultades) debe reconocerse para cada derecho de propiedad según el momento histórico en que nos encontremos y la posibilidad efectiva de realizar el derecho, pero sin que las limitaciones al mismo vayan más allá de lo razonable (SSTC 37/1987, 170/1989, 89/1994, 170/1989 y 204/2004, de 18 de noviembre<sup>27</sup>), resuelve la cuestión afirmando lo siguiente:

“La previsión contenida en el art. 17.7 LAU que se combate por los recurrentes se conceptúa, así, como una medida regulatoria de los contratos de arrendamiento de vivienda mediante el acotamiento desde el inicio del contrato del límite máximo de la renta a abonar por el arrendatario atendiendo a un indicador oficial de precios de referencia. Con ello, lo que se persigue es hacer frente a la carestía de vivienda en las denominadas zonas de mercado residencial tensionado, favoreciendo su accesibilidad a niveles asequibles.

La finalidad concreta de esta medida resulta conciliadora con los objetivos generales perseguidos por la Ley y que se enuncian en su preámbulo; en particular con el de “Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales”.

A continuación, pone de manifiesto la excepcionalidad de la medida del art. 17.7 LAU que es temporal y afecta solo a grandes tenedores, diciendo que se trata “de una figura cuyo ámbito de aplicación es excepcional y limitado, tanto territorial como temporalmente. Que por razones subjetivas (grandes tenedores de vivienda) o por la imposibilidad de aplicar otras formas de actualización de rentas (al no existir arrendamientos previos sobre la vivienda) a los nuevos contratos de alquiler de vivienda en esas zonas se asocie un sistema de contención de precios fijado de manera objetiva y que les asegura una rentabilidad acorde con la situación en la zona, como se ha visto, no puede decirse que produzca un perjuicio patrimonial relevante a los arrendadores. Estos no vienen obligados por la Ley a poner en el mercado de alquiler las viviendas de su propiedad, ni tampoco se les obliga a fijar un precio antieconómico.”

No estamos de acuerdo con la resolución del Tribunal. Como vemos, el TC llega a afirmar que el propietario no tiene por qué alquilar su vivienda, no es obligatorio ponerla en alquiler ni obtener rentas. Estamos de acuerdo en que eso no es obligatorio, pero sí es una facultad propia del propietario, contenido típico del

derecho de propiedad nunca discutido (la facultad de disfrute); otra cosa es que el propietario no quiera ejercitar esa facultad, pero no se le puede privar o limitar por una Ley, pues afecta a su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Si seguimos el argumento del TC, llevado al extremo, tampoco la facultad de uso con sus múltiples variantes (edificar, plantar, sembrar, aprehender, utilizar, habitar...), ni la de exclusión (deslindar, reivindicar, destruir, excluir), ni la de disponer (enajenar, renunciar, gravar, arrendar...) son de obligado ejercicio, pero no por ello pueden limitarse por una ley, salvo que realmente la función social de la propiedad lo justifique y siempre que esa limitación sea adecuada conforme al criterio de razonabilidad, y creo yo que el de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional continúa su argumentación, rechazando que esa medida excepcional suponga una limitación al contenido esencial del derecho de propiedad, sino solo una disminución del beneficio o de la utilidad económica, pues este es reconocible sin el mayor beneficio económico que pudiera obtener: “Pues bien, desde la perspectiva del respeto al contenido esencial del derecho de propiedad, la limitación de rentas que introduce la disposición final cuestionada, no cabe duda, supone una afectación del derecho de propiedad, concretamente de la utilidad económica del bien —en este caso inmueble— que se arrienda. Pero la medida afecta de forma muy tangencial al derecho de propiedad sobre la vivienda, teniendo en cuenta su ámbito de aplicación territorial y temporal, y que el límite de renta que se impone está apegado al valor de mercado. Estamos ante una limitación que en modo alguno cercena o hace irreconocible el derecho.”

Es cierto que la limitación de precios no hace irreconocible el derecho de propiedad. El derecho de propiedad sobre el inmueble permanece, aunque la posibilidad de obtención de frutos sea menor; pero es que también sería reconocible el derecho de propiedad, aunque se suprimiera la facultad de disfrute entera. Esto es así por la abstracción del dominio, que supone que el derecho de propiedad existe independientemente de las facultades que lo componen y aunque se disponga o esté privado de alguna de ellas. Es uno de los caracteres propios del derecho de propiedad, junto con la generalidad y elasticidad. Por eso, no sirve este argumento para defender que no se ha vulnerado el derecho de propiedad. No hay que mirar solo a la reconocibilidad del derecho según el momento histórico, sino atender también a sus caracteres esenciales que le hacen reconocible aún sin sus facultades esenciales. Lo relevante aquí no es tanto que el derecho sea reconocible, sino que se le priva o limita al propietario de una facultad, contra su voluntad, en aras de la función social para favorecer el acceso a la vivienda. Esa limitación de su contenido (no nos cabe duda de que el obtener rentas —frutos civiles— es parte indubitada de la facultad de disfrute) en contra de la voluntad de su propietario, no es proporcionada ni razonable para conseguir facilitar el acceso a la vivienda, como explicamos a continuación. Entendemos que hay vulneración del contenido esencial, aunque el derecho siga siendo reconocible, por los caracteres propios de la propiedad privada.

Por último, el Tribunal concluye su disertación de esta manera: “Lo que se ve afectado es una expectativa de beneficio económico que no conforma el contenido esencial del derecho de propiedad y existe una “relación razonable” o “equilibrio justo” entre los medios empleados y la finalidad pretendida, sometiendo a los pro-

pietarios de viviendas previstos en los dos párrafos del art. 17.7 LAU a una carga que no puede ser considerada desproporcionada o excesiva.”

El propio TC argumenta la constitucionalidad de esta medida por el fin que persigue: el acceso a la vivienda en zonas tensionadas que es consecuencia de la función social de la propiedad. Pero, entendemos que esta no es la solución adecuada para ello. No se está aplicando correctamente el criterio de razonabilidad (y mucho menos el de proporcionalidad). Por eso, si hay posibilidad de otras medidas razonables para conseguir el fin social perseguido, considero que deben buscarse e implementarse, y no volver a incidir de nuevo —y únicamente— en que el propietario particular asuma y soporte él solo el fin protegido de la accesibilidad de la vivienda; máxime cuando esta corresponde a los poderes públicos, tal y como recoge nuestra constitución en el art. 47 CE. Es más, se está probando que el control de rentas no es eficaz, no contribuye al fin perseguido pues, al contrario, los propietarios, ante esa limitación de su facultad de disfrute y beneficio, dejan de poner sus viviendas en alquiler, buscando la venta, u otras alternativas, lo que conduce a la reducción de oferta e incrementa la dificultad del acceso a la vivienda.

Con esta resolución, el TC avanza hacia la reducción del contenido esencial del derecho de propiedad, pues entiende que la facultad de disfrute no implica la obtención de rentas arrendaticias, se limita tal facultad. Un paso más en la reducción del derecho de propiedad privada inmobiliaria, que poco a poco va quedando vacío de contenido.

## V. CONCLUSIONES

- I. El Derecho de propiedad se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero, también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad; es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir.
- II. Esto se debe a la función social de la propiedad que se constituye como elemento estructural de la definición del derecho de propiedad, también se refiere a ella como factor determinante de la delimitación legal del contenido del derecho.
- III. La delimitación del derecho de propiedad por su función social debe hacerse en aras del bien común y no del interés general por muy mayoritario que este sea, pues es cambiante, y puede suponer que el derecho de propiedad sea lo que, en cada momento histórico, el legislador quiera que sea; con el riesgo que esto supone, y la desvirtuación del derecho de propiedad, que ve en peligro su contenido esencial, que debe respetarse siempre (art. 53.1 CE). Este no puede desaparecer como consecuencia de una errónea interpretación de la función social de la propiedad.
- IV. Sin embargo, en los últimos años, se percibe un aumento de los límites de la propiedad en interés público. Cada vez con mayor frecuencia, hay más leyes que, con base en la función social de la propiedad, están

limitando el derecho de propiedad, reduciéndolo casi a una expresión mínima.

- V. Todas las injerencias que se produzcan en derechos constitucionalmente protegidos deben someterse al principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que no es necesario aplicar este principio con respecto al derecho a la propiedad del art. 33 CE, sino que basta aplicar el criterio de razonabilidad. A partir de estas premisas, observamos cómo se van asentando las bases para que se produzcan injerencias permitidas en el derecho de propiedad privada, cuando sea razonable y se busque el equilibrio entre esas medidas y el contenido del propio derecho.
- VI. Esto se agrava cuando lo que entra en pugna es el derecho de propiedad privada con el derecho a la vivienda. Con base en ese pretendido derecho a la vivienda, el legislador está interviniendo en el derecho a la propiedad privada inmobiliaria de una forma notoria.
- VII. De este modo, se está produciendo una limitación a las facultades de uso y disfrute, disposición y exclusión, consecuencia tanto de la prorrogada suspensión de los procedimientos y lanzamientos de la vivienda habitual en virtud de normas de carácter urgente (el suspender los lanzamientos tiene como consecuencia indirecta impedir, limitar, la facultad de uso y disfrute del verdadero propietario (*ius utendi et fruendi*), sin recibir por ello contraprestación alguna); como de la Ley 12/2023, de 24 mayo, por el Derecho a la Vivienda: la facultad de uso y disfrute y la de disposición se ven limitadas con las nuevas prórrogas obligatorias establecidas en el art. 10. 2 y 3 LAU, que impiden la recuperación de la posesión tras el plazo pactado con las partes cuando se trate de personas vulnerables, y se limita la facultad de disposición (y las de uso y disfrute) con las medidas introducidas en la ley que dilatan los procedimientos de desahucio, a favor de los inquilokupas, que continúan en la posesión del inmueble durante más tiempo del hasta ahora previsto para un procedimiento de desahucio rápido y sumario. El control de precios del arrendamiento, estableciendo topes para las rentas de las viviendas situadas en zonas tensionadas, constituye, a mi parecer, una nueva limitación en la facultad de disposición del arrendador propietario
- VIII. Por otra parte, también, se está limitando la facultad de libre aprovechamiento y destino del propietario inmobiliario. Un propietario tiene la facultad de destinación del bien de su propiedad, y puede, en consecuencia, darle la función que considere conforme a su naturaleza, o su voluntad. Sin embargo, las últimas reformas legislativas de los arts. 7 y 17 LPH, que recogen pronunciamientos jurisprudenciales (vgr. SSTS 3 octubre 2024) sobre la posibilidad de limitar el destino de los pisos en propiedad horizontal a viviendas para el arrendamiento turístico, así lo avalan. Estas sentencias y reformas legislativas entienden que el derecho de propiedad, que no es omnímodo, como consecuencia de su función social, debe verse limitado para satisfacer el derecho a la vivienda; pues la prohibición de destinar pisos a arrendamiento turístico no altera el

contenido esencial de derecho de propiedad e impide la sustracción de inmuebles para uso residencial.

- IX. Por último, la reciente STC de 29 enero 2025, sobre la inconstitucionalidad de la Ley Derecho a la Vivienda ha dado un paso más en la reducción del ya exiguo derecho a la propiedad privada inmobiliaria. Considera el Tribunal que la medida de control de rentas en el arrendamiento pretende mejorar o facilitar el acceso a la vivienda (por lo tanto, lo pone en relación de nuevo con este derecho). Además entiende que lo que queda afectado con este control de rentas es una expectativa de beneficio económico para el propietario, que no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad y que el propietario no tiene la obligación de alquilar su inmueble.
- X. Entendemos desafortunada la resolución del TC, y no compartimos su argumentación. Desde nuestro punto de vista, el control de rentas sí es parte de una facultad propia del dominio (la de disfrute) y lo relevante no es tanto que el derecho sea reconocible sin ella, sino que se le priva o limita al propietario de una facultad, contra su voluntad, en aras de la función social para favorecer el acceso a la vivienda. Esa limitación en contra de la voluntad de su propietario no es proporcionada ni razonable para conseguir facilitar el acceso a la vivienda, que puede conseguirse por otros medios. No se puede hacer recaer únicamente en la propiedad privada el peso para conseguir el acceso a la vivienda.
- XI. La paulatina reducción o limitación de las facultades del propietario, en todos estos casos, son pasos firmes hacia la reducción del derecho de propiedad privada inmobiliaria, que poco a poco va quedando vacío de contenido.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### Tribunal Constitucional

- STC 11/1981
- STC 37/1987 de 26 de marzo
- STC 170/1989
- STC 301/1993, de 21 de octubre
- STC 89/1994 de 17 de marzo
- STC 156/1995, de 20 de octubre 1995
- STC 61/1997, de 20 marzo 1997
- STC 28/1999, de 8 de marzo,
- STC 204/2004, de 18 de noviembre
- STC 112/2006
- STC 16/2018, de 22 de febrero
- STC 32/2018, de 12 de abril
- STC 112/2021, de 13 de mayo,
- STC 7/2023
- STC 168/2023, de 22 noviembre
- STC 26/2025, de 29 de enero

Tribunal Supremo

- SSTS 3 octubre 2024

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO SAN JOSÉ, M. J., (2000), *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística*, 1ª edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- CHICO ORTIZ, J. M., (1973), El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística, *RDU* n° 33, pp. 97-126.
- COCA PAYERAS, M., (1988), *Tanteo y Retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones de Real Colegio de España, Bolonia;
- DE LOS MOZOS, J. L., (1993), *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L., (1971), Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística, *RDU*, n°. 23, pp. 13-34.
- FUENTES LOJO, A. (2025). Novedades procesales en los juicios de desahucio arrendaticios de la LO 1/2025 y otras leyes, *Revista de Derecho Inmobiliario*, Lefebvre El Derecho, n° 138, marzo, (pp. 3-4).
- GARCÍA GARCÍA, J.A., (2019). Destino y uso de los bienes inmuebles: régimen sustantivo y registral, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GROSSI, P., (1992). *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid.
- LACALLE NORIEGA, M. (2013). *La persona como sujeto de Derecho*, Dykinson, Madrid.
- MONTES PENADÉS, V. L., (1980). *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid;
- MONTES VICENTE, L., (1980). *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo, (un estudio evolutivo del Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid.
- PEDROSA DEL PINO, J. (2025). Sobre la función social del derecho a la propiedad privada, *Diario LaLey*, n° 10659, Sección Tribuna, 6 de febrero de 2025, p. 1-10.
- PÉREZ ÁLVÉREZ, P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica, *RJUAM*, n° 30, 2014-II, pp. 14-47.
- REY MARTINEZ, F., (1994). *La propiedad privada en la constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

## NOTAS

<sup>1</sup> Por ejemplo: facultades de uso y disfrute (gozar, usar, disfrutar, edificar, construir, sembrar, plantar, recoger frutos, aprovechar), facultades de disposición (enajenar, gravar, renunciar, cambiar el destino, destruir), y facultades de exclusión (deslindar, reivindicar, destruir) ... etc.

<sup>2</sup> Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Capítulo Cuarto, III. Principio del uso universal de los bienes, párrafo 172. Disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html#IV.%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20SUBSIDIARIDAD](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html#IV.%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20SUBSIDIARIDAD), párrafo 178.

<sup>3</sup> LACALLE NORIEGA, M., (213). *La persona como sujeto de Derecho*, Dykinson, Madrid, p. 291.

<sup>4</sup> Conviene señalar que el cambio de una propiedad sin vinculaciones y absoluta, a una propiedad social, no se produjo de golpe, sino que fue paulatino, y ya varias leyes anteriores a la Constitución se encargaron de perfilar la función o aspecto social del derecho de propiedad privado, que ya no era igual que el derecho decimonónico y liberal que se incorporó en el Código.

De este modo, en 1954 se aprueba la Ley de Expropiación forzosa por causa de interés social y en particular por incumplimiento de la función social de la propiedad. A su vez, las Leyes del Suelo establecen un interés entre el suelo urbano y el interés público, y se limitan, por ejemplo, facultades que en el siglo XIX eran esenciales al dominio como, por ejemplo, edificar. La Ley de Minas sólo deja a la propiedad privada el disfrute de los yacimientos de escaso valor económico. Y, por último, la legislación agraria limita las facultades del dueño de fundos rústicos.

<sup>5</sup> Art. 33 CE:

“1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

<sup>6</sup> Sobre el nuevo concepto y caracteres del Derecho de propiedad, tras la Constitución española, y su la nueva delimitación de contenido, véase, entre muchos otros pues la literatura es muy amplia, los siguientes: CALVO SAN JOSÉ, M. J., (2000). *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística*, 1ª edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca; CHICO ORTIZ, J. M., (1973), *El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística*, RDU nº 33, pp. 97-126; COCA PAYERAS, M., (1988). *Tanteo y Retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones de Real Colegio de España, Bolonia; DE LOS MOZOS, J. L., (1993). *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid; Díez PICAZO, L. (1971). Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística, RDU, nº. 23, pp. 13-34; GROSSI, P., (1992). *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid; MONTES PENADÉS, V. L., (1980) *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid; MONTES VICENTE, L., (1980). *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo, (un estudio evolutivo del Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid; REY MARTINEZ, F., (1994). *La propiedad privada en la constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

<sup>7</sup> Por ejemplo, el art. 40 CE dispone que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”, el art. 45.2 CE señala que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”, y el art. 47 CE establece que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna

y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

<sup>8</sup> Art. 128.1 CE:

“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.

<sup>9</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica, *RJUAM*, n° 30, 2014-II, pp. 14-47.

<sup>10</sup> PEDROSA DEL PINO, J. (2025). Sobre la función social del derecho a la propiedad privada, *Diario La Ley*, n° 10659, Sección Tribuna, 6 de febrero de 2025, p.6.

<sup>11</sup> La STC 8 de abril de 1981, por la que se identifica el contenido esencial con la parte del contenido del derecho subjetivo sin la cual éste se desnaturaliza o bien con aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Estos dos caminos no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, por contrastar los resultados a los que por una u otra vía puede llegarse.

<sup>12</sup> La base de la concepción constitucional de la función social de la propiedad se encuentra en las SSTC (111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; 67/1988, de 18 de abril y 6/1991, de 15 de enero.

<sup>13</sup> Art. 47 CE:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

<sup>14</sup> Baste ver, en este sentido, las sucesivas reformas legislativas: Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (parcialmente ampliado por el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril; Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre; Real Decreto 401/2021, de 8 de junio; Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre; Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero; Real Decreto-Ley 20/2022, de 27 de diciembre de 2022, y Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que ha aumentado la suspensión de los lanzamientos hasta el 30 de junio de 2023 la suspensión. Según esta normativa no se podía expulsar de las viviendas a los arrendatarios que estén incurso en juicios verbales por impago de renta o porque haya terminado su arrendamiento que pretendan recuperar la posesión de la finca. En estos casos, el arrendatario podrá instar un incidente de suspensión extraordinaria de desahucio o lanzamiento por encontrarse en situación de vulnerabilidad económica que le impida encontrar una alternativa de vivienda.

<sup>15</sup> La suspensión de ejecuciones hipotecarias de personas vulnerables de inició con el RD-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, para paliar los efectos derivados de la crisis económica y financiera de 2008, se extendió mediante sucesivas normativas para hacer frente a las subsiguientes crisis, como la pandemia de COVID-19 y la guerra de Ucrania. Han sido varias las normas que han ido prorrogando estas suspensiones a lo largo de estos años, siempre alegando motivos de urgencia o necesidad que se han convertido en permanentes. De este modo, podemos decir que la suspensión de ejecuciones hipotecarias dura ya 13 años, restando efectividad al derecho real de garantía, como hemos sostenido en otras ocasiones, y además, impide la recuperación de la posesión de la vivienda al verdadero propietario, sea el acreedor ejecutante, o un tercer adquirente en subasta.

<sup>16</sup> Sobre las sucesivas reformas que prorrogan la suspensión de los lanzamientos hipotecarios y de desahucio relacionadas con la función social de la propiedad, véase PEDROSA DEL PINO, J., (2025). Sobre la función social..., ob. cit., pp. 1-4.

<sup>17</sup> La nueva Ley por el Derecho a la vivienda establece con carácter general una nueva prórroga de un año más, cuando se trate de la vivienda habitual y el arrendatario esté en situación de vulnerabilidad, así lo acredite y lo solicite. Esta prórroga será de aceptación obligatoria cuando el arrendador se trate de un gran tenedor. Es decir, al contrato de arrendamiento normal, cuando se trate de un particular arrendador, que tiene 5 años de duración mínima legal, se le suma la prórroga tácita de hasta 3 años más, y uno extra si el arrendatario es vulnerable (art. 10.2 LAU). Luego, el contrato que inicialmente se pactó por un año puede desenvolverse hasta 9 años en total sin que el propietario pueda hacer prácticamente nada por evitarlo. Pero, si además la vivienda se sitúa en una zona tensionada, conforme al nuevo art. 10.3 LAU, esta prórroga forzosa debido a la vulnerabilidad del arrendatario se extiende hasta los 3 años. Es decir, un contrato de arrendamiento pasa del año pactado a los 11 años de duración.

<sup>18</sup> Según la redacción de los nuevos párrafos 6 y 7 del art. 439 LEC, no se admitirá la demanda de desahucio si el inmueble es vivienda habitual del demandado, y si el demandante es gran tenedor (debe afirmarlo o negarlo en su caso con aportación registral de sus propiedades) deberá acreditar si el demandado se encuentra en situación de vulnerabilidad (deberá haber acudido para ello a los servicios sociales o vivienda que lo confirmen). Y en caso de acreditarse su vulnerabilidad, según el nuevo apartado 7, la parte actora acreditará que “se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes”, previamente, para buscar una solución al problema.

<sup>19</sup> Los nuevos párrafos 5, 6 y 7 del art. 441 LEC, prevén en el inicio del juicio verbal de desahucio la suspensión del procedimiento de desahucio En caso de vulnerabilidad económica del demandado. Para determinar esta se establece un sistema de decisión por el tribunal de la posible suspensión del procedimiento de desahucio previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto que sustituye a la suspensión automática por el Letrado de la Administración de Justicia prevista actualmente. Se sigue un procedimiento igual que el previsto en el art. 439 LEC.

<sup>20</sup> FUENTES LOJO, A. (2025). Novedades procesales en los juicios de desahucio arrendaticios de la LO 1/2025 y otras leyes, *Revista de Derecho Inmobiliario*, Lefebvre El Derecho, nº 138, marzo, p. 4, explica las razones de esta inconstitucionalidad: “son irrazonables y desproporcionados, por no ser necesarios para el cumplimiento del fin que se pretende alcanzar —la exigencia de acreditación de la situación de vulnerabilidad del demandado— se presenta como excesiva, por no resultar comprensible a la luz de una ponderación proporcionada con la finalidad pretendida —encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad económica—, en la medida en que dicho objetivo puede alcanzarse por otras vías sin menoscabo del derecho de quien pretende accionar la justicia o proseguir el correspondiente proceso.”

<sup>21</sup> GARCÍA GARCÍA, J.A., (2019). Destino y uso de los bienes inmuebles: régimen sustantivo y registral, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

<sup>22</sup> Confirman esta idea, de que el propietario puede dar el uso que quiera dar a sus pisos y que las limitaciones del derecho de propiedad deben interpretarse de forma restrictiva (SSTS de 21 de diciembre de 1993; 20 de septiembre de 2010; 10 de octubre de 2007, 20 de octubre de 2008; 27 de noviembre de 2008, 9 octubre 2013; RRDGRN de 20 de febrero de 1989; 23 de marzo de 1998; 26 de enero de 2002.)

<sup>23</sup> Arts. 7.3 y 17.12 LPH tras la LO1/2025

Nuevo art. 7.3 LPH: “3. 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 pro-

pietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de esta Ley. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.”

Nuevo art. 17. 12 LPH: “12. El acuerdo expreso por el que se apruebe, límite, condicione o prohíba el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.”

<sup>24</sup> Esta sentencia aprecia la inconstitucionalidad parcial de la LDV, solo en relación con los nuevos párrafos 6 y 7 del art. 439LEC y del 1 y 2 del 655 bis LEC, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que ya hemos mencionado antes. Considera que el resto de las cuestiones planteadas son constitucionales, y se remite en muchas de ellas a lo ya resuelto en la anterior sentencia 79/2024, dictada por el Pleno el 21 de mayo de 2024, en el recurso 5491/2023, en la que ya se abordaron muchas de las cuestiones planteadas en este nuevo recurso.

<sup>25</sup> Las SSTC 37/1987 y 7/2023 nos indican el nuevo concepto de derecho de propiedad o propiedades que existen, y cómo viene delimitado por la función social: “La propiedad privada, tal como hemos venido declarando de forma reiterada, tiene una doble dimensión, como institución y como derecho individual, habiendo venido experimentando “una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código civil pues “la progresiva incorporación de finalidades sociales [...] ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos que se ha traducido ‘en diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae’.

Y continúan aseverando que el contenido del derecho de propiedad debe incluir la necesaria referencia a la función social: “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (SSTC 204/2004, FJ 5; 112/2006, FJ 10 y 168/2023, de 22 de noviembre).

<sup>26</sup> En este sentido, afirma la STC 204/2004: “Es oportuno recordar sucintamente que sobre el concepto del contenido esencial de los derechos, a que se refiere el mencionado art. 53.1 CE, este Tribunal tiene declarado que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona— viene marcada en cada caso por el elenco de ‘facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales’. Las SSTC 11/1981 y 37/1987 inciden en ello al manifestar que el contenido esencial del derecho es “como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al

derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

<sup>27</sup> Estas sentencias afirman que “Corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”. Y añaden “Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro ésta, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita anular la utilidad meramente individual del derecho o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho”.



## 1.4. Sucesiones

# Conflicto de intereses en la representación legal de menores en una herencia

## *Conflict of interest in the legal representation of minors in an inheritance*

por

M<sup>a</sup> ISABEL DE LA IGLESIA MONJE\*  
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM.

**RESUMEN:** *La excepción a la representación legal de los hijos menores por parte de los padres (art. 162 CC) solo se aplica cuando hay un conflicto real de intereses. Este conflicto se define por la existencia de una situación en la que los intereses del representante (progenitor) tienen una ventaja significativa sobre los del representado (menores). En otras palabras, la excepción no se activa por la mera posibilidad de un conflicto hipotético, sino cuando se puede demostrar un detrimento directo y tangible a los intereses del menor.*

Se excluye del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente de que trate.

Por otro lado, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del menor o de la persona con discapacidad, sino que exige el nombramiento de un defensor judicial.

**ABSTRACT:** *The exception to the legal representation of minor children by parents (art. 162 CC) only applies when there is a real conflict of interests. This conflict is defined by the existence of a situation in which the interests of the representative (parent) have a significant advantage over those of the represented (minors). In other words, the exception is not triggered by the mere possibility of a hypothetical conflict, but when a direct and tangible detriment to the interests of the minor can be demonstrated.*

---

\* Número de investigador. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2814-6701>

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy Directora.

*The mere hypothetical danger or the mere assumption that a conflict could occur if circumstances not proven in the file in question occur is excluded from the assumption provided for by the rule.*

*On the other hand, the assessment of the non-existence of a conflict cannot be made by the representative of the minor or the disabled person himself, but requires the appointment of a legal defender.*

**PALABRAS CLAVE:** Conflicto de intereses. Representación legal de menores. Herencia

**KEYWORDS:** *Conflict of interest. Legal representation of minors. Inheritance*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS MENORES (DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUANDO HAY CONFLICTO DE INTERESES).—III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO MENOR DE EDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFIA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio, vamos a analizar la *representación legal de menores y la necesidad de nombrar defensor judicial cuando hay un conflicto de intereses entre los progenitores y los menores*.

Para ello vamos a partir de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública de 17 de octubre de 2024 en donde se considera por el registrador que la escritura de liquidación de gananciales y partición de la herencia puede conllevar la existencia de un conflicto de intereses entre la viuda, y las hijas menores. La DG estableció que la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia se han realizado conforme a Derecho y respetando estrictamente las cuotas legales. No se ha demostrado la existencia de un conflicto real de intereses que perjudique a las hijas menores. En ausencia de un conflicto real y tangible, conforme a la doctrina establecida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no es necesario el nombramiento de un defensor judicial. Por tanto, la calificación negativa debe ser revocada y proceder a la inscripción solicitada.<sup>1</sup>

El Título VII del libro Primero del Código Civil se refiere a *las relaciones paterno-filiales*, y su capítulo II trata de *la representación legal de los hijos*. Pues bien, el art. 162 del Código Civil declara que *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*, por lo que en principio bastará con la presentación del Libro de Familia o Certificado de nacimiento para reputar válida dicha representación.

*Y en dicho precepto se recogen cuatro excepciones, que son las siguientes:*

- *Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.*

- *Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.*
- *Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*
- *Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste, si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.*

Seguidamente, el artículo 163 regula detalladamente la excepción segunda mencionada anteriormente en los siguientes términos *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.*

*Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.”*

## II. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS MENORES (DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUANDO HAY CONFLICTO DE INTERESES)

Así pues, la representación legal del menor de edad puede ser asumida, primero, por los padres que ostentan la patria potestad (art. 162 CC), bien conjuntamente, bien por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (arts. 154 y 156 CC), y, si no hubiera progenitores, por el tutor (art. 222 CC).

En el supuesto de los *menores de edad no emancipados* es de aplicación los arts. 162, 154 y 156 CC, pero hay que tener en cuenta la posibilidad de desacuerdo entre los progenitores titulares de la patria potestad (art. 156 CC), en cuyo caso, previa audiencia del menor, el juez atribuirá la facultad a uno de ellos, o, en su caso, distribuirá las funciones.

En los casos de *conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo*, con el nombramiento de un defensor judicial (arts. 163 y 299 a 302 CC y art. 8.1 LEC) o *entre un progenitor y el hijo*, el otro asumirá en exclusiva la representación (art. 163, II, CC). Cuando se extingue la patria potestad y subsiste la minoría de edad aparece la tutela (art. 222, 1.º, CC), confiándose la representación legal al tutor (art. 267 CC), o tutores (art. 236 CC).

*Y, ¿cuándo puede haber conflicto de intereses entre el titular o titulares de la patria potestad y el menor sometido a ella?*

Por ejemplo, en relación con la *compra de bienes*. Cuando el o los progenitores en nombre propio y en representación de menores adquieren derechos iguales o no sobre un mismo bien, ¿se puede entender que hay conflicto de intereses entre ellos, lo que precisaría el nombramiento de un defensor judicial? Por ejemplo: si los progenitores compran el usufructo conjunto y sucesivo y para el hijo menor compran la nuda propiedad. Ocurriría lo mismo, cuando el conflicto tiene lugar entre tutores y menores sujetos a tutela o entre poderdante y apoderado: por ejemplo, el apoderado compra el usufructo para él y la nuda propiedad para el poderdante quien no le ha dado las facultades para actuar, aunque haya intereses iguales o contrapuestos.

*¿Hay conflicto de intereses?*

- Si los derechos son iguales en cuantía y naturaleza no habrá conflicto de intereses: da lo mismo comprar hoy una finca a nombre de los progenitores y el hijo o un día comprar una mitad indivisa para el menor y al siguiente adquirir la otra mitad indivisa los progenitores.
- Si los derechos son iguales en naturaleza, pero no en cuantía: alguien podrá entender que haya conflicto de intereses; por ejemplo, cuando el o los titulares de la patria potestad compran la mayoría de las acciones de una Sociedad y se compra para el menor un porcentaje minoritario....
- Si los derechos son distintos, debemos estar atentos: puede haber conflicto de intereses y entonces se precisará el defensor judicial. No es correcto que unos progenitores compren el usufructo de una finca, se aprovechen de su rentabilidad y compren para el hijo, empleando capital del mismo, la nuda propiedad que, de momento, nada le renta.

El conflicto puede surgir también en caso *de venta de bienes*. Nos referimos al supuesto de cuando el o los progenitores en nombre propio y en representación de menores enajenan derechos iguales, o no, sobre una mismo bien, ¿se puede entender que hay conflicto de intereses entre ellos, lo que precisaría el nombramiento de un defensor judicial? Sería el supuesto de si los progenitores son titulares de la nuda propiedad y el menor es usufructuario, ¿pueden actuar los progenitores (o el único titular de la patria potestad), debidamente autorizado cuando ello sea preciso, en el doble concepto: en nombre propio y además en nombre del menor? ¿Habrá conflicto de intereses? El mismo tema lo podemos plantear entre el discapacitado y el curador representativo. Y también entre poderdante y apoderado.

Pero, ¿hay conflicto de intereses? Se trata de un tema analizado por la Resolución de la DGRN de 3 de diciembre de 2003,<sup>2</sup> aunque referido a la tutela, pero aplicable al supuesto que nos ocupa, concretado en el actuar de los progenitores en nombre propio y en representación del menor. El supuesto se centra en el caso de existencia de autorización al tutor por el Juez para vender una finca de la que una persona con discapacidad era nudo propietario y su tutor usufructuario. Se cuestiona si hay conflicto de intereses, que exija el nombramiento de un defensor judicial, si su representante enajena el usufructo de que es titular.

El Registrador no practicó la inscripción por entender que era necesario el nombramiento de defensor judicial y en la defensa a su nota advierte que el Juez concede autorización para vender, pero no hace mención alguna a la contraposición de intereses o al nombramiento de defensor judicial. El Notario indica que el Juez autorizó la venta, y por tanto ha removido cualquier obstáculo que represente la posible contraposición de intereses, sabedor de los hechos y justificada la necesidad y utilidad de la enajenación.

La DGRN resuelve indicando que teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece pro indiviso a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, no es necesaria la intervención del defensor judicial.

El tema de la representación legal ha sido tratado por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en multitud de ocasiones.

La regulación de la existencia de conflicto de intereses en caso de representación está referida solamente a los menores de edad, si bien es aplicable a los supuestos de *prórroga de la patria potestad* por incapacitación de los hijos, pero advirtiendo que a partir de uno de septiembre de 2021 ya no existe la patria potestad prorrogada, aunque siguen subsistentes las existentes a dicha fecha hasta su sustitución, si procede, por la curatela representativa o la asistencial (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica).<sup>3</sup>

El Alto Tribunal ha señalado que la *situación de conflicto* se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los hijos. Es más, concreta que *el conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos*.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de enero 2003<sup>4</sup> se indica que existe conflicto de intereses cuando la madre demandada, que se ha opuesto a la paternidad reclamada, manifiesta intereses contrarios, en principio, a los del menor que en los demás ámbitos representa. Y, son contrarios los intereses de la madre demandada, que *elude establecer la realidad, cualquiera que sea, sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil*. Indica la propia sentencia que el conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos. En resumen, “La existencia de conflicto de intereses debe ser real y no meramente hipotética. Es preciso que la defensa de los intereses del progenitor pueda ir en detrimento directo de los intereses del menor, excluyendo aquellas situaciones en las que solo se pueda presumir un conflicto sin evidencia tangible.”

Y, ocurre lo mismo en el supuesto de la STS de 5 de noviembre de 2003<sup>5</sup> donde se afirma que “el conflicto de intereses que justifica el nombramiento de un defensor judicial debe estar claramente establecido. No basta con la posibilidad teórica de que los intereses del padre y del hijo puedan divergir, sino que debe demostrarse un perjuicio concreto para el menor.”

En la STS de 17 de mayo de 2004<sup>6</sup> el supuesto de hecho es diferente pues en un juicio de testamentaria se señala que cuando el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la menor y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en los que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron.

Aunque el Alto Tribunal señala que se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente de que trate. Exclusión del todo lógica pues de lo contrario se haría de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto porque no existe oposición sino intereses paralelos de representante y representado, rige la regla general. En conclusión “la defensa por

los padres de sus propios intereses no debe entenderse como perjudicial para los hijos salvo que exista una situación específica en la que los intereses del menor sean claramente subordinados a los del progenitor, lo cual debe ser probado de manera fehaciente”.

Como hemos visto, es jurisprudencia y doctrina administrativa antigua, de hace más de veinte años, pero que continúa vigente como podemos observar en la resolución objeto de comentario, que nos da la pauta para poder estudiar y analizar este tema. Así pues, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 9 de enero de 2024<sup>7</sup> señala que según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de los arts. 162 y 163, la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos.

Resolución que establece que *la excepción a la representación legal de los hijos menores por parte de los padres solo se aplica cuando hay un conflicto real de intereses*. Este conflicto se define por la existencia de una situación en la que los intereses del representante (en este caso, la madre) tienen una ventaja significativa sobre los del representado (las hijas menores). En otras palabras, la excepción no se activa por la mera posibilidad de un conflicto hipotético, sino cuando se puede demostrar un detrimento directo y tangible a los intereses del menor. Sigue manteniéndose vigente, la doctrina señalada por la jurisprudencia de comienzos de siglo.

En conclusión, 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.

### III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO MENOR DE EDAD

La STS 5 de junio de 2012<sup>8</sup> sienta la doctrina de la inexistencia de conflicto de intereses que exigiera nombramiento de defensor judicial o renuncia de derechos precisada de autorización judicial, cuando se conviene por la madre, en interés de los menores, la resolución de un contrato sinalagmático que había celebrado el padre poco antes de su fallecimiento.<sup>9</sup> Y ello porque, la viuda y el albacea se reúnen con la vendedora y acuerdan libremente resolver el contrato. En tal ocasión no aparece representado por su madre el hijo del anterior matrimonio del fallecido —entonces menor de edad— el cual no es demandante en este proceso, y por ello es por lo que *se atribuye al albacea la representación de los “herederos” que, desde luego, no le correspondía*, siendo así que, no obstante, aunque no constara así en el documento, *los intereses y derechos de los menores hijos de doña Raimunda estaban suficientemente defendidos por la misma*, que sí participó en el otorgamiento. Resulta así que, sin necesidad de consignación expresa, la madre, al convenir la resolución contractual en el expresado documento, estaba ejerciendo las funciones propias de la patria potestad —y, en concreto, la de representación— a que se refiere el artículo 154 CC, sin que deba entenderse que en tal caso existía el conflicto de

intereses entre madre e hijos a que se refiere el artículo 162-2º, que habría exigido el nombramiento de un defensor judicial según lo establecido en el artículo 163.

Por otro lado, la antigua DGRN hoy DG de Seguridad Jurídica y Fe pública, ha interpretado, en numerosas resoluciones, las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un *conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales*, determinantes de que no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria si no es con la intervención de un defensor judicial.

Se ha señalado la necesidad de esta figura atendiendo a diversos elementos de carácter objetivo, que en general apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

Así, por ejemplo, diferentes resoluciones han considerado que no existe conflicto de intereses cuando la liquidación de gananciales se ha realizado con estricta igualdad, mediante la adjudicación de una mitad indivisa a cada partícipe, o cuando la partición hereditaria también se ha realizado en estricta aplicación de las normas legales o disposiciones testamentarias.

Por el contrario, cuando se adopta una decisión por el representante que, aun cuando pueda entenderse adecuada para los intervinientes, suponga una elección, ha entendido que la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del menor o de la persona con discapacidad, sino que exige el nombramiento de un defensor judicial, con posterior sometimiento a lo que haya establecido el juez (actualmente el Letrado de la Administración de Justicia) en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial (artículos 163 y 1060 del Código Civil).

Así, por ejemplo, en la Resolución de 5 de febrero de 2015,<sup>10</sup> la DG da la razón a la Registradora que suspendió la escritura de adjudicación de herencia en un supuesto en el que la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 CC, o cautela socini, ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que *supone una elección por parte de la legítimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima de la incapaz*.

De modo que “la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que *exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 CC, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial*.”

Y, una década después continúa la misma línea doctrinal la Resolución de 5 de septiembre de 2023<sup>11</sup> en un supuesto donde se cuestiona la inscripción de una escritura de partición de herencia en la que son herederos los dos hijos del causante, uno de ellos bajo patria potestad prorrogada que ejerce su madre, quien interviene también como cónyuge viudo del causante. La cuestión que se plantea es la existencia de conflicto de intereses entre la madre y el hijo sujeto a la patria potestad prorrogada. También se plantea si en casos como el presente se necesita aportar la sentencia de incapacitación (que así era en el momento de este expediente) y su constancia en el Registro Civil. La DG afirma que hay conflicto de in-

teresas porque la viuda en su propio nombre y en el de su hijo representado *liquidada la sociedad de gananciales y decide en pago de su usufructo y de su participación ganancial la adjudicación la vivienda habitual, conforme al artículo art. 1406 CC.*

En la misma línea la Resolución de 30 de octubre de 2023<sup>12</sup> cuya doctrina se centra en que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial intervenga el viudo en su propio nombre y en representación de un hijo, existe por definición oposición de intereses. Se debe examinar cada caso concreto. Aunque en el presente caso sí que podía apreciarse conflicto de intereses porque el cónyuge viudo tiene interés directo en la liquidación de gananciales pues en el inventario se incluyen bienes gananciales cuya ganancialidad es presunta y susceptible de ser discutida por los interesados. Además, la declaración de la madre (viuda y titular de la patria potestad) negando la existencia de separación de hecho matrimonial, en contra de lo dicho en el testamento, tiene consecuencias favorables para ella y desfavorables para los representados.

De esta interpretación resulta que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial intervenga el viudo en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado existe, por definición, oposición de intereses, sino que *habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso.*

El interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial si el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente, sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida, y así se recoge en la Resolución de 14 de marzo de 1991.<sup>13</sup>

También el interés directo del cónyuge viudo se desprende de su declaración unilateral como cónyuge supérstite, como se establece en la resolución de 3 de abril de 1995<sup>14</sup>. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública determinó que cuando el régimen económico-matrimonial es de gananciales y los bienes que lo integran reciben aquella cualidad del título de adquisición, al no operar la presunción de ganancialidad, no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y, por consiguiente, no surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales.

Por otro lado, cesa la representación legal del progenitor si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002.<sup>15</sup> La DG dio la razón a la Registradora al señalar que la afirmación de que una obra se realizó con dinero ganancial supone un conflicto de intereses entre la madre y las hijas, pues ya la determinación del inventario lo supone en este caso. Además, la existencia de una «cautela socini» infiere también dicha contraposición de intereses, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. Pues bien, la expresada cautela trae consigo una alternativa por la que los hijos legitimarios tienen que optar y el hecho de ejercitar por ellos esa opción su madre, acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción. Por todo ello es imprescindible la intervención del

defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1060 CC.

En la Resolución de 6 de febrero de 1995<sup>16</sup> la DG entiende que no existe contradicción de intereses ni en la formación de inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor, cuando en realidad no la ostenta, según se ha razonado.

El supuesto de la Resolución de 18 de diciembre de 2002<sup>17</sup> analiza si en una partición, efectuada por el albacea contador partidor, pero ratificada por todos los herederos, es necesaria la intervención de defensor judicial y la posterior aprobación judicial, que exige el artículo 299 CC, cuando uno de los herederos, la viuda, interviene además de en su propio nombre, en representación de otro, judicialmente incapaz y sobre el que ejerce la patria potestad prorrogada. La DG entiende que, como en el cuaderno particional se hacen adjudicaciones de bienes en metálico, lo que excede de un acto meramente particional para incidir en el de los actos dispositivos, que no entran en las funciones del contador partidor, tales actuaciones suponen una extralimitación en sus funciones por parte de los autores del cuaderno, que tan sólo la ratificación por los herederos, dando a la partición carácter contractual, pueden salvar; y la ratificación por la madre en nombre de su hija a la que legalmente representaba supone una actuación en la que ha de apreciarse una clara contraposición de intereses, pues no estamos ante una estricta igualdad en los lotes y derechos que la excluiría.

Por el contrario, como pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro Directivo de 10 de enero de 1994<sup>18</sup> cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 CC), al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 CC) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida, y, por consiguiente, no surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales.

Concreta la DG que la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y proindiviso es una operación sin transcendencia económica, supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo. Y, ello porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen sin variación —artículo 1.084 CC— y, en definitiva, la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional en la que se ha mantenido por la madre respetuosamente la voluntad de su ex esposo. Será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaleciéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

Asimismo, según la Resolución de 15 de septiembre de 2003<sup>19</sup> no existe conflicto de intereses en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican ‘pro indiviso’ al cónyuge superviviente y a los hijos por éste representados,

respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos 'ab intestato'

Tampoco en el caso 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 (Resolución de 27 de enero de 1987<sup>20</sup>); 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 (Resolución de 14 de septiembre de 2004<sup>21</sup>).

Asimismo, la Resolución de 27 de enero de 1987<sup>22</sup> señala que no existe conflicto de intereses en la adjudicación pro indiviso de bienes de la herencia realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad... Afirma que en cualquier caso el carácter excepcional de la representación legal conectada al defensor judicial no autoriza a ampliar el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos.

Recapitulando, la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. 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. Como ha entendido el Tribunal Supremo, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos. Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente de que trate.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El art. 162 CC declara que *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*, y de las cuatro excepciones, que se recogen en la segunda se refiere a *aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo*.

Seguidamente, el artículo 163 detalla que cuando *el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados*, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Nótese que se equipara el concepto de conflicto de intereses a interés opuesto.

II. 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.

III. La DGSJYFP ha concretado las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, determinantes de que no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria si no es con la intervención de un defensor judicial. Refiriéndose dentro de las diversas fases de la adjudica-

ción hereditaria, a los supuestos de confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

*No existe conflicto de intereses* cuando la partición hereditaria también se ha realizado en estricta aplicación de las normas legales o disposiciones testamentarias, por ejemplo, cuando la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza atribuyendo a la viuda el cincuenta por ciento de todos los bienes gananciales y la herencia se distribuye con arreglo a lo dispuesto por la ley, o, cuando el testador concede al cónyuge viudo la posibilidad de optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria, y el cónyuge opta por el tercio de libre disposición en pleno dominio y su cuota legal usufructuaria, caso en el que el representado no debe decidir si acepta o no el usufructo universal que grava su legítima.

Sin embargo, que considera que *hay conflicto de intereses* cuando se adopta una decisión por el representante que, aun cuando pueda entenderse adecuada para los intervinientes, suponga una elección. Es más, la *valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del menor* o de la persona con discapacidad, sino que exige el nombramiento de un defensor judicial. Por ejemplo, cuando se ordena en el testamento el usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 820.3 CC) y el legitimario, que está representado por el cónyuge, y debe decidir si acepta o no el gravamen usufructuario sobre su legítima.

## V. BIBLIOGRAFIA

Barbara ARIÑO y Manuel FAUS: Representación de menores sujetos a patria potestad. <https://vlex.es/vid/representacion-menores-sujetos-patria-573815094>

## VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de junio de 2012. Número Sentencia: 339/2012 Número Recurso: 1864/2009. Ponente: Antonio Salas Carceller
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de mayo de 2004. Número Sentencia: 363/2004 Número Recurso: 1835/1998. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de noviembre de 2003. Número Sentencia: 1010/2003 Número Recurso: 4394/1997. Ponente: Román García Varela. Numroj: STS 6895/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:6895.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de enero de 2003. Número Sentencia: 21/2003 Número Recurso: 2083/1997. Ponente: Clemente Auger Liñán. Numroj: STS 127/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:127.

### Resoluciones de la DGSJFP

- Resolución de 17 de octubre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación

- de la registradora de la propiedad de Redondela-Ponte Caldelas, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 21 de noviembre de 2024, páginas 156075 a 156082.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-24304](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-24304)
- Resolución de 9 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Boadilla del Monte a inscribir una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia.  
<https://www.boe.es/boe/dias/2024/02/21/pdfs/BOE-A-2024-3327.pdf>
  - Resolución de 30 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Albaida, por la que se suspende la inscripción de una escritura de renuncia y adjudicación de herencia  
<https://www.boe.es/boe/dias/2023/11/22/pdfs/BOE-A-2023-23696.pdf>
  - Resolución de 30 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Majadahonda n.º 2 a inscribir una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia.  
<https://www.boe.es/boe/dias/2023/11/22/pdfs/BOE-A-2023-23697.pdf>
  - Resolución de 5 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Monóvar, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.  
<https://www.boe.es/boe/dias/2023/10/25/pdfs/BOE-A-2023-21875.pdf>
  - RESOLUCIÓN de 18 de diciembre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Ana María Ramírez Abad, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 23 de los de Madrid, don Ángel García Miranda, a inscribir una escritura de partición de herencia.DGRN. BOE del 6 de febrero.  
<http://www.boe.es/boe/dias/2003/02/06/pdfs/A04964-04966.pdf>
  - Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Rute, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 52, de 2 de marzo de 2015, páginas 19786 a 19788.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-2234>
  - Resolución de 14 de septiembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francesc Xavier Francino i Batlle, Notario de La Seu d'Urgell, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Purchena, doña María del Carmen García-Villalba Guillamón, a inscribir una escritura de acepta-

- ción y manifestación de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 266, de 4 de noviembre de 2004, páginas 36506 a 36509.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-18847](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-18847)
- Resolución de 3 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Talavera de la Reina, don Fernando Félix Picón Chisbert, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número uno, de Talavera de la Reina, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir una escritura de compraventa. Publicado en «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2004, páginas 1191 a 1192.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-665](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-665)
  - Resolución de 15 de septiembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Natividad Herraiz Moral contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Tomelloso, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de herencia. Publicado en «BOE» núm. 246, de 14 de octubre de 2003, páginas 36809 a 36811.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-18949](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-18949)
  - Resolución de 15 de mayo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Tudela del Duero don José Antonio Gutiérrez Enríquez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia y declaración de obra nueva. «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2002, páginas 24871 a 24872.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-13540](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-13540)
  - Resolución de 3 de abril de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo, don Alfredo García-Bernardo Landeta, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente. Publicado en: «BOE» núm. 110, de 9 de mayo de 1995, páginas 13378 a 13380.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-11009>
  - Resolución de 6 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Córdoba, don Adolfo Viguera Delgado, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Córdoba, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente. Publicado en: «BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 1995, páginas 9274 a 9276.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7332>
  - Resolución de 10 de enero de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Masnou, don Francesc Torrent Cufi, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 1 de Badalona a inscribir una escritura de

aceptación de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 45, de 22 de febrero de 1994, páginas 5719 a 5720.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-4080](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-4080)

- Resolución de 14 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Carlos Font Llopart contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Barcelona a inscribir una escritura de inventario y otra de adición de inventario y venta. Publicado en: «BOE» núm. 122, de 22 de mayo de 1991, páginas 16351 a 16352.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-12411](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-12411)

- Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Palma de Mallorca don Rafael Gil Mendoza contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Inca a inscribir una escritura de manifestación de herencia.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-3530>

## VII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Código Civil (artículo 162)
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

## NOTAS

<sup>1</sup> Resolución de 17 de octubre de 2024. En el caso que nos ocupa, la escritura de liquidación de gananciales y partición de la herencia del fallecido M. P. E. ha sido calificada negativamente por el Registro de la Propiedad de Redondela-Ponte Caldelas, argumentando un supuesto conflicto de intereses entre la madre, Doña I. G. C., y sus hijas menores, M. y E. P. G. No obstante, aplicando la doctrina establecida por la Resolución de 9 de enero de 2024, no se ha demostrado un conflicto real de intereses que justifique la necesidad de nombrar un defensor judicial.

<sup>2</sup> Resolución de 3 de diciembre de 2003. Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte pro indiviso en usufructo y otra parte en pleno dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de pro indivisión, y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiendo que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial.

<sup>3</sup> Barbara ARIÑO y Manuel FAUS: Representación de menores sujetos a patria potestad. <https://vlex.es/vid/representacion-menores-sujetos-patria-573815094>

<sup>4</sup> STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de enero de 2003. Número Sentencia: 21/2003 Número Recurso: 2083/1997. Ponente: Clemente Auger Liñán. Numroj: STS 127/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:127. En un supuesto de demanda de reclamación de paternidad ha de dirigirse contra el menor afectado, representado por defensor judicial. En esta sentencia se establece que “Ello no obsta para que se tenga en cuenta lo previsto en el artículo 163 CC hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de concepto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.

Conforme a lo previsto en el artículo 299 CC, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así.”

<sup>5</sup> STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de noviembre de 2003. Número Sentencia: 1010/2003 Número Recurso: 4394/1997. Ponente: Román García Varela. Numroj: STS 6895/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:6895. “Como razonamiento complementario, que no es decisivo para la determinación del fallo, indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y

si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses.”

<sup>6</sup> STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de mayo de 2004. Número Sentencia: 363/2004 Número Recurso: 1835/1998. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. “Los artículos 162.2 y 163 CC establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados, que el artículo 299.1º del mismo Código extiende a otros supuestos. Se trata del defensor judicial, con precedente en el curador ad hoc, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales. En ciertos artículos del Código Civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras “conflicto de intereses” (artículo 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de “interés opuesto” (artículo 163) o “incompatibilidad u oposición de intereses” (artículo 237 bis), que tienen un sentido semejante.

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

Ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (artículo 162.2).”

<sup>7</sup> Resolución de 9 de enero de 2024. Se cuestiona la inscripción de una escritura de herencia y liquidación de gananciales otorgada por la viuda del causante que interviene en su propio nombre y como única titular de la patria potestad de su hijo menor de edad. Entre otros pactos, la viuda se adjudica la vivienda habitual —que tiene carácter ganancial— conforme a lo que dispone el artículo 1406 apartado 4º del Código Civil.

La DG entiende que no puede darse por sentado que siempre habrá oposición de intereses en una partición hereditaria con liquidación de gananciales cuando el titular de la patria potestad intervenga en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso. En cuanto a la determinación del carácter ganancial de los bienes, no hay conflicto de intereses cuando la ganancialidad deriva directamente del título adquisitivo; sin embargo, sí que se plantea una situación de conflicto cuando el bien es presuntivamente ganancial.

En el caso cuestionado no hay conflicto de intereses en este punto porque el carácter ganancial del bien quedó expresamente determinado en el título adquisitivo al manifestarlo expresamente el cónyuge adquirente.

El ejercicio por parte del viudo del derecho de atribución preferente de la residencia habitual (art. 1406 CC) no genera sin más una situación de conflicto de intereses, pues se trata de un derecho atribuido legalmente al cónyuge y al que no se pueden oponer los hereros, con la sola excepción de los legitimarios en defensa de su legítima.

No obstante, sí cabe apreciar un conflicto de intereses al valorar la vivienda que se atribuye la viuda, porque la determinación unilateral del valor puede tener consecuencias favorables para la viuda y desfavorables para el menor representado.

<sup>8</sup> STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de junio de 2012. Número Sentencia: 339/2012 Número Recurso: 1864/2009. Ponente: Antonio Salas Carceller.

<sup>9</sup> Fallecido el comprador don Emiliano, que dejaba viuda y cuatro hijos menores de su matrimonio así como otro de un matrimonio anterior declarado nulo, *se consideró en interés de la herencia —y, por tanto, de quienes ahora demandan— que no convenía que la misma quedara sujeta a las obligaciones dimanantes del contrato celebrado*, del que restaba por satisfacer como precio la cantidad de 95.000.000 pesetas a lo que se había comprometido el fallecido en contemplación a los importantes ingresos que obtenía mediante su trabajo de conocido periodista radiofónico.

<sup>10</sup> Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

<sup>11</sup> Resolución de 5 de septiembre de 2023. Resolución que sigue la línea doctrinal entendiendo que hay conflicto de intereses cuando el representado debe decidir entre dos o más

opciones y lo hace por él su representante, que también tiene interés en la herencia. No hay conflicto cuando en las operaciones particionales hay un automatismo que excluye la necesidad de decidir entre diversas opciones.

La DG entiende que en este supuesto “no hay automatismo cuando se toma una decisión que implica una elección que corresponde hacer al representado y lo hace por él su representante, que también tiene interés en la herencia. En tales casos hay objetivamente un conflicto de intereses y se necesita la intervención de un defensor judicial (arts. 163 y 1060 CC).”

Y, además, detalla supuestos en los que hay conflicto de intereses como “cuando se ordena en el testamento el usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 820.3 CC) y el legitimario, que está representado por el cónyuge, y debe decidir si acepta o no el gravamen usufructuario sobre su legítima (R. 5 de Febrero de 2015).”

Continúa indicando que no hay conflicto de intereses en el “supuesto de la R. 6 de noviembre de 2002, en que la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza atribuyendo a la viuda el cincuenta por ciento de todos los bienes gananciales y la herencia se distribuye con arreglo a lo dispuesto por la ley. Ni tampoco lo hay en la R. 22 de junio de 2015, en que el testador concede al cónyuge viudo la posibilidad de optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria, y el cónyuge opta por el tercio de libre disposición en pleno dominio y su cuota legal usufructuaria, caso en el que el representado no debe decidir si acepta o no el usufructo universal que grava su legítima.”

<sup>12</sup> Resolución de 30 de octubre de 2023. Se cuestiona si es inscribible una escritura de partición y liquidación de gananciales en la que se plantea si hay conflicto de intereses al concurrir las siguientes circunstancias: a) la escritura la otorga la madre que actúa en su propio nombre y en representación de dos de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad. b) En el testamento dice el testador que está separado de hecho de su esposa, pero en la escritura se declara que “la manifestación que hizo el testador sobre encontrarse separado de hecho no se refiere a la separación conyugal propiamente dicha, sino al hecho de convivir con su hermana en el momento de otorgar testamento, por motivos de salud, por lo que recibirá la cuota legal usufructuaria”. c) En el inventario hay bienes que son presuntamente gananciales.

La registradora suspende la inscripción por entender que existe conflicto de intereses entre los menores y la madre representante titular de la patria potestad, y la DG le da la razón.

<sup>13</sup> Resolución de 14 de marzo de 1991. El presente recurso plantea si es necesario o no el nombramiento de defensor judicial para dos menores de edad en una escritura en la cual, sobre la base de un testamento por el que el causante, de vecindad civil catalana y casado en régimen de gananciales, instituye heredera a sus dos hijas y deja el usufructo universal a su esposa, ésta por sí y en representación de aquéllas, menores de edad, inventaría los bienes del consorcio conyugal y se adjudica en propiedad la mitad indivisa de todos ellos más el usufructo de la otra mitad, con ciertas facultades de disposición respecto de ciertos bienes, quedando la nuda propiedad de esta mitad para las dos hijas, también y entre ellas, de forma indivisa.

Evidentemente hay intereses contrapuestos entre la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotes, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez.

De no hacerse así los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca.

<sup>14</sup> Resolución de 3 de abril de 1995. La cuestión gira en torno a la inscripción en una escritura denominada de «previa adjudicación herencial», por la cual la viuda y única compañera, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, adjudica una finca

ganancial procedente de la herencia intestada de su marido en la proporción de una mitad indivisa en propiedad a ella misma en concepto de imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, adjudicando la otra mitad indivisa de la finca a ella y a los dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que corresponde a una y otros en la herencia del causante.

La DG entiende que el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial.

“La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. artículos 1.401-1.º y 1.407 del Código Civil entonces vigente). Consiguientemente la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida, también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que, por ser privativos del causante, han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal, en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.

La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto, la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debatida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación la adjudicación total en pleno dominio de todos los bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejulgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura, aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda a conmutar el usufructo vitalicio en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil.”

<sup>15</sup> Resolución de 15 de mayo de 2002. Se presenta en el Registro un testamento acompañado de partición de herencia otorgada por la viuda en su propio nombre y en el de sus dos hijas menores de edad. En el testamento se nombró a la esposa usufructuaria universal y herederas universales a las dos hijas del causante. En la partición, además de la declaración de una obra nueva, que se dice realizada con dinero ganancial, se adjudica la mitad de todos los bienes relictos a la viuda, por ser tales bienes gananciales, adjudicándose también a dicha viuda el usufructo universal de la mitad indivisa restante y a las hijas la nuda propiedad de esta mitad, siguiendo la disposición del testamento.

La Registradora deniega la inscripción porque la declaración de la viuda de que la obra nueva se realizó con dinero ganancial y la adjudicación a la misma de más de lo que por legítima le corresponde produce una contraposición de intereses entre la madre y las hijas que precisa intervención de defensor judicial y, además, aprobación judicial.

<sup>16</sup> Resolución de 6 de febrero de 1995. En el presente caso, en el que por una parte, están presentes todos los interesados en la herencia, en el que todas las actuaciones particionales se

realizan en un solo acto, se documentan en una sola escritura y se aprueba simultáneamente y, por tanto, las hacen suyas en su totalidad los diversos intervinientes; y, por otra parte, los dos únicos bienes inventariados, que son gananciales, constando así inscritos en el Registro de la Propiedad, han sido adjudicados proindiviso entre los interesados, de acuerdo con el testamento del causante, es forzoso concluir que no existe contradicción de intereses ni en la formación de inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor, cuando en realidad no la ostenta, según se ha razonado.

<sup>17</sup> R. 18 de diciembre de 2002. Alega el recurrente que no hay tal conflicto, ya que los herederos se han limitado a aprobar la partición efectuada por unos terceros, que eran los albaceas testamentarios. Entiende, sin embargo, el Registrador, que no se trata de una partición efectuada por un contador partidor, ya que se ha omitido un trámite esencial, cual es la citación del representante legal del incapaz del Art. 1057.3 CC por lo que tal partición es nula y de ahí, que sea necesaria la ratificación de los herederos.

La Dirección General, aunque considera que la omisión de la citación del representante legal de la incapaz para la formación del inventario que exige el artículo 1057 CC, es causa de mera anulabilidad y como tal convalidable con posterioridad y a los solos adfectos de subsanar la omisión de la notificación para el inventario de los bienes hereditarios, en la ratificación de éste por la madre de la incapaz no se da contraposición de intereses que exija la intervención de un defensor judicial (por ser los intereses paralelos y no contrapuestos) desestima el recurso.

<sup>18</sup> Resolución de 10 de enero de 1994. Se plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y aceptación de herencia en la que es única compareciente la viuda del matrimonio que lo hace por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre, o por el contrario se requiere además la presencia del defensor judicial en representación de dicho menor, dada la posibilidad de intereses contrapuestos en la liquidación de la sociedad conyugal. Los bienes incluidos en el inventario tenían el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudica por mitad y proindiviso entre la viuda-divorciada y el hijo menor, al haber sido comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales.

<sup>19</sup> R. 15 de septiembre de 2003. Se trata de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores. La DG, interpretando el artículo 163 CC, estima que no hay que nombrar defensor judicial si se dan las siguientes circunstancias: la liquidación es total; todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal; la totalidad de esos bienes se adjudican pro indiviso al cónyuge superviviente y a los hijos, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos ab intestato; no ejercita la viuda ninguna opción de pago de su cuota legal, que se le satisface en usufructo; no hay declaraciones de obra nueva, segregación o división horizontal; y se declara expresamente que no existen más bienes.

Considera la DG que, en la formación de inventario, no tiene por qué existir interés contrapuesto y que, de reclamarse la intervención del defensor judicial, tan sólo debería de ser para presenciar la confección del inventario por parte del cónyuge. Puede haber omisión de bienes o existencia de deudas del cónyuge con la sociedad conyugal, pero la presunción de buena fe y la dificultad en la prueba de hechos negativos, con o sin defensor, permiten sostener la innecesariedad de su intervención. En general, de los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses.

<sup>20</sup> Resolución de 27 de enero de 1987. Se afirma que la adjudicación realizada en la escritura tiene carácter provisional, supone una actuación paralela de la madre e hijas totalmente respetuosa con la voluntad del causante y será más tarde, si en la menor edad de

aquéllas se procede a la disolución de las comunidades romanas formadas ahora cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de las comuneras ante el peligro de que la madre prevaleciendo de su representación legal se lucre en perjuicio de las hijas.

<sup>21</sup> R. 14 de septiembre de 2004, DGRN. BOE del 4 de noviembre de 2004. Se trata de una escritura de liquidación de gananciales, aceptación y partición de herencia en la que se expresa que *intervienen todos ellos en su propio nombre y derecho, además doña Ginesa GC en nombre y representación de su hermana doña Adoración... ejerce esta representación en su calidad de tutora legal.... He tenido a la vista testimonios de ambos documentos en los que se otorgan facultades a doña Ginesa GC, que yo, el Notario, consideró suficientes para otorgar la presente escritura de aceptación y manifestación de herencia. Manifiesta la vigencia que limitación de su cargo titular, así como la subsistencia e incapacidad de su representada.*

Aplica la DGRN idéntica argumentación que en la representación voluntaria al señalar que no puede negarse a los documentos judiciales de donde resulta la tutela el carácter de auténticos y que, asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues se indica el tipo de resolución, el juzgado del que proviene y su fecha; además se recoge la manifestación de la tutora relativa a la vigencia de su cargo y a la subsistencia de la situación de incapacidad de su hermana, e igualmente el juicio de suficiencia del notario al afirmarse en el título *“yo el notario consideró suficientes para otorgar la presente escritura de aceptación y manifestación de herencia”*, siendo así que tal juicio es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en el título y con el mismo contenido de este, pues se trata de una escritura de aceptación y manifestación de herencia.

<sup>22</sup> Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Créditos *revolving*: ¿Abusividad directa por falta de transparencia? ¿Una nueva concepción del concepto de transparencia?

## *Revolving Credit: Direct Unfairness Due to Lack of Transparency? A New Conception of the Transparency Standard?*

por

ROBERT REINHART SCHULLER

*Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022  
Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** Las dos sentencias dictadas por el TS, en materia de créditos *revolving*, pueden constituir un paso más hacia la abusividad directa por falta de transparencia. A raíz de estas sentencias, se propone también una apreciación distinta del concepto de transparencia, que podría encajar mejor con el propósito de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. Para ello se tendrá especialmente en cuenta la doctrina del TJUE y la relación entre dos preceptos fundamentales de la Directiva 93/13, el art.4.2 y el art.5.

**ABSTRACT:** *The two rulings issued by the Supreme Court (TS) regarding revolving credit may represent a further step toward directly establishing unfair terms due to a lack of transparency. Following these rulings, a different interpretation of the concept of transparency has been proposed, one that could align more closely with the purpose of Directive 93/13 on unfair terms. In this regard, particular consideration will be given to the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the relationship between two fundamental provisions of Directive 93/13: Article 4.2 and Article 5.*

**PALABRAS CLAVE:** créditos revolving, transparencia, abusividad, elementos esenciales, intereses remuneratorios, amortización.

**KEYWORDS:** *revolving credit, transparency, unfairness, essential elements, remuneratory interest, repayment.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS 154/2025 DE 30 DE ENERO.—III. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS 155/2025 DE 30 DE ENERO.—IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. IV.1. PRINCIPALES ARGUMENTOS. IV.2. LA BASE NORMATIVA DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.— V. APRECIACIONES PERSONALES: V.1. OBJETO DE ANÁLISIS. V.2. CLÁUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS Y TRANSPARENCIA CONTRACTUAL V.3. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO. EN PARTICULAR, LA SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN DEL MISMO. V.3.A. *Doctrina del TJUE respecto de la subsistencia contractual*. V.3.B. *Aplicación de la doctrina del TJUE al derecho nacional*. V.4. ABUSIVIDAD DIRECTA. V.4.A. *Principales consideraciones*. V.4.B. *Alcance del art.5 y 4.2 en la Directiva 93/13*.—VI. CONCLUSIONES. —VII. JURISPRUDENCIA.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que el TS se pronunciara, por primera vez, respecto de los créditos *revolving*, una jurisprudencia copiosa se ha ido desarrollando alrededor de esta modalidad crediticia. Uno de los aspectos que quizás más interés podría presentar el crédito *revolving*, en el ámbito de relaciones de consumo, sería su tratamiento desde un punto de vista del control de transparencia.

Sin embargo, hasta hace poco, y tras una década, el TS no se había pronunciado sobre este punto, pues sus resoluciones han versado sobre aspectos relacionados con la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios<sup>1</sup>. Estos aspectos se refieren a la tabla con la que debe compararse el crédito *revolving*, así como la aportación de un criterio objetivo el cual permitiera establecer una horquilla para fijar su carácter usurario. Dicho margen se cifró en una diferencia de seis puntos porcentuales respecto al precio medio en el momento de la contratación.

Lo anterior pretendía poner coto a la litigación masiva que se estaba produciendo en este sector. El nuevo pronunciamiento en materia de transparencia y su relación con la abusividad de la cláusula enjuiciada supone acotar el ámbito de fiscalización a relaciones B2C. La diferencia es importante, pues mientras la legislación sobre usura se aplica sobre cualquier tipo de relación, el principio de transparencia derivado de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>2</sup>, solo se emplea en relaciones entre empresarios y consumidores.

El presente comentario tiene por objeto valorar, por un lado, la doctrina establecida por el TS en materia de créditos *revolving* y transparencia contractual. Por otro lado, las dos sentencias objeto de comentario (STS 155/2025 de 30 de enero y STS 154/2025 de 30 de enero), permitirán cavilar sobre la posible abusividad directa por falta de transparencia, la nulidad del contrato o su subsistencia tras la eliminación de una cláusula esencial del contrato, la restitución y su posible prescripción.

## II. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS 154/2025 DE 30 DE ENERO

El contrato se celebró con el establecimiento financiero ONEY en el año 2018. Las peculiaridades de lo que contrató la demandada consistieron en varias moda-

lidades de financiación, por un lado, la posibilidad de realizar un pago a fin de mes sin tener que abonar intereses; por otro, un pago aplazado entre tres y treinta y seis meses, con intereses (con una TAE máxima del 29,89%) o sin intereses, dependiendo del producto y la modalidad elegida; y, por último, la modalidad *revolving* con una TAE del 21,84%.

En lo que respecta a la modalidad de crédito *revolving*, resulta de interés, por la relevancia que pudiera tener, el establecimiento de cuotas mensuales en función de la disposición realizada: siendo de 15 euros mensuales para disposiciones hasta 250 euros; de 38 para disposiciones entre 500 y 1.000 euros; y, finalmente, hasta un 3,8% de la cantidad dispuesta cuando esta oscile entre los 2.000 y los 3.000 euros. A lo anterior habría que añadir una serie de comisiones para disposiciones en efectivo, disposiciones mediante tarjeta, así como indemnizaciones por impago. Reflejo de lo precedente puede decirse que es la cláusula 13ª, en la cual se establecía:

*“La falta de pago de cualquiera de los recibos facultará a ONEY para exigir al Titular de la tarjeta, además de la cantidad adeudada, el pago de todos los gastos causados por el impago, y un interés de demora conforme a lo establecido en el apartado siguiente, desde la fecha del impago, así como una indemnización fija por devolución de 30 euros, consecuencia del incumplimiento del contrato por los pagos no atendidos”.*

Cabe también resaltar que, por circunstancias temporales de la contratación y al ser aplicable la Ley de créditos al consumo del año 2011, también se entregó un documento conforme al modelo de Información Normalizada Europea. A esto debe añadirse que el crédito comenzó a utilizarse desde el primer día de la contratación.

En el año 2021 se presentó una demanda solicitando su nulidad conforme a la LU, al considerarse el crédito usurario. Subsidiariamente, la nulidad de las cláusulas relativas a los intereses ordinarios por falta de transparencia, su restitución, así como la nulidad de la comisión establecida por impagos.

En lo que aquí interesa, se estiman, en Primera Instancia, las pretensiones de la demandante sobre la base de lo solicitado subsidiariamente, es decir, el control de transparencia y la abusividad de la cláusula que incorpora los intereses ordinarios. El fundamento de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses ordinarios radicó en su falta de transparencia. De hecho, el Juzgado de Primera Instancia llegó a manifestar:

*“dado que las características de la misma y la redacción del clausulado general del contrato suscrito entre las partes no cumplen con los requisitos de transparencia exigidos por la ley y la jurisprudencia para que el consumidor pueda tener conocimiento real y veraz de las consecuencias del contrato que suscribe, no habiendo resultado probada la exhaustiva labor de información que debe llevar a cabo la parte actora al contratar con consumidores, máxime cuando el contrato se suscribió fuera del establecimiento mercantil”.*

La demandada recurrió ante la Audiencia Provincial de Oviedo, y esta decidió corregir el pronunciamiento de Primer Instancia únicamente en lo relativo a los intereses ordinarios. Manteniendo, no obstante, la nulidad de la cláusula que estipula la comisión por la reclamación de recibos impagados, pues la demandada no recurrió en relación con ese punto.

De la AP, interesa reproducir lo siguiente (pues fue objeto de recurso extraordinario por infracción procesal y estimado por el TS):

*“Pues bien, en este caso la contratación de la tarjeta de crédito se hizo fuera del establecimiento pero proporcionando al futuro cliente un ejemplar de la información normalizada europea y del condicionado general, en espera de hacerle llegar la tarjeta mediante la cual podría operar de acuerdo con la disciplina contractual antes mentada, de manera que debe reputarse probado que este dispuso anticipadamente de ambos documentos y pudo examinar una y otras con el detalle y tiempo que estimó necesarios antes de proceder al primer uso; es más la información normalizada incluye ejemplos prácticos sobre el importe de los intereses en función de todas las hipótesis que admite el contrato de manera que únicamente nos resta dilucidar si la cláusula correspondiente difiere de la información previa y si está redactada con la concisión, claridad y sencillez exigidos por la norma”.*

A lo anterior cabe resaltar que la AP entendió que la cláusula sobre intereses ordinarios cumplía con los requisitos de la transparencia formal y material, sin detectar abusividad alguna en relación con dicha cláusula.

La interposición del recurso de casación se basó en diferentes preceptos, correspondientes a diferente normativa. Por un lado, los arts.60.1, 80.1, 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>3</sup>; y, por otro lado, el art.10.1 y 10.2 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo<sup>4</sup>, en relación con el art.4.2 de la Directiva 93/13.

### III. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS 155/2025 DE 30 DE ENERO

La demandante interpuso una demanda contra establecimiento financiero Servicios Prescriptor y Medios de Pago. Cabe resaltar que el contrato se perfeccionó en el año 2014, tras haberse ofrecido por un comerciante del establecimiento y contratarse mediante modalidad *online*. La TAE aplicada en el contrato era de 21,59%.

La acción principal formulada por la demandante tiene su fundamento en la LU. Subsidiariamente, solicitó la nulidad, con motivo en la abusividad y falta de transparencia de la cláusula de intereses remuneratorios. En ambos casos se solicitó la restitución de todo lo abonado en virtud de los intereses remuneratorios.

Resulta curioso que, ante ambas acciones, se solicite que el contrato subsista en relación con el capital dispuesto y no abonado. Debería añadirse que, de aceptarse una solicitud como esta, se estaría desviando de la LU, la cual establece que la nulidad del contrato supone la devolución inmediata del capital. Esta interpretación del demandante resulta más beneficiosa para sus intereses, ya que propone la validez y eficacia del capital dispuesto y no devuelto, pero una nulidad del resto del contrato y de la cláusula de intereses. El mismo resultado buscaría si su petición se estimase mediante la fórmula falta de transparencia y abusividad. Merece la pena haber resaltado este detalle, pues el TS nada ha aludido en su pronunciamiento respecto de este hecho.

En Primera Instancia la demanda se desestima en relación con la acción principal, pero se estima respecto de la subsidiaria. Es decir, parece que la falta de transparencia de la cláusula enjuiciada conduciría a la abusividad directa de la misma.

La AP de Madrid revoca el pronunciamiento, de modo que la demandante decide recurrir en casación. El recurso de casación se basó en la vulneración de los arts.80.1, 82 y 83 del TRLGDCU; los arts. 5.5 y 7.b de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación<sup>5</sup>; y el art.4.2 de la Directiva 93/13.

## IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### IV.1. PRINCIPALES ARGUMENTOS

Conviene destacar, por su importancia en materia de transparencia, la corrección realizada por el TS en la STS 154/2025 de 30 de enero, mediante el recurso de extraordinario por infracción procesal. Se corrige, desde un punto de vista fáctico, el momento temporal en que se facilitó la información y a qué modalidad de crédito, entre las tres opciones disponibles, correspondían los ejemplos proporcionados. Con lo cual, se afirma que la información, a través del documento de Información Normalizada Europea, se facilitó el mismo día de la contratación. En otras palabras, se informó sobre el crédito ofrecido, se contrató y se empezó a utilizar el mismo día; proceso este que puede decirse que transcurrió de forma célere.

Por último, se corrigió y afirmó que los ejemplos suministrados no correspondían a todas las disponibles en el contrato, sino únicamente a la compra con pago aplazado. Podría decirse que faltaría el de la modalidad *revolving*; ya que no presentaría ese interés y relevancia la modalidad de pagos a fin de mes sin aplicación de intereses.

Por cuestiones de identidad sustancial, y salvo lo ya señalado respecto a los antecedentes de hecho, corresponde recopilar de forma conjunta los fundamentos jurídicos de ambas sentencias.

La clave de ambos supuestos gira en torno a incógnita: ¿en qué casos puede declararse abusiva una cláusula que establece el interés remuneratorio y que, como método de amortización, se rige por el *revolving*?

Para ello el TS propone analizar, no de forma aislada, la cláusula que establece el interés (TAE) del contrato, sino proceder a su estudio en relación con el método de amortización del contrato. En otras palabras, el contrato tiene una TAE que refleja el coste total del crédito, pero ese coste se amortiza mediante un sistema peculiar y específico: el *revolving*.

El TS recuerda la imposibilidad de proceder al control de abusividad directo respecto de los elementos esenciales del contrato, de modo que solo procederá dicho control cuando exista una falta de transparencia en relación con la cláusula que regula los intereses remuneratorios del contrato. Para este supuesto de hecho, la transparencia supondría, a favor del consumidor, que este hubiera recibido una información que le permitiera conocer nítidamente la carga económica del contrato de crédito. En segundo lugar, que tal conocimiento de la carga económica del contrato le permitiría comparar y poder así elegir entre varias ofertas del mercado.

El TS atribuye a la transparencia de la cláusula de intereses remuneratorios un sentido amplio, ya que no se limita a que la TAE se haya incorporado de forma transparente, sino que dependerá también de otros factores. Esto supone, que deberá analizarse el supuesto de hecho en función de la naturaleza del contrato. En relación con los créditos *revolving*, para el TS la transparencia de la cláusula que incorpora la TAE se debe relacionar con el sistema mediante el cual se amortiza el crédito *revolving*.

Tras presentar estos matices, el TS procede a una exégesis de la doctrina del TJUE en materia de transparencia y elementos esenciales del contrato. Se recuerda, entre otras cosas, que una falta de transparencia material no produciría la no incorporación o abusividad directa, sino que abre la puerta a realizar un juicio de abusividad.

La aplicación de la doctrina del TJUE, en este caso, no implica que el consumidor entienda el método de cálculo de la cláusula que establece los intereses remuneratorios (TAE), sino que el meollo de la cuestión se encuentra en el sistema de amortización. El TS relaciona este sistema con la cláusula de intereses para valorar si procede su expulsión del contrato. Por tanto, conforme a la doctrina del TJUE, el consumidor medio tiene que entender las consecuencias económicas que dicha cláusula jugaría en relación con sus obligaciones.

De ese modo, corresponde al TS analizar los elementos proporcionados por los establecimientos financieros para determinar si un consumidor medio pudo entender, antes de obligarse, las implicaciones económicas que le supondría ese contrato en cuestión. En otras palabras, es fundamental evaluar si se suministró la información necesaria para entender el sistema de amortización y si esta se facilitó de forma transparente. Para ello, no es suficiente con analizar una cláusula de forma aislada, sino que corresponde cohesionarla con otras.

Para aplicar la doctrina del TJUE, el TS comienza analizando la naturaleza y características de los créditos *revolving*. Lo clasifica como un crédito al consumo, aunque eso no es del todo cierto, pues existen casos de créditos *revolving* destinados a uso empresarial. Sostiene que se trata de un crédito de duración indefinida o definida prorrogable automáticamente, en el cual la cantidad dispuesta no se amortiza por entera en cada periodo de liquidación pactado. Esto implica alargar el plazo de amortización y por ende puede generarse una gran cantidad de intereses a pagar debido a que el capital se amortiza de forma muy residual en cada cuota. Por último, se recuerda que, al recomponerse el crédito mediante los pagos de las cuotas, eso supondría que se trate de un crédito rotativo.

En los créditos *revolving*, existen varios factores clave a considerar: su carácter indefinido o definido pero prorrogable automáticamente, y el hecho de que la cuantía del crédito se recompone conforme a las cuotas abonadas. Sumado a lo anterior deben añadirse sus intereses elevados y las cuotas bajas en relación con la amortización del capital dispuesto, pueden haberse establecido por defecto o haber sido elegidas por el consumidor. En la práctica, si bien se supone que el consumidor debería ser racional, esto no siempre ocurre, ya que la posibilidad de elegir entre cuotas bajas resulta muy atractiva. Debido a ello, el TS insiste en que se proporcione información clara sobre dichos aspectos, para así entender aquello que se contrata, comparar y decidir si realmente conviene al consumidor contratar dicha modalidad crediticia.

## IV.2. LA BASE NORMATIVA DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Respecto a la información contractual, su forma, momento y qué tipo, el TS analiza diversos preceptos de la normativa nacional. En primer lugar, se refiere al art.60 del TRLGDCU, de modo que antes de celebrar el contrato, la entidad deberá proporcionar información relevante, veraz y suficiente en relación con las características principales del contrato, haciendo hincapié en las condiciones jurídicas y económicas del mismo<sup>6</sup>.

Asimismo, el TS recurre a la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo<sup>7</sup>. Aludiendo a su art.5, que exige que, con la suficiente antelación, se proporcione al consumidor la información necesaria para que este pueda comparar y adoptar una decisión informada sobre aquello que se dispone a contratar. De este modo, a través de la norma se perseguiría fiscalizar que los consumidores hubiesen recibido la información necesaria para entender si la figura crediticia se ajusta a sus necesidades.

Este precepto de la Directiva tiene su desarrollo en el art.10 de la LCU. Precepto este que reproduce, sustancialmente, lo dicho más arriba. Nuevamente, en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su art.6, se repite esta idea y el fundamento de que se deba entregar con la debida antelación.

Observa el TS que, en el caso enjuiciado, STS 154/2025 de 30 de enero, la debida antelación no se cumplió al haberse entregado la Información Normalizada Europea. Pues llega a decir el Alto Tribunal: *“El contrato se suscribió electrónicamente y la fecha que aparece en el contrato y en la ficha INE es la misma de la primera utilización de la tarjeta”*.

En relación con el contenido de la información, el TS reitera que este debe cumplir con la normativa comunitaria y nacional. De este modo, indica el TS, lo cual será útil para los tribunales inferiores, que en el contrato debe indicarse y explicarse de modo transparente, el funcionamiento del sistema de recomposición de capital y su influencia en la liquidación de intereses y amortización del capital dispuesto. Por otro lado, la importancia de las cuotas bajas, por cuanto estas afectan a la amortización de las cantidades dispuestas, así como la incidencia de los impagos en materia de intereses y amortización cuando se hubiera optado por una cuota baja. En definitiva, se trata de explicar el posible efecto de bola de nieve que puede generar la elección o imposición de una cuota baja.

El hecho de que las TAEs en estos contratos sean elevadas incide directamente en otros elementos característicos de los créditos *revolving*. Por ello, para entender su importancia en la economía del contrato, debe relacionarse y explicarse de manera sencilla, poniendo la TAE en relación con el mecanismo de recomposición del capital y otros factores descritos anteriormente y que contribuyen en la creación de los riesgos explicados *ut supra*<sup>8</sup>.

La explicación del anatocismo y su juego en el contrato resulta fundamental. De modo que es necesario valorar si la cláusula que introduce dicho mecanismo lo explica de forma clara, para que un consumidor medio pueda entender su importancia y el papel que puede desempeñar respecto de sus obligaciones económicas.

A modo de resumen, para el TS, lo relevante es que se haya proporcionado información suficiente para que un consumidor medio pueda entender el producto, sus riesgos y, si lo desea, comparar con otras alternativas. La peculiaridad cuando se ofrecen diversas formas crediticias, con sus correspondientes sistemas de amortización, supone que la entidad debe proceder a su explicación de forma diferenciada. En el caso de la STS 154/2025 de 30 de enero, proceder a una explicación separada para las tres modalidades que se ofrecieron y que se podrían optar mediante el contrato.

Con lo cual, la idea descansa en que no será suficiente con que el contrato o las condiciones generales de la contratación, contengan y hayan incorporado la TAE de forma transparente. Puede decirse también que el TS otorga relevancia a la proporción de ejemplos, los cuales deberían describir diversos escenarios, para así poder comprender y comparar. Además, estos ejemplos deben presentarse de manera ordenada, pues el TS rechaza que se incluyan de forma dispersa, debido a que podría afectar a lo comprensión del producto que se pretende contratar.

Por razones de orden temporal y en relación con los aspectos mencionados, parece que para el TS se cumpliría el requisito de transparencia si se cumplieran los requisitos exigidos por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente<sup>9</sup>.

Con lo cual, concluye en ambos casos que con la información suministrada en el contrato y mediante la Información Normalizada Europea, un consumidor medio no sería capaz de entender los riesgos del contrato. Interesa incluso poner de manifiesto que en la STS 155/2025 de 31 de enero se dice: *“La información que se le pudo suministrar sobre el coste del crédito, y en concreto la TAE, aparece en el contrato y en la ficha de Información Normalizada Europea (INE), que estaba a disposición de la demandante al contratarla tarjeta, y es clara. Pero más allá de una información general de esta modalidad de tarjeta, no consta que hubiera sido informada con carácter previo del riesgo derivado de una lenta amortización, de que se forme una «bola de nieve»”*.

Ahora bien, tras constatar la falta de transparencia, procede a valorar la posible abusividad de los créditos anizados en ambas sentencias. En lo que aquí interesa, el TS ha puesto de manifiesto: *“Pues bien, de manera similar a como hemos declarado en los supuestos de cláusulas suelo o de préstamos en divisas, en el caso de las tarjetas revolving, la falta de transparencia de la cláusula relativa a la TAE, valorada junto con las cláusulas relativas al sistema de amortización, el anatocismo y la escasa cuota mensual, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los riesgos significativos que entraña dicho sistema de amortización, no puede compararla oferta con las de otros sistemas de amortización y se compromete en un contrato que puede tener para el graves consecuencias pues puede terminar siendo lo que hemos venido en llamar un «deudor cautivo» y el Banco de España denomina «efecto bola de nieve”*.

Por último, en relación con la buena fe del predisponente, el TS tiene en cuenta el oscurantismo en la forma de contratación, las prácticas agresivas y su forma de comercialización, y, en muchos casos, el uso de terminología diversa para referirse al crédito revolving, sin denominarlo explícitamente por ese nombre.

## V. APRECIACIONES PERSONALES

### V.1. OBJETO DE ANÁLISIS

La cuestión central reside en la cláusula que establece los intereses remuneratorios. El objetivo perseguido por el demandante, tanto vía la normativa de usura, como a través de la normativa especial de consumo, consiste en la expulsión de esta cláusula. Merece la pena reseñar una diferencia sustancial respecto al procedimiento de expulsión de esa cláusula. Mientras en la LU se procede al análisis específico y directo de la cláusula de intereses remuneratorios, ese obrar cambia cuando el control de transparencia se realiza. Se observa entonces que, aunque el objetivo central consista en la expulsión de la cláusula que establece los intereses remuneratorios, para lograr tal hito no solo se observa la transparencia de la cláusula en cuestión, sino de otras relacionadas con ella.

Desde una primera aproximación, esto supondría relacionar de forma sustancial la cláusula de intereses remuneratorios y la relativa al sistema de amortización. Respecto del análisis jurídico de la naturaleza de estas cláusulas, conforme a la doctrina del TJUE puede sostenerse que se trata de cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. El estudio individual de la cláusula de amortización podría a conducir a ciertas dudas sobre si constituye o no un elemento esencial del contrato. Sin embargo, su relación intrínseca con el interés remuneratorio conduce a sostener su carácter esencial. Esta postura no es incongruente, por cuanto el TJUE ha sostenido que, para que una cláusula que esté relacionada con el objeto principal del contrato y forme parte de este, es necesario que esta esté sustancialmente unida con la cláusula que define el objeto principal del contrato<sup>10</sup>.

Y ello a pesar de la interpretación estricta que requiere el TJUE para estos casos. Por otro lado, no debería interpretarse la doctrina del TJUE desde un prisma literal, pues cuando se refiere objeto principal del contrato, remite a cláusulas que regulen las prestaciones principales del contrato. En sentido estricto, el sistema de amortización no es una prestación, sino una característica de lo que es objeto del contrato. Ahora bien, el concepto prestación deberá entenderse como aquellos elementos que caracterizan al contrato en cuestión, de modo que describan la esencia de un contrato<sup>11</sup>.

En cambio, podría llegar a sostenerse, conforme a la doctrina del TJUE que el anatocismo en los créditos *revolving* no formarían parte del objeto principal del contrato, eso sí, sería un elemento accesorio que tiene una relación con el objeto principal del contrato<sup>12</sup>. Un argumento de notoriedad respecto del anatocismo y su carácter no esencial consiste en su aplicación contingente. En otras palabras, su empleo dependerá de que el prestatario incumpla o de que las cuotas no cubran los intereses y el capital, según lo que debería pagarse mensualmente en función de las cantidades dispuestas<sup>13</sup>.

Una explicación convincente consistiría en que, por su propia denominación, el sistema de amortización delimita no solo cómo ha de devolverse el capital, sino que también afecta a los intereses. Es decir, el sistema de amortización también es esencial, ya que, sin el, se suprimiría la recomposición del capital, impidiendo que el prestatario pueda volver a disponer del capital devuelto. En otras palabras,

el crédito *revolving* dejaría de ser un *revolving* puesto que se perdería el elemento que lo caracteriza y le otorga naturaleza y peculiaridad propia.

## V.2. CLÁUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS Y TRANSPARENCIA CONTRACTUAL

El análisis aislado de la cláusula de intereses remuneratorios, en la mayoría de los casos, supondría directamente su transparencia contractual, pues si se ha expresado la TAE, debería procederse a su incorporación<sup>14</sup>. Sin embargo, tal como se ha puesto de relieve con anterioridad, esta cláusula se complementa con otras. Con nitidez se ha manifestado este requisito en la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 (OTP Bank). En el considerando ochenta de esta sentencia se dice: *“Del tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que, en una situación en la que la cláusula controvertida versa sobre la definición del objeto principal del contrato, para apreciar si dicha cláusula está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la misma Directiva, procede tener en cuenta, en particular, todas las cláusulas del contrato que figuraban en él en el momento de su celebración, por ser en ese momento cuando el consumidor decide si desea vincularse contractualmente a un profesional adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por este último”*.

En materia de transparencia, conviene tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, y en un supuesto de hecho en el cual se analiza un crédito al consumo, citar lo siguiente. En la STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-438/14 (Bucura), en el considerando cincuenta y cuatro, en relación a una cláusula que define el método de cálculo, se recuerda la doctrina asentada en Kásler, y se dice: *“se desprende que presenta una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales el aspecto de si en el contrato de préstamo se indican de manera transparente las condiciones de reembolso del crédito o los métodos para establecerlas, de manera que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las consecuencias económicas que se derivan de ello”*. Si se traduce y traslada esto a los créditos *revolving*, en relación con la modalidad de cálculo, indudablemente cobra relevancia el papel del método de amortización. Esto supone analizar si se han explicado las consecuencias que puede suponer elegir una cuota baja, o que se haya impuesto una de tal género por defecto<sup>15</sup>.

Por otro lado, en la misma sentencia citada *ut supra*, se pone de manifiesto: *“el artículo 4 de la mencionada directiva exige que el deudor disponga de todos los elementos que puedan tener un efecto sobre el alcance de su obligación”*. Sin embargo, tal como se ha observado en las sentencias que se comentan, esos elementos deben ser claros, pues no basta con que el contrato los recoja, sino que será necesario que un consumidor medio sea capaz de valorar aquello a lo que se pretenda comprometer y, si quiere, proceder a comparar con otras ofertas del mercado<sup>16</sup>.

De este modo, el proceder del TS en ambas sentencias ha sido correcto, pues cumple perfectamente con la doctrina del TJUE. Por ejemplo, el considerando cuarenta y nueve de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (Andriuc), aporta un dato esencial: *“En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso*

*señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero”.*

Aplicado lo anterior a los créditos revolving, supone manifestar, antes de quedar vinculado, de forma suficiente y clara: la incidencia que puede tener el sistema de amortización; el anatocismo; y, la elección de cuotas bajas. Este hecho permitirá al consumidor hacerse una cabal idea y poder comparar los riesgos frente a otras modalidades de financiación más conservadoras. En caso contrario, el consumidor no será capaz de valorar los riesgos que le puede suponer varios impagos, llevándole, en muchos casos, a una dificultad patente de poder seguir abonando la deuda.

### V.3. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO. EN PARTICULAR, LA SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN DEL MISMO

#### V.3.A. Doctrina del TJUE respecto de la subsistencia contractual

Si bien el TS declara la nulidad de la cláusula abusiva, cabe resaltar una serie de apreciaciones de interés para tener en cuenta.

Basta manifestar y tener en cuenta la posibilidad que se extrae del considerando treinta y ocho del asunto de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (Andriuc). Se manifiesta en este considerando: *“A este respecto, ha de señalarse que, mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo”*<sup>17</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE es muy nítida, pues manifiesta que corresponde a los órganos nacionales examinar si tras la supresión de una cláusula abusiva el contrato puede subsistir sin ella. Es más, este análisis desde el punto de vista del Derecho interno debe realizarse desde un prisma objetivo y no uno subjetivo. Supone esto último que no se tiene como elemento preponderante si el predisponente no hubiera celebrado el contrato sin esa cláusula, sino que corresponde analizar los elementos y estructura de aquel contrato únicamente desde un punto de vista normativo<sup>18</sup>.

Se recuerda también que: “Solo si la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representen para este una penalización, el juez nacional podría sustituir dicha cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional (véase, en ese sentido, el auto de 4 de febrero de 2021, CDT, C321/20, no publicado, EU:C:2021:98, apartado 43 y jurisprudencia citada)<sup>199</sup>”.

No obstante, se ha puesto de manifiesto en relación al art.6.1 de la Directiva 93/13 que: “se opone a que se puedan suplir las lagunas de un contrato, provocadas por la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en este, sobre la única base de disposiciones nacionales de carácter general que dispongan que los efectos expresados en un acto jurídico son completados, en particular, por los efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos, que no son disposiciones supletorias ni disposiciones aplicables en caso de acuerdo entre las partes del contrato<sup>200</sup>”.

La doctrina del TJUE es clara: si un elemento esencial no es transparente y tampoco supera el filtro de abusividad, dicha cláusula debe expulsarse del contrato. Sin embargo, la eliminación de un elemento esencial, a diferencia de uno accesorio, según la doctrina del TJUE, sí que podría producir una laguna en el contrato. No obstante, existe un factor que debe tenerse en cuenta, pues la expulsión de un elemento esencial del contrato no produce, *per se*, la necesidad de integrar ese contrato. La labor recaerá sobre los órganos nacionales, pues la estructura y elementos esenciales de un contrato deben ser determinados por ellos. Ahora bien, el TJUE exige que la valoración deba realizarse solo empleando parámetros objetivos; la subjetividad no puede tenerse en cuenta. En otras palabras, la subjetividad se refiere a que el predisponente no hubiera celebrado ese contrato sin la inclusión de esa cláusula.

En la mayoría de las ocasiones, cuando se trata de elementos esenciales de un contrato, los derechos nacionales no suelen contar con normas de carácter supletorio. Esto es coherente con el sistema de Derecho privado de contratos, pues se presume que las partes suelen negociar los elementos más esenciales. Sin embargo, esta visión del Derecho, que concordaba con la realidad del momento de la promulgación del Código civil, ha cambiado debido a la contratación en masa.

Con lo cual, en la actualidad existe un fenómeno de “lo tomas o lo dejas”, no dando lugar a oportunidad de negociación cuando de una relación B2C se trata. Esto supone que, salvo casos muy aislados, en caso de que un elemento esencial no sea transparente y se aprecie abusividad, no exista Derecho supletorio al cual acudir. Sin embargo, la primera cuestión a responder no es si existe Derecho supletorio, sino a si ese contrato, jurídicamente, puede subsistir a pesar de la expulsión de un elemento esencial del contrato.

### *V.3.B. Aplicación de la doctrina del TJUE al derecho nacional*

Conviene para ello tener en cuenta lo que dispone el art.1740.3 del CC, en ese precepto se dice: “El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”. De este artículo se extraen varias interpretaciones posibles. La primera de ellas quizás pueda resultar la más compleja, pero contaría con el soporte de la doc-

trina del TJUE. La variable consiste en que el préstamo podría subsistir, a pesar de eliminarse la cláusula que establece los intereses remuneratorios. El sentido de esta apreciación surge del propio CC cuando contempla que, por su naturaleza, el préstamo no consiste en una cesión de capital que deba retribuirse esencialmente. Esta aproximación es congruente, por cuanto respetaría un criterio puramente objetivo, el cual, según el TJUE, debe seguirse en estas situaciones<sup>21</sup>. Por otro lado, si esa interpretación es posible, también supondría reforzar uno de los objetivos, mencionados en materia de préstamo por parte del TJUE. Y es que conviene tener en cuenta: *“el juez nacional adopte, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato controvertido podría provocar, en particular debido a la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente a este”*<sup>22</sup>.

Es cierto que todavía las entidades podrían alegar varios argumentos a su favor. El primero de ellos es el uso bancario, de modo que podrían argumentar que el cobro de intereses, por parte de las entidades bancarias tiene, por el transcurso del tiempo y la repetición, naturaleza de uso con carácter normativo. Sin embargo, el TJUE ha sido reacio a aceptar como Derecho supletorio el recurso a las disposiciones nacionales de carácter general. Disposiciones estas que tal y como expresa el TJUE, en ocasiones, podrían recurrir a los usos o a la equidad<sup>23</sup>. Ahora bien, el lector atento habrá observado que la integración y subsistencia son dos planos diferentes. Es cierto, pero el denominador común radica en el proceder de ambos casos. En el primero, se intentaría analizar el objeto principal del contrato debido a la posible flexibilidad que ofrece el art.1740.3 del CC, recurriendo a los usos normativos<sup>24</sup>. En el segundo caso, los usos servirían para evitar la nulidad del contrato debido a la expulsión de una cláusula que regula un elemento esencial (según el derecho nacional). En consecuencia, los usos servirían en ambos casos para dirimir una controversia. Respecto del segundo caso, es claro que el TJUE se opone; quedaría por ver cuál sería su respuesta ante el dilema que plantea la primera incógnita.

La segunda argumentación a favor de la entidad bancaria podría consistir en que, en el art.1740.3 del CC, al elegirse la cesión de un capital mediante retribución, supone que en el préstamo el interés cobre la naturaleza de esencial, no subjetiva, sino objetiva por cuanto la verdadera causa del contrato sería la cesión de un capital a cambio de su devolución, pero con unos intereses. Este parece un argumento de peso; sin embargo, si se interpretara de forma literal la doctrina del TJUE, todo debe reconducirse a la estructura que tiene el contrato en el ordenamiento jurídico. De este modo, a diferencia de otros contratos, como el arrendamiento, la esencialidad del préstamo no se basaría en que exista una retribución a cambio de un capital. Por lo tanto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, los tribunales nacionales podrían interpretar que, desde un punto de vista objetivo y conforme a la estructura de este contrato en el Código Civil, es posible que subsista si se declara la abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios.

El último punto que podría analizarse es el relativo al objeto del contrato. Desde un punto de vista técnico, tampoco parecería que, si se eliminase la cláusula de intereses remuneratorios, el contrato quedaría sin objeto. Nuevamente,

conviene rememorar la posición con la que mira el TJUE a la parte general del derecho de obligaciones y contratos cuando de integración se trata.

#### V.4. ABUSIVIDAD DIRECTA

##### V.4.A. Principales consideraciones

Hay que tener en cuenta que la falta de transparencia material constituye un argumento para apreciar la abusividad de la cláusula enjuiciada<sup>25</sup>. Lo anterior podría llegar a calificarse como una abusividad ponderada.

Sin embargo, aunque parece que de la doctrina del TJUE, nada impediría que constituyese una abusividad directa<sup>26</sup>, existe un camino a seguir. Es decir, el TJUE viene manteniendo que, en el caso de que una cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato no sea transparente, corresponderá realizar el juicio de abusividad. Basta apreciar que, en ambas sentencias objeto de análisis, el TS manifiesta lo siguiente: *“la falta de transparencia de la cláusula relativa a la TAE, valorada junto con las cláusulas relativas al sistema de amortización, el anatocismo y la escasa cuota mensual, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los riesgos significativos que entraña dicho sistema de amortización, no puede compararla oferta con las de otros sistemas de amortización y se compromete en un contrato que puede tener para él graves consecuencias pues puede terminar siendo lo que hemos venido en llamar un «deudor cautivo» y el Banco de España denomina «efecto bola de nieve»<sup>27</sup>”*.

Se llama la atención y subrayan estas manifestaciones por varios motivos. El primero de ellos es que el peso relevante de la falta de transparencia parece residir en el sistema de amortización. Es cierto que a la opacidad de este sistema colabora, evidentemente, el anatocismo y las escasas cuotas que suelen abonarse en estos contratos. En realidad, los consumidores, en materia de créditos, suelen comparar las TAEs. De modo que, si esta es clara, basta con acudir y comparar a lo que ofrece la competencia. Pero existe un problema en esta ecuación, los consumidores pueden comparar ofertas, pero la competencia suele ofrecer las mismas TAEs; en realidad, no varían significativamente de una entidad a otra. ¿Por qué se afirma esto? Porque gran parte de las personas que optan por esta modalidad crediticia lo hacen debido a que, por sus condiciones personales, no pueden optar a otras modalidades de financiación más razonables.

Se pretende evidenciar este por las siguientes razones. Si bien se ha planteado la analogía con las cláusulas suelo y multdivsa, existen diferencias sustanciales que deben considerarse. En las cláusulas suelo, el efecto de su inclusión consiste en convertir un préstamo variable a cuasi-fijos. Es decir, lo que ha sucedido es que se han contravenido las expectativas del consumidor; pues no esperaba que su préstamo variable, en virtud de una cláusula, se convirtiera a fijo. Entonces, las similitudes con el *revolving* no serían tantas, salvo que se dijera que el punto común de ambos casos consiste en ocultar riesgos económicos relevantes para el consumidor. Pero las diferencias pudieran ser las siguientes:

Mientras que en la cláusula suelo, de haberse informado y explicado el papel de dichas cláusulas en la economía del contrato, quizás el consumidor hubiera optado por un préstamo a tipo fijo o buscado una alternativa a tipo variable, pero sin cláusula suelo. Al contrario, en un crédito *revolving*, al ver restringidas el consumidor sus posibilidades de financiación, si se le hubiera explicado correctamente el funcionamiento del sistema de amortización, su decisión pudo haber sido otra. Esto se debe a que, desde un punto de vista del coste de oportunidad, al ver reducidas sus alternativas en el mercado, su opción racional hubiera sido optar por cuotas que cubrieran tanto el capital dispuesto como los intereses a pagar.

En los contratos de préstamo referenciados a multdivisa, el consumidor suele considerar la oferta como atractiva al percibir que abonará un interés inferior en comparación a otras alternativas. Sin embargo, el riesgo no percibido en estos casos, debido a que no se incluyó información, consiste en el impacto de la devaluación de la moneda nacional frente a la divisa en la que se debe reembolsar el capital prestado. Al ser un préstamo y, normalmente, al obtenerlo estas personas con mejores condiciones que las que recurren al crédito, de haberse informado precontractualmente, de forma adecuada, otro comportamiento pudiera haber tenido el consumidor.

En otros términos, el consumidor podría evaluar racionalmente si asumir un nivel de aversión al riesgo de tal magnitud resulta proporcionado a su situación personal o si, por el contrario, resulta más conveniente optar por alternativas de financiación disponibles en el mercado que, si bien conllevan tipos de interés nominalmente superiores, ofrecerían mayor seguridad al eliminar la exposición al riesgo cambiario, lo que las haría más beneficiosas en perspectiva temporal por su menor riesgo asociado.

Nótese que el denominador común tanto en cláusulas suelo como en multdivisa consiste en la posibilidad de recurrir a alternativas. Por el contrario, en el crédito *revolving* esto es más difícil, sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, los riesgos pueden paliarse. Esto quiere decir, podría desaparecer lo que se conoce como bola de nieve, haciendo un uso prudente de este crédito y optando por cuotas altas.

El problema observado en estas sentencias radica en que, al expulsar directamente esas cláusulas por falta de transparencia, se apartan del sistema de evaluación de las cláusulas abusivas establecido por la doctrina del TJUE. Hay un inciso clave en estas dos sentencias, y radica en que se mantiene: *“Sin embargo, en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles, esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, o incluso puede indicar su carácter abusivo”*. El TS con esta afirmación vendría a reconocer que, en algunas ocasiones, la falta de transparencia podría conducir a una abusividad directa.

No obstante, en la doctrina del TJUE, al menos según el conocimiento que alcanza del autor del presente análisis, no se constata ninguna STJUE en la cual se asevere que la falta de transparencia conduce a una abusividad directa. En los casos en los cuales el TJUE analiza supuestos de hecho que encajan en el art.4.2 de la Directiva 93/13, siempre alega, lo cual parece coherente con la redacción del precepto, que ante una falta de transparencia corresponderá realizar el juicio de abusividad. Lo más parecido a la expresión realizada por el TS, si bien en relación

con el art.3 y 5 de la Directiva 93/13, se encuentra en la STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15 (Verein für Konsumenteninformation). En el considerando sesenta y ocho de esta sentencia se estipula: *“En particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13”*.

Si se analizan y comparan ambas frases, la STJUE citada coincidiría con la última afirmación del TS. En efecto, los verbos resultar (TJUE) e indicar (TS) parecen sugerir que la falta de transparencia es suficiente para que exista abusividad. No obstante, desde una perspectiva estrictamente normativa, no hay que caer en un equívoco; mientras el TS se refiere al art.4.2 de la Directiva 93/13, el TJUE basa su argumentación en el al art.5 de la Directiva 93/13.

Menor carga valorativa tendría la circunstancia por la cual dice el TS que la falta de claridad puede contribuir. La diferencia en este último caso sería que la falta de transparencia sería un factor para tener en cuenta de cara al juicio de abusividad; en el caso anterior, sugiere que da lugar a la abusividad directa. Lo interesante de esta valoración del TS es que, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, en ninguna cuestión prejudicial resuelta por el TJUE se encuentran afirmaciones equivalentes respecto del art.4.2 de la Directiva 93/13. A modo ilustrativo, en la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23 (Kutxabank), aparece una expresión que podría asimilarse al “puede contribuir” mencionado por el TS.

Se dice entonces en el considerando ciento diez de esa sentencia: *“Asimismo, la transparencia de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva. No obstante, del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no puede conferirle, por sí sola, carácter abusivo”<sup>28</sup>*.

Del anterior extracto varios son los puntos que merecen ser resaltados. En primer lugar, se aproxima la transparencia del art.5 y el 4.2 de la Directiva 93/13, ya que en ninguno de los dos casos la falta de transparencia daría lugar a la abusividad directa<sup>29</sup>. En segundo lugar, que al haberse apartado de la doctrina del TJUE, el TS parece haber elevado la protección al consumidor; al admitir que, en determinados casos, una falta de transparencia puede dar lugar a una abusividad directa.

En verdad, el sentido propio de la transparencia se encuentra en los casos recogidos del art.4.2. En principio, por varias razones, pues los supuestos a los que se refiere el art.5 caen bajo el paraguas de la protección del control de abusividad. Ahora bien, podría ser que una cláusula no sea abusiva, sin embargo, oscura y, por ende, sería necesario interpretarla en contra del predisponente. Ese debería ser el sentido del art.5, pues si bien la transparencia en las cláusulas accesorias permitiría una mayor comprensión del contrato, lo relevante sobre estas es la protección directa hacia el consumidor. El argumento es nítido, pues ningún consumidor perspicaz lee o se interesa por las cláusulas de contenido accesorio. Se basa también en la propia importancia que les otorga a esas cláusulas, pues lo normal es fijarse en los elementos más esenciales. Lo anterior podría dar lugar a que se espera una mayor transparencia cuanto más importancia desde un punto de vista y económico tenga la estipulación en el contrato. Es más, el propio TJUE, a diferencia del art.4.2, cuando se refiere directamente al art.3, dice que: *“No obstante,*

*aun admitiendo que la información general obtenida por el consumidor antes de celebrar un contrato satisfagan las exigencia de claridad y transparencia que impone el artículo 5 de dicha Directiva, ello no permite por sí solo excluir el carácter abusivo de una cláusula como la controvertida en el procedimiento principal<sup>30</sup>".*

#### V.4.B. Alcance del art.5 y 4.2 en la Directiva 93/13

La emblemática STS 155/2013 de 9 de mayo introdujo la distinción entre transparencia material y formal. El argumento se basaba en una clara distinción entre dos preceptos, tanto del ámbito nacional como de la Directiva 93/13. Desde el punto de vista del Derecho nacional, la citada sentencia, analizando la transparencia formal (control de inclusión), remite a la LCGC. Dos preceptos son claves de la LCGC, el art.5 que coincidiría con el art.5 de la Directiva 93/13 y el art.7. Este último precepto no tiene un equivalente en la Directiva 93/13, pues en el art.5, a diferencia del precepto nacional de la LCGC, no se establece que las cláusulas que no sean claras desde un punto de vista gramatical no se incorporarán. Al contrario, únicamente tiene como consecuencia, según el art.5 de la citada Directiva, que dicha oscuridad no beneficiará al predisponente. De este modo, lo anterior se completa con que se tendrá que realizar la interpretación más favorable para el consumidor.

Entiéndase que el recurso a la interpretación únicamente corresponderá si la cláusula no es abusiva. Pues no tendría ningún sentido interpretar una cláusula, que no es clara gramaticalmente y que genera una oscuridad, si un Tribunal interpretase que de su contenido se deduce que es una cláusula abusiva.

El problema de la LCGC y el sistema empleado, bien intencionado, choca con la Directiva 93/13, por varios motivos. El primero de ellos el de la propia oscuridad, pues qué papel tendrá el art.6.2 de la LCGC si se supone, según el art.7.B de la LCGC, que las condiciones oscuras no se incorporan. Parece que hubiera sido más sencillo haber seguido el camino de la Directiva y únicamente sostener que no podrán beneficiar al predisponente, de modo que se tuviera que llevar la interpretación más favorable para el adherente.

Sin embargo, para lo que se va a explicar a continuación, conviene tener en cuenta un detalle. El art.5 de la LCGC, cuyo equivalente, como se expuso anteriormente, es el art.5 de la Directiva 93/13, en derecho español, se aplica tanto a relaciones B2B como B2C. Con lo cual, parece haber sido lógico que el TS pretendiera diferenciar entre una transparencia formal y otro material.

El auténtico núcleo problemático radica en que la Directiva 93/13 no establece una diferenciación sustancial entre la transparencia del art.4.2 y del art.5. Al contrario, parece atribuirle una identidad conceptual. Para defender entonces que la transparencia del art.4.2 y del art.5 son iguales, pero difieren en el objeto, resulta más que pertinente hacer uso de la propia jurisprudencia del TJUE.

Comenzando por la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (Kásler), tres son los considerandos donde la claridad gramatical del art.4.2 y del art.5 se equiparán. Se dice entonces en los considerandos sesenta y seis a sesenta y nueve:

*"66 Si, teniendo en cuenta ese principio de interpretación conforme así delimitado, el tribunal remitente llegara a considerar que la disposición nacional para*

la transposición del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva puede entenderse en el sentido de que incluye la exigencia de redacción clara y comprensible, se plantearía en segundo término la cuestión del alcance de esta exigencia.

67 Se ha de constatar que esa misma exigencia figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas «siempre» de forma clara y comprensible. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 puntualiza en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato. 68 De ello se sigue que esa exigencia de redacción clara y comprensible se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva.

69 De ello resulta también que esta exigencia, tal como se enuncia en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva”.

Frente a posibles objeciones doctrinales que califiquen estas interpretaciones como decisiones aisladas, resulta necesario demostrar la existencia de una línea jurisprudencial consolidada del TJUE. A continuación, se sistematizan pronunciamientos clave que radican en la unidad conceptual y diversidad funcional de los arts.4.2 y 5 de la Directiva 93/13: STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15 (Gutiérrez Naranjo), considerando 50; STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C186/16 (Andriciu), considerando cuarenta y cinco; Auto de 22 de febrero de 2018, asunto C119/17 (Lupean), considerando veintitrés; Auto de 22 de febrero de 2018, asunto C126/17 (ERSTE Bank), considerandos veintinueve y treinta y cinco; STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C448/17 (EOS KSI), considerando sesenta y uno; STJUE de 5 de junio de 2019, asunto C38/17 (Budai), considerandos treinta y treinta y dos; STJUE de 3 de septiembre de 2020, asuntos C84/19, C222/19 y C252/19 (Credit Polska), considerando setenta y dos; STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C224/19 y C259/19 (Caixabank), considerando sesenta y seis, STJUE de 10 de junio de 2021, asunto C609/19 (BNP Paribas), considerando cuarenta y dos. Especial atención merece la STJUE de 18 de noviembre de 2021, asunto C-212/20 (MP y BP), considerandos treinta y siete y ocho:

“En el presente asunto, si bien es cierto que, en la primera parte de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la exigencia de una redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, tal como prescriben los artículos 4 y 5 de la Directiva 93/13, el litigio principal no se refiere ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, de modo que debe entenderse que la primera parte de la primera cuestión prejudicial se refiere únicamente a la interpretación del requisito de transparencia establecido en el artículo 5 de la citada Directiva.

38 A este respecto, procede señalar que, en cualquier caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, por una parte, que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4,

*apartado 2, de esa Directiva (véase, en ese sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C125/18, EU:C:2020:138, apartado 46) y, por otra parte, que la exigencia que se enuncia en esa disposición tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de la misma Directiva (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 69").*

Muy útil, para lo que aquí interesa, puede resultar la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23 (SIA A y C). Mediante la tercera cuestión prejudicial se pregunta si una cláusula que establece una retribución por unos servicios entra o no dentro de las limitaciones que establece el art.4.2 de la Directiva 93/13 respecto el control de cláusulas abusivas. La respuesta por parte del TJUE es afirmativa, salvo que el Tribunal nacional apreciase otra cosa. Pero lo curioso llega en la pregunta que se formula mediante la cuarta cuestión prejudicial. El Tribunal remite pregunta si dicha cláusula es clara y comprensible, pero no sobre la base del art.4.2 sino el 5 de la Directiva 93/13. El TJUE responde a esta pregunta, equiparando ambos preceptos desde un punto de vista de la transparencia, pues recuerda en sus considerandos sesenta y nueve y setenta que ambos preceptos exigen una transparencia que vaya más allá del plano formal y gramatical.

Y el TJUE acaba respondiendo a la pregunta formulada, haciendo alusión a la claridad gramatical del art.5, a pesar de que en la anterior pregunta respondiera que una cláusula de ese estilo forma parte del art.4.2. Y lo hace así porque ambas transparencias, para el TJUE, tienen el mismo alcance. Cosa distinta que, a pesar de haber respondido sobre la base de ese precepto, si se aprecia la falta de transparencia, salvo que se interpretara que en ese momento la protección en Letonia era más elevada, correspondería el juicio de abusividad.

Como se ha podido observar, en ningún momento el TJUE ha aseverado que el alcance, en materia de transparencia, difiera entre ambos preceptos. Cosa distinta es que cabe esperar o exigir una mayor transparencia, según la importancia que tenga la cláusula en el contrato. Pero ese detalle ya se explicó más arriba.

El problema consiste en dónde se concibe al control de transparencia. Según quien suscribe este comentario, el control de transparencia forma parte del control de inclusión, al menos, de lo que se puede deducir de la doctrina del TJUE. La diferencia estribaría en qué procede realizar una vez apreciada la falta de transparencia en ambos casos. En el supuesto del art.5 de la Directiva 93/13, salvo que un estado miembro quiera elevar la protección, correspondería realizar una interpretación *contra proferentem*. Elevar la protección hubiera sido, por ejemplo, como en el caso español, no llevar a cabo su incorporación. Pero ese hecho dejaría fuera del juego a la interpretación de las cláusulas oscuras. Por otro lado, pudiera ser que en ocasiones la no incorporación no fuera lo deseable, sino que beneficiara más al consumidor una interpretación *contra proferentem*. Siempre y cuando, antes de interpretar esa cláusula oscura, no se observe que es una cláusula abusiva; pues si se produce esto, prevalecerá la expulsión frente a una interpretación más beneficiosa.

Observadas, así las cosas, el art.4.2, ante una falta de transparencia, salvo el detalle mencionado para las cláusulas accesorias, no correspondería su interpretación, sino su enjuiciamiento según el parámetro de cláusulas abusivas. Ahora bien, ese posterior juicio de abusividad, puede dar lugar a lo que se pretendía evitar mediante la redacción del art.4.2. Según se ha dicho, el TJUE mantiene que

para apreciar la abusividad en estos casos, dos preguntas son fundamentales. La primera cuestión se refiere a la buena fe, y plantea qué debe hacer el empresario desde un punto de vista objetivo. La segunda, en relación con el desequilibrio, se resuelve recurriendo al Derecho supletorio.

Debe notarse que cuando se habla de elementos esenciales del contrato, en la mayoría de los casos no existe Derecho supletorio. ¿Entonces con qué se va a comparar? Parece que no hay una única opción, pues en ocasiones la abusividad vendría de la falta de comunicación de información, lo cual supone que un consumidor medio no pudiera conocer los riesgos de ese contrato. En cambio, resulta curioso que en materia de IRPH se invitara a comparar con otros índices del mercado. ¿No consiste ese proceder en una comparación de precios? Esa invitación puede observarse en la STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22 (Banco Santander), considerando sesenta y cinco. También, en materia de IRPH, considerando ciento catorce, ciento treinta y uno a ciento treinta y tres, también ciento treinta y cinco y cuarenta, de la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23 (Kutxabank)<sup>31</sup>.

Parecería que sería más preciso que, en materia de elementos esenciales, ante la falta de transparencia se produzca directamente la no incorporación de la cláusula en cuestión. Ese parece que es el camino seguido por la reforma introducida en el art.83.2 del TRLGDCU. Sin embargo, el TS no ha interpretado todavía este precepto. Ahora bien, a modo de *obiter dictum*, en la STS 121/2020 de 24 de febrero se ha dicho que: *“Ahora bien, teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRL-CU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad”*. Reforma esta, e interpretación, que de darse, solucionaría los problemas señalados anteriormente.

A la construcción que se propone, en la cual se equipara el alcance de la transparencia entre el art.5 y 4.2, con algunas posibles matizaciones, es útil recurrir a la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (Van Hove). Yendo a lo que aquí interesa, el objeto del debate es una cláusula que dice: *“volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no”*. Varios puntos merecen ser resaltados. En primer lugar, al pronunciarse sobre la cláusula que contiene dicha expresión, el TJUE afirma en su considerando treinta y seis que tal cláusula, en principio forma parte del objeto principal del contrato. Ahora bien, matiza que corresponderá al Tribunal remitente apreciar dicha cualidad. En el considerando cuarenta y tres, aprecia que la cláusula es clara desde un punto de vista gramatical<sup>32</sup>. Si se ha sostenido que el alcance entre el art.4.2 y 5 de la Directiva 93/13 es diferente, pues el primero se refiere a transparencia material, mientras que el segundo se reduce a una transparencia formal, el considerando cuarenta y nueve de esta sentencia explicaría todo lo contrario.

Se estipula en ese considerando, que de considerar el Tribunal que dicha cláusula no forma parte del objeto principal del contrato, conforme al art.4.2 de la Directiva 93/13, queda todavía otro cauce. Y dice el TJUE: *“procede recordar que, en virtud del artículo 5 de dicha Directiva, cuando la redacción de una cláusula contractual no sea clara, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”*. Ahora bien, si anteriormente afirmó que la cláusula es clara desde un punto de vista gramatical, aquí podría existir una contradicción. Sin embargo, la lectura correcta supone que se refiere a que si la cláusula no encaja en el art.4.2, en

virtud del art.5, a pesar de su claridad gramatical, al no ser clara desde un punto de vista de la transparencia material, corresponde aplicar la interpretación *contra proferentem*.

## VI. CONCLUSIONES

- I. Las STSs 154 y 15 de 2025, de 30 de enero, desplazan el foco de atención en los créditos *revolving*, trasladándolo de la LU al control de transparencia. Esta nueva orientación jurisprudencial centra su análisis de la cláusula de intereses remuneratorios, vinculándola principalmente con el sistema de amortización que rige este tipo de créditos. Asimismo, la doctrina de estas sentencias refuerza la necesidad de interrelacionar cláusulas para determinar su posible falta de transparencia material.
- II. De la doctrina del TS, a diferencia de la del TJUE, se deduce que existen situaciones en las cuales una falta de transparencia material puede dar lugar a una abusividad directa. En otras palabras, mientras el TJUE exige que, ante una falta de transparencia en elementos esenciales, se realice siempre un análisis de la abusividad de dichas cláusulas. Ahora bien, el TJUE tiene en cuenta que la falta de transparencia constituye un elemento para tener en cuenta para apreciar la abusividad de una cláusula que incorpore un elemento esencial. Sin embargo, la jurisprudencia del TS permite y sugiere dos vías: una más restringida, la cual supone tener en cuenta la falta de transparencia para la posible abusividad y, la otra, la abusividad directa por falta de transparencia.
- III. La subsistencia del contrato de crédito *revolving*, al igual que otras modalidades contractuales, debe analizarse conforme a la doctrina del TJUE mediante un prisma de carácter objetivo. Esto supone de conformidad con el art.1740 del CC, la posibilidad de que el contrato de crédito *revolving*, una vez expulsada la cláusula relativa a los intereses retributivos, pueda subsistir sin necesidad de integración (si es que existiera Derecho supletorio respecto de este aspecto).
- IV. La jurisprudencia del TJUE, en relación con la Directiva 93/13 y los arts.4.2 y 5 de dicha norma, ha permitido extraer una serie de conclusiones de gran relevancia respecto al alcance del concepto de transparencia. A raíz de este análisis se ha extraído una identidad conceptual de la transparencia en la Directiva 93/13. Puede decirse que no existe una diferencia sustancial entre ambos casos, pues en uno y otro supuesto la exigencia de transparencia va más allá del plano formal y gramatical. Este hecho supone que la construcción del Derecho español no sea del todo coherente, no solo por la interpretación jurisprudencial llevada a cabo hasta el momento, sino también por la propia configuración de la LCGC. A diferencia de la Directiva 93/13, en la LCGC, ante una falta de transparencia de carácter formal, parece que dos consecuencias son posibles: una la no incorporación y, la segunda una interpretación *contra proferentem*. En cambio, en la Directiva 93//13 se optó por una única

solución, algo más lógico pues si una cláusula no esencial es oscura, corresponderá su interpretación en contra del predisponente.

- V. Lo anterior puede llegar a acercar ambos conceptos de transparencia e incluso a aseverar que el llamada control de transparencia material forma parte del control de inclusión. Sin embargo, conforme a la doctrina del TJUE es difícil constatar tal hecho, por cuanto si bien hay una coincidencia respecto su alcance, con ciertos matices, también hay una serie de diferencias. Cuando se habla del control de transparencia del art.5 de la Directiva 93/13, su carestía supone una interpretación en contra del predisponente, siempre y cuando no se apreciase que la cláusula es de por sí abusiva. Podría decirse entonces que respecto de las cláusulas que encajan en el art.5 de dicha Directiva, el primer control sería el de abusividad. De aquí varias son las situaciones que pueden suceder. La primera, que la cláusula en cuestión sea abusiva. La segunda, que se dicte la abusividad, habiéndose tenido en cuenta que dicha cláusula no era transparente. Por último, que la cláusula, incluso a pesar de su falta de transparencia, no sea abusiva; en este caso se procedería a aplicar la interpretación *contra proferentem*.
- VI. Sin embargo, a diferencia del art.5, las cláusulas que encajan en el objeto del art.4.2 de la Directiva 93/13, no pueden ser objeto de control directo de abusividad. Aquí, al menos conforme a la doctrina del TJUE, la falta de transparencia implicaría un control de abusividad, en el cual la transparencia puede ser un factor para tener en cuenta.
- VII. Como se ha observado, hay ciertas coincidencias, pero también diferencias que permiten afirmar que ambos casos no coinciden al cien por cien en su alcance y naturaleza. La diferencia sustancial, al menos en Derecho español, puede constituirlo el art.83.2 del TRLGDCU, el cual puede dar lugar a la nulidad de cláusulas esenciales por falta de transparencia. Esto supondría coincidir con la consecuencia de la falta de transparencia en elementos no esenciales, los cuales se entiende que no quedarán incorporados al contrato.

## VII. JURISPRUDENCIA

### TJUE:

- STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23 (SIA A y C)
- STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23 (Kutxabank)
- STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto C714/22 (Profit credit Bulgaria)
- STJUE de 23 de noviembre de 2023, asunto C-321/22 (Provident Polska)
- STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22 (Banco Santander)
- STJUE de 12 de enero de 2023, asunto C395/21 (DV y MA)
- STJUE de 31 de marzo de 2022, asunto C472/20 (PN)
- STJUE de 18 de noviembre de 2021, asunto C-212/20 (M.P y B.P.)
- STJUE de 10 de junio de 2021, C-609/19 (BNP Paribas)
- STJUE de 29 de abril de 2021, asunto C-19/20 (Banca BPH)
- STJUE de 25 de noviembre de 2020, asunto C-269/19 (Banca B)

- STJUE de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C84/19, C222/19 y C252/19 (Profit credit)
- STJUE 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C224/19 y C259/19 (Caixabank)
- STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C.260718 (Dziubak)
- STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 (Abanca y Bankia),
- STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17 (EOS Ksi)
- STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 (OTP Bank)
- Auto de 22 de febrero de 2018, asunto C-119/17 (Petru Lupean)
- Auto de 22 de febrero de 2018, asunto C126/17 (ERSTE Bank)
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (Andriciuc)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15 (Gutiérrez Naranjo)
- STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15 (Verein für Konsumenteninformation)
- STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-438/14 (Bucura)
- STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (Van Hove)
- STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (Matei)
- STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (Kásler)
- Auto del TJUE de 3 de abril de 2014, asunto C342/13 (Katalin Sebestyén)
- Auto de 3 de abril de 2014, asunto C342/13 (OTP Bank)
- STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10 (Invitel)
- STJUE de 12 de marzo de 2012, asunto C-453/10 (Pereničová y Perenič)

TS:

- STS 155/2025 de 30 de enero
- STS 154/2025 de 30 de enero
- STS 121/2020 de 24 de febrero
- STS 155/2013 de 9 de mayo

## NOTAS

<sup>1</sup> En adelante, LU.

<sup>2</sup> A partir de ahora, Directiva 93/13.

<sup>3</sup> En adelante, TRLGDCU.

<sup>4</sup> En adelante, LCU.

<sup>5</sup> A partir de ahora, LCGC.

<sup>6</sup> Basta tener en cuenta que este precepto no se refiere a la información que debe aparecer con la oferta y que se dirige a una pluralidad de sujetos. El artículo se enfoca a la información a proporcionar a un sujeto decidido a contratar.

<sup>7</sup> En adelante, Directiva 48/2008. Para el futuro, y a modo de orientación, conviene tener en cuenta que la nueva Directiva 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE, en su Anexo IV contiene un cuadro de correspondencias respecto de la anterior Directiva. Es útil por cuanto permite visualizar preceptos equivalentes entre ambas Directivas y, por otro lado, nuevos preceptos.

<sup>8</sup> La puesta en relación de una cláusula con otras para apreciar su falta de transparencia no se trata de una situación novedosa en la doctrina del TJUE. Puede citarse, a modo de ejemplo, el considerando cuarenta y uno de la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (Van Hove).

<sup>9</sup> La norma parece dar a entender que la información a suministrar, mediante el documento de Información Normalizada Europea, no es suficiente. Para ello, en el art.33 ter establece un conjunto de obligaciones con relación a la información precontractual a proporcionar.

<sup>10</sup> En el considerando cuarenta y nueve de la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (Kásler), se menciona qué debe entenderse por elementos esenciales a efectos del art.4.2 de la Directiva 93/13. El concepto, según esta STJUE, debe reconducirse a las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan.

<sup>11</sup> STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (Matei), considerandos cuarenta y nueve, cincuenta y cuatro y sesenta y seis.

<sup>12</sup> Idea esta que también coincidiría con la doctrina expuesta en STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (Andriuciu), considerandos treinta y cinco y treinta y seis. Aunque exista alguna jurisprudencia del TJUE, de la cual parece que pueda extraerse que, para determinar el objeto principal del contrato, debería tenerse en cuenta la percepción, de un consumidor medio respecto de esa cláusula. En otras palabras, si este pudiera entender si se trata de un elemento esencial. Véanse los considerandos setenta y cuatro y setenta y cinco de la STJUE de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C84/19, C222/19 y C252/19 (Profit credit). No debería seguirse y extraerse una interpretación del género, sino que la esencialidad debe determinarse mediante parámetros objetivos. Qué debe entenderse por elementos esenciales dependerá, en gran medida, de la interpretación que se quiera dar al art.4.2 de la Directiva 93/13. Una interpretación restrictiva supondrá tener por elementos accesorios aquellos que, conforme a la doctrina actual del TJUE, están sustancialmente unidas a los elementos esenciales del contrato.

<sup>13</sup> Para establecer esta distinción, se ha pretendido tener en cuenta, según establece el TJUE, la naturaleza, la configuración general y todas las estipulaciones del contrato, así como el contexto jurídico y fáctico (véase, en este sentido, el asunto Kásler, mencionado *ut supra*, apartados 50 y 51). No se ha tomado como base un contrato específico, sino la experiencia acumulada en la materia. Sin embargo, lo más útil sería analizar un contrato determinado y proceder a un estudio más detallado de los requisitos exigidos por el TJUE.

<sup>14</sup> Esto se deduce de la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17 (EOS Ksi). En su segunda cuestión prejudicial, el TJUE da respuesta a lo ocurrido en un crédito al consumo que no expresa la TAE del contrato. Es decir, en el contrato enjuiciado, la entidad únicamente estableció una ecuación matemática de cálculo de esa TAE, pero no proporcionó

los elementos necesarios para realizar dicho cálculo ni mencionó el tipo de interés resultante. De modo que el TJUE, en el considerando sesenta y seis, asimila esta situación a una en la cual no se indica la TAE. Se apunta también un dato relevante en esta sentencia, y es que en materia de transparencia cuando de elementos esenciales se trate, el Tribunal deberá tener en cuenta todas las obligaciones en materia de información, que deriven del Derecho de la Unión, resulten aplicables a ese contrato y a relaciones con consumidores. Véase el considerando sesenta y dos de la STJUE de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C84/19, C222/19 y C252/19 (Profit credit).

<sup>15</sup> Para ello, resulta más que pertinente tener en cuenta la publicidad y la información suministrada por el prestamista en el contexto de la negociación; pero lo anterior no podría entenderse sin el nivel de atención que cabe esperar de un consumidor medio, atento y perspicaz teniendo en cuenta lo anterior. Considerando sesenta y ocho, STJUE 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C224/19 y C259/19 (Caixabank).

<sup>16</sup> Factor este que se desprende de forma nítida de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (Andriuc), considerando cuarenta y siete.

<sup>17</sup> Idea esta que vuelve a repetirse en el considerando dieciocho del Auto de 22 de febrero de 2018, asunto C-119/17 (Petru Lupean). O también en el considerando treinta y cinco de la STJUE de 10 de junio de 2021, C-609/19 (BNP Paribas). *Idem*, considerando sesenta y uno, STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto C714/22 (Profit credit Bulgaria).

<sup>18</sup> STJUE de 29 de abril de 2021, asunto C-19/20 (Banca BPH), considerandos ochenta y uno a noventa. También STJUE de 23 de noviembre de 2023, asunto C-321/22 (Provident Polska), considerandos ochenta y dos y tres. En el considerando ochenta y seis de la última sentencia citada en esta nota, se pone de manifiesto que: *“Por consiguiente, a menos que la determinación según un enfoque objetivo de las consecuencias que, con arreglo al Derecho nacional, deban extraerse de la declaración del carácter abusivo de una cláusula por lo que respecta al mantenimiento o no del contrato en el que se inserta no deje ningún margen de apreciación ni de interpretación al juez nacional, este no podrá declarar la nulidad de ese contrato si la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva puede restablecerse dejando, al mismo tiempo, subsistir dicho contrato”*.

<sup>19</sup> Considerando setenta y dos de la STJUE de 18 de noviembre de 2021, asunto C-212/20 (M.P y B.P.).

<sup>20</sup> STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C.260718 (Dziubak), considerando sesenta y dos.

<sup>21</sup> Pues si bien es cierto que este enfoque beneficiaría al consumidor, a su resultado no se llega tomando en cuenta sus intereses, sino siguiendo un parámetro objetivo sobre la base del precepto citado del CC. STJUE de 12 de marzo de 2012, asunto C-453/10 (Pereničová y Perenič), considerando treinta y seis.

<sup>22</sup> STJUE de 25 de noviembre de 2020, asunto C-269/19 (Banca B), considerando cuarenta y uno. Esta idea vuelve a repetirse en la STJUE de 31 de marzo de 2022, asunto C472/20 (PN). Es pertinente remitirse a los considerandos cincuenta y seis a cincuenta y nueve, donde también se adjuntan unas manifestaciones que pueden ser de interés cuando se analiza un contrato de préstamo. También puede decirse que, en la medida que el Derecho nacional posibilite una interpretación objetiva en la cual el contrato subsista, lo anterior reforzaría el efecto disuasorio.

<sup>23</sup> STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18 (Dziubak), considerando sesenta y dos. Véase también los considerandos considerando sesenta y tres y sesenta y cinco de la STJUE de 12 de enero de 2023, asunto C395/21 (DV y MA).

<sup>24</sup> De darse esta situación, y aceptarse el argumento como válido; ambas situaciones serían coincidentes por cuanto la expulsión de la cláusula da lugar a una nulidad del contrato. Nulidad esta que, si hubiera derecho supletorio, podría ser subsanada.

<sup>25</sup> De la doctrina del TJUE, cuando se refiere al concepto de transparencia, al menos en relación con el art.5.1 de la Directiva 93/13, basta destacar lo que sigue a continuación. Cuando de cláusulas que no se refieran al objeto principal del contrato o a la calidad precio, la falta

de transparencia no constituye un requisito necesario para que haya juicio de abusividad. Dicho de otro modo, que sea transparente no supone que, en todo caso, no sea abusiva. Auto del TJUE de 3 de abril de 2014, asunto C342/13 (Katalin Sebestyén), considerando treinta y cuatro.

<sup>26</sup> Dicho de otro modo, constituye una facultad de un estado miembro la decisión de elevar la protección al consumidor. Esto se traduciría en un aumento de derechos si, respecto a los elementos esenciales del contrato, la falta de transparencia equivaliese a abusividad directa, u otra denominación que se le pretenda dar pero que produzca el efecto de que dicha cláusula no vincule al consumidor.

<sup>27</sup> Salvo error propio, no se ha encontrado una STJUE en la cual se afirme que la falta de transparencia, cuando de un elemento esencial se trate, da lugar a una abusividad directa. La relación entre falta de transparencia y posible abusividad, siempre se ha hecho con relación al art.5 y el art.3 de la Directiva 93/13. Ejemplos claros, STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10 (Invitel), considerando veintiocho. O STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 (Abanca y Bankia), donde en el considerando cincuenta se establecen unos parámetros claros. Es decir, cuando se relaciona el art.3 y el 5 de la Directiva 93/13, para realizar el juicio de abusividad, se valora: la buena fe, equilibrio y transparencia. Mismo argumento en STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (Kásler), considerando cuarenta. Puede decirse que lo llamativo de estas sentencias es que tampoco se afirma, cuando se analiza el art.5 y el art.3 de la Directiva 93/13, que en estos casos una falta de transparencia daría lugar a una abusividad directa.

<sup>28</sup> Esta manifestación se reitera en el considerando cincuenta y ocho de la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23 (SIA A y C).

<sup>29</sup> Téngase en cuenta lo dicho en texto respecto de la STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15 (Verein für Konsumenteninformation).

<sup>30</sup> Considerando treinta y cuatro. Auto de 3 de abril de 2014, asunto C342/13 (OTP Bank).

<sup>31</sup> Esta idea no es novedosa y no apareció por primera vez en materia de IRPH. En la conocida sentencia Banco Primus, el TJUE ya defendió en el considerando sesenta y cinco y sesenta y siete. Muy útil, en relación con una cláusula que se refiere al precio, la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23 (SIA A). En el considerando ochenta y cuatro de esta sentencia se dice: *“también pueden tenerse en cuenta otros elementos para apreciar la existencia de un desequilibrio importante, tales como las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor a la fecha de celebración del contrato controvertido en materia de retribución en el ámbito deportivo de que se trate o las obligaciones que un consumidor razonablemente informado podría prever que se le impusieran con arreglo a esas prácticas”*.

<sup>32</sup> Las dudas sobre la falta de claridad desde un punto de vista material se exponen en el considerando cuarenta y cinco.

## 1.6. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil en el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión por críticas en contextos de crisis: manifestaciones relativas a la gestión en situación de pandemia

*Civil Liability in the Conflict Between the Right to Honor and Freedom of Expression for Criticism in Crisis Contexts: Comments on Management During a Pandemic*

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

*Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad a Distancia de Madrid*

**RESUMEN:** La reciente Sentencia 12/2025 del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de enero, exonera de responsabilidad civil a la trabajadora de una residencia de mayores a la que su director había demandado por vulneración del derecho al honor. Se resuelve un conflicto de ponderación de derechos fundamentales, el derecho al honor versus el derecho a la libertad de expresión, por las críticas en diversos medios sobre la insuficiencia de medidas de protección durante la pandemia de COVID-19. La decisión del alto Tribunal revoca la responsabilidad civil por daño moral derivado de la vulneración del derecho al honor del director del centro residencial, que había estimado la Audiencia Provincial de Jaén. En la resolución del recurso de casación se efectúa una ponderación de dos derechos fundamentales, el derecho al honor y la libertad de expresión, teniendo en cuenta su dimensión y elementos. Se establece que no existió dicha vulneración ya que la información divulgada tenía interés social debido a la crisis sanitaria, se basaba en hechos reales y no contenía expresiones vejatorias. Este trabajo examina la evolución del caso desde su resolución en primera instancia y apelación, hasta el fallo final del Tribunal Supremo, destacando los fundamentos jurídicos aplicados y las implicaciones jurídicas de esta decisión en contexto de crisis.

**ABSTRACT:** *The recent ruling 12/2025 of the Supreme Court (Civil Chamber), dated January 7, exonerates a worker from civil liability in a senior residential care center, after being sued by the center's director for violating his right to honor. The judgment addresses a conflict between fundamental rights, namely, the right to honor versus the right to freedom of expression, in the context of media criticism regarding insufficient protective measures during the COVID-19 pandemic. The Supreme Court's decision revokes the civil liability ruling for moral damages stemming from the alleged violation of the director's right to honor, which had been previously upheld by the Provincial Court of Jaén. However, in ruling on the cassation appeal, In the resolution of the cassation appeal, a balancing of two fundamental rights is carried out: the right to honor and the right to freedom of expression,, taking into account their scope and elements..The Court determined that no such violation had occurred, as the information disclosed was of public interest due to the health crisis, based on real facts, and did not include defamatory or offensive remarks. This work examines the evolution of the case from its resolution at the first-instance court and appellate stage to the Supreme Court's final ruling, highlighting the legal principles applied and the broader legal implications of this decision in the context of a crisis.*

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad civil, daño moral, derecho al honor, libertad de expresión, crisis sanitaria, residencias de mayores.

**KEYWORDS:** *civil liability, moral damage, right to honor, freedom of expression, health crisis. residential care centers.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO. II.1. SENTENCIA 1330/2022, DE 30 DE NOVIEMBRE, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN. II.2. SENTENCIA 12/2025, DE 7 DE ENERO, DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III.1. LA DIMENSIÓN DEL DERECHO AL HONOR. III.2. LA DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. III.3. LOS ELEMENTOS DE PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. III.4. PREVALENCIA FUNCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO.—IV. IMPACTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO AL HONOR. IV.1 DIFERENCIACIÓN ENTRE JUICIO DE VALOR E INFORMACIÓN FÁCTICA. IV.2. ANÁLISIS DE EXPRESIONES UTILIZADAS Y USO DE RECURSOS VISUALES.—V. RESPONSABILIDAD CIVIL EN CONFLICTOS DE HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar el conflicto jurídico entre el derecho al honor y la libertad de expresión, valorando si existe responsabilidad civil por la vulneración del derecho al honor por las declaraciones vertidas en medios de comunicación y redes sociales realizadas por una trabajadora en una residencia en una situación de crisis sanitaria, la pandemia de COVID-19. El análisis parte de la Sentencia 1330/2022 de la Audiencia Provincial de Jaén, que confirmó la condena de la demandada en primera instancia por intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Posteriormente, esta resolución fue objeto de

recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que mediante Sentencia 12/2025, de 7 de enero, revocó la condena y declaró que las manifestaciones de la demandada estaban amparadas por la libertad de expresión.

En este comentario a la resolución se analizan los fundamentos jurídicos de la sentencia a la luz de la doctrina y la jurisprudencia en torno a la ponderación de derechos fundamentales, haciendo especial hincapié en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materia de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Para ello, el análisis se estructura la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión, y la relevancia funcional en asuntos de interés público; la diferenciación entre juicio de valor e información fáctica; el análisis de expresiones utilizadas y el uso de recursos visuales en su impacto sobre el honor; y, finalmente, la apreciación de la responsabilidad civil en conflictos de honor y libertad de expresión, así como sus consecuencias jurídicas.

## II. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO

### II.1. SENTENCIA 1330/2022, DE 30 DE NOVIEMBRE, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN

El litigio se origina cuando el director de una residencia de mayores interpone una demanda contra una trabajadora, auxiliar de clínica, por las declaraciones vertidas en medios de comunicación y redes sociales durante la pandemia de COVID-19. En ellas, la demandada denunció la falta de medidas de protección para el personal sanitario y residentes, vinculando estas deficiencias con el fallecimiento de un médico del centro. El demandante consideraba que las expresiones proferidas en diversos programas y redes sociales por parte de la demandada atentaron contra su prestigio profesional y, en consecuencia, contra su derecho fundamental al honor.

La Sentencia 1330/2022, de 30 de noviembre, de la Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de Jaén confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Linares, condenando a la trabajadora a abonar 6.000 euros en concepto de indemnización derivada de la existencia de responsabilidad civil por daños morales, a la publicación del fallo en dos periódicos de difusión provincial, y a no reincidir en manifestaciones similares.

En los fundamentos jurídicos de la resolución se recoge que prevalece el derecho al honor, al considerar que las declaraciones de la demandada excedían el derecho a la libertad de expresión y que constituían imputaciones que afectaban gravemente la reputación del demandante. Se estableció que la demandada no realizó simplemente críticas genéricas sobre la falta de medios generalizadas, en el contexto de la pandemia, sino que personalizó la responsabilidad de esta situación en el director del centro, lo que se consideró lesivo para el honor del actor, al vincular directamente esta situación con el demandante.

Por otro lado, se consideró que la información difundida no tenía suficiente veracidad y que generó una corriente de opinión negativa contra el director del centro. Se argumentó que no existían pruebas suficientes de que la residencia careciera de medios de protección de manera intencionada. Además, se mencionó la exageración de las expresiones y elementos visuales. En particular, se tuvo en

cuenta que la demandada empleó recursos visuales, como presentarse con una bolsa de basura a modo de bata en sus apariciones en medios de comunicación, lo que ocasionó un mayor impacto de sus declaraciones. De este modo, la Audiencia consideró que la demandada había actuado con el objetivo de generar un impacto mediático y que sus expresiones no se correspondían con la realidad de los hechos.

Además, actuaba con notoriedad, en su condición de concejal el Excmo. Ayuntamiento de Linares, persona conocida, y que había estado al servicio de los intereses públicos del Consistorio. Se considera que se utilizaron también algunas expresiones que excedían de la crítica o de la opinión, y que se dirigían de forma indirecta al director sin mencionar su nombre como son que el geriátrico era una fortaleza, que mentían a los trabajadores, y que esperaba que rueden cabezas y destituyan, no cesen, a todos los culpables de este caos.

Debido a estas consideraciones y a la condena de la Audiencia Provincial, que estimó la existencia de un daño moral y ordenó su indemnización, la demandada interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

## II.2. SENTENCIA 12/2025, DE 7 DE ENERO, DEL TRIBUNAL SUPREMO

El recurso de casación que había interpuesto la demandada fue estimado por la Sentencia 12/2025, de 7 de enero, del Tribunal Supremo, que revocó la condena impuesta por la Audiencia Provincial. Se alegaba la aplicación del artículo 18.1 de la Constitución, los artículos 1.1 y 7.7 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, así como la doctrina jurisprudencial referente a estas disposiciones legales, y el artículo 20.1 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial sobre la relación y límites recíprocos del derecho al honor; por un lado, y el derecho a la libertad de expresión y el derecho a recibir información veraz, por otro; la disparidad de criterios en la Audiencia Provincial de Jaén respecto a casos similares; y subsidiariamente, una reducción de la indemnización y eliminación de la condena en costas.

El Tribunal Supremo estimó el recurso y revocó la condena, basándose en la primacía de la libertad de expresión en asuntos de interés general, en el contexto y en la ausencia de dolo, en la legitimidad del uso de recursos visuales en la crítica social, y en la inexistencia de intromisión ilegítima en el honor del demandante.

Respecto a la prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor, el alto Tribunal determinó que las declaraciones de la demandada tenían un interés social innegable, pues abordaban la gestión de una residencia de mayores en el contexto de una pandemia. Se concluyó que: las expresiones no contenían insultos, injurias ni descalificaciones personales directas contra el demandante; se trataba de una crítica a la gestión del centro, basada en hechos reales y en una opinión subjetiva legítima; y no se podría considerar ofensivo el hecho de que la demandada hubiera expresado su preocupación por la falta de medios de protección.

Además, el Tribunal Supremo indicó que las manifestaciones de la demandada no eran invenciones malintencionadas, sino que existía una base fáctica sufi-

ciente para las declaraciones. Se basaban en hechos constatados por informes de la Inspección de Trabajo y por la situación generalizada de desabastecimiento de material de protección durante la pandemia. Se destacó, en este sentido, que la propia Inspección había advertido deficiencias en la dotación de equipos de protección en la residencia; que otros trabajadores del centro hicieron declaraciones similares, lo que reforzaba la veracidad del testimonio de la demandada; y el hecho de que el demandante no fuera sancionado administrativamente o penalmente no significaba que la crítica a su gestión fuera ilícita.

El Tribunal analizó también el contexto en el que se hicieron las declaraciones, concluyendo que la demandada actuó dentro de su derecho a expresar su opinión sin ánimo de injuriar y con ausencia de dolo. Se reconoció que la pandemia generó un estado de alarma e incertidumbre, lo que justificaba que los trabajadores expusieran sus preocupaciones, por la escasez de medios materiales de protección con los que contaban, que provocó numerosas reclamaciones. De esta manera, se puso de manifiesto que el interés social de las manifestaciones efectuadas por la demandada era innegable y que el derecho no podía impedir que las personas expresen su opinión sobre la forma en que los poderes públicos se encontraban gestionando la crisis. Del mismo modo, se consideró que la demandada no realizó una campaña de desprestigio personal contra el director del centro, sino que sus manifestaciones formaban parte de un debate público legítimo.

Respecto al uso de recursos visuales, el Tribunal estimó que la aparición de la demandada con una bolsa de basura a modo de delantal de protección no constituía un ataque al honor del demandante, sino una forma de ilustrar su percepción sobre la falta de material. En este sentido, se destacó que la libertad de expresión protege el uso de recursos simbólicos en la crítica social y política. Además, el Tribunal consideró que no se trató de una representación exagerada, sino de una forma de denunciar una situación real.

A la luz de lo expuesto y los fundamentos jurídicos que se analizarán a continuación, el Tribunal Supremo concluyó que las manifestaciones de la demandada no supusieron una intromisión ilegítima en el derecho al honor del director de la residencia; que se trató de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión dentro de un contexto de interés público; y que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén vulneró el derecho a la libertad de expresión al restringir indebidamente el derecho de la demandada a criticar la gestión del centro. Por todo ello, el alto Tribunal consideró que debía revocar la condena, estimando el recurso de casación, lo que supuso que se desestimara la demanda interpuesta por el director de la residencia de mayores.

### III. PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La sentencia 12/2025, de 7 de enero, del Tribunal Supremo, estimatoria del recurso de casación interpuesto, acogió la doctrina constitucional que, como veremos, establece que la libertad de expresión goza de especial protección cuando se ejercita en un contexto de interés público, pero para ello, con carácter previo, se deben ponderar los derechos fundamentales, el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, en el contexto en el cual las declaraciones de la demandada

abordaban la gestión de una crisis sanitaria en una residencia de mayores, lo que justificaba una mayor amplitud en la crítica.

El derecho al honor y la libertad de expresión se encuentran reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución Española (CE). El artículo 18.1 CE protege el honor de las personas, mientras que el artículo 20.1 a) consagra la libertad de expresión, que abarca, a su vez, la libertad de opinión: «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», de creación artística y producción científica: «la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», a la «libertad de cátedra», y a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»; y estableciendo límites en el artículo 20.4 CE, que menciona expresamente el respeto al derecho al honor, al señalar que: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia»<sup>1</sup>. En este sentido, la sentencia 12/2025 se remite al cumplimiento de lo que la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3, ha denominado «función limitadora» en relación con dichas libertades, de igual manera que lo hacen las SSTC 12/2012, de 30 de enero; 6/2020, de 27 de febrero; y 93/2021, de 10 de mayo.

Respecto a dicha limitación, el alto Tribunal señala que, mientras en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 se indica que la «protección de la reputación» opera como legítima restricción de la libertad de expresión, en nuestra Constitución lo hace, tanto como límite a aquella libertad (art. 20.4 CE), como propio derecho fundamental igualmente consagrado (art. 18.1 CE). De este modo, pone de relieve que “... el derecho fundamental al honor opera como límite a la libertad de expresión, bajo la misma consideración de derecho fundamental. O dicho de otra manera, reconocer un derecho no implica el desconocimiento de otro de la misma entidad y rango, dado que ambos han de coexistir armónicamente, puesto que los ciudadanos estamos amparados tanto para exponer nuestras ideas, pensamientos y opiniones libremente, como también para gozar del respeto y de la consideración ajenos; en definitiva, a mantener incólume nuestras reputación con la exclusión de injustificados juicios negativos sobre nuestra persona”.

Es por ello por lo que considera que se precisa la ponderación en el contexto en el que se emite, señalando que: “En los casos de aparente conflicto entre ambos derechos nos encontramos, más que ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión, ante un caso de determinación del contenido normativo de cada uno de ellos (derecho fundamental versus derecho fundamental), que requiere la correspondiente reflexión inteligente y ponderación judicial concienzuda del contexto en el que se manifiesta la contradicción de intereses entre los litigantes que discuten sobre el recíproco ámbito tuitivo de tales derechos”. Y, en esa misma línea, se acude a la STC 83/2023, de 4 de julio, que establece que: “Este juicio de ponderación debe ser efectuado con especial rigor cuando la libertad de expresión entra en aparente conflicto con otros derechos fundamentales, como el derecho al honor; su mutua interacción exige realizar entonces una auténtica delimitación de contenidos. Este tribunal ha reiterado que el derecho al honor constituye no solo “un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, expresamente citado como tal en

el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 CE, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás” (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7)”.

De este modo, deja a su arbitrio determinar si la sentencia de apelación ha realizado una correcta valoración circunstancial al haber inclinado la balanza hacia el derecho del honor del demandante frente a la libertad de expresión de la demanda. Es por ello que, a continuación, se analiza, a tal fin, la dimensión de cada uno de estos dos derechos, la del honor y la de la libertad de expresión.

### III.1. LA DIMENSIÓN DEL DERECHO AL HONOR

No existe un concepto o definición legal del honor en ninguna norma, si bien se configura como una manifestación de la dignidad de la persona, vinculada con la consideración social que merece cada individuo.

El alto Tribunal, en su Sentencia 12/2025, de 7 de enero, pone de manifiesto la naturaleza imprecisa de este término, apoyándose en la jurisprudencia constitucional para indicar que su apreciación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6, 180/1999, de 11 de octubre, FFJJ 4 y 5, y las sentencias allí citadas). En consecuencia, “se encuentra íntimamente enraizado con la dignidad de las personas, que constituye un atributo que corresponde a todos los seres humanos (STS 910/2023, de 8 de junio). Lo perseguido por el art. 18.1 CE «[e]s la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás» (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 5)”.

Por consiguiente, se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona (por todas, sentencias 564/2021, de 26 de julio y 8/2023, de 11 de enero), protegiendo frente a atentados en la reputación personal, “entendida ésta como la apreciación que los demás puedan tener de una persona independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero), e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente su descrédito (STC 216/2006, de 3 de julio y SSTs 193/2022, de 7 de marzo; 488/2023, de 17 de abril y 910/2023, de 8 de junio) y que el denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LOPDH y STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas”.

Además, extiende la protección a la probidad en la actuación profesional o laboral, debido a que “suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad” (STC 216/2013, de 3 de julio; y SSTs 1058/2023, de 29 de junio, 1793/2023, de 20 de diciembre, 253/2024, de 26 de febrero y 397/2024, de 19 de marzo, entre otras).

Ahora bien, como afirma la STC 180/1999, de 11 de octubre, y será analizado a continuación, este derecho tiene límites cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión.

### III.2. LA DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sobre la delimitación y trascendencia del contenido del derecho a la libertad de expresión se ha manifestado la jurisprudencia, también tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, siendo exponente de ello la STC 83/2023, de 4 de julio, 89/2018, de 6 de septiembre, 177/2015, de 22 de julio, 112/2016, de 20 de junio, o las predecesoras de 12/1982, de 31 de marzo y 6/1981, de 16 de marzo, que ponen de relieve su dimensión institucional, en cuanto que garantía para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”, que debe gozar “de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que sea “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” (SSTC 9/2007, de 15 de enero, 50/2010, de 4 de octubre, 177/2015, de 22 de julio y 112/2016, de 20 de junio. Y la limitación de su contenido deber de interpretarse “de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado” (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 177/2015, de 22 de julio y 112/2016, de 28 de junio)<sup>2</sup>.

En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, 20/1992, de 14 de febrero, 9/2007, de 15 de enero y STS 959/2024, de 8 de julio).

### III.3. LOS ELEMENTOS DE PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El alto Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la ponderación de tales derechos en la sentencia de pleno 960/2024, de 9 de julio, cuya doctrina se reprodujo, recientemente, en la sentencia 1228/2024, de 1 de octubre, al establecer que: «Cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, tanto este tribunal como el Tribunal Constitucional han declarado que la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la prevalencia funcional, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución Española ostenta el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático. Esa dimensión institucional hace que dicha libertad “goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor”. Tanto los límites a la libertad de expresión, como su contenido, han de ser “interpretados de tal modo

que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado” (STC 112/2016, de 20 junio, y 83/2023, de 4 de julio, con cita de otras anteriores)».

Criterios como el interés público o social del tema, la veracidad de la información, y la proporcionalidad de las expresiones utilizadas se toman en consideración para determinar cuál derecho debe prevalecer en cada caso (STC 6/1988, de 21 de enero; o STC 136/1994, de 9 de mayo).

En tal sentido, la STS 12/2025, de 7 de enero, con cita de las SSTS 290/2020, de 11 de junio, 429/2020, de 15 de julio; 471/2020, de 16 de septiembre, 400/2021, de 14 de junio, 670/2022, de 17 de octubre, 177/2023, de 6 de febrero y 910/2023, de 8 de junio, considera que es posible que se sobrepasen los límites tolerables de la libertad de expresión y se atente contra el derecho al honor, poniendo de relieve como elementos a valorar en el juicio de ponderación entre tales derechos: “(i) Cuando las opiniones o juicios de valor no versan sobre una cuestión de interés social o no gozan de una base fáctica suficiente. (ii) Se manifiesten a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito. (iii) En cualquier caso, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, tenidas en el concepto público como afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el demandante; puesto que la libertad de expresión no implica un derecho al insulto”<sup>3</sup>.

Y se indice de nuevo sobre este particular, señalando como elementos el interés público, la proporcionalidad y una base fáctica en las opiniones. De este modo, se manifiesta que “para llevar a efecto el requerido juicio de ponderación, en los supuestos de colisión tales derechos (SSTS 1793/2023, de 20 de diciembre; 253/2024, de 26 de febrero y 397/2024, de 19 de marzo, por citar algunas de sus más recientes manifestaciones), se deben analizar estos factores determinantes del criterio de prevalencia circunstancial: 1) Que la información comunicada, o la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, vengan referidas a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas, o por las dos cosas; 2) La proporcionalidad; es decir que, en su exposición, no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y 3) Existencia de base fáctica suficiente sobre la que apoyar la opinión propia (SSTS 429/2020, de 15 de julio; 471/2020, de 16 de septiembre, 177/2023, de 6 de febrero; 250/2023, de 14 de febrero y 253/2024, de 26 de febrero, entre otras)”.

#### III.4. PREVALENCIA FUNCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO

Como se ha puesto de relieve por la jurisprudencia, en los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión se debe realizar un juicio de ponderación, atendiendo a la prevalencia funcional de estos derechos. De este modo, uno de los elementos clave en la resolución del caso es la doctrina de la “prevalencia funcional” de la libertad de expresión en asuntos de interés general, de manera que cuando la crítica se dirige contra personas que ejercen funciones públicas o se encuentra relacionada con cuestiones de relevancia social, el margen de protección de la libertad de expresión es mayor.

En este caso, el Tribunal Supremo consideró que las declaraciones de la demandada versaban sobre un tema de relevancia social, como lo fue la gestión de la crisis sanitaria en las residencias de mayores durante la pandemia de COVID-19.

Este aspecto resulta fundamental ya que la doctrina jurisprudencial ha reiterado que, cuando la expresión tiene como objetivo contribuir a un debate público sobre un asunto de interés general, debe primar la libertad de expresión (STC 158/2003, de 15 de septiembre; STC 9/2007, de 15 de enero). Además, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, señala que la libertad de expresión no se limita a ideas u opiniones bien acogidas por la sociedad, sino que también protege aquellas que resultan incómodas o molestas para ciertos sectores de la población. Este criterio se refuerza en la STC 83/2023, de 4 de julio, donde se enfatiza que en un Estado democrático la libertad de expresión debe gozar de un “amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones” y que solo debe restringirse cuando se utilicen expresiones vejatorias o claramente injuriosas.

Esta postura se alinea con otros precedentes del Tribunal Supremo, como la STS 673/2017, de 19 de diciembre, que estableció que la protección del honor no puede convertirse en una herramienta para restringir la crítica legítima sobre asuntos de interés general; o del Tribunal Constitucional, como es la STC 50/2010, de 4 de octubre, que pone de manifiesto que el derecho al honor debe ceder cuando la información o crítica se refiera a cuestiones de interés público, salvo que se acredite que las expresiones fueron insultantes, injuriosas o sin base fáctica suficiente.

#### IV. IMPACTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO AL HONOR

##### IV.1. DIFERENCIACIÓN ENTRE JUICIO DE VALOR E INFORMACIÓN FÁCTICA

Uno de los elementos clave en la apreciación de la vulneración del derecho al honor es la distinción entre juicio de valor e información fáctica. El Tribunal Constitucional ha sostenido en múltiples resoluciones que las opiniones subjetivas no pueden ser sometidas al requisito de veracidad, ya que no pueden ser verificadas de manera objetiva (STC 6/2000, de 17 de enero; STC 181/2006, de 19 de junio).

En este sentido, la STS 12/2025, de 7 de enero, considera que “la libertad de expresión ampara la manifestación de valoraciones, opiniones o juicios subjetivos que, como tales, quedan al margen de la demostración fáctica. Se impone, entonces, como consecuencia jurídica que a la persona que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información (SSTC 181/2006, de 19 de junio, FJ 4; 56/2008, de 14 de abril, FJ 3; 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4; 38/2017, de 24 de abril, FJ 2; 24/2019, de 25 de febrero, FJ 4 y 146/2019, de 25 de noviembre, FJ 4)”.

A este respecto resulta interesante en este juicio de veracidad, la diferenciación entre opinión e información, siendo, significativa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha señalado en el caso *Lingens* c.

Austria (Sentencia de 8 de julio de 1986) que la veracidad solo es exigible para hechos, pero no para juicios de valor; y que exigir prueba de la veracidad de una opinión es incompatible con la garantía del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este caso se había condenado a un periodista por difamar al canciller austriaco, señalando el tribunal que: “Los límites de crítica aceptable son más amplios con respecto a un político que actúa en su capacidad pública que en relación a un individuo privado, ya que el primero inevitable y sabidamente se abre a un escrutinio minucioso de cada una de sus palabras y hechos tanto por publicistas como por el público en general, y debe mostrar un mayor grado de tolerancia. Un político ciertamente tiene derecho a que su reputación esté protegida, incluso cuando no actúa en su capacidad privada, sin embargo, los requisitos de esa protección tienen que ser balanceados contra los intereses de la discusión abierta de las cuestiones políticas”. Esto no significa que los políticos no tuvieran el derecho a proteger su honor, sino que el test de la proporcionalidad a personas públicas les va ser aplicado en una forma menos estricta.

En esta línea, con respecto a la notoriedad o proyección pública de las personas, el alto Tribunal en su sentencia 12/2025, de 7 de enero, se apoya en la reiterada doctrina que toma en consideración no solo la actividad política, sino también la profesión, y la relación con un importante suceso, la trascendencia económica, o la relación social, entre otras circunstancias (sentencias 521/2016, de 21 de julio; 193/2022, de 7 de marzo; 318/2022, de 20 de abril y 164/2024, de 7 de febrero); sin que ello signifique que no se proteja la reputación; pero los requisitos de esta protección deben sopesarse frente a los intereses de la discusión pública abierta y blindada por la libertad de expresión. De hecho, ya se expuso en las sentencias 483/2020, de 22 de septiembre; 1572/2023, de 13 de noviembre; y 416/2024, de 20 de marzo que la evaluación de la competencia profesional no tiene por qué constituir un atentado al derecho al honor siempre y cuando se efectúe en un ámbito relacionado con esa actividad y no se realice de manera injuriosa o injustificada-mente descalificadora.

Apoyándose en la sentencia del TEDH de 9 de enero de 2018, *Gra Stiftung Gegen Rassismus y Antisemitismus contra Suiza*, se indica que en materia de libertad de expresión no tiene relevancia el criterio de la veracidad de los juicios de valor; ya que solo los hechos pueden ser demostrados, ahora bien, ello no quiere decir que no sean relevantes y se deba “comprobar que los juicios de valor cuentan con una base fáctica suficiente” (SSTS 429/2020, de 15 de julio; 471/2020, de 16 de septiembre; 250/2023, de 14 de febrero; 910/2023, de 8 de junio; 397/2024, de 19 de marzo y 753/2024, de 28 de mayo).

Tras estas consideraciones se determinó que en el caso que estamos analizando no existía una invención malintencionada, sino una indiscutible base fáctica para construir una opinión propia y una crítica personal, aunque no se compartiera o fuera rechazada, ya que el director de la residencia era igualmente libre de expresar la suya.

En esta línea, también resulta ejemplificativa la STS 165/2024, 7 de febrero de 2024, que recoge la de 1617/2023, de 21 de noviembre, que incide en que es exigible que “no se empleen expresiones ofensivas desvinculadas de la opinión o juicio de valor que se está emitiendo y que exista una base fáctica suficiente sobre la que se emite el juicio de valor crítico, sin la cual este podría revelarse excesivo”.

De igual manera, en el caso que es objeto de estudio, se considera como elemento de relevancia pública que no se puede negar la incidencia del coronavirus en las residencias de mayores y, en este sentido, la existencia de problemas en el suministro de material sanitario en residencias durante la pandemia era un hecho notorio y de interés general, declarada como emergencia de salud pública de importancia internacional, máxime en residencias donde se produjo unos elevados niveles de mortalidad, por lo que, conforme a la argumentación jurídica expuesta anteriormente, otorgaba mayor protección a la libertad de expresión en este contexto. Se aprecia de esta forma la prevalencia de esta libertad siempre que las manifestaciones no invadan, sin justificación, el derecho al honor. A este respecto, se destaca que “la libertad de expresión abarca dentro de su núcleo normativo la crítica de la conducta ajena, incluso cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues «[a]sí lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, § 43”.

Además, en el caso analizado se determinó que las manifestaciones de la demandada constituían opiniones basadas en su experiencia laboral dentro del centro geriátrico y que, por tanto, no podían ser objeto de una valoración sobre su veracidad o falsedad; y tampoco se consideró que las declaraciones de la demandada no contenían expresiones injuriosas ni falsas imputaciones de delito.

Por otro lado, igualmente, se sostiene que la libertad de expresión ampara la reacción crítica de la demandada ante un requerimiento efectuado por abogados contratados por el actor; ya que dicho derecho comprende “no solo las ideas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, ofenden o importunan, dado que así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática (SSTS 273/2019, de 21 de mayo, 471/2020, de 16 de septiembre; 670/2022, de 17 de octubre; 1034/2022, de 23 de diciembre, 177/2023, de 6 de febrero, 164/2024, de 7 de febrero; 253/2024, de 26 de febrero y 510/2024, de 16 de abril, en el mismo sentido SSTEDH de 20 de noviembre de 2018, Toranzo Gómez c. España y 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España)”.

Y también debe contextualizarse, como pone de relieve el alto Tribunal al señalar que “las expresiones empleadas deben analizarse además no atendiendo a su estricto significado gramatical, aisladamente consideradas, sino en relación con el contexto donde pueden perder o ver disminuido su significado ofensivo o alcanzar una dimensión de crítica asumible (sentencias 338/2018, de 6 de junio; 540/2018, de 28 de septiembre; 273/2019, de 21 de mayo; 471/2020, de 16 de septiembre, 177/2023, de 6 de febrero, 1712/2023, de 11 de diciembre y 165/2024, de 7 de febrero)”.

De este modo, para evaluar el equilibrio entre el derecho al honor y la libertad de expresión es fundamental considerar el contexto en el que se realizan las críticas, especialmente cuando van dirigidas a personas que ocupan cargos públicos o desempeñan profesiones de relevancia social. En estos casos, la libertad de expresión adquiere un papel preeminente, ya que facilita el escrutinio y la crítica de quienes intervienen en asuntos de interés general. Esto responde a la necesidad de fomentar un debate abierto en las sociedades democráticas, donde la ciudadanía

tiene el derecho de conocer y cuestionar la labor de aquellos cuyas decisiones o acciones afectan al conjunto de la sociedad.

#### IV.2. ANÁLISIS DE EXPRESIONES UTILIZADAS Y USO DE RECURSOS VISUALES

Un aspecto fundamental en la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión es si las expresiones utilizadas fueron objetivamente injuriosas o vejatorias para estimar la existencia de una vulneración del derecho al honor.

En este sentido, para que una expresión sea considerada ofensiva o difamatoria, debe cumplir ciertos requisitos. En primer lugar, debe ser objetivamente injuriosa, lo que significa que, según las circunstancias del caso, resulte claramente despectiva o humillante. Además, debe ser innecesaria para la transmisión de opiniones o información, careciendo de justificación dentro del contexto en el que se emite, y su impacto debe ser lo suficientemente grave como para menoscabar la dignidad o reputación de la persona afectada.

Este criterio ha sido recogido en diversas sentencias como la STC 41/2011, de 11 de abril, donde se establece que para que exista una vulneración del derecho al honor es necesario que las expresiones sean consideradas insultantes o despectivas según los estándares sociales. Además, debe ser impertinente en relación con la información u opinión que se está transmitiendo. No obstante, debemos recordar que, como hemos visto, la veracidad de las afirmaciones no requiere una exactitud absoluta. De este modo, la jurisprudencia ampara noticias que contengan errores menores, siempre que no alteren la realidad sustancial (STS 471/2020, de 16 de septiembre). En consecuencia, el requisito de veracidad no impide la existencia de errores si la noticia ha sido elaborada con criterios de diligencia y sin intención de falsear los hechos (STS 8/2023, de 11 de enero).

El derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito (STS 394/2009, de 2 de junio de 2009), cuestión que no se estimó que sucediera en el caso analizado por la Sentencia 12/2025, de 7 de enero, donde se concluyó que: las declaraciones de la demandada no contenían expresiones injuriosas o ultrajantes; y que no existió una imputación directa de hechos falsos que pudieran afectar gravemente a la reputación del demandante. Además, respecto al uso de metáforas o recursos simbólicos, como fue el empleo de una bolsa de basura, se consideró que no implicaba una afectación al honor, sino que era una forma legítima de expresar una opinión crítica.

En este línea, se recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que señala que: “Únicamente, el empleo de determinadas locuciones quedará fuera del ámbito de protección del art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuando aparezcan desvinculadas de la crítica que se trate de verter, cuando supongan «una vejación gratuita» (STEDH de 28 de septiembre de 2000, asunto Lopes Gomes da Silva c. Portugal, § 34) o «cuando el único propósito de la declaración ofensiva sea insultar» (STEDH de 27 de mayo de 2003, asunto Skalka c. Polonia, § 34)”.

## V. RESPONSABILIDAD CIVIL EN CONFLICTOS DE HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La responsabilidad civil por intromisión ilegítima en el honor se encuentra regulada en 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., donde aspectos tales como la humillación o el menoscabo de la reputación son tomados en consideración a la hora de proporcionar una indemnización. De este modo, el artículo 9 de esta norma establece que las personas que vean vulnerado su derecho al honor podrán reclamar una indemnización por daños y perjuicios, incluyendo la reparación del daño moral y la publicación del fallo condenatorio en medios de comunicación<sup>4</sup>.

Además, no deben existir dudas de que, al constituirse el daño moral como un daño, se integraría también en el ámbito del artículo 1902 del Código Civil, por su encaje en esa amplia terminología de «reparar el daño causado» que emplea el precepto<sup>5</sup>. En la doble clasificación del daño es donde se puede distinguir entre daño material y daño personal, y sus consecuencias perjudiciales: perjuicios patrimoniales y perjuicios morales<sup>6</sup>. Bajo esa premisa, deben delimitarse bien las distintas concepciones del daño moral que se vienen utilizando<sup>7</sup>.

En esta categorización, ambas jurisprudencias, tanto la civil como la constitucional, han resuelto cuándo procede esta responsabilidad. Así, para que se configure la responsabilidad civil por intromisión ilegítima en el honor, se han establecido como requisitos: la existencia de una manifestación que pueda afectar a la reputación del demandante; que dicha manifestación no esté amparada por la libertad de expresión o de información; que se produzca un daño efectivo a la reputación o dignidad de la persona; y que la afectación sea grave y no una simple molestia o incomodidad derivada del debate público (STC 9/2007, de 15 de enero).

La acreditación de que se han utilizado expresiones insultantes, injuriosas o sin base fáctica suficiente supondría una vulneración del derecho al honor, que daría lugar al resarcimiento del daño moral ocasionado, imponiéndose dicha responsabilidad<sup>8</sup>. De esta manera, y sirvan solo de ejemplo, la STS 240/2014, de 20 de mayo, fijó una indemnización por expresiones que dañaban la reputación profesional de un político, afectada por expresiones vertidas contra él en un medio de comunicación. que se consideraron injuriosas y perjudiciales para su prestigio. En la misma línea, la STS 3732/ 2018, de 8 de noviembre analiza el conflicto entre la libertad de expresión y el honor en el contexto de la gestión política, y confirma que la libertad de expresión tiene un peso relevante en asuntos de interés público, pero debe evitar expresiones vejatorias o infundadas. Se diferenció entre críticas legítimas y expresiones vejatorias o insultantes, considerándose que algunas de las declaraciones tenían una carga ofensiva excesiva, lo que afectaba la dignidad del demandante, por lo que se estableció una indemnización por responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho al honor en favor del político afectado, estableciendo así un límite al uso de expresiones desproporcionadas en el debate público. También la STS 2102024, de 22 de abril, analiza la difusión de información manipulada de imputación en un proceso penal de un personaje público por medios digitales como whatsapp y correos electrónicos, que pueden afectar el derecho al honor y dar lugar a indemnizaciones derivada de la responsabilidad civil.

En casos similares, sería posible, incluso, llegar a apreciar una responsabilidad penal si las manifestaciones constituyen injurias (expresión que lesiona la dignidad de otra persona y menoscaba su fama o autoestima) o calumnias (consiste en la imputación falsa de un delito con conocimiento de su falsedad), de acuerdo con los artículos 205 a 210 del Código Penal. Ahora bien, para que exista responsabilidad penal, la jurisprudencia exige que la imputación sea claramente falsa, vejatoria y realizada con dolo. En la STS 374/2015, de 16 de junio, el Tribunal Supremo absolvió a un periodista acusado de injurias porque sus expresiones constituían una crítica política y no una imputación delictiva. Por contra, en el caso enjuiciado en la STS 12/2025, de 7 de enero, no se pudo considerar que las expresiones de la demandada constituyeron un ilícito penal, ya que no hubo intención de desacreditar personalmente al demandante y tampoco se imputó ningún delito concreto de forma directa, sino que se trató de una crítica genérica sobre la gestión del centro. Por tanto, no habría responsabilidad penal en este supuesto, alineándose con el criterio del TEDH en *Dichand y Heitz c. Austria* (Sentencia de 26 de febrero de 2002), donde se estableció que la crítica a la gestión pública no debe criminalizarse salvo que implique afirmaciones gravemente falsas.

En consonancia con todo ello, en el caso concreto que venimos analizando, tampoco se reconoció la existencia de responsabilidad alguna al no considerar que existiera una vulneración del derecho al honor ilegítima. De este modo, la sentencia 12/2025 revoca la condena civil impuesta por la Audiencia Provincial de Jaén, consistente en una indemnización de 6.000 euros fijada en la instancia previa, entendiendo que no había un daño moral real y, por lo tanto, la demandada no debía responder civilmente porque sus expresiones no cumplían estos requisitos conforme a las consideraciones analizadas, argumentando que no existió una imputación falsa o calumniosa contra el director del centro, las críticas realizadas se basaban en hechos de relevancia pública, y las expresiones no contenían insultos ni descalificaciones personales.

Un dato significativo fue si hubo alguna infracción reglamentaria relativa a los hechos manifestados. La Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece la posibilidad de que se impongan sanciones a administraciones o entidades privadas que gestionen servicios públicos de manera negligente. En este caso, la Inspección de Trabajo había detectado deficiencias en la residencia, lo que sugiere que el centro podría haber incurrido en algún tipo de infracción. Sin embargo, aunque no hubiera habido ninguna sanción a la residencia ni a su director, el Tribunal Supremo consideró que la demandada no realizó una imputación injustificada, determinando que no existió dolo ni intención de menoscabar la dignidad del demandante, por lo que no cabía responsabilidad. Este punto es relevante ya que la Sentencia del TEDH en *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega* (20 de mayo de 1999) establece que la prensa y los denunciantes no pueden ser sancionados cuando sus afirmaciones tienen base en investigaciones oficiales o informes administrativos. En el caso objeto de análisis, si bien la residencia de mayores no fue sancionada, la Inspección de Trabajo sí que detectó deficiencias en la provisión de equipos de protección. Este hecho reforzó la base fáctica de las declaraciones de la demandada, impidiendo que se calificaran como afirmaciones infundadas.

En definitiva, aunque la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor busca equilibrar ambos principios, la primera no puede ejercerse sin restricciones. Si bien constituye un pilar fundamental en una sociedad democrática y permite el libre debate de ideas, su ejercicio no debe convertirse en un medio para dañar injustificadamente la reputación o dignidad de las personas. El respeto al derecho al honor exige que cualquier manifestación pública se realice dentro de los límites de la veracidad y la proporcionalidad, evitando afirmaciones injuriosas o descalificaciones que carezcan de fundamento. De este modo, nuestros tribunales no protegen manifestaciones cuyo único propósito sea menoscabar la imagen de una persona, especialmente cuando no existe un interés general que justifique su difusión.

Por tanto, cuando las manifestaciones expresadas en un determinado contexto exceden estos límites y generan un perjuicio injustificado a la persona afectada, se configura una vulneración de su derecho al honor, lo que puede derivar en responsabilidad civil. En tales casos, la persona agraviada tiene derecho a una compensación que repare el daño moral sufrido, asegurando la restauración de su dignidad y el restablecimiento de su imagen.

## VI. CONCLUSIONES

El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión es una cuestión recurrente y de actualidad en nuestro derecho, dado que ambas garantías fundamentales pueden entrar en conflicto, debiendo ser ponderadas de forma equilibrada en función del contexto en el que surja la controversia.. En este contexto, la reciente STS 12/2025, de 7 de enero, constituye un referente clave al delimitar los criterios para resolver esta colisión de derechos.

Esta resolución representa un avance significativo en la protección de la libertad de expresión, fortaleciendo el derecho a la crítica en contextos de crisis (en este caso, la gestión pública de la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus) y previniendo el uso abusivo del derecho al honor como herramienta de censura en debates de interés público. Entre las principales implicaciones del fallo se encuentran el refuerzo de, por un lado, la primacía de la libertad de expresión en asuntos de relevancia social, considerando que las críticas sobre asuntos de interés público deben gozar de amplia protección; y por otro lado, la consolidación de la doctrina de que los juicios de valor no pueden ser objeto del requisito de veracidad.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto que la crítica legítima, incluso si es incómoda o molesta para el afectado, debe ser protegida dentro del marco de la libertad de expresión. Para que se configure una vulneración del derecho al honor que dé lugar a responsabilidad civil, las expresiones deben ser injuriosas, vejatorias o carentes de base fáctica suficiente. En este caso, el Tribunal Supremo ha considerado que las manifestaciones de la demandada cumplían con los requisitos de veracidad y relevancia social, por lo que no constituían una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante.

La resolución analizada se alinea con la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consolidando un criterio garantista que prioriza la protección del debate público en cuestiones

de interés general. En esta línea, el fallo enfatiza que la crítica a la gestión pública, cuando se basa en hechos y no en descalificaciones personales, se encuentra amparada por el derecho a la libertad de expresión, por lo que no toda crítica afecta al honor. Además, se establece que el uso de recursos simbólicos en la crítica social es legítimo y no constituye un ataque ilegítimo al honor.

Para determinar si existe una intromisión ilegítima en el honor, es clave analizar si las declaraciones tienen una base fáctica razonable. En este sentido, el fallo reafirma la primacía de la libertad de expresión cuando la información o crítica aborda cuestiones de interés general, ya que en estos casos goza de una protección reforzada. Esto es especialmente relevante en relación con figuras públicas, políticos o personas con notoriedad social, cuya actuación debe estar abierta al escrutinio ciudadano. En consecuencia, cuando la crítica se dirige a quienes desempeñan cargos públicos o profesiones de especial relevancia, la protección de la libertad de expresión adquiere un mayor peso.

El análisis de la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión confirma que no toda crítica es jurídicamente reproachable. La protección del honor no puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, especialmente cuando las manifestaciones vertidas contribuyen al debate público y tienen un claro interés social. No obstante, esta libertad no es absoluta y encuentra límites cuando su ejercicio vulnera injustificadamente la dignidad o reputación de una persona.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, esta sentencia refuerza la idea de que no toda afectación a la reputación conlleva automáticamente una indemnización por daño moral. Para que proceda la responsabilidad civil, es necesario que la manifestación no solo haya causado un perjuicio cierto y efectivo, sino que además carezca de base fáctica suficiente o se haya expresado con un propósito exclusivamente injurioso. De hecho, la responsabilidad civil no puede exigirse cuando la crítica se fundamenta en hechos verificables y no tiene un carácter vejatorio o desproporcionado en relación con el interés informativo.

Por ello, la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor debe valorarse a la luz de los principios de proporcionalidad y ponderación de derechos fundamentales, evitando interpretaciones que restrinjan innecesariamente la libertad de expresión. La jurisprudencia ha establecido que el derecho al honor y la libertad de expresión no operan de forma aislada, sino que deben analizarse en función del contexto, el tono empleado y la finalidad de la manifestación. Solo cuando la intromisión en el honor supere los límites razonables y no se justifique por un interés legítimo, podrá considerarse ilegítima y, en consecuencia, dar lugar a una reparación del daño moral.

En este sentido, el análisis de cada caso concreto resulta esencial para determinar si se ha producido una colisión entre ambos derechos y si, en su ponderación, prevalece la protección del honor o la salvaguarda del derecho a expresarse libremente dentro de un marco legítimo.

Por último, la resolución analizada tiene implicaciones jurídicas y sociales de trascendencia en un contexto donde la difusión de opiniones en medios de comunicación y redes sociales es constante, el criterio establecido por el Tribunal Supremo contribuye a delimitar los márgenes de la libertad de expresión y del derecho al honor en el ámbito de la crítica pública en situaciones de crisis. La sen-

tencia refuerza el derecho de los ciudadanos a expresar su opinión sobre asuntos de interés general, sin que ello implique una restricción indebida de su libertad por parte de quienes ocupan cargos de relevancia o desempeñan funciones públicas o de impacto social.

En definitiva, la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión requiere un análisis riguroso y casuístico. Ambos derechos gozan de protección constitucional, pero ninguno es absoluto; su interacción debe resolverse mediante un juicio de ponderación que valore el interés público, la veracidad de las manifestaciones y el carácter proporcional del discurso. Solo a través de este equilibrio se podrá garantizar, por un lado, la tutela de la reputación individual y, por otro, la existencia de un debate público robusto, plural y acorde con los principios de una sociedad democrática.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ-FONTECHA, M. (2017). El equilibrio entre libertad de expresión y el derecho al honor en la doctrina constitucional española. *Revista de Derecho Público*, núm. 48, pp. 22-41.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2020). *Protección del derecho al honor frente a la libertad de información*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2019). El daño moral y su indemnización en la jurisprudencia española. *Revista General de Derecho Civil*, núm. 26, pp. 73-89.
- LÓPEZ DE LA TORRE, J. (2021). *La ponderación de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2022). Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión en el ámbito de la responsabilidad civil. *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 37, pp. 52-77.
- MEDINA CRESPO, M. (2022). *El daño moral en la responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi.
- MONTERROSO CASADO, E. (2024). La reparación ad integrum por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes. *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 9, pp. 99-139.
- PÉREZ ALONSO, A. (2018). Libertad de expresión y derecho al honor en la jurisprudencia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, pp. 45-68.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, F. (2023). *Libertad de expresión y sus límites en la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch.
- SANTOS BRIZ, J. (1963). *El daño moral y su reparación*. Madrid: Reus.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Responsabilidad civil y daño moral*. Madrid: Dykinson.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional (STC)

- STC 6/1981, de 16 de marzo

- STC 12/1982, de 31 de marzo
- STC 20/1990, de 15 de febrero
- STC 85/1992, de 8 de junio
- STC 204/1997, de 25 de noviembre
- STC 134/1999, de 15 de julio
- STC 180/1999, de 11 de octubre
- STC 6/2000, de 17 de enero
- STS 11/2000, de 17 de enero
- STC 112/2000, de 5 de mayo
- STS 110/2000, de 5 de mayo
- STS 297/2000, de 11 de diciembre
- STC 49/2001, de 26 de febrero
- STC 148/2001, de 15 de octubre
- STC 52/2002, de 25 de febrero
- STC 14/2003, de 28 de enero
- STC 158/2003, de 15 de septiembre
- STC 181/2006, de 19 de junio
- STC 216/2006, de 3 de julio
- STC 9/2007, de 15 de enero
- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- STC 23/2010, de 27 de abril
- STC 50/2010, de 4 de octubre
- STC 177/2015, de 22 de julio
- STC 112/2016, de 20 de junio
- STC 83/2023, de 4 de julio

Tribunal Supremo (STS)

- STS 6/1981, de 16 de marzo
- STS 12/1982, de 31 de marzo
- STS 20/1990, de 15 de febrero
- STS 85/1992, de 8 de junio
- STS 180/1999, de 11 de octubre
- STS 6/2000, de 17 de enero
- STS 112/2000, de 5 de mayo
- STS 52/2002, de 25 de febrero
- STS 14/2003, de 28 de enero
- STS 158/2003, de 15 de septiembre
- STS 181/2006, de 19 de junio
- STS 216/2006, de 3 de julio
- STS 9/2007, de 15 de enero
- STS 235/2007, de 7 de noviembre
- STS 394/2009, de 2 de junio
- STS 23/2010, de 27 de abril
- STS 50/2010, de 4 de octubre
- STS 233/2013, de 25 de marzo
- STS 240/2014, de 20 de mayo
- STS 177/2015, de 22 de julio

- STS 374/2015, de 16 de junio
- STS 112/2016, de 20 de junio
- STS 3732/2018, de 8 de noviembre
- STS 273/2019, de 21 de mayo
- STS 51/2020, de 22 de enero
- STS 290/2020, de 11 de junio
- STS 429/2020, de 15 de julio
- STS 471/2020, de 16 de septiembre
- STS 483/2020, de 22 de septiembre
- STS 400/2021, de 14 de junio
- STS 564/2021, de 26 de julio
- STS 670/2022, de 17 de octubre
- STS 1034/2022, de 23 de diciembre
- STS 1330/2022, de 30 de noviembre
- STS 8/2023, de 11 de enero
- STS 250/2023, de 14 de febrero
- STS 83/2023, de 4 de julio
- STS 910/2023, de 8 de junio
- STS 1058/2023, de 29 de junio
- STS 1572/2023, de 13 de noviembre
- STS 1617/2023, de 21 de noviembre
- STS 1712/2023, de 11 de diciembre
- STS 1793/2023, de 20 de diciembre
- STS 164/2024, de 7 de febrero
- STS 165/2024, de 7 de febrero
- STS 253/2024, de 26 de febrero
- STS 397/2024, de 19 de marzo
- STS 416/2024, de 20 de marzo
- STS 510/2024, de 16 de abril
- STS 210/2024, de 22 de abril
- STS 753/2024, de 28 de mayo
- STS 959/2024, de 8 de julio
- STS 960/2024, de 9 de julio
- STS 1228/2024, de 1 de octubre
- STS 12/2025, de 7 de enero

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- Lingens c. Austria, Sentencia de 8 de julio de 1986
- Castells c. España, Sentencia de 23 de abril de 1992
- Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, Sentencia de 20 de mayo de 1999
- Lopes Gomes da Silva c. Portugal, Sentencia de 28 de septiembre de 2000
- Skalka c. Polonia, Sentencia de 27 de mayo de 2003
- Dichand y Heitz c. Austria, Sentencia de 26 de febrero de 2002
- Toranzo Gómez c. España, Sentencia de 20 de noviembre de 2018
- Stern Taulats y Roura Capellera c. España, Sentencia de 13 de marzo de 2018
- Gra Stiftung Gegen Rassismus y Antisemitismus c. Suiza, Sentencia de 9 de enero de 2018

## NOTAS

<sup>1</sup> El Tribunal Constitucional ha sostenido de forma reiterada que el derecho al honor no solo actúa como una restricción a las libertades reconocidas en el artículo 20.1 de la Constitución Española, sino que, además, se reconoce como un derecho fundamental amparado por el artículo 18.1 de la CE. LÓPEZ DE LA TORRE, J. (2021). *La ponderación de derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Navarra: Aranzadi.

<sup>2</sup> Para un análisis más exhaustivo, véase PÉREZ ALONSO, A. (2018). Libertad de expresión y derecho al honor en la jurisprudencia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, pp. 45-68.

<sup>3</sup> De este modo, destaca la Sentencia 12/2025, de 7 de enero, que la jurisprudencia ha resuelto que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio; 6/2000, de 17 de enero; 11/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero; y 148/2001, de 15 de octubre, así como SSTs 233/2013, de 25 marzo; 51/2020, 22 de enero, 910/2023, de 8 de junio, entre otras muchas).

<sup>4</sup> GARCÍA MAHAMUT, R. (2020). *Protección del derecho al honor frente a la libertad de información*. Valencia: Tirant lo Blanch; y GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2019). El daño moral y su indemnización en la jurisprudencia española. *Revista General de Derecho Civil*, núm. 26, pp. 73-89.

<sup>5</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Responsabilidad civil y daño moral*. Madrid: Dykinson, p. 156. En este sentido, la producción de un daño ha venido siendo conceptualizado como “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra”. SANTOS BRIZ, J. (1963). *El daño moral y su reparación*. Madrid: Reus, p. 132.

<sup>6</sup> MONTERROSO CASADO, E. (2024). La reparación ad integrum por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes. *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 9, p. 103.

<sup>7</sup> Medina Crespo distingue entre el daño moral en un sentido restrictivo, estricto, amplio y amplísimo. Respecto el daño moral *restringido* sería “el daño estrictamente personal causado por cualquier atentado al patrimonio espiritual (moral) de la persona, sin incluir, por tanto, el daño personal ligado a la agresión a su patrimonio psicofísico, fisiológico o biológico. En un sentido *stricto*, se identificaría con el perjuicio personal derivado de la agresión al patrimonio psicofísico biológico de la persona, pero sin incluir el daño corporal en sí (...)”. En un sentido amplio, comprendería el daño fisiológico (la lesión corporal, sin tener en cuenta sus efectos perjudiciales, o la muerte producida a los parientes), los perjuicios morales derivados del mismo y los daños morales ocasionados al patrimonio espiritual de la persona. Y ya, en último lugar, estarían los daños morales en sentido amplísimos, delimitados de forma negativa, comprendiendo a aquellos que no sean de índole patrimonial, es decir, “cualquier menoscabo o detrimento personal, sin considerar su repercusión patrimonial, incluyéndose el daño corporal en sí, las consecuencias perjudiciales personales derivadas de cualquier ataque a los bienes o derechos de la personalidad (corporales y extracorporales) y también las consecuencias perjudiciales personales derivadas de un daño material (el llamado perjuicio de afección)”. MEDINA CRESPO, M. (2022). *El daño moral en la responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, p. 129.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, F. (2023). *Libertad de expresión y sus límites en la responsabilidad civil*. Editorial Bosch; y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2022). *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión en el ámbito de la responsabilidad civil*. Cuadernos de Derecho Privado, núm. 37, pp. 52-77.



## 1.7. Concursal

# Los efectos del concurso de acreedores sobre la opción de venta con promesa de recompra (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 245/2025, de 14 de febrero)\*

## *The effects of insolvency proceedings on the put option with a promise to repurchase (commentary on Supreme Court ruling 245/2025 of 14 February)*

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

*Profesora de Derecho mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo considera que ante un acuerdo de opción de venta con promesa de recompra, cuando se declara el concurso del promitente, existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, al margen de que su exigibilidad quede supeditada al cumplimiento del término convenido y al ejercicio de la opción de venta. Por tanto, la obligación del promitente concursado debe cumplirse con cargo a la masa activa. Sin embargo, no puede obviarse que, al conceder la opción, el promitente obligado a cumplir atribuye al optante la facultad de decidir si se llevará o no a cabo el negocio definitivo de venta, de modo que, si en el momento de la declaración de concurso aún no se ha ejercido el derecho de opción de venta, solo está pendiente de cumplimiento

---

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de dos proyectos de investigación: el Proyecto «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Gobierno de España), en el que la autora es miembro del equipo de trabajo; y el Proyecto Jean Monnet Module «The Transformative Power of European Union Insolvency Law» (TPEUIL) (Project: 101127483-TPEUIL-ERASMUS-JMO-2023-MODULE), en el que la autora es miembro del equipo de investigación.

la obligación del promitente de pago del precio convenido, que origina un crédito concursal contingente.

*ABSTRACT: The Supreme Court considers that in the case of a put option agreement with a promise to repurchase, when the promisor is declared bankrupt, there are reciprocal obligations pending fulfillment by both parties, regardless of the fact that their enforceability is subject to the fulfillment of the agreed term and the exercise of the put option. Therefore, the debtor's obligation must be fulfilled with the bankruptcy estate. However, it cannot be ignored that, by granting the option, the promisor who is obliged to comply with the agreement gives the optionor the power to decide whether or not to carry out the definitive sale transaction, so that, if at the time of the declaration of bankruptcy, the put option right has not yet been exercised, only the obligation of payment of the agreed price of the promisor, which gives rise to a contingent bankruptcy claim, is pending fulfillment.*

**PALABRAS CLAVE:** Contrato de opción, contrato de compraventa, concurso de acreedores, crédito contra la masa.

**KEYWORDS:** *Put option, purchase contract, insolvency proceedings, credit against the estate.*

**SUMARIO:** I. LOS HECHOS Y LAS DOS INSTANCIAS.—II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. COMENTARIO. III.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS CONCURSALES SOBRE LOS CONTRATOS: LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR AMBAS PARTES. III.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE VENTA CON PROMESA DE RECOMPRA. III.3. LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE VENTA CON PROMESA DE RECOMPRA EN CASO DE CONCURSO DEL PROMITENTE. III.3.A. *La solución del Tribunal Supremo.* III.3.B. *La calificación de los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes como créditos contra la masa.* III.3.C. *La calificación del crédito derivado del contrato de opción de venta con promesa de recompra en el concurso del promitente.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LOS HECHOS Y LAS DOS INSTANCIAS

En 2009, Leonardo o Belarmino compra a Jomaca 98 SL acciones del capital social de Zinkia SA por un precio de 4.500.000€. La operación incluye el compromiso de la vendedora, Jomaca, de recomprar las acciones por un precio de 6.764.000€ cuando Leonardo ejerza su opción de venta dentro del plazo pactado, que es novado hasta abril de 2015. El contrato de opción de recompra de las acciones tenía por finalidad garantizar al optante, Belarmino, el retorno de su inversión con el correspondiente rendimiento. Además, la inversión se aseguraba también con la pignoración en escritura pública de otras acciones representativas del capital social de Zinkia. De hecho, según se desprende del relato de los hechos, en la operación de compraventa de las acciones la opción de recompra se articulaba bajo el pacto denominado «garantía de la inversión».

Declarado el concurso de la promitente, Jomaca, y dado que el plazo para el ejercicio de la opción aún estaba pendiente, tras requerir notarialmente a la concursada para que cumpliera su compromiso de recompra de las acciones en los términos pactados, el optante, Belarmino, mantiene que el precio de recompra tiene la consideración de crédito contra la masa ya que derivaba de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al momento de la declaración de concurso.

En primera instancia, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid resuelve que no puede reconocerse el pretendido crédito contra la masa, ya que «no es posible identificar prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al momento de la declaración de concurso». La jueza considera que se había acordado una promesa de recompra, perfeccionada antes del concurso y sometida a plazo o condición de eficacia, de modo que existiría un crédito concursal contingente.

En la segunda instancia, la Audiencia entiende que, aunque la finalidad del contrato fuera únicamente la de facilitar la desinversión por parte de Leonardo, con la recuperación de la suma invertida y de un rendimiento mínimo comprometido, para resolver la controversia entablada «ha de estarse al análisis de la concreta forma jurídica en que las partes han articulado contractualmente el modo de lograr aquel interés subjetivo. Es decir, no es posible (...) prescindir de las instituciones jurídicas de las que las partes se sirvieron para constituir su precisa relación contractual, y saltar sobre ellas para obtener, “por la vía que fuere” (...) la finalidad ahora perseguida por uno de los contratantes». El Tribunal considera que del análisis de la relación jurídico-obligacional efectivamente instrumentada por las partes para regular sus intereses económicos se derivaba la existencia de un pacto de recompra de acciones a un precio determinado y condicionado a su ejercicio dentro del plazo previsto. Así, en el contrato original de compra ya se establecía para el comprador la opción de venta y para el vendedor la obligación de recompra, de modo que solo el vencimiento se encontraba sujeto a término o condición. La Audiencia funda su decisión en la sentencia del Tribunal Supremo 611/2015, de 19 de noviembre (FJ 9.º), que abordaba la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por Afinsa Bienes Tangibles, SA con los adquirentes de sellos. En aquella sentencia el Supremo razonaba que «[E]l derecho de opción de venta confiere al inversor adquirente de los sellos la facultad de vender los lotes por un precio determinado, a partir de un término pactado, sin nada más que con la manifestación de la voluntad de hacer valer esta opción». Por tanto, el derecho de opción se configuraba, con carácter general, como un derecho potestativo que excluía la necesidad de un nuevo contrato o de un nuevo consentimiento, de modo que la declaración unilateral de voluntad del beneficiario de la opción era suficiente para que el contrato prefigurado se considerara puesto en vigor. En el mismo contrato de adquisición de los sellos se reconocía al adquirente-inversor el derecho de recompra por un precio determinado cuando se hiciera efectiva la promesa de compra o la opción de venta pactadas, de modo que, frente al concurso la situación solo dependía de que se hubiera cumplido o no el término pactado para la recompra de los sellos, en el primer caso, cumplido el término, existía un crédito concursal, en el segundo, pendiente el cumplimiento del plazo que legitimaba para hacer efectiva la promesa de recompra o la opción de venta, el crédito debía reconocerse como contingente<sup>1</sup>.

De acuerdo con la doctrina contenida en aquella sentencia, la Audiencia concluye que si bien las opciones de venta y sus correlativos compromisos de recompra «pueden articularse en la práctica de muchas formas diferentes», en este caso se aprecia el establecimiento firme, en el mismo contrato de compraventa, del compromiso de recompra, la fijación del precio de recompra, la concesión de un plazo determinado para el ejercicio de la opción de venta e, incluso, la finalidad de recuperar y remunerar la inversión realizada en la compraventa mediante esos pactos. En consecuencia, califica el crédito como concursal y contingente si aún no había vencido el plazo para el ejercicio de la opción de venta<sup>2</sup>.

## II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Frente a los razonamientos vertidos en las instancias, el Tribunal Supremo, en sentencia 245/2025, de 14 de febrero, [Recurso 4530/2020], atiende los argumentos de la parte recurrente fundados en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal 22/2003 y mantiene la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que se concretaría en la obligación de pagar el precio pactado a cambio de recuperar las acciones vendidas.

El Supremo recuerda que, según consideró en la citada sentencia 611/2015 del caso Afinsa, «la calificación y los efectos de la promesa o compromiso de recompra pueden variar, en atención a lo realmente pretendido y acordado por las partes. Lo que requiere de una labor de calificación e interpretación del contrato, en atención, más allá de los términos empleados por las partes en el contrato, a su contenido interno y a la función que trate de desarrollar». En esa labor de interpretación entiende que la situación en este supuesto es diferente de la planteada en aquella resolución, «porque en ese otro caso se habían adquirido de la concursada una serie de productos financieros, en que las variadas formas jurídicas articulaban la forma en que el inversor podía recuperar la inversión, de tal forma que, a los efectos del art. 61 LC, lo que primaba era el crédito unilateral del inversionista a recuperar su inversión». «En el precedente invocado, por la singularidad del producto de inversión contratado, entendimos que a efectos del concurso posterior de Afinsa, el derecho a la restitución de la inversión mediante el ejercicio del correspondiente derecho de opción lo que llevaba consigo propiamente eran obligaciones para la concursada (Afinsa), sin que a esos efectos tuviera relevancia la formal titularidad de los sellos y el traspaso de su titularidad». En cambio, en el caso ahora enjuiciado, se adquirió un paquete de acciones con todos los derechos políticos y económicos, y con la posibilidad de venderlas por un precio determinado de antemano al cabo de seis años y medio. «A los efectos del art. 61.2 LC, las obligaciones, caso de hacerse efectiva la opción de venta de las acciones llegado el término convenido, eran en cualquier caso recíprocas por ambas partes»: Jomaca debía entregar el precio convenido y el comprador la titularidad de las acciones con todos los derechos de socio inherentes. La obligación de recompra había nacido con el contrato originario, aunque su exigibilidad dependiera de un término y de la voluntad del comprador de hacer valer la opción de venta, y tenía como contrapartida recuperar las acciones vendidas. Por tanto, existiría reciprocidad entre el pago del precio convenido y la transmisión de las acciones objeto de recompra;

reciprocidad que exige un cumplimiento simultáneo de las obligaciones, lo que justifica que el artículo 61.2 de la Ley Concursal 22/2003 califique como crédito contra la masa el derecho a exigir la obligación asumida por la concursada.

En la sentencia 611/2015, sobre los contratos de Afinsa con sus clientes, el Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid —sentencia de 17 de octubre de 2012— tanto en relación con la naturaleza jurídica de los contratos cuanto respecto de la calificación de los créditos derivados de esos contratos. Sin embargo, en el presente caso, y aunque parece existir una clara identidad de razón, al tratarse de operaciones de compraventa con una finalidad de inversión dirigida a la rentabilidad, que precisamente se manifiesta en el pacto de recompra destinado a garantizar esa rentabilidad futura, el Tribunal estima el recurso de casación y rechaza los argumentos de la Audiencia, que son los contenidos en aquella sentencia 611/2015.

Resulta evidente que, cuando, en aplicación de las reglas concursales, el Tribunal Supremo decide sobre los efectos que genera el concurso de acreedores sobre un contrato, solo resuelve en el conflicto suscitado en ese contrato determinado, sin que la decisión, aunque consolide doctrina con respecto a la interpretación de los preceptos aplicables, pueda extenderse a todos los contratos semejantes con los que el del caso concreto guarda identidad de razón. No obstante, si la identidad de razón existe, no podemos dejar de cuestionarnos cuáles son las diferencias entre cada supuesto y si esas diferencias tienen la trascendencia suficiente como para originar consecuencias tan dispares desde el punto de vista concursal.

### III. COMENTARIO

#### III.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS CONCURSALES SOBRE LOS CONTRATOS: LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR AMBAS PARTES

Por razones temporales, las disposiciones aplicables al supuesto enjuiciado son las previstas en los artículos 61 a 63 de la Ley Concursal 22/2003. En esos preceptos, la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos se originaba en el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. La Ley Concursal solo tomaba en consideración una categoría de contratos, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al momento de la declaración de concurso. Dentro de esta categoría, la ley diferenciaba dos situaciones: de un lado, que el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por un contratante, porque la otra parte hubiera cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo. En ese caso, el crédito o la deuda correspondiente al concursado debía integrarse, bien en la masa activa, si quien cumplió fue el concursado<sup>3</sup>, bien en la masa pasiva, si quien cumplió fue la parte *in bonis*<sup>4</sup>. De otro lado, que el contrato con obligaciones recíprocas estuviera pendiente de cumplimiento por ambos contratantes; supuesto en el que la ley disponía que la declaración de concurso, por sí sola, no debía afectar a la vigencia del contrato y que las prestaciones a que estuviera obligado el concursado debían realizarse con cargo a la masa<sup>5</sup>.

Junto a ello, se preveía también la posibilidad de que, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, pudieran solicitar la resolución del contrato si lo estimaban conveniente al interés del concurso, atribuyendo la calificación de crédito contra la masa a la correspondiente indemnización<sup>6</sup>. La ubicación sistemática de esta resolución del contrato en interés del concurso contribuía a entender que su ámbito de aplicación quedaba circunscrito a los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambos contratantes<sup>7</sup>.

El tratamiento que se atribuye en el procedimiento concursal a los contratos con obligaciones recíprocas se justifica en las consecuencias que se derivan en estos contratos de la combinación de derechos y obligaciones en una misma posición jurídica<sup>8</sup>. La eficacia frente al concurso de los mecanismos establecidos por el Derecho de obligaciones y contratos dirigidos a tutelar la posición del acreedor ante la eventual lesión de su posición jurídica o ante la sobrevenida modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar explican en gran medida las reglas concursales especiales<sup>9</sup>. Cuando el concurso encuentra un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, la relación jurídica no comporta solo un crédito que ingresa en el activo patrimonial o una deuda que forma parte del pasivo, sino que el incremento de la masa activa, que se produce con el cumplimiento de la prestación a cargo del contratante *in bonis*, tiene como contrapartida un incremento de la masa pasiva, que deriva del crédito a su favor por la obligación a cargo del concursado<sup>10</sup>. Al mismo tiempo, conforme al Derecho de obligaciones y contratos, la parte *in bonis* en un contrato con obligaciones recíprocas, ante la falta de cumplimiento de la contraparte en concurso, podría suspender su propio cumplimiento por la vía de la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso (arts. 1446 y 1447 CC) y exigir el cumplimiento íntegro, o desvincularse del contrato con la resolución (art. 1124 CC). De este modo, mientras los demás acreedores del concursado estarían sujetos al procedimiento y a la solución convenida o liquidatoria, el contratante *in bonis*, mediante esos mecanismos de defensa de su derecho de crédito, o bien obtendría el cumplimiento acordado, o bien podría liberarse de su obligación poniendo fin al contrato y privando al concurso de un elemento del activo patrimonial que podría ser fundamental para la consecución de sus fines<sup>11</sup>.

Esta problemática se ha abordado en algunos ordenamientos, como el alemán, con normas de alcance general que atribuyen a la administración concursal la facultad de opción entre la ejecución o la resolución del contrato. En el primer caso, si se mantiene el contrato, el concurso debe asumir con cargo a la masa activa las obligaciones correspondientes al concursado; en el segundo, las partes son libres de sus obligaciones y se reconoce al contratante no concursado un crédito concursal por los daños y perjuicios derivados de la resolución. Sin embargo, en otros ordenamientos, como el español, que inicialmente desatendieron el problema, se alcanzan soluciones generales a partir de un modelo contractual específico, el del contrato de compraventa, prototipo de los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas. Así, en el Derecho español, si bien se parte de una perspectiva jurídico real derivada de la aplicación analógica de las normas sobre el derecho de separación del vendedor previstas en la regulación de la quiebra (arts. 908 y 909.8.º y 9.º C. de Co.), esas reglas se completan y corrigen con la interpretación

contractual originada en el tratamiento que el Código Civil dispensa a las obligaciones recíprocas (art. 1124). De este modo, llega a entenderse, con carácter general, que los síndicos no podían exigir el cumplimiento del contrato a la parte *in bonis* si no ofrecían a su vez el cumplimiento del quebrado con cargo a la masa activa. Si la sindicatura quería la prestación de la contraparte *in bonis* debía cumplir con la contraprestación a cargo del quebrado<sup>12</sup>. En consonancia con ello, la regulación contenida en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal 22/2003 aparece presidida por un principio de reciprocidad, por el que, salvo en los casos en los que una de las partes haya cumplido por entero con anterioridad a la declaración de concurso, todo cumplimiento de la parte *in bonis* posterior a la declaración de concurso debería tener como contrapartida el cumplimiento conforme al contrato del concursado, y no un cumplimiento en moneda concursal. En definitiva, que el sinalagma que presidió la celebración del contrato —sinalagma genético— tenga su debida correlación durante el cumplimiento del mismo —sinalagma funcional— a pesar de la declaración de concurso de cualquiera de las partes<sup>13</sup>.

Con la aplicación de la Ley Concursal 22/2003, la jurisprudencia mantiene que la reciprocidad del vínculo contractual constituye un elemento integrante del supuesto de hecho de las normas que regulan los efectos del concurso sobre los contratos (arts. 61 y 62 LC 22/2003). Las resoluciones judiciales acogen la doctrina tradicional que configura los contratos bilaterales como contratos de los que no solo derivan obligaciones para ambos contratantes, sino que es preciso que esas obligaciones estén ligadas por un nexo de condicionalidad recíproca o sinalagma<sup>14</sup>. Un sinalagma que habría de concurrir tanto en el momento originario de conclusión del acuerdo —sinalagma genético—, cuanto en el momento de la ejecución y el cumplimiento recíproco —sinalagma funcional—. El primero, el sinalagma genético, atribuye fundamento a la resolución por imposibilidad sobrevenida, pues la existencia del deber de prestación de una parte se justifica en la existencia del deber de prestación de la contraparte. El segundo, el sinalagma funcional, justifica la interdependencia en los cumplimientos y la regla del cumplimiento simultáneo, de la que derivan dos medios de tutela característicos, la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso y la facultad de resolución por incumplimiento<sup>15</sup>.

Ahora bien, fundar las normas generales que regulan los efectos del concurso sobre los contratos en una categoría de referencia, la de los contratos con obligaciones recíprocas, puede generar problemas ante una práctica personalizada que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), es susceptible de extender el nexo de reciprocidad, más allá del contrato y de las relaciones jurídicas obligatorias, a operaciones complejas que integran contratos conexos o coligados o contratos mixtos. De ahí que, a la hora de aplicar esas normas concursales, sea preciso abordar, como cuestión previa, la naturaleza jurídica del contrato.

### III.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE VENTA CON PROMESA DE RECOMPRA

El Tribunal Supremo sostiene que los contratos son lo que se deduce de la interpretación de las cláusulas que los integran, con independencia del *nomen iuris* atribuido por las partes al negocio<sup>16</sup>. Por tanto, para determinar la naturaleza

jurídica de cada contrato habrá que partir de la voluntad —común intención— que sirvió de base al acuerdo entre las partes (art. 1281 CC), al margen de la denominación otorgada por los contratantes.

En el caso enjuiciado, el Tribunal relaciona determinados hechos que se reproducen en ambas instancias, de modo que no parece que pueda dudarse de la voluntad expresada por las partes en el pacto contractual denominado «garantía de la inversión»<sup>17</sup>. Según los datos aportados en la sentencia que comentamos, estaríamos ante un contrato de compraventa de acciones, en el que se establecía la obligación de recompra de esas acciones por la vendedora (Jomaca) a instancia del comprador, por un precio determinado y una vez cumplido el término previsto (26 de abril de 2015). La obligación de recompra que se «añade» al contrato de compraventa se dirige a facilitar la venta de las acciones, pues permite la desinversión del comprador con un beneficio seguro. La función de garantía se reforzaba además con una prenda sobre otro paquete de acciones de la misma sociedad (Zinkia). Ahora bien, la recompra se activaba mediante un derecho de opción de venta a favor del comprador, de modo que, si con el contrato originario de compraventa habría nacido ya la obligación de recompra de la vendedora, la exigibilidad de esta obligación dependía de la voluntad del comprador de hacer valer la opción de venta en un plazo determinado.

Aunque de estos antecedentes se extrae que el contrato de recompra solo llegaría a perfeccionarse si el comprador consentía la reventa al promitente mediante el ejercicio de la opción, el Tribunal da un salto en el vacío para afirmar que, como la promesa de recompra de la vendedora en concurso supone la obligación de pagar el precio a cambio de recuperar las acciones vendidas en el momento de la recompra, cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, con independencia de que la exigibilidad de esas obligaciones quedara supeditada al cumplimiento del término convenido y al ejercicio de la opción de venta en las condiciones pactadas.

A nuestro modo de ver, el Tribunal va del contrato de compraventa de las acciones al contrato de recompra de esas mismas acciones sin solución de continuidad, y obviando que, cuando se declara el concurso, la única obligación pendiente nacida de la compraventa originaria era la obligación de recompra de las acciones por un precio determinado, pues aún no se había ejercido la opción de venta dentro del término pactado. Aunque en el contrato de compraventa el vendedor ya prestó su consentimiento a la recompra y se obligó a pagar el precio pactado, para que se perfeccione la recompra se requiere el consentimiento del comprador mediante el ejercicio de la opción de venta.

Probablemente, el supuesto de hecho se entienda mejor si lo comparamos con la promesa bilateral, en la que las partes se obligan recíprocamente a celebrar el contrato proyectado y a no hacer nada que pueda impedirlo. Cuando recíprocamente las partes asumen la obligación respectiva de llevar a cabo la compraventa en un momento posterior, la promesa bilateral se identifica con un precontrato de compraventa. Aunque siempre habrá que considerar los términos de los concretos acuerdos alcanzados por las partes, habitualmente, en una promesa bilateral, las partes se comprometen a prestar su consentimiento para perfeccionar con posterioridad el contrato de compraventa. La compraventa se perfecciona cuando las

partes celebran el contrato proyectado, y si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado para exigir el cumplimiento de la promesa en sí<sup>18</sup>.

Sin embargo, con carácter general, las promesas unilaterales de compra y venta se enmarcan en los derechos de opción. Las promesas de venta con opciones de compra son frecuentes en los mercados inmobiliarios y las promesas de compra con opciones de venta son propias de los mercados financieros. En cuanto a sus efectos, la jurisprudencia considera que la promesa tiene el alcance de un consentimiento contractual para el promitente y que el beneficiario de la promesa también adquiere un derecho de naturaleza contractual por el que tiene la facultad de perfeccionar el contrato proyectado<sup>19</sup>. En consecuencia, el contrato de compraventa se perfecciona a partir del momento en que el beneficiario de la promesa ejerza su derecho de opción, siempre que lo haga tempestivamente, dentro del plazo establecido para ello<sup>20</sup>.

En el supuesto que comentamos, al conceder la opción al comprador —opción de venta—, el vendedor está consintiendo recomprar las acciones cuando el comprador ejerza la opción —promesa de compra—, de modo que el ejercicio de la opción dentro del plazo convenido es suficiente para que se perfeccione el contrato, sin que el vendedor deba prestar nuevamente su consentimiento. Ahora bien, la perfección del contrato queda pendiente de la decisión del comprador, beneficiario de la opción, expresada en un plazo determinado. Hasta ese momento no existe compraventa y la obligación de pago del precio pactado no es exigible porque carece de contrapartida, el optante no ha manifestado su voluntad de vender las acciones y no se ha comprometido a entregarlas<sup>21</sup>.

Además, en este caso, el derecho de opción de venta tiene una funcionalidad concreta reconocida por las partes en el acuerdo, la de garantizar el retorno de la inversión, de modo que podrá o no ser ejercido por el comprador en función del aumento o disminución del valor de las acciones. Si el comprador puede obtener un mejor retorno en el mercado no ejercerá el derecho de opción. De otro modo, con el ejercicio de la opción, el optante está prestando su consentimiento para que la nueva compraventa se perfeccione, y el promitente, que ya consintió al contraer la promesa, debe entonces cumplir la obligación de recompra con la entrega del precio. La contrapartida del pago del precio no puede ser otra que la entrega de las acciones, pero esa situación no existe hasta que la compraventa se perfecciona con la concurrencia de los consentimientos de ambas partes. En este sentido, no puede entenderse que el derecho de opción tiene su contrapartida en la promesa de recompra de las acciones, ya que el promitente se obliga a pagar el precio cuando aún la otra parte no ha consentido la venta de las acciones mediante el ejercicio de la opción. La contrapartida de la opción se encuentra en que el optante puede adquirir el derecho que le permite activar la obligación de la otra parte y, por ende, recuperar su inversión, de forma onerosa o gratuita, mediante el pago de una prima, o incluso a cambio de una contraprestación<sup>22</sup>. En el acuerdo de opción de venta con promesa de recompra, solo una parte consiente la compraventa y resulta obligada, aquella que se compromete a readquirir las acciones a cambio de un precio preestablecido y dentro de un plazo determinado, la otra parte lo que tiene es un derecho a vender las acciones que puede o no ejercer frente al promitente según le convenga en función del valor del activo de referencia, las acciones.

En definitiva, la opción de venta con promesa de compra se diferencia esencialmente tanto de la operación de compraventa en la que se origina como de la operación de recompra a que puede dar lugar, aunque mantiene un vínculo de accesoriedad entre ambos contratos. Por un lado, el derecho de opción de venta surge al objeto de facilitar la compraventa inicial, con una función de garantía de la inversión realizada por el comprador; y por otro, el ejercicio tempestivo de la opción activa el contrato de recompra posterior; pero si el comprador no ejerce la facultad de opción o transcorre el plazo previsto para su ejercicio, el contrato no se perfeccionará y la promesa habrá quedado sin efecto.

### III.3. LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE VENTA CON PROMESA DE RECOMPRA EN CASO DE CONCURSO DEL PROMITENTE

#### *III.3.A. La solución del Tribunal Supremo*

Si leemos tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la sentencia del Supremo, parece que la solución es distinta porque el análisis que se ha hecho del contrato es diferente. De un lado, parece que la Audiencia habría atendido a la relación jurídico-obligacional que sirve de instrumento a los fines perseguidos por las partes, abstracción hecha de esos fines<sup>23</sup>. De otro lado, el Supremo habría considerado el contenido interno y la función atribuida por las partes al negocio, abstracción hecha de los términos empleados por los contratantes<sup>24</sup>. Pero, ni la estructura jurídica ni los fines pretendidos por los contratantes son suficientes por separado para determinar el carácter del contrato<sup>25</sup>. Además, creemos que en este caso los instrumentos jurídicos empleados responden a los fines perseguidos por las partes.

En el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, el concurso de acreedores del promitente (Jomaca) se declara el 12 de diciembre de 2013, vigente el plazo de opción de venta (que se había novado hasta el 26 de abril de 2015). El titular de la opción no la ejerce hasta el 21 de octubre de 2014, de manera que, en el momento de la declaración de concurso, la administración concursal encuentra pendiente la obligación de pago del precio pactado para la recompra de las acciones, no el contrato de recompra de las acciones. El comprador disponía de la garantía de la opción, pero aún no la había ejercido y no existía obligación a su cargo. Para que ambas partes resultaran obligadas y el optante debiera entregar las acciones a cambio del precio era preciso el ejercicio de la opción. Hasta ese momento, frente al concurso existía un crédito concursal contingente, derivado de la promesa de recompra por la que el vendedor concursado se comprometía a recomprar a un precio determinado. Dicho crédito, nacido con la compraventa anterior al concurso, no era exigible hasta que la recompra se perfeccionara con el consentimiento del comprador expresado al ejercer la opción y reclamar el pago (como un crédito sometido a condición, art. 261.3 TRLC).

Frente a ello, el Tribunal Supremo considera que, al margen de que las obligaciones de pago del precio y de entrega de la cosa fueran exigibles cuando se ejerciera el derecho de opción dentro de un plazo pactado, esas obligaciones tienen un carácter recíproco y surgen en el momento en que el vendedor se obliga a

recomprar por un precio determinado, ya que la obligación de pago y de entrega exigen un cumplimiento simultáneo. El Tribunal identifica la promesa de recompra con la compraventa misma, dado que la obligación de pago debe contar con la contrapartida recíproca de la entrega de la cosa, y prescinde del hecho de que la exigibilidad de las obligaciones quedara supeditada al cumplimiento del término convenido y al ejercicio de la opción de venta en las condiciones pactadas. En opinión del Tribunal, las obligaciones recíprocas habrían nacido con el contrato de compraventa originario y se encontraban pendientes de cumplimiento cuando se declara el concurso, de modo que las acciones con todos los derechos de socio anejos entrarían a formar parte de la masa activa concursal y el concurso habría de satisfacer con cargo a la masa el precio convenido.

Ahora bien, desde el punto de vista contractual, el problema reside en que esa solución solo puede producirse por voluntad unilateral de la contraparte *in bonis*, quien podría no ejercer la opción si tiene la posibilidad de obtener un beneficio mayor con la venta de las acciones en el mercado, en cuyo caso no habría reventa. Cuando el optante puede obtener de las acciones un precio mejor que el pactado, no ejercerá la opción frente al promitente y la recompra nunca llegará a producirse, especialmente, si el promitente está en concurso y existe mayor riesgo de impago. Sin embargo, en este caso, como las acciones habían perdido su valor, el optante ejerce la opción de venta frente al concurso del promitente y busca la calificación del crédito por el precio como crédito contra la masa, de modo que la administración concursal se vería obligada a hacer frente a un pago inmediato sin contrapartida.

En relación con ello, el Tribunal señala la diferencia existente con la decisión del caso Afinsa. En aquel supuesto se habían adquirido por la concursada (Afinsa) una serie de productos financieros y los distintos contratos articulaban los medios a través de los cuales los clientes podían recuperar la inversión, de modo que, lo que primaba era el crédito unilateral del inversionista a recuperar su inversión. Además, por la singularidad del producto de inversión contratado (sellos), se entendió que «a efectos del concurso posterior de Afinsa, el derecho a la restitución de la inversión mediante el ejercicio del correspondiente derecho de opción lo que llevaba consigo propiamente eran obligaciones para la concursada (Afinsa), sin que a esos efectos tuviera relevancia la formal titularidad de los sellos y el traspaso de su titularidad».

Frente a aquella decisión, el Tribunal afirma que, en este caso, se adquiere un paquete de acciones de una sociedad anónima con todos los derechos políticos y económicos que conllevan, y con la posibilidad de venderlas por un precio determinado de antemano al cabo de seis años y medio. A efectos concursales, las obligaciones, caso de hacerse efectiva la opción de venta de las acciones en el término convenido, eran recíprocas por ambas partes, pues un contratante debía entregar el precio acordado y la contraparte la titularidad de las acciones con el conjunto de derechos de socio. De este razonamiento del Tribunal parece extraerse que, al margen del ejercicio de la opción, si el concurso debe pagar el precio es porque tiene la contrapartida de los derechos del socio (art. 93 LSC), una posición jurídica con un valor inherente.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de opción frente al concurso responde al hecho de que el activo carece de valor, por lo que el concurso nunca obtendrá

una contrapartida suficiente que compense las consecuencias que para el pasivo conlleva el pago como crédito contra la masa del precio pactado<sup>26</sup>. Aunque la falta de equivalencia no impide calificar el contrato como contrato con obligaciones recíprocas, ya que la reciprocidad no requiere equivalencia entre las prestaciones, lo cierto es que el concurso habrá de realizar un pago inmediato sin compensación suficiente, que perjudicará el interés del resto de acreedores que integran el pasivo concursal. En consecuencia, la situación podría conducir a que la administración concursal se plantee la resolución del contrato en interés del concurso. Una alternativa que, a su vez, dependerá del alcance del crédito indemnizatorio resultante de la resolución, ya que, en la versión de la Ley Concursal 22/2003, ese crédito tenía también la consideración de crédito contra la masa.

### *III.3.B. La calificación de los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes como créditos contra la masa*

Tanto en el Ley Concursal 22/2003 (art. 84.2-6.º) cuanto en el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (art. 242.1-12.º) se consideran créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso. El cumplimiento con cargo a la masa del crédito del concursado permite mantener el equilibrio contractual característico de la relación obligatoria sinalagmática<sup>27</sup> y asegurar a la contraparte *in bonis* la satisfacción de su crédito<sup>28</sup>. La solución resulta coherente con aquellas otras situaciones en las que el contrato se ha concretado en un crédito o una deuda a favor o en contra del concurso, en las que, como ocurre ante un contrato unilateral, en el momento de la declaración de concurso solo un contratante resulta obligado. Si el obligado es la parte *in bonis*, la prestación a su cargo formará parte del activo concursal; y si la obligación es del concursado, la prestación a su cargo integrará el pasivo. En cambio, si lo que está pendiente frente al concurso son las obligaciones recíprocas de ambas partes, cuando al concurso le convenga o necesite la prestación de la contraparte *in bonis*, habrá de asumir el contrato y cumplir la contraprestación con cargo a la masa activa. Quedan conciliados de esta manera el interés del concurso y el interés particular de la contraparte *in bonis*<sup>29</sup>.

La consideración de las prestaciones de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen durante el concurso como créditos contra la masa no constituye un supuesto autónomo, sino que comparte fundamento con los créditos generados por el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor, o con los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de esta, por el concursado sometido a intervención, o con los derivados de la rehabilitación de contratos. De un lado, el concurso necesita esos contratos para mantener la actividad y alcanzar la mejor solución para la insolvencia; de otro, la tutela de la contraparte *in bonis* se materializa en que el contrato se convierte en un «contrato de masa», que debe ser cumplido durante el concurso tanto por el concursado, con cargo a la masa, como por la contraparte<sup>30</sup>. Ahora bien, la consideración del contrato como «contrato de masa» está vinculada al principio concursal de universalidad, que sujeta

el patrimonio del deudor al concurso, de modo que, el contrato debe someterse a las exigencias y fines del procedimiento, y las decisiones en torno al mismo corresponden a los órganos concursales, a la administración concursal y al juez del concurso, en cuanto representantes institucionales del interés del concurso.

Por tanto, aunque la ley prevé la vigencia del contrato, si al concurso no le interesa el contrato —v. gr., porque se pueda concertar otro a menor coste—, el concursado intervenido o a la administración concursal, en caso de suspensión, podrían resolverlo. Además, si el administrador concursal no ejerce tempestivamente la resolución podría perjudicar a la masa activa, pues como los créditos a cargo del concursado son créditos contra la masa, si el contrato no se resuelve en interés del concurso, la masa activa se estaría gravando con créditos derivados de contratos que, en última instancia, habrían de resolverse en aras del interés concursal<sup>31</sup>. No obstante, bajo la Ley Concursal 22/2003, el coste de resolución en interés del concurso se atribuía a la masa activa, es decir, era un crédito contra la masa. En consecuencia, aunque el concurso tuviera interés en resolver el contrato porque no resultara conveniente mantenerlo, ya sea por imperativo de la actividad o por exigencias de la solución concursal que se plantee, al imponer el coste de esa resolución a la masa activa, que habrá de pagar inmediatamente como crédito contra la masa la indemnización correspondiente, la decisión habría de adoptarse, realmente, en función del alcance del crédito indemnizatorio y no del interés del concurso<sup>32</sup>.

La solución legal que atribuía al crédito indemnizatorio resultante de la resolución del contrato en interés del concurso la consideración de crédito contra la masa planteó entonces la necesidad de limitar el alcance de la indemnización. En este sentido, el Tribunal Supremo aclara que «la indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso», y que las consecuencias indemnizatorias no pueden acordarse con independencia de lo previsto en el contrato. Por tanto, habrá que realizar en cada caso una valoración fáctica y jurídica que permita determinar si procede o no indemnizar, así como el alcance de la indemnización en base a los daños efectivamente producidos<sup>33</sup>. Sin que sea posible entender que la resolución en interés del concurso supone en sí misma un daño indemnizable para la contraparte dispuesta a cumplir, o que excepciona las reglas generales sobre la prueba del daño y el alcance de la responsabilidad<sup>34</sup>.

Con la reforma debida a la Ley 16/2022, el legislador se hace eco del debate en torno a este mecanismo resolutorio y, en el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal, se configura la resolución judicial del contrato en interés del concurso como una verdadera opción de la administración concursal sustituta o del concursado intervenido, atribuyendo al crédito que en su caso corresponda a la contraparte en concepto de indemnización de daños y perjuicios la consideración de crédito concursal (art. 165).

### *III.3.C. La calificación del crédito derivado del contrato de opción de venta con promesa de recompra en el concurso del promitente*

A nuestro modo de ver, en la operación descrita en este caso no es posible ir del contrato de compraventa a la reventa, como hace el Supremo, «al margen de

que la exigibilidad de la reventa quede supeditada al cumplimiento del término convenido y al ejercicio de la opción». Por un lado, el derecho de opción facilitó la compraventa de las acciones por parte del adquirente. Sin la garantía accesoria de la opción de venta con la promesa de recompra del vendedor, el adquirente probablemente no habría comprado las acciones. Por otro lado, solo con el ejercicio del derecho de opción dentro del plazo acordado, la reventa se perfecciona y las partes pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las respectivas obligaciones de pago del precio y de entrega de las acciones. Ahora bien, la opción no puede identificarse con la promesa de venta ni con la reventa en sí, porque el adquirente puede no ejercerla y vender las acciones en el mercado. Desde la perspectiva de la reventa, funciona como un derecho, una facultad que tiene en su activo el optante; desde el punto de vista de la promesa, funciona como una condición suspensiva, ya que pone en marcha el contrato proyectado. La condicionalidad no es recíproca, como ocurriría en una promesa bilateral, ya que solo se atribuye a un contratante, de modo que el negocio queda al arbitrio de una sola de las partes: si el optante decide no vender al promitente las acciones, la reventa no tendrá efecto y, aunque el promitente este obligado a cumplir, su obligación no será exigible y, por ende, tampoco lo será la obligación del optante.

Esta estructura jurídica derivada del acuerdo de las partes es, además, acorde con lo querido por los contratantes y expresado en el contrato de compraventa de las acciones. En este sentido, no creemos que pueda afirmarse que ambas partes persiguen la finalidad propia de un contrato de compraventa: la adquisición de la propiedad de un bien a cambio de un precio; es decir, los contratantes no buscan adquirir la condición de socio en una sociedad con todos los derechos a ella inherentes. Tras la promesa de recompra y el derecho de opción lo que existe es una causa financiera y de inversión. El vendedor se compromete a recomprar para facilitar la venta y obtener financiación, y el comprador no busca la titularidad de unas acciones sino poder recuperar su inversión con un retorno seguro. Si el comprador no conseguía vender las acciones a mejor precio en el mercado siempre tenía la garantía de la promesa. Y ese derecho de opción aún no se había ejercido cuando se declara el concurso del promitente, de modo que la promesa de compra era la única obligación pendiente, aunque no exigible hasta que el optante manifestara su voluntad de vender. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que en el momento de la declaración de concurso existen dos obligaciones pendientes de cumplimiento recíproco y exigibles «al margen o con independencia» del ejercicio de la opción de venta en las condiciones pactadas; reciprocidad que, en términos concursales, atribuye al crédito del optante la condición de crédito contra la masa.

La cuestión es que el ejercicio de la opción difícilmente podrá reportar alguna ventaja en términos de contrapartida para la masa activa concursal. El optante ejerce la opción tras el concurso del promitente porque las acciones carecen de valor y la posición del socio se ha devaluado. De hecho, en esas fechas, la sociedad cuyo capital representan las acciones estaba también en concurso (Zinkia había presentado el concurso voluntario en febrero de 2014 y la opción se ejerce en octubre de 2014, después de que también el promitente se hallara en concurso —declarado en diciembre de 2013—)<sup>35</sup>.

Como hemos visto, desde la funcionalidad propia de las reglas que regulan los efectos del concurso sobre los contratos basada en la reciprocidad de las presta-

ciones, cuando el concurso asume el cumplimiento del contrato como un crédito contra la masa es porque cuenta con la contrapartida que el cumplimiento de la otra parte supone para el activo concursal. Sin embargo, en una promesa de compra con opción de venta, si el optante ejerce el derecho tras la declaración de concurso del promitente es porque no hay retorno posible en el mercado, de modo que el cumplimiento de la promesa en ningún caso permitirá a la masa activa disponer de un contravalor razonable para el conjunto de los intereses implicados en el procedimiento. En esas circunstancias, la administración concursal podría pedir la resolución del contrato en interés del concurso, pero esta alternativa, bajo el régimen aplicable al supuesto de hecho planteado, no parece factible, ya que el coste indemnizatorio de la resolución también sería considerado crédito contra la masa<sup>36</sup>.

Ahora bien, en el caso concreto de la sentencia que comentamos, cuando se declara el concurso de la promitente —Jomaca— solo existe una obligación de recompra pendiente de cumplimiento por un precio determinado y con un plazo concreto de vigencia. Una obligación que, en ese momento, carece de contrapartida, porque el optante aún no ha ejercido la opción, no ha manifestado su intención de vender y exigir el cumplimiento de la promesa. De ahí que el crédito del optante por el precio pactado se considere contingente. Al tratarse de un crédito sometido a condición potestativa, ya que su verificación depende de la voluntad de una de las partes, una vez ejercida la opción, puesto que la parte *in bonis* habría consentido la eficacia del negocio, «con su aprobación se confirma un contrato sinalagmático que queda, entonces, pendiente de ejecución y cuyo cumplimiento está sometido a la decisión de la administración concursal (art. 61)»<sup>37</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

- I. La Ley Concursal atribuye una regulación específica a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes cuando se declara el concurso. Esas reglas concursales se justifican tanto en los concretos mecanismos de defensa que se conceden al contratante que cumple o está dispuesto a cumplir frente al incumplimiento de la contraparte, cuanto en el hecho de que, en situación concursal, las obligaciones recíprocas conllevan al mismo tiempo un crédito que ingresa en la masa activa y una deuda que integra la masa pasiva. De un lado, hay que evitar que el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso y de la facultad de resolución por incumplimiento por la parte no concursada —contratante *in bonis*— permita que esos acreedores queden al margen del procedimiento, impida continuar con la actividad, o prive al concurso de un elemento del activo necesario para lograr el convenio o la liquidación. De otro lado, y conforme al principio de reciprocidad contractual, si al concurso le interesa la prestación del otro contratante, debe cumplir con la contraprestación correspondiente al concursado como crédito contra la masa.
- II. Un contrato de opción de venta con promesa de recompra se diferencia tanto de la compraventa originaria, en la que el vendedor asume la

promesa y consiente la recompra por un precio determinado en el plazo establecido, como de la recompra a la que puede dar lugar, que depende del ejercicio del derecho de opción que se atribuyó al comprador, beneficiario de la promesa.

- III. Si en el momento de la declaración de concurso del promitente aún no se ha ejercido el derecho de opción de venta, solo existe una obligación de recompra pendiente de cumplimiento por un precio determinado y con un plazo concreto de vigencia. Una obligación que en ese momento carece de contrapartida, porque el optante no ha manifestado su intención de vender y exigir el cumplimiento de la promesa. Por tanto, frente al concurso existe un crédito contingente sometido a una condición potestativa. Una vez ejercida la opción y verificada la voluntad del optante de exigir la promesa, existirá un contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes, sometido a la decisión de la administración concursal, que podría resolverlo en base al interés del concurso.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN, E. (2004). Artículo 84. En Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Civitas (pp. 1493-1524).
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2002). *Créditos y quiebra*. Madrid: Civitas.
- (2004). Artículo 87. En Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Civitas (pp.1559-1577).
- BONARDELL LENZANO, R. (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANDIAN, A. (1933). Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione. *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. I, 461 y ss.
- CARRASCO, A. (2024). *Derecho de contratos*. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: IIIAranzadi La Ley.
- (2013). *Tratado de la compraventa*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DE CASTRO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2010). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. IV. Cizur Menor: Aranzadi.
- GARCÍA SOLÉ, F. (2008). *La opción de compra en el leasing financiero*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. (1996). Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución. En AA.VV. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Madrid: Civitas (pp. 300-334).
- GARCIMARTÍN, F. (2025). Sobre opciones y concurso. *Blog Almacén del Derecho*, 4 de marzo de 2025, <https://almacenderecho.org/sobre-opciones-y-concurso>.
- (2014). El régimen concursal de los derivados. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014. En *Blog Derecho mercantil*, 11 de septiembre de 2014. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/09/el-regimen-concursal-de-los-derivados.html>.
- GONZÁLEZ-CARRERÓ, P. (2021). Artículo 156 y Artículo 158. En Prendes/Fachal (dir.). *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. *Comentario judicial*,

- notarial y registral. Cizur Menor: Aranzadi (pp.747-756).
- GÓMEZ MENDOZA, M. (2005). Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales. En AA. VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons (2787-2829).
- JACKSON, T. (1986). *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press.
- MARTÍ MIRAVALLES, J. (2021). Artículo 156 y Artículo 158. En Veiga, A. (dir.). *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Civitas (pp. 909-914 y 924-928).
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Artículo 61. En Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas (pp. 1115-1161).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> T. (2023). Artículo 156 y Artículo 158. En Pulgar, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: La Ley (pp. 865-874 y 887-893).
- MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). En AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons (pp. 2949-2974).
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2024). Contratos con finalidad traslativa del dominio. En Bercovitz, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch (2005-2644).
- SALELLES, J. R. (2005). La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: [Consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)]. En AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons (pp. 3155-3194).
- SÁNCHEZ PAREDES, M.<sup>a</sup> L. (2018). Los efectos del concurso sobre los contratos. En Rojo/Campuzano (dirs.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*. IX Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Cizur Menor: Civitas (pp. 149-196).
- (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En Campuzano/Sanjuán y Muñoz (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 495-529).
- (2019). Los créditos que resulten de obligaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En Rojo/Campuzano/Casanellas (dirs.), *Los créditos contra la masa*. XI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Cizur Menor: Civitas (pp. 165-212).

## NOTAS

<sup>1</sup> V. SAP de Madrid (Sección 28.ª) 332/2020, de 7 de julio, [Recurso 399/2019].

<sup>2</sup> La Audiencia se pronuncia sobre otro argumento esgrimido por el recurrente, aunque le reprocha que recurra a hechos o cuestiones no integradas en el objeto del proceso fijado en la primera instancia. En el nuevo planteamiento el recurrente mantiene que la decisión judicial debió condenar a la administración concursal a reconocer forzosamente el crédito como privilegiado especial, ya que venía garantizado con una prenda sobre acciones recogida en escritura pública. Frente a ello, el Tribunal de apelación acude a la sentencia del Tribunal Supremo 655/2016, de 4 de noviembre, (FJ 6.º), que ilustra sobre la funcionalidad de los reconocimientos forzosos contenidos en el artículo 86.2 LC, y concluye que la falta de reconocimiento abocaría en todo caso a la impugnación de la lista de acreedores y no a una actuación *ex officium* del juez imponiendo el reconocimiento.

<sup>3</sup> Si el juez decretó la intervención de las facultades patrimoniales del deudor, corresponderá al concursado con autorización de la administración concursal el ejercicio de las acciones dirigidas a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato; en tanto que, si el juez dispuso la suspensión de aquellas facultades y la sustitución del concursado por la administración concursal, será la propia administración concursal la que habrá de ejercer esas acciones (art. 54 LC 22/2003 —arts. 119 a 121 TRLC—).

<sup>4</sup> El contratante no concursado o parte *in bonis* debía comunicar su crédito en el concurso para su reconocimiento y clasificación (arts. 134 y 154 y ss. LC 22/2003 —arts. 396 y ss. y 429 y ss. TRLC—).

<sup>5</sup> El Texto Refundido de la Ley Concursal de 2020 extrae del precepto que establecía la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas varias normas. Entre ellas, un principio general de vigencia, referido a todos los contratos (art. 156), y una regulación específica de los efectos del concurso sobre los contratos pendientes de cumplimiento por una o por ambas partes, referida a los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 157 y 158). Por el primero, la declaración judicial de concurso no es causa de resolución anticipada de ningún contrato, de manera que habrán de tenerse por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de los contratantes de suspender o modificar las obligaciones o los efectos del contrato, o de resolverlo o extinguirlo por la declaración de concurso de la otra parte. En orden a la regulación de los efectos sobre los contratos pendientes de cumplimiento, la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas cuando estén pendientes de cumplimiento tanto por el concursado como por la otra parte, de modo que ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo a cargo de la masa aquellas a que esté obligado el concursado (art. 158). V., sobre la propuesta de texto refundido, SÁNCHEZ PAREDES, M.ª L. (2018). Los efectos del concurso sobre los contratos. En Rojo/Campuzano (dirs.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*. IX Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Cizur Menor: Civitas, pp. 154 a 156. En relación con el Texto Refundido de 2020, GONZÁLEZ-CARRERÓ, P. (2021). Artículo 156 y Artículo 158. En Prendes/Fachal (dir.). *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 747 a 751 y 751 a 756; y MARTÍ MIRAVALLS, J. (2021). Artículo 156 y Artículo 158. En Veiga, A. (dir.). *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Civitas, pp. 909 a 914 y 924 a 928. Y, tras la última reforma debida a la Ley 16/2022, v. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª T. (2023). Artículo 156 y Artículo 158. En Pulgar, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: La Ley, pp. 865 a 874 y 887 a 893.

<sup>6</sup> El secretario judicial debía citar a una comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la contraparte *in bonis* y, si se llegaba a un acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez debía dictar auto declarando resuelto el contrato conforme a lo acordado. Cuando no hubiera acuerdo, las diferencias debían sustanciarse por los trámites del incidente concursal y el juez debía decidir acerca de la resolución, acordando,

en su caso, las restituciones procedentes y la indemnización que había de satisfacerse con cargo a la masa.

<sup>7</sup> El Texto Refundido de la Ley Concursal de 2020 atribuye esta facultad de resolución a «cualquier contrato con obligaciones recíprocas» cuando resulte «necesario o conveniente para el interés del concurso» (art. 165.1), aunque, inicialmente, mantuvo la calificación del crédito indemnizatorio derivado de la resolución en interés del concurso como crédito contra la masa —v. SÁNCHEZ PAREDES, M.<sup>a</sup> L. (2018). Los efectos del concurso sobre los contratos. En Rojo/Campuzano (dirs.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*, ob. cit., pp. 191 y 193—. Con la última reforma debida a la Ley 16/2022 se modifica la calificación del crédito indemnizatorio, que pasa a considerarse crédito concursal (art. 165.2), v. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> T. (2023). Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso. Pulgar, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 934 a 944.

<sup>8</sup> De hecho, el Texto Refundido de la Ley Concursal, aunque reformula el principio general de vigencia de los contratos, mantiene la distinción entre contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una parte y contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (arts. 157 y 158 TRLC).

<sup>9</sup> V. SALELLES, J. R., (2005). La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: [Consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)]. En AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons, p. 3156.

<sup>10</sup> Así, JACKSON (1986), afirmaba que la problemática de los contratos no tenía entidad propia, en el sentido de que se originaba en la forma de entender la conexión entre activos y pasivos concursales cuando derivaban de una misma relación jurídica, v. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Cambridge, Massachusetts, and London (Harvard University Press), pp. 105 y 106. Y, con anterioridad, CANDIAN (1933) consideraba que desde el punto de vista sistemático el estudio de los contratos en curso de ejecución debería comprender tanto la descripción de la masa activa como pasiva, ya que ante un contrato bilateral no es posible deducir *a priori* si el contrato traerá sus efectos de forma inmediata para una u otra masa, v. *Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione*. *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. I, pp. 461 a 475, en especial, p. 462.

<sup>11</sup> V. SÁNCHEZ PAREDES, M.<sup>a</sup> L. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En Campuzano/Sanjuán y Muñoz (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 501 a 503.

<sup>12</sup> V. GARCÍA VILLAVERDE, R. (1996). Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución. En AA.VV. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Madrid: Civitas, pp. 301 a 334.

<sup>13</sup> V. MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). En AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons, p. 2958.

<sup>14</sup> Originalmente, lo expone con claridad, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Artículo 61. En Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 1121.

<sup>15</sup> Puede verse la STS 181/2012, de 26 de marzo, [Recurso 698/2009], donde se afirma que la reciprocidad del vínculo contractual no surge solo porque las dos partes contratantes estén obligadas, sino que es necesario que entre los respectivos deberes de prestación exista una interdependencia o nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro. También la STS 44/2013, de 19 de febrero, [Recurso 802/2012], entiende que «Para que, conforme al artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse

el concurso»; o la STS 492/2013, de 11 de julio, [Recurso 1521/2011], que reitera: «[P]ara que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales.

(...) esta Sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial. Pero, a los efectos del artículo 61 de la Ley Concursal, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas».

<sup>16</sup> El Tribunal lo sintetiza en la expresión «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son»; axioma que aplica a la paradigmática distinción entre los contratos bancarios de préstamo y de apertura de crédito, v., entre otras, la STS 693/2019, de 18 de diciembre [Recurso, 1458/2016], con el comentario de ALFARO, en <https://derechomercantiles-pana.blogspot.com/2020/01/irrelevancia-de-la-denominacion-dada.html>; o cuando se plantea la diferencia entre la opción de compra, el precontrato de compraventa y el contrato de compraventa, la STS 335/2013, de 7 de mayo [Recurso 2615/2013].

<sup>17</sup> V. SAP de Madrid (Sección 28.ª) 332/2020, de 7 de julio, epígrafe (8), segundo párrafo.

<sup>18</sup> En la SAP de Barcelona (Sección 4.ª) 45/2023, de 27 de enero, se cita la STS (sala 1.ª) 9364/1992, de 24 de diciembre, que recoge doctrina referida en otras sentencias previas, como las de 7.2.1966 o la de 5.10.1961, donde se señalaba: «[...] es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes, demuestran su decidida voluntad —en todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido el otro estará facultado a exigir el cumplimiento de la promesa en sí [...]». El cumplimiento forzoso, contemplado entre otras en la STS de 13.12.1989, conlleva la posibilidad de condenar al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa, por constar todos los elementos y circunstancias que configuran la compraventa proyectada. Por tanto, la promesa bilateral de compraventa llevaría aparejada la facultad de

exigir el cumplimiento del contrato prometido en caso de incumplimiento por una de las partes del contrato preliminar.

V., en la doctrina, MORALES IMBERNÓN, N. (2024). Contratos con finalidad traslativa del dominio. En Bercovitz, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2204.

<sup>19</sup> V. DÍEZ-PICAZO, L. (2010). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. IV. Cizur Menor: Aranzadi, p. 84. En general, por el contrato de opción, una de las partes, concedente, queda definitivamente vinculada al contrato definitivo, mientras que la otra parte, optante, deviene titular de una facultad que le permite, a su albedrío, perfeccionar o no el contrato posterior definitivo. Por tanto, el ejercicio del derecho de opción supone la aceptación de una oferta contractual vinculada y su efecto fundamental es el de perfeccionar por la sola voluntad del optante, el contrato definitivo. El efecto perfectivo del contrato de compraventa depende exclusivamente de la voluntad del optante. En la opción de venta, solo con el ejercicio de la opción el optante se instala en la posición de vendedor, y a partir de ese momento la compraventa despliega sus efectos típicos. Las obligaciones de vendedor y comprador son actos ejecutivos de la compraventa y, en principio, posteriores al momento perfectivo del mismo, v. CARRASCO, A. (2013). *Tratado de la compraventa*. Cizur Menor: Aranzadi, consulta electrónica.

<sup>20</sup> Así, CARRASCO (2024) entiende que en el precontrato o promesa de contrato futuro las partes se están obligado por el contrato definitivo si se dan determinadas condiciones: que el contrato en cuestión sea consensual, que en el precontrato estén ya determinados todos los elementos esenciales precisos para que la relación definitiva quede determinada, *que la puesta en vigor de la relación definitiva no se haga depender de una condición suspensiva y que las partes o una de ellas no se haya reservado la facultad discrecional de poner en vigor el contrato proyectado*. Por tanto, cuando una de las partes se ha reservado la facultad discrecional de poner en vigor el contrato proyectado, no puede estarse ante el contrato definitivo. Un precontrato de un contrato definitivo sometido a la condición potestativa de que una de las partes quiera poner en vigor por su sola declaración la relación definitiva es un contrato de opción. V. *Derecho de contratos*. Madrid: IIIAranzadi La Ley, consulta electrónica. También, en el *Tratado de la compraventa* —ob. cit., consulta electrónica—manifiesta que, si como consecuencia del acuerdo se atribuye (a título oneroso o gratuito) a una de las partes (o recíprocamente a las dos) la facultad de exigir el cumplimiento del contrato, *hay vinculación, pero no del contrato definitivo, cuya perfección se producirá cuando se ejercite la opción*.

<sup>21</sup> Aunque en relación con la opción de compra (promesa de venta), se cita la SAP de Barcelona (sección 1.ª) 570/2021, de 27 de septiembre, que, siguiendo la interpretación jurisprudencial, rechaza la aplicación de las normas previstas para la compraventa a la promesa unilateral de venta o derecho de opción, en la que la perfección del contrato queda pendiente de la decisión del comprador expresada en un plazo determinado, de modo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna de pago del precio pactado hasta que la perfección del contrato se produzca con el ejercicio de la opción de compra (con cita de la STS de 20.11.2018).

<sup>22</sup> De hecho, como se ha afirmado «[L]a presencia de la prima en el contrato lo convierte en sinalagmático», GARCÍA SOLÉ, F. (2008). *La opción de compra en el leasing financiero*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, p. 237.

<sup>23</sup> V. SAP de Madrid (Sección 28.ª) 332/2020, de 7 de julio, epígrafe (10), segundo párrafo.

<sup>24</sup> V. STS 245/2025, de 14 de febrero, fundamento segundo, 2, segundo párrafo.

<sup>25</sup> Así, en relación con el alcance de la tipicidad legal, el profesor DE CASTRO (1985) afirmaba que «[L]a destacada y hasta primaria significación que tiene el tipo legal al que se acomoda cada negocio, para la valoración de su causa, no debe exagerarse hasta concluir que ella basta para determinar el carácter y alcance jurídico de dicho negocio», v. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, pp. 202 y 203.

<sup>26</sup> V. GARCIMARTÍN, F. (2025). Sobre opciones y concurso. *Blog Almacén del Derecho*, 4 de marzo de 2025, <https://almacenederecho.org/sobre-opciones-y-concurso>.

<sup>27</sup> En este sentido, SALELLES afirma que «(...) ha de tenerse en cuenta que el mantenimiento del equilibrio contractual implícito en la simultaneidad de la prestación debida puede alcanzarse en el procedimiento concursal mediante el tratamiento dispensado a las obligaciones que resultan de la continuación de los contratos pendientes de cumplimiento», v. La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal. En *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, ob. cit., p. 3167.

<sup>28</sup> En la doctrina se entiende que «la Ley otorga al crédito derivado de la contraprestación la máxima garantía en cuanto a su cumplimiento», v. MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal). En *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, ob. cit., p. 2964. GÓMEZ MENDOZA considera que «se minimiza el daño para la parte *in bonis*», v. Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales. En *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, ob. cit., p. 2809. Y, BONARDELL LENZANO (2006) entiende que «se establece, desde esta perspectiva, la indemnidad frente a la declaración de insolvencia de los contratos afectados (...)», v. *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 60.

<sup>29</sup> El hecho de que el concurso asuma el cumplimiento de contrato impide a la parte *in bonis* escudarse en la excepción de incumplimiento contractual para evitar su propio cumplimiento, «pues la íntegra satisfacción de su interés queda garantizada a través de la predeucción», v. BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2002). *Créditos y quiebra*. Madrid: Civitas, p. 377.

<sup>30</sup> V., por todos, BELTRÁN, E. (2004). Artículo 84. En Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, p. 1519.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ reconocía la existencia de un deber legal de resolver el contrato cuando resultara conveniente al interés del concurso, v. Artículo 61. En Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 1149 y 1150. En primer lugar, el concursado intervenido y la administración concursal están obligados a valorar la conveniencia o no de la resolución, dado que deben ejercer las facultades de administración y disposición atendiendo a la conservación de la masa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43). Y, en segundo lugar, están obligados a presentar la solicitud de resolución cuando consideren, tras aquella valoración, que la misma es beneficiosa para el concurso.

<sup>32</sup> V., las reflexiones de GARCIMARTÍN, F. (2014). El régimen concursal de los derivados. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014, en <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2014/09/el-regimen-concursal-de-los-derivados.html>.

<sup>33</sup> Paradigmática resulta al respecto, la STS 189/2016, de 18 de marzo, [Recurso 2663/2013]. En el mismo sentido, la STS de 8 de marzo de 2019, [Recurso 1075/2016], consideraba que, cuando se hubiera pactado en el contrato una cláusula penal, si la pena excede de la finalidad resarcitoria y responde claramente a una finalidad sancionadora, en lo que tiene de pena no debería operar en caso de concurso de acreedores, pues entonces no se penaliza al deudor sino al resto de los acreedores concursales. V. SÁNCHEZ PAREDES, M.<sup>a</sup> L. (2019). Los créditos que resulten de obligaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En Rojo/Campuzano/Casanelas (dirs.), *Los créditos contra la masa*. XI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Cizur Menor: Civitas, pp. 202 a 205.

<sup>34</sup> Entre los razonamientos que ofrece, el Tribunal señala que el contratante *in bonis* no puede ser colocado en mejor posición de la que le correspondería en base al propio contrato, ya que en tal caso se estaría produciendo un perjuicio injustificado para el concurso, v. STS 189/2016, de 18 de marzo, [Recurso 2663/2013], Fundamento noveno, 4.

<sup>35</sup> V., <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/6990926/09/15/Economia-Empresas-Poco-y-Zinkia-sale-del-concurso-de-acreedores-y-empezara-a-pagar-sus-deudas-en-los-proximos-dias.html>.

<sup>36</sup> V. GARCIMARTÍN, F. (2025). Sobre opciones y concurso. *Blog Almacén del Derecho*, 4 de marzo de 2025, <https://almacenederecho.org/sobre-opciones-y-concurso>.

<sup>37</sup> V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2004). Artículo 87. En Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, p.1562. Y entonces será cuando la administración concursal de Jomaca se replantee el cumplimiento del contrato en el caso de que Zinkia hubiera conseguido salir del concurso y las acciones se hubieran revalorizado.



2. MERCANTIL  
DERECHO DE SOCIEDADES

Legitimación activa para impugnación  
de acuerdos sociales en los *equity swaps*

*Active legitimation to challenge social  
agreements in equity swaps*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

**RESUMEN:** El suscriptor del equity swap y la legitimación activa para impugnación de los acuerdos sociales en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2024.

**ABSTRACT:** *The subscriber of the equity swap and the active standing to challenge the corporate agreements in the recent judgment of the Provincial Court of Madrid of November 6, 2024.*

**PALABRAS CLAVE:** *Equity swap, legitimación activa, impugnación acuerdos sociales*

**KEYWORDS:** *Equity swap, active legitimation, to challenge social agreements*

**SUMARIO:** I. EL CASO “POLYGON”. ANTECEDENTES.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL TITULAR DEL “EQUITY SWAP” PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.—III. EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.—IV. UN BREVE EXCURSO SOBRE LA “PROPIEDAD OCULTA” EN EL “EQUITY SWAP”.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. EL CASO “POLYGON” . ANTECEDENTES

El denominado caso “Polygon” que empieza a resultar notorio por la litigiosidad asociada al mismo, nos ha ofrecido una visión judicial de la singularidad de los *equity swaps* y concretamente en relación con la legitimación activa procesal correspondiente al titular del *equity swaps*. A buen seguro, ya el propio término y sin duda la naturaleza jurídica del *equity swap* resulta de difícil comprensión y sobre todo de difícil asimilación a nuestras categorías tradicionales contractuales y nuestro sistema de adquisición de derechos reales.

Afortunadamente, contamos incluso con tesis doctorales que se han ocupado en extenso tanto sobre la naturaleza jurídica del *equity swap*<sup>1</sup> como sobre la problemática relacionada al ejercicio del derecho de voto en este tipo de derivados<sup>2</sup> que nos han ilustrado sobre la práctica de los mismos, a las que obviamente nos remitiremos durante este trabajo (un genérico concepto de este derivado nos lo ofrece la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 2021 abajo citada) para podernos apoyar a la hora de apuntar determinadas cuestiones sobre el tema que nos ocupa, sobre lo que ya adelantamos que dista mucho de gozar de un tratamiento pacífico y de ofrecerse opiniones absolutas o certeras al respecto, sino es desde un análisis detallado de la naturaleza y estructura del correspondiente *equity swap* en consonancia con el “*interés legítimo*” ex. art. 206.1 LSC, para poder entender si en el correspondiente caso, el titular del *equity swap* ostenta legitimación activa procesal, por ejemplo, para la impugnación de un acuerdo social, o bien, si pudiera ostentar legitimación como propietario, en los casos en que se revele en la estructura del derivado una “*propiedad oculta*”.

Excede con mucho el propósito de este trabajo ofrecer soluciones categóricas, pero sí al menos, acercarnos al problema y esbozar determinadas bases o cuestiones a tener presente en el entendimiento del caso en cuestión.

En relación con el caso “Polygon”, en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1232/2022, de 3 de octubre de 2022 (Sala de lo Contencioso Administrativo) se niega la legitimación activa en el orden contencioso administrativo al titular del *equity swap* para impugnar el precio fijado por la CNMV en una OPA de exclusión.<sup>3</sup>

Como afirma, la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 2021 (recurso nº 1895/2019) de la que trae causa la meritada sentencia del Tribunal Supremo, en este caso, los *equity swaps* que invoca la demandante como título legitimador fueron configurados como contratos por diferencias (CFD). En los Autos, se hacía referencia a estos contratos diciendo que no están estandarizados y se configuran como OTC (“*over the counter*”), instrumentos que se contratan de forma bilateral o en mercados no organizados; la demandante señala que permiten un “*intercambio de flujos de efectivo, en cuya virtud, la sociedad A se obliga a pagar un interés (fijo o variable) y la contraparte (una entidad de crédito propietaria de las acciones de la sociedad B) se compromete a entregar el dividendo recibido por su inversión en la sociedad B. Adicionalmente, en la fecha de ejercicio (vencimiento del contrato) las partes acuerdan intercambiar la diferencia entre el precio de ejercicio y el valor razonable de las acciones en ese momento (asumiendo la sociedad el riesgo de valor razonable de los títulos). Hasta un determinado ejercicio la liquidación se acuerda*

por diferencias (en efectivo) y a partir de esa fecha, previa novación del contrato, mediante la entrega física de las acciones”.

Dejamos, por el momento apuntado, el detalle de que en un determinado momento contractual la liquidación entre las partes del *equity swap* se produce “mediante la entrega física de las acciones”.

Sin embargo y pese a la anterior referencia liquidativa mediante entrega en acciones, no es menos cierto que la Sala de la Audiencia Nacional, lo que fue asumido por el Tribunal Supremo, en su sentencia que inadmitió el recurso contencioso administrativo, también afirmó lo siguiente:

*“Los demandantes no son por tanto accionistas, sino inversores a través de productos complejos en los que las acciones operan con subyacente, como mero índice de referencia, sin derecho alguno sobre esas acciones, que habrían permanecido en poder de las entidades financieras propietarias. No nos consta, ni se invoca, que en el marco de los contratos de permuta financiera se pactara un derecho a adquirir las referidas acciones de Telepizza”.*

O sea, subyace en lo anterior, las diferencias que pudieren existir entre un swap liquidable sólo en efectivo o un swap liquidable también mediante entrega de acciones.

Como decíamos, el Tribunal Supremo, en el caso concreto, afirmó que: *“1/ Cuando se produjo la Opa de exclusión la recurrente, Polygon Global Partners, no era accionista de Telepizza, ni lo sería luego, pues el contrato de swap no le daba acceso a la titularidad de las acciones en ninguna circunstancia”*

En sede de legitimación en el orden contencioso-administrativo (interés legítimo ex. artículo 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), Ruíz Ojeda, nos dejó esta reflexión crítica con la decisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

<1º El régimen de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales, por un lado, y para la impugnación de resoluciones administrativas, por otro, aunque apelen literalmente a un mismo concepto de “interés legítimo”, responden estructuralmente a vectores de sentido opuesto. En el ámbito societario, se parte del núcleo de la condición de socio reforzada con una participación relevante en el capital social para, a partir de ahí, valerse del “interés legítimo” y abrir la legitimación activa a otros *stakeholders* que no son parte del contrato de sociedad. 2º. En el contencioso-administrativo, como hemos visto el analizar la jurisprudencia, el discernimiento *ad casum* del presupuesto procesal de la legitimación activa gira en torno al núcleo de la afección específica y objetiva de la esfera personal o grupal, diferenciada y propia, por la actuación administrativa impugnada, materializada en la obtención de una ventaja, utilidad o perjuicio, tanto derivada de dicha actuación administrativa como de su eventual decaimiento por el éxito de la impugnación. En el caso de los *equity swaps* de nuestro litigio, los rasgos de esta fisonomía propia de la legitimación activa en el contencioso-administrativo son expresamente reconocidos por el TS; sin embargo, termina por negársela mediante la evidente remisión a los criterios legales definidores de la legitimación activa en el orden societario —así me permito entender la exótica nomenclatura exógeno /endógeno— que hacen de estos titulares de derivados sobre acciones unos terceros ajenos al contrato de sociedad no implicados directamente —las resonancias con el ya superado “interés directo” de la vieja LJCA 1956 son

claras— en una OPA, cuyos exclusivos destinatarios y, por tanto, jurídicamente afectados son los accionistas. La fuerte paradoja que nos plantea el razonamiento empleado por el TS sobre el carácter externo o exógeno de los *equity swaps* en una OPA —como relación estrictamente bilateral entre ofertante y accionistas— se diluye en un mero sin sentido nada más recordar que las posiciones en *equity swaps* computan a efectos del cálculo de participaciones de control en sociedades cotizadas, justamente, para determinar la obligación de lanzamiento de OPAs. 3º. A la vista de esto, la factura pasada a los titulares de los *equity swaps*, en materia de legitimación activa, por el abuso del término en la jerga financiera debería ser considerada como severa. Implícitamente, sobrevuela en la argumentación de la Sentencia del TS la idea de que los derivados sobre acciones de sociedades cotizadas no pasan de ser una especie de apuesta sobre la evolución de los mercados, al modo de los *equity swaps* sobre índices bursátiles, y que, por tanto, su resultado siempre es incierto y dependiente de demasiados factores, lo cual nos lleva a los terrenos de los que, tanto la legitimación societaria como la administrativa, pretenden escapar, el interés específico e indefinible en el buen funcionamiento de los mercados. Nada de eso le sucede a Polygon, que acredita ser titular de un auténtico derecho subjetivo derivado de un contrato oneroso y cuyo resultado patrimonial se ve específicamente afectado por el precio equitativo autorizado por la CNMV para la OPA de exclusión de Tasty Bidco sobre Telepizza, de lo que se deduce, sin sombra alguna de duda, que, de prosperar su impugnación, tal resultado sería otro. No hay requisito de la legitimación activa en el contencioso-administrativo, a la luz de la legislación y jurisprudencia españolas, que Polygon no cumpla. Para ignorarlo, el TS ha tenido que pergeñar el *tertium genus* de un interés legítimo que, pese a serlo, no legitima para recurrir. La vulneración por la Sentencia del derecho fundamental de defensa y a la tutela judicial efectiva parece más que plausible, pese a que el Tribunal Constitucional haya desechado abordar el caso en vía de recurso de amparo por falta de “especial trascendencia constitucional”.>.

Veremos qué sucede con los nuevos recursos de casación que en materia de OPAs y legitimación activa para recurrir han sido admitidos por los Autos del Tribunal Supremo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de fecha 18 de abril de 2024 (Rec. 1577/2024; 1616/2024; 1825/2024), en el asunto Masmovil Ibercom, S.A.

En sede mercantil, que es la que nos ocupa, Javier García de Enterría<sup>4</sup> (vid. op. cit. pág. 9) en un trabajo sobre el particular, niega que el mero interés económico del titular del *equity swap* sirva para otorgarle legitimación activa para la impugnación de un acuerdo social, ya que a juicio de este autor <la legitimación activa de los terceros para impugnar acuerdos de una sociedad requiere, no solo que justifiquen y acrediten con la demanda su “interés legítimo”, sino también que este interés ofrezca una particular intensidad y relevancia, en atención a la especial idoneidad o capacidad de los acuerdos impugnados para afectar de forma perjudicial a los derechos o a la posición jurídica de aquellos>.

Previamente, este autor expone sus argumentos en contra de la legitimación activa del titular del *equity swap* (vid. op. cit. pág. 5) sobre la base principal de los inconvenientes derivados del: (i) desdoblamiento en la legitimación activa para la impugnación del acuerdo social, a saber, en el titular del *equity swap* y la del accionista; (ii) opiniones contradictorias en los mismos sobre la validez de los

acuerdos impugnados; (iii) impugnaciones por motivos distintos o impugnaciones de acuerdos diversos; (iv) efecto multiplicador de la legitimación activa.

Pese a lo anterior —lo cual no se compadece muy bien, a nuestro juicio, con las reticencias anteriores apuntadas—, este autor sin embargo sí reconoce la equivalencia del “*interés legítimo*” a que hace referencia el artículo 206.1 LSC como requisito para la impugnación de los acuerdos sociales por parte de terceros con el “*interés legítimo*” que habilita la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cuando reflexiona lo siguiente al respecto: <Por lo demás, la cuestión relativa a la idoneidad de un derivado sobre acciones para sustentar un interés legítimo que confiera a su titular legitimación para recurrir actos relativos a la sociedad emisora de las acciones subyacentes ha merecido recientemente la atención de los tribunales contencioso-administrativos, en un contexto fronterizo al estrictamente societario. En este orden jurisdiccional, la legitimación activa se reconoce también, entre otras personas, a aquellas “que ostenten un derecho o interés legítimo” (art. 19 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), que básicamente se corresponde con el título de legitimación exigido a los terceros para impugnar los acuerdos de las sociedades de capital (art. 206.1 LSC). Y esta equivalencia determina, en relación con los actos administrativos que vayan específicamente referidos a una sociedad, que la legitimación para recurrirlos del titular de un derivado sobre acciones de esta última deba resolverse en línea de principio aplicando criterios afines a los que rigen en el ámbito societario>.

Con atención al concepto de “*interés legítimo*” ex. art. 206.1 LSC siempre resulta conveniente citar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018, 542) que concede legitimación para la impugnación de un acuerdo social a un tercero titular de la opción de compra, que se vería perjudicada en su ejercicio con causa en ese acuerdo social, que razona lo siguiente: “*el concepto de interés legítimo, recogido en el artículo 24 de la Constitución, es más amplio que el de interés directo y excede del interés que tienen los socios, quienes lo sean tras la adopción del acuerdo o quienes lo eran en ese momento y perdieron esa condición con posterioridad. Cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social*”

O sea, el Tribunal Supremo, identifica “*interés legítimo*” con afección directa o indirecta, pero de forma perjudicial.

Baena Baena, (vid. op. cit. págs. 3 y 4) al comentar la referida sentencia del Tribunal Supremo<sup>5</sup> nos ofrece un útil elenco ejemplificativo de situaciones en las que un tercero estaría legitimado para impugnar el acuerdo social: <1) los trabajadores, considerados tanto individual como colectivamente a través de los representantes sindicales, respecto a los acuerdos que afecten a sus condiciones laborales; 2) los obligacionistas, que en su condición de acreedores de la sociedad están interesados en el buen funcionamiento de la sociedad, así como su representante, el comisario del sindicato de obligacionistas; 3) los copropietarios de acciones o participaciones y los cotitulares de derechos reales sobre acciones o participaciones a los que no se confiera el derecho de impugnación en representación de la comunidad; 4) los nudos propietarios o usufructuarios, los acreedores pignoratícios

o socios pignorantes, socios embargados o depositarios judiciales de las acciones o participaciones embargadas, a los que los estatutos (o, en caso de falta de disposición expresa, la ley) no adjudiquen el derecho de impugnar acuerdos sociales; 5) los interventores judiciales de la herencia y 6) el administrador concursal (o, en caso de que sean dos —art. 27.7 de la Ley Concursal—, ambos administradores concursales individualmente considerados) si la persona jurídica concursada no tuviera sus facultades suspendidas (pues de tenerlas la administración concursal sustituiría a los órganos sociales<sup>10</sup>) en los actos de administración sobre bienes derechos y obligaciones integrados en el concurso y cada administrador concursal estaría individualmente legitimado para impugnar los acuerdos pretendidamente antijurídicos en su condición de administrador —arts. 40.1 a 4 y 48.1 de la Ley Concursal—). También puede ser apreciada la legitimación activa respecto de algunas personas a las que se niegue el carácter de socio y demuestren un interés legítimo, como pueden ser: 1) los que no probaron su estatus de socio adecuadamente, 2) los privados de la condición de socio por estar viciado de nulidad su título, 3) los titulares del derecho de contravalor de sus aportaciones dinerarias, 4) los socios que adquirieron este estatus después de celebrada la junta, o que dejaron de serlo después de ella o los titulares de acciones o participaciones pendientes de atribución, 5) los socios de la sociedad matriz respecto a los acuerdos de la sociedad filial o los de ésta respecto a los acuerdos de aquélla. Así como los administradores a los que se niegue su legitimación en cuanto tales, bien por no haber acreditado adecuadamente su condición, bien por rechazarse su legitimación por haber dejado de ostentar su cargo en el momento de impugnar o de dictarse la sentencia o por haber sido adquirido tal estatus tras la junta, debiendo en todos estos supuestos demostrar su interés legítimo en el acuerdo que se impugna.

Asimismo, pueden estar legitimados, de acreditar su interés legítimo: 1) los acreedores de la sociedad; 2) los socios, administradores y acreedores de las sociedades participadas por la sociedad cuyo acuerdo se impugna; 3) los directores, gerentes y demás personas autorizadas por los estatutos o el presidente a asistir a la reunión por su interés en la buena marcha de los asuntos sociales u otros auxiliares o colaboradores del empresario, que mantengan con la sociedad una relación laboral (común o de alta dirección) o no (agentes, concesionarios, franquiciados, etc.); o 4) los auditores revocados ilegalmente respecto del acuerdo revocatorio de su designación).>

## II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL TITULAR DEL “EQUITY SWAP” PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Con estos antecedentes, nos encontramos con la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2024 (Recurso de Apelación 2733/2022) que aborda de nuevo esta interesante y complicada cuestión.

En 2005, POLYGON, a través de un contrato de permuta financiera o swap suscrito con Deutsche Bank, adquirió un interés económico en TENDAM, representativo, hoy, de, aproximadamente, un 5,5% de su capital (86.171.520 acciones). En agosto de 2017, dado que dejó de dársele información sobre TENDAM con la

excusa de que no era accionista directamente, POLYGON liquidó parcialmente el swap, pasando a ser accionista directo de 5.000 acciones.

Los acuerdos impugnados. Se impugnan los acuerdos séptimo, décimo y decimoprimeros de la junta general de accionistas de TENDAM, celebrada el 30 de agosto de 2017, que tuvieron por objeto, respectivamente:

- (a) Liberar a cuatro personas de sus responsabilidades como consejeros de TENDAM, con la consiguiente renuncia por esta a las acciones patrimoniales de reclamación contra ellos (acuerdo séptimo);
- (b) Hacer que TENDAM y sus filiales (i) participaran en la refinanciación de dos de las sociedades instrumentales de los accionistas de control (MASARIA y MEP RETAIL) y (ii) otorgaran una serie de garantías personales y reales en beneficio de los acreedores de dicha refinanciación (acuerdo décimo);
- (c) Dispensar a los consejeros y apoderados de TENDAM que habrían de definir y suscribir los contratos de la refinanciación en nombre de esta sociedad de la prohibición de autocontratar y de sus conflictos de intereses (acuerdo decimoprimeros).

En la demanda se dice que POLYGON ostenta un interés legítimo ya que tiene un interés económico en TENDAM equivalente al 5,5 % de su capital social. Acompaña, a tal efecto, un certificado de Deutsche Bank del 2 de agosto de 2018 que dice acreditativo de aquel extremo, a cuyo tenor (según traducción de la parte):

*“La presente carta tiene por objeto confirmarle que con fecha 2 de agosto de 2018, Polygon ostentaba una posición patrimonial considerable en Deutsche Bank AG que brinda una exposición económica sintética vinculada al rendimiento generado por 86.171.520 acciones de Cortefiel [...]”*

*A tenor de las cláusulas de los contratos pertinentes que regulan la posición antedicha, Polygon ostenta una participación económica en el valor de mercado del número de acciones antes reseñado y tiene derecho a percibir el rendimiento que generen estas acciones de Cortefiel desde la apertura de la citada posición sintética”*

TENDAM RETAIL se opuso a la demanda, aduciendo, en lo que ahora interesa, que POLYGON carece de legitimación activa *ad processum* para plantear su demanda, ya que, resumidamente, tan solo es titular de acciones representativas de un 0,0003218% de dicho capital. Y no fue hasta el 16 de agosto de 2017 (curiosamente 15 días después de la publicación de la convocatoria de la Junta General de accionistas de 31 de agosto de 2017 y 16 días antes de su celebración) que POLYGON adquirió 5.000 acciones y volvió a ser accionista de Cortefiel.

El Juez de lo Mercantil aprecia la falta de legitimación activa y desestima la demanda. Tras explicar la “dinámica económica, construcción jurídica y función financiera” del “equity swap” y concluye que “carece la sociedad gestora de fondos de legitimación activa para la impugnación de los tres concretos acuerdos antes descritos, por la sola invocación del contrato de ‘equity swap’ o permuta sobre activos patrimoniales financieros integrados por títulos de capital o de deuda; y ello porque de la configuración económico-financiera y articulación jurídica de las prestaciones y de los riesgos, la nulidad e ineficacia de los acuerdos sociales impugnados, así como el interés social y su abusividad, no determinan un interés legítimo directo o indirecto perjudicial para la posición de la demandante en relación con la sociedad y su patrimonio, en cuanto solo produciría efectos reflejos e indirectos sobre los flujos

dineros que en cada liquidación periódica puedan producirse por razón del valor del subyacente y sus eventuales dividendos.

Es el interés y el riesgo asumido por el inversor POLYGON sobre estos flujos positivos negativos lo que se eleva a causa del contrato y la finalidad buscada por las partes; por lo que sostener que la variable del valor del subyacente [—cuyo dominio, custodia, administración y costes de gestión descansan en el banco de inversión, en cuanto así resulta del contrato marco y nada se pactó en contra—] le faculta para asumir la posición de DEUTSCHEBANK AG [—sin consentimiento ni conformidad de éste, ni pacto en tal sentido—] en el control de la gobernanza de la sociedad y de sus acuerdos sociales, resulta rechazable.

Cierto es que el riesgo de una buena gestión y de una buena gobernanza se plasmará en un mayor o menor valor del subyacente y de sus eventuales rendimientos y dividendos [—favoreciendo así la posición contractual de la gestora demandante en sucesivas liquidaciones—]; pero siendo ello así, la mera inclusión de dicha variable obligacional, con mantenimiento del dominio accionarial en la otra parte del contrato de flujos monetarios, no le faculta —por sí solo— para ejercitar la impugnación”.

La Sala aprecia desde un inicio la falta de acreditación y prueba de la apelante en cuanto a la sostenibilidad del interés legítimo, cuando dice que: “Repárese en que el interés legítimo, por tanto, no se centra en la demanda en el derecho que ostentaría a la percepción de eventuales dividendos (o su equivalente pecuniario), ni tampoco en las liquidaciones periódicas, sino en la liquidación final por diferencias (nada se dice en la demanda de la posibilidad de una liquidación en especie, esto es, que POLYGON adquiriera finalmente las acciones), sin explicar, siquiera, cuándo ésta habría de tener lugar según lo pactado en el swap. No ha de extrañar por ello que el juez, a pesar de extender generosamente el análisis a dividendos y liquidaciones periódicas, solo sea capaz de identificar “efectos reflejos e indirectos”, que juzga insuficientes para fundar un interés legítimo. El recurso se ha limitado a incrementar la extensión, pero sin profundizar en el razonamiento ni detenerse en una verdadera crítica de la resolución de instancia, como hubiese sido lo propio”

Finalmente, la Sala confirma la decisión de instancia, recordando lo siguiente:

“Sin perjuicio de que resulta impropio invocar como motivo autónomo del recurso de apelación lo que constituye un motivo de amparo, la decisión de instancia no incurre, a juicio de la Sala, en un formalismo exacerbado. La acción de impugnación de acuerdos sociales está lejos de ser una acción pública. La legitimación, por decisión del legislador, es restringida y aún lo es más desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, al pasar de derecho individual del socio a un derecho de minoría, mutación que el preámbulo justifica “con el objetivo de evitar situaciones de abuso de derecho”. El órgano judicial, al exigir que el demandante justifique el interés que invoca y su carácter legítimo no hace sino cumplir el mandato del art. 206 LSC. Y lo hace, a nuestro criterio, de forma prudente y ponderada, teniendo en cuenta que el reconocimiento de una legitimación excesivamente amplia puede comprometer la seguridad jurídica y, en el presente caso, dada la trascendencia de los acuerdos impugnados, la propia viabilidad de la sociedad.”

Es decir, estamos ante un caso donde la instancia negó la legitimación activa del titular del swap que a criterio del Juzgador sólo ofrece efectos reflejos e indirectos sobre los flujos dinerarios que en cada liquidación periódica puedan producirse por razón del valor del subyacente y sus eventuales dividendos aunque es cierto es

que el riesgo de una buena gestión y de una buena gobernanza se plasmará en un mayor o menor valor del subyacente y de sus eventuales rendimientos y dividendos, lo que en nuestra opinión no se adecuaba a la concreción que debería hacerse —salvadas las cuestiones probatorias oportunas— del concepto de “*interés legítimo*” en este determinado caso en función de las circunstancias del mismo, donde cabe reseñar que según se recoge la propia sentencia en sus antecedentes POLYGON liquidó parcialmente el swap, pasando a ser accionista directo de 5.000 acciones, o sea, lo que al parecer y con independencia del cuestionado interés económico del titular del “*equity swap*”, éste tenía derecho en la liquidación del swap a la entrega del valor subyacente.

Esta posibilidad de “*adquisición*” del valor subyacente por el titular del “*equity swap*” nos acerca, en primer lugar, a la atención del referido interés legítimo desde la consideración de qué rol dominical gozaba el titular del swap, es decir, desde su atención a posible propietario oculto de las acciones, lo cual obviamente, no podemos afirmar ante el desconocimiento al respecto y en función de la falta de actividad probatoria en el proceso sobre este particular, aunque pese a ello, sí que nos parece digno de atención abordar al menos este problema, por si efectivamente, el interés legítimo que pudiera defenderse en función de la afectación del acuerdo social impugnado a los rendimientos económicos que supusiera una legitimación extraordinaria activa de carácter legal (art. 10.2 LEC y 206 LSC) pudiera ser desplazado por un derecho subjetivo propio que pudiera haber ofrecido legitimación ordinaria activa (art. 10.1 LEC y 206 LSC).

### III. EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

En la doctrina procesalista, sí ha habido un especial cuidado o atención a lo que ha de entenderse por “*interés legítimo*”. En este sentido, Montero Aroca<sup>6</sup> ha entendido sobre el “*interés legítimo*”, <...responde necesariamente a la afirmación de titularidad de una relación o situación jurídica que se tiene respecto de otra relación jurídica o situación jurídica de un o de unos terceros>, resultando como afirma este mismo autor que la legitimación por interés legítimo y la titularidad del derecho subjetivo, han de ser diferentes, lo que encuentra acomodo en el propio artículo 10 LEC, en cuanto a la distinción de la legitimación ordinaria y la extraordinaria.

De ahí que cuando el artículo 206.1 LSC se refiere a “*interés legítimo*” lo hace desde un punto de vista estrictamente procesal ajeno a la relación jurídica material, es lo que se ha venido a conocer por la doctrina procesalista<sup>7</sup> como un interés legitimante indirecto.

De forma gráfica, Ricardo Juan Sánchez (vid. op. cit. pág. 232) en relación con el caso que nos ocupa y en aplicación del interés legitimante indirecto, nos ofrece la siguiente explicación: <Efectivamente, sin el reconocimiento del verdadero interés por otra norma, sería nulo el valor instrumental que cabe reconocer a los preceptos citados. Así, cuando una acción de nulidad de un acuerdo societario se ejercita por un socio, es porque la ley que regula la vida de la sociedad en cuestión le reconoce interés en la gestión y administración de la misma (por seguir con el ejemplo, arts. 93 y ss. LSC); igualmente el tercero que ejercita dicha acción

tendrá que alegar un interés legalmente reconocido y sostener que se ve afectado por el acuerdo societario que impugna (así, por ejemplo, el tercero acreedor de una sociedad que acuerda su disolución y liquidación y en cuyo pasivo no se incluye el crédito de aquél: SAP Lleida, de 17 de marzo de 2000, AC 2000/1021). La diferencia está en que para el primero la nulidad afecta de forma directa a las situaciones jurídicas de las que es titular como socio; en cambio para el segundo su situación jurídica se resiente de forma refleja o indirecta, es decir, como consecuencia de la existencia de una situación jurídica interpuesta. Ambos tienen interés, bien por ser parte de la situación jurídica deducida en juicio, bien por ser parte de otra situación jurídica afectada por aquella otra situación. La regla básica de legitimación del art. 10.I LECiv sólo atiende a los titulares de la situación jurídica deducida en juicio, siendo por ello útil que de forma expresa una norma reconozca la legitimación a los titulares de un interés indirecto reconocido por las leyes —derivado de situaciones jurídicas conexas con aquella—.>.

Por lo tanto, podemos decir que el tercero ex. artículo 206.1 LSC se trata de un titular de un interés legitimante indirecto que ha de verse afectado por el acuerdo social a impugnar, ya que su interés no nace de la situación jurídica que se ventila en el proceso (causa de la impugnación del acuerdo social) sino de una situación conexa con el mismo que le implica una afección directa. O sea, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en la referida Sentencia de 14 de febrero de 2028, cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social.

Llegados a este estadio, es donde podemos coincidir con la afirmación del Juzgador *a quo*, que niega la legitimación del tercero impugnante porque la buena gestión y gobernanza social sólo ofrece *efectos reflejos e indirectos sobre los flujos dinerarios que en cada liquidación periódica puedan producirse por razón del valor del subyacente y sus eventuales dividendos* aunque es *Cierto es que el riesgo de una buena gestión y de una buena gobernanza se plasmará en un mayor o menor valor del subyacente y de sus eventuales rendimientos y dividendos*, recalcando que el dominio se mantiene en la parte corta del *equity swap*.

Es decir, el interés legítimo como interés legitimante indirecto es cierto que ha de producir una afección directa en la situación del tercero impugnante, pero que a juicio del Tribunal Supremo basta, lógicamente, que le resulte perjudicial, lo que obviamente puede producirse como resultado de la buena gestión y gobernanza de la sociedad. Recurrir a que el dominio sobre el valor subyacente sigue ostentándolo la contraparte del *equity swap* del tercero impugnante como argumento excluyente de su legitimación, realmente no supone más que confundir la titularidad del derecho subjetivo con el interés legitimante indirecto.

Si bien antes hemos enumerado casuística de lo que se viene admitiendo doctrinalmente y jurisprudencialmente como titular de un interés legítimo ex. artículo 206 LSC, no creemos que la categorización de la figura haya de efectuarse a partir de la referida casuística, sino como hemos visto en función de la atención a la existencia de dicho interés legitimante indirecto con causa en una situación conexa al interés jurídico propiamente debatido en el proceso de impugnación de acuerdos sociales, es decir, en función de la afectación perjudicial al tercero impugnante, lo que por otra parte es incluso reconocido por el Juzgador *a quo* cuando afirma que es: *Cierto es que el riesgo de una buena gestión y de una buena*

*gobernanza se plasmará en un mayor o menor valor del subyacente y de sus eventuales rendimientos y dividendos*

En suma, no nos parece acertada *a priori* la negativa a la legitimación activa del titular del *equity swap* como tercero, aunque no es menos cierto que sí consideramos que en este proceso la prueba debería haberse desarrollado con mayor intensidad con el fin propuesto para evidenciar no sólo esa afectación genérica en el rendimiento del valor por la acción de la gobernanza social, sino para acreditar también cómo dicha afectación económica se vería producida con causa en el acuerdo social impugnado, sobre lo cual obviamente no podemos pronunciarnos ante la ausencia lógica de verdaderos elementos de juicio al respecto.

#### IV. UN BREVE EXCURSO SOBRE LA “PROPIEDAD OCULTA” EN EL “EQUITY SWAP”

Volvemos en estos instantes a colacionar que según se recoge la propia sentencia en sus antecedentes POLYGON liquidó parcialmente el swap, pasando a ser accionista directo de 5.000 acciones, o sea, lo que al parecer (insistimos, aparentemente) y con independencia del cuestionado y debatido interés económico del titular del *“equity swap”*, éste tenía derecho en la liquidación del swap a la entrega del valor subyacente.

Ante dicha posibilidad de “recuperación” de las acciones por parte del titular del *“equity swap”*, sí que nos parece oportuno abordar la cuestión desde la problemática de las titularidades fiduciarias.

En este sentido, nos parecen interesantes las consideraciones al respecto que hiciera García Martínez (vid. op. cit. 295 y 296), cuando reflexiona del siguiente modo: <Por ejemplo, un accionista de una sociedad con una participación significativa, a través de un contrato de *equity swaps*, disminuye su participación en la sociedad en cuestión, ya que vende las acciones en el mercado pero contrata un *equity swap* en el que sitúa como parte larga del mismo. De este modo, sigue soportando el riesgo y recibe los dividendos de las acciones subyacentes, mientras que la parte corta, como método de cobertura de su posición, compra las acciones que han referenciado como subyacente. En un primer término, las acciones no se han comprado por cuenta de la parte larga sino de motu proprio por la parte corta pues quiere cubrir su posición en el derivado. No obstante, en función de los pactos que se establezcan por las partes, se asemejaría a una titularidad fiduciaria en la medida que la parte larga recibe los réditos de las acciones subyacentes así como también puede influir en el sentido del voto y, una vez finalizado el contrato, aun en supuestos de liquidación por especie, puede adquirir dichas acciones. Por lo tanto, en atención a que se den los elementos anteriores, cabría también gravar la cobertura de instrumentos derivados como un derecho real. Con todo, la tarea resulta ardua pues sería necesario delimitar legalmente e imponer dicho carácter fiduciario. La dificultad, de nuevo, reside en probar que estamos ante una titularidad fiduciaria.>

En este esquema las diversas relaciones entre la parte larga del *“equity swap”* y la parte corta del mismo, pueden ser de diferente grado. Así en la conocida como *“hidden ownership”* el inversor o parte larga tiene el interés económico pero el de-

recho de voto pertenece a la parte corta del “*equity swap*” que se comporta como un titular formal o aparente, mientras que en la “*hidden morphable ownership*”, la parte larga puede incluso determinar el sentido del voto a la parte corta del swap.<sup>8</sup>

Incluso en los supuestos de cesión de la legitimación o representación indirecta en favor de la parte larga del derivado, la asimilación a la titularidad fiduciaria de la figura ha sido puesta de manifiesto, pese a que en realidad no se produce en la cesión de la legitimación una diferencia o discriminación entre la titularidad de la acción y el derecho de voto, sino entre la materialidad (titular real) y apariencia (titularidad formal), por lo que la misma ha sido asimilada a la fiducia *cum amico*.<sup>9</sup>

La práctica financiera —sin que sea este el lugar para un desarrollo de la misma— por tanto, ofrece situaciones en las que el titular de la parte corta del *equity swap* ha cubierto su posición en el mismo mediante la compra de las acciones sobre las que se encuentra referenciada el contrato, reservándose la parte larga del *equity swap* la posibilidad de comprar las acciones, aparte de incluso guardarse la facultad de instruir el voto en la sociedad a la parte corta del swap.

Pues bien, las notas anteriores, en nuestra opinión, no suponen más que tener que abordar la cuestión desde la fiducia *cum amico* (donde el fiduciario —titular formal— se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante —titular real—) en la que el fiduciario como parte corta del swap ha de restituir a fiduciante como parte larga del swap el objeto de la fiducia, a saber, las acciones.

No podemos compartir el reconocimiento de una titularidad fiduciaria verdaderamente dominical en la parte corta del swap, realmente la custodia y administración no puede servir como presupuesto para la transmisión de la propiedad, ex. artículo 609 del Código Civil, no sirviendo como cobertura a estos efectos la pretendida amplitud del artículo 1274 del Código Civil.

Con acierto, Díez-Picazo<sup>10</sup> afrontaba y solventaba el problema con base en el artículo 609 del Código Civil, del siguiente modo: < Sin embargo, el problema grave no consiste en articular la causa como “causa del contrato”, en el sentido de los arts. 1.261 y 1.274 C.C, sino en articularla como causa de una especial transmisión de la propiedad. En nuestro Derecho Positivo, la propiedad se transmite, según dice el art. 609 C.C “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Entre estos contratos que justifican una transmisión de la propiedad no se encuentra la fiducia. La fiducia pura sólo es posible en aquellos sistemas jurídicos que admiten medios abstractos de transmisión del dominio. Así ocurría en el Derecho alemán. En estos sistemas es posible la transmisión de la propiedad por medio de un mecanismo abstracto, que dé cauce al negocio fiduciario. Esto no es posible en el Derecho español, dónde hay que recurrir a alguno de los contratos típicos, señaladamente al contrato de compraventa, lo cual plantea el arduo problema de las relaciones entre simulación y negocio fiduciario>.

En análogos términos, Pantaleón Prieto<sup>11</sup> razonaba que el efecto jurídico de la transmisión de la propiedad no depende de la voluntad, sino cuando concurre una justa causa para ello ex artículo 609 CC, y «ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos».

Como, por otro lado, afirma reiteradamente el propio Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección1ª) en la sentencia núm. 518/2009 de 13 julio de 2009 (RJ

2009/4466) la “fiducia cum amico” cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, “sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint”) y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala [entre las más recientes Sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1837); 5 de marzo y 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5226); 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero (RJ 2003, 1046) y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3559)]. En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.”

No obstante, lo anterior, no es menos cierto que el Tribunal Supremo, ha venido a reconocer el concepto de “cotitularidad fiduciaria” como supuesto de legitimación procesal. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 número 708/2021 se adscribe a la teoría fiduciaria para sostener la legitimación activa de la entidad de crédito emisora de participaciones hipotecarias en función de los siguientes razonamientos que destacamos y que integran la *ratio decidendi*:

- (FJ Tercero núm. 5): “la emisión de participaciones hipotecarias se articula mediante una regulación jurídica, de difícil encaje en las categorías de negocios jurídicos existentes con anterioridad en nuestro Derecho, que configura una cesión no ordinaria de cuotas de los créditos derivados de esos préstamos o créditos hipotecarios, de naturaleza sui generis y con un claro componente fiduciario.”
- (FJ Tercero núm. 6): “La entidad financiera que emite esas participaciones, que representan cuotas del préstamo o crédito hipotecario (que pueden alcanzar la totalidad del crédito), no desaparece del préstamo o crédito respecto del que emite las participaciones, sino que permanece como titular, lo que determina que sobre el crédito o préstamo hipotecario participado exista, desde el lado activo, una cotitularidad, que no está sujeta al régimen ordinario de las obligaciones mancomunadas o parciarias sino al régimen especial que resulta de la Ley y, en su caso, de lo pactado en la escritura de emisión.”

Así pues, <cotitularidad con un claro componente fiduciario> es para el Tribunal Supremo la naturaleza jurídica que merece las relaciones jurídicas entre la entidad emisora de la participación hipotecaria y el partícipe de la misma, lo que le lleva a decidir que la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria la ostenta la entidad emisora de las participaciones hipotecarias pese, a su juicio, inexistente cesión del crédito hipotecario, lo que resulta igualmente criticable desde el análisis de la inexistente transmisión de propiedad en la fiducia *cum amico*.<sup>12</sup>

Por tanto, si el negocio fiduciario fuese nulo aún por concurrir causa ilícita, cual pudiera ser una eventual evasión fiscal o un fraude de acreedores, la consecuencia no sería siempre que el fiduciario no tendría que entregar nada al fiduciante, por aplicación del artículo 1306 Código Civil, sino que se debe de estar al artículo 1303 del mismo texto legal, cuando fue sólo el fiduciante el que efectuó entregas, cuando se trate de un negocio simulado, o bien, en realidad cuando no la

atribución no haya supuesto una transferencia dominical, como realmente ocurre en el caso de los negocios fiduciarios y en los de puesta a nombre de otro. Lo contrario incluso supondría un enriquecimiento injusto para el fiduciario cooperador en el negocio fraudulento. Además, esta sería la solución más correcta desde el punto de vista de eventuales terceros perjudicados, ya que al reintegrarse los bienes en el patrimonio de su verdadero titular, normalmente podrán (los terceros) desplegar con mayor facilidad las acciones que pudieran corresponderles, cual sucede en supuestos de obtención de subvenciones indebidas, fraudes fiscales, de acreedores..., con lo que estimamos acertada la solución que nos ofrecen dos sentencias del Tribunal Supremo de 2016 —Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo de 2016 (RJ 2016\2307) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 junio de 2016 (RJ 2016\2827)— al negar la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil en negocios no atributivos del derecho de propiedad, procediéndose por tanto a la restitución de las prestaciones por ambas partes.<sup>13</sup>

Por ello, ha de reconocerse en estos casos de “*propiedad oculta*” al suscriptor del “*equity swap*” su calidad de verdadero propietario de las acciones lo que le debe legitimar para el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas, entre los que se encuentran no sólo los derechos económicos, sino también los correspondientes a la legitimación para la impugnación de los acuerdos sociales oportunos, sin tener que recurrir a su condición de tercero, sino como verdadero titular del derecho subjetivo de propiedad, ex. artículo 206 LSC, aunque cuestión diferente será la acreditación de dicha propiedad real por parte del fiduciante, parte larga del swap.

¿Tendría que recurrir el fiduciante a impugnar por nulidad el *equity swap* para obtener el reconocimiento de su propiedad real por parte del propietario formal e incluso por parte de terceras partes ajenas a la relación fiduciaria (sociedad emisora de las acciones subyacentes) para el ejercicio de los derechos de accionista amparado en la restitución de prestaciones del negocio nulo transmisivo al no resultar de aplicación la enervación de la misma que prevé el artículo 1306 CC? En nuestra opinión, no sería necesario, bastaría un documento reconocitivo de dominio del fiduciario en favor del fiduciante.

En el ámbito inmobiliario registral, dos resoluciones de la DGRN de 6 de julio de 2006 (BOE 24 y 25 de agosto de 2006) que admiten la inscripción del reconocimiento de dominio, partiendo de la teoría de la titularidad fiduciaria.

La postura de la DGRN puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) Desde el punto de vista sustantivo, el artículo 1.717 del Código Civil que permiten la posibilidad de actuación de una persona en nombre propio, pero en interés ajeno, precepto que plantea importantes problemas de interpretación y de aplicación.
- b) En estos supuestos, la relación directa entre el representante indirecto y el tercero tiene eficacia plena, discutiéndose la relación existente entre el tercero y el *dominus negotii*. La doctrina clásica negaba cualquier tipo de vinculación entre el tercero y el *dominus negotii*, y exigía un acto posterior de transmisión de derechos a favor de éste último.
- c) El problema que presenta esta postura es la forma de acreditación de su titularidad por el *dominus*, lo que, en principio exige o que la relación representativa estuviese documentada fehacientemente antes de la conclusión del negocio traslativo, o escritura de reconocimiento del encargo

entre representante y *dominus* (que en puridad, no modifica el título previo y la relación contractual establecida y documentada, pues se trata de simple adecuación de la titularidad formal a la realidad, y el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron), o sentencia judicial correspondiente que declara debidamente acreditada la relación representativa.

- d) Ahora bien, en relación con la escritura de reconocimiento, no considera la DGRN como suficiente la mera manifestación de los interesados, dirigida a reconocer la titularidad del *dominus*, siendo preciso que esa declaración esté suficientemente justificada (como con escritura de representación previa), a fin de acreditar de manera suficiente la existencia de la relación representativa, y ello habrá que analizarse atendiendo a las circunstancias de cada supuesto fáctico. Así se reconoce expresamente que en el supuesto de la resolución de 2 de septiembre de 2004 no procedía la inscripción.
- e) No se estima imprescindible, sin embargo, la existencia de una escritura previa en que se atribuyeron al gestor las facultades de representación, y considera admisible la declaración de las partes dirigida a suplir la falta de acreditación previa de la misma, siempre que vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar su existencia. Analiza, con dichos antecedentes los casos: En uno, no acepta la carta de representación, por no ser documento público, pero sí parece admitir la acreditación por la suma de las manifestaciones de los herederos-beneficiarios y la confirmación del representante de la parte vendedora a cuya manifestación le atribuye los efectos de la confesión. Salva el escollo de lo dilatado en el tiempo, recordando que el reconocimiento no puede perjudicar derechos adquiridos por terceros y que cabe su impugnación. En el otro supuesto, admite simplemente como prueba, la declaración de que el precio y todos los gastos e impuestos de la compraventa han sido pagados por la persona favorecida por el reconocimiento (sin ni siquiera prueba bancaria), que considera es una verdadera confesión, y estima que aquellos a los que perjudique, de no ajustarse la manifestación a la realidad, pueden impugnarla.
- f) Desde el punto de vista registral, constituyendo el reconocimiento de dominio título material de transmisión del dominio en los términos expuestos, por contener expresión de la causa, ya que exterioriza la relación representativa que hasta ese momento había permanecido reservada, y constando el mismo en escritura pública, nada impide la inscripción, a salvo los derechos de los terceros de buena fe que confiaron en la situación registral de la finca.

Muñoz de Dios Sáez,<sup>14</sup> se hace eco al nivel jurisprudencial de lo anterior afirmando que: <En la sentencia núm. 460 de 7 de mayo de 2007 TS Sala 1ª, a una señora (fiduciaria), por virtud de ser inquilina en una vivienda pública del Instituto madrileño de la vivienda, éste se la ofrece en venta a un precio muy ventajoso, que, sin embargo, no puede satisfacer. Uno de sus hijos (fiduciante) aporta el dinero con que afrontar los gastos de la compra y se otorga la escritura de venta del IVI-MA —con el dinero del hijo— a favor de la madre, quien, después, retransmite en

nueva escritura de venta el piso al citado vástago. El TS afirma que habría bastado con escritura de reconocimiento de dominio.>

Por lo tanto, si consta en forma expresa la causa de la adquisición onerosa y la existencia del pacto de fiducia; y consta el negocio jurídico, en este caso reconocitivo o declarativo, mediante el cual la fiduciaria cumple la obligación (agotados los límites de la fiducia) de facilitar la inscripción a favor del fiduciante en el libro registro de acciones de la sociedad por parte del correspondiente órgano de administración, bastaría un documento de reconocimiento de dominio por parte del fiduciario en favor del fiduciante, resultando éste el alcance que debería presentarse por parte del “*equity swap*” para probar su verdadera legitimación como auténtico titular del derecho subjetivo de dominio sobre las acciones en cuestión que le legitimarían directamente como accionista para la impugnación de los acuerdos sociales que se tratara, ex. artículos 10.1 LEC y 206 LSC, sin tener que recurrir a su consideración como tercero y al interés legitimante del mismo con la complicada acreditación del concepto jurídico indeterminado del que goza el “*interés legítimo*” necesario para supuestos de terceros impugnantes del acuerdo social, debiendo valorarse en el caso concreto, para implementar esta solución, la formalización en instrumento público de dicho negocio reconocitivo como requisito probatorio o de oponibilidad a terceros (art. 1218 CC).

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Baena Baena. Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018. Revista de Derecho de Sociedades, 53, mayo-agosto, 2018.
- Díez-Picazo. Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios. Dictámenes Jurídicos, Civitas, 1987.
- García de Enterría. Sobre la legitimación del titular de un derivado sobre acciones para la impugnación de acuerdos sociales. Revista de Derecho de Sociedades 64 Enero-Abril 2022.
- García Martínez. Nuevas formas de ejercicio del voto: la escisión entre la propiedad de las acciones y los derechos de voto. Tesis doctoral dirigida por Carmen Alonso Ledesma e Isabel Fernández Torres, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2018.
- Mingot Aznar. Caracterización jurídica del contrato de permuta financiera sobre acciones cotizadas o índices bursátiles (“Equity swap”). Tesis doctoral dirigida por Alberto Javier Tapia Hermida, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2017.
- Montero Aroca. De la legitimación en el proceso civil, Barcelona, 2007.
- Muñoz de Dios Sáez. Fiducia cum cómplice y reconocimiento de dominio. El Notario del Siglo XXI, Enero-Febrero/Nº 119.
- Pantaleón Prieto. «Negocio fiduciario», en Enciclopedia Jurídica Básica, III, Madrid, 1995.

Redondo Trigo. “Fiducia cum amico”, compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 92, N° 758, 2016.

Redondo Trigo. Legitimación activa y titulización ¿cotitularidad fiduciaria?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 98, N° 789, 2022.

Ricardo Juan Sánchez. El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil. *Teoría & Derecho.*, 2011, n° 10.

Ruiz Ojeda. La legitimación activa de los titulares de “equity swaps” en el contencioso-administrativo para impugnar el precio equitativo de una OPA aprobado por la CNMV: consideraciones sobre la sentencia del Tribunal Supremo 1232/2022, de 3 de octubre (caso “Polygon”). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Número 171. Septiembre-Diciembre 2023.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo de 2016 (Sala de lo Civil)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 junio de 2016 (Sala de lo Civil)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 14 de febrero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1232/2022, de 3 de octubre de 2022 (Sala de lo Contencioso Administrativo).
- Sentencia del Tribunal Supremo con fecha 25 de febrero de 2021 (recurso n° 1895/2019) (Sala de lo Contencioso Administrativo).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 número 708/2021 (Sala de lo Civil)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2024.
- Autos del Tribunal Supremo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de fecha 18 de abril de 2024 (Rec. 1577/2024; 1616/2024; 1825/2024).
- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 2006.

## NOTAS

<sup>1</sup> Mingot Aznar. *Caracterización jurídica del contrato de permuta financiera sobre acciones cotizadas o índices bursátiles ("Equity swap")*. Tesis doctoral dirigida por Alberto Javier Tapia Hermida, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2017.

<sup>2</sup> García Martínez. *Nuevas formas de ejercicio del voto: la escisión entre la propiedad de las acciones y los derechos de voto*. Tesis doctoral dirigida por Carmen Alonso Ledesma e Isabel Fernández Torres, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2018.

<sup>3</sup> Vid. comentario sobre esta sentencia por parte de Ruiz Ojeda. <La legitimación activa de los titulares de "equity swaps" en el contencioso-administrativo para impugnar el precio equitativo de una OPA aprobado por la CNMV: consideraciones sobre la sentencia del Tribunal Supremo 1232/2022, de 3 de octubre (caso "Polygon")>. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Número 171. Septiembre-Diciembre 2023.

<sup>4</sup> García de Enterría. <Sobre la legitimación del titular de un derivado sobre acciones para la impugnación de acuerdos sociales>. *Revista de Derecho de Sociedades* 64 Enero-Abril 2022.

<sup>5</sup> Baena Baena. <Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018>. *Revista de Derecho de Sociedades*, 53, mayo-agosto, 2018.

<sup>6</sup> Montero Aroca. *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, pág. 2024.

<sup>7</sup> Ricardo Juan Sánchez. <El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil>. *Teoría & Derecho*, 2011, n° 10, págs. 214-248.

<sup>8</sup> Vid. al respecto, García Martínez, op. cit. pág. 347.

<sup>9</sup> Vid. al respecto, García Martínez, op. cit. pág. 257: <En todo caso, dadas las similitudes apreciadas, se podría concluir que la cesión de la legitimación como un supuesto de representación indirecta nos situaría ante una titularidad de carácter fiduciario (particularmente asimilable a la *fiducia cum amico*). Al fiduciario (representante o mandatario) se le proporcionan las acciones transmitidas del fiduciante al fiduciario con el fin de que pueda cumplir el mandato encomendado. Por lo tanto, el accionista (fiduciario) aparece como legitimado y presunto titular al constar en el registro de anotaciones en cuenta; no obstante, ejercerá el derecho de voto en el sentido que le instruya el fiduciante pues es el verdadero propietario.>

<sup>10</sup> Díez-Picazo. <Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios>. *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, 1987, pág. 32.

<sup>11</sup> Pantaleón Prieto. «Negocio fiduciario», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 4408.

<sup>12</sup> Vid. Redondo Trigo. <Legitimación activa y titulización ¿cotitularidad fiduciaria?>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 98, N° 789, 2022.

<sup>13</sup> Vid. Redondo Trigo. <"Fiducia cum amico", compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 92, N° 758, 2016.

<sup>14</sup> Muñoz de Dios Sáez. <Fiducia cum cómplice y reconocimiento de dominio>. *El Notario del Siglo XXI*, Enero-Febrero/N° 119.

### 3. URBANISMO

## Traslado de cargas en la reparcelación *Transfer of rights, encumbrances and liens in a plot-redivision procedure*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** En este comentario se analiza el régimen legal de traslado a las fincas de resultado de un proyecto de reparcelación de los derechos, cargas y gravámenes que pesaban sobre las fincas de origen, así como la posibilidad de su distribución o concentración y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

**ABSTRACT:** *This commentary analyzes the legal regime applicable to the transfer of rights, encumbrances, and liens from the original plots to the resulting plots in a land readjustment project, as well as the possibility of their distribution or concentration and their entry in the Real Estate Registry.*

**PALABRAS CLAVE:** Proyecto de reparcelación, derechos, cargas, gravámenes, traslado, Registro de la Propiedad.

**KEYWORDS:** *Plot-redivision project, land readjustment project, rights, encumbrances, liens, transfer, Real Estate Registry.*

Resolución de 8 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

**SUMARIO:** I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS. III.1. PLANTEAMIENTO. III.2. RÉGIMEN DEL TRASLADO DE CARGAS. III.2.A) *Consideración inicial.* III.2.B) *Cargas susceptibles de traslado.* III.2.C) *Cargas sobre una finca de origen que se corresponde con una sola finca de resultado.* III.2.D) *Cargas sobre una finca de origen que se corresponde con varias fincas de resultado.* III.2.E) *Cargas sobre varias fincas de origen que se corresponden con una sola finca de resultado.* III.2.F) *Cargas sobre varias fincas de origen que se corresponden con varias fincas de resultado.* III.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DEL TRASLADO DE CARGAS. III.4.

EFFECTOS DE LA CONSTANCIA O NO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.  
III.5. CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO ALUDIDA EN LA RESOLUCIÓN.

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante sendas certificaciones administrativas de acuerdos municipales de ratificación de dos proyectos de reparcelación forzosa, se procedió a la reorganización urbanística de dos parcelas inscritas a favor de sendas sociedades mercantiles que no habían pagado su cuota en los gastos de urbanización, dividiéndose las mismas en varias fincas, unas de las cuales se adjudicaban a dichas sociedades mercantiles y otras a la junta de compensación en pago de la citada deuda urbanística, concretándose las hipotecas que gravaban las fincas primitivas en las fincas adjudicadas a las sociedades deudoras y dejando libre de cargas las fincas adjudicadas a la repetida junta de compensación.

Presentadas dichas certificaciones en el Registro de la Propiedad, fueron objeto de la siguiente calificación: «(...) *en virtud de la calificación realizada, previa rectificación de la superficie de las fincas de origen*, ha sido practicada la operación solicitada en los libros del Archivo del Registro de la Propiedad (...). Se advierte que se han trasladado por subrogación real a las fincas resultantes de la reparcelación forzosa las hipotecas que gravaban las fincas de origen. Siendo así que no cabe liberar de dichas hipotecas ninguna de las fincas de resultado al no haber comparecido el acreedor hipotecario correspondiente a tal finalidad.—La hipoteca subsiste íntegramente mientras no se cancele, y cualquier novación, distribución, redistribución o liberación requiere como requisito imprescindible el consentimiento expreso del acreedor hipotecario afectado y, en su caso, de los titulares de las fincas sobre las que se concentre el gravamen, pero siempre, además, y no en lugar del primero.—Así resulta de los artículos 122 y 123 de la LH.—Las modificaciones hipotecarias pretendidas en el documento calificado pero que por las razones apuntadas no son susceptibles de inscripción en los términos en dicho documento planteadas, podrán instrumentarse en escritura pública notarial otorgada con dicha finalidad (...)».

La junta de compensación señala en su recurso que todos los acreedores hipotecarios con cargas inscritas sobre las fincas de origen fueron notificados de la tramitación y contenido del expediente reparcelatorio en cuestión, sin que ninguno de ellos manifestara oposición a la tramitación del mismo, lo que acreditaba con la presentación de los documentos pertinentes, y que el registrador, para realizar la inscripción en sentido distinto al contenido en el documento presentado a inscripción (estima que se trata de una inscripción parcial), debió haber solicitado al efecto el consentimiento de los interesados previsto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. En el recurso se afirma que, sin ese consentimiento, el documento debería haber calificado negativamente en su integridad y no de manera parcial, de forma que no debió realizar la inscripción, por lo que —afirma— la misma es nula al afectar a la esencia del negocio dado que con ella se frustra el fin perseguido con la aprobación de la reparcelación forzosa.

## II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución desestima el recurso interpuesto por la argumentación que vierte en sus fundamentos 2 y 3, que se transcriben a continuación.

«2. Debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000, según la cual el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del Registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

No puede por tanto estimarse la pretensión de que se rectifiquen asientos que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales.

Sólo con la conformidad de todos los titulares de derechos inscritos o a través de una acción declarativa de rectificación del Registro (cfr. artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), siendo parte todos los interesados, podrá llevarse a cabo la rectificación pretendida.

3. En el caso de este expediente, presentado el proyecto de reparcelación forzosa, tras su calificación, el Registrador practica la inscripción de las fincas de resultado en forma distinta a lo contenido en el documento, pues traslada las hipotecas que gravaban las fincas de origen, no sólo a las fincas adjudicadas al propietario deudor, sino también a las adjudicadas a la Junta de Compensación en pago de la deuda por gastos de urbanización.

Por lo que, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, no procede en esta instancia entrar a revisar la procedencia de un asiento ya practicado que se encuentra bajo la salvaguardia judicial, o la propia actuación del Registrador, dado el limitado alcance del recurso.

Por lo que, sin entrar en el fondo del asunto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho».

## III. COMENTARIOS

### III.1. PLANTEAMIENTO

En el supuesto contemplado por esta resolución, el recurso fue interpuesto contra la que, a juicio de la recurrente, era una calificación parcialmente negativa

del registrador, el cual había practicado la inscripción del documento pero con un contenido diferente del recogido en este. En efecto, los proyectos de reparcelación habían trasladado la carga hipotecaria que recaía sobre las fincas de origen a sólo una parte de las fincas de resultado; en concreto, a las adjudicadas a los titulares de aquellas pero no a las adjudicadas a la junta de compensación, que lo habían sido como libres de cargas porque la razón de ser de dichos proyectos era precisamente la adjudicación de fincas a dicha entidad para hacer frente a las cargas de urbanización que habían desatendido los titulares de las fincas de origen hipotecadas.

Se sobreentiende que el proyecto de reparcelación se confeccionó para hacer corresponder el importe de la deuda urbanística de los aportantes con el valor de las fincas adjudicadas a la junta de compensación en la forma en que fueron concebidas en dicho proyecto, es decir, libres de la carga hipotecaria, a fin de lograr el pleno cumplimiento del principio de equidistribución que se había quebrado al verse obligados el resto de los miembros de la junta de compensación a adelantar los gastos de urbanización correspondientes a los morosos según sus cuotas. Como consecuencia de estas circunstancias, el recurso interpuesto por la junta de compensación afirma que «lo que verdaderamente se ha producido con el asiento practicado por el Sr. Registrador (que se trata de una inscripción parcial que ha llevado a efecto sin que le haya solicitado, contraviniendo el tenor literal del artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria, cuestión ésta que más adelante se abordará), es que la Junta de Compensación ha visto truncada la posibilidad de cobro de la parte proporcional de los gastos de urbanización, de suerte que ahora es titular de una finca registral que tiene un valor muy por debajo de la carga hipotecaria que se la ha asociado».

El recurso se interpone bajo el presupuesto de entender que la calificación del registrador había sido parcialmente negativa, al no haber realizado la distribución de la hipoteca en la forma prevista en el proyecto. Cabe destacar que la calificación dejaba abierta la forma en que finalmente podría obtenerse el resultado pretendido: «Se advierte que se han traslado por subrogación real a las fincas resultantes de la reparcelación forzosa las hipotecas que gravaban las fincas de origen. Siendo así que no cabe liberar de dichas hipotecas ninguna de las fincas de resultado al no haber comparecido el acreedor hipotecario correspondiente a tal finalidad (...). Las modificaciones hipotecarias pretendidas en el documento calificado pero que por las razones apuntadas no son susceptibles de inscripción en los términos en dicho documento planteadas, podrán instrumentarse en escritura pública notarial otorgada con dicha finalidad (...)»

La Dirección General, sin entrar a valorar el fondo del asunto según había sido planteado en el recurso, considera que en realidad lo que se pretendía con él era obtener la cancelación de los asientos que habían sido practicados con un contenido que, según la recurrente, «frustra completamente el objeto de la reparcelación» presentada. Y, partiendo de esta consideración, desestima el recurso lógicamente por no ser «cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados», los cuales se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por declaración de los tribunales conforme a los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria.

Sí puede, en cambio, este comentario contemplar el fondo de la cuestión planteada, que es el régimen de traslado a las fincas de resultado de un proyecto de reparcelación de las cargas que pesaban sobre las fincas de origen, a lo que dedicamos los apartados que siguen.

### III.2. RÉGIMEN DEL TRASLADO DE CARGAS

#### III.2.A) *Consideración inicial*

El artículo 23 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, regula las operaciones de distribución de beneficios y cargas estableciendo su apartado 1 que «El acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas produce el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultado y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella, y la Administración, a quien corresponde el pleno dominio libre de cargas de los terrenos a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 18».

De este modo, la reparcelación produce una profunda transformación de la estructura parcelaria del sector o ámbito de actuación al que afecta y la modificación objetiva de los derechos subjetivos que recaían sobre las fincas de origen, las cuales quedan sustituidas por las fincas de resultado a través del mecanismo de la subrogación real.

En virtud de este principio, las titularidades de derechos que recaían sobre las fincas originarias pasan a recaer de forma inalterada sobre las nuevas fincas definidas en el proyecto de equidistribución o de reparcelación y ajustadas a las determinaciones del planeamiento urbanístico. Por tanto, los propietarios de las antiguas fincas pasan a serlo de las nuevas con el mantenimiento de la misma situación jurídica y, por ello, con las mismas condiciones y limitaciones que pesaban sobre las primeras, lo que incluye los derechos y cargas con los que estaban gravadas, los cuales quedan afectados por el mismo principio como regla general, siempre que no resulten incompatibles con la nueva situación en los términos que veremos luego. Cumpliéndose este presupuesto, las cargas compatibles que pesaban sobre las fincas de origen son arrastradas o trasladadas a las de resultado de la reparcelación.

Dada la mecánica propia de los procesos reparcelatorios, lo normal es que el principio de distribución equitativa de cargas y beneficios derivados del planeamiento no quede íntegramente cumplido mediante la simple sustitución de una sola finca de origen por una sola finca de resultado, porque difícilmente se dará una plena identidad entre las unidades de aprovechamiento urbanístico que representan una y otra, lo que determinará la necesidad de acudir a diferentes mecanismos para lograr la plena equidistribución, como la técnica de las diferencias de adjudicación o la adjudicación de una sola finca de resultado al titular de varias fincas de origen y viceversa, o de cuotas indivisas sobre una o varias fincas de resultado. La forma en que se realicen estas adjudicaciones condicionará el régimen del traslado de los derechos reales y cargas, como vamos a ver.

*III.2.B) Cargas susceptibles de traslado*

El artículo 11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística regula el «Régimen de las titularidades limitadas y de los derechos y gravámenes inscritos sobre las fincas de origen» estableciendo las reglas aplicables al traslado a las fincas de resultado de los «derechos, cargas o titularidades no dominicales» inscritos sobre las de origen.

El primer presupuesto necesario para que sea posible el traslado es que se trate de derechos y cargas cuya subsistencia sea compatible con el planeamiento urbanístico pues, en caso contrario, procede su cancelación conforme al apartado 1 del citado artículo 11, según el cual «Las titularidades condicionales, derechos y cargas inscritos sobre las fincas de origen, que el proyecto declare incompatibles con la ordenación urbanística, siempre que en dicho proyecto se solicitase expresamente, con especificación de la indemnización que, en su caso, haya de satisfacerse a su titular y siempre que conste que se ha pagado o consignado su importe, serán objeto de cancelación». El apartado 2 del mismo artículo establece una presunción de compatibilidad para el caso de no declararse expresamente en el proyecto su incompatibilidad, sin perjuicio de la posible apreciación por el registrador de la incompatibilidad civil a la que seguidamente nos referimos.

Junto al presupuesto anterior, es posible que los derechos y cargas que recaían sobre las fincas de origen, aun siendo compatibles con el planeamiento, se encuentren incursos en la llamada incompatibilidad civil, situación que tiene lugar «cuando se trate de derechos o cargas compatibles con la ordenación o con su ejecución, pero cuya subsistencia no fuere posible dada la situación o características o usos de la finca de resultado». Este supuesto es regulado por el artículo 12 del Real Decreto, cuyos apartados 1 y 2 prevén el traslado de estas cargas, pero con constancia en el asiento y en la nota de despacho de la imposibilidad de su subsistencia. El traslado se realiza conforme a las reglas generales que luego veremos, si bien para este caso el apartado 3 del mismo artículo dispone que «los titulares activos y pasivos del derecho o carga de que se trate podrán convenir en escritura pública su cancelación o conversión en un derecho de crédito garantizado, en su caso, con hipoteca». En caso de desacuerdo, cualquiera de los interesados podrá acudir al Juzgado competente en el orden jurisdiccional civil para obtener una resolución declarativa de la compatibilidad o incompatibilidad, y, en este último caso, para fijar la valoración de la carga y la constitución de la mencionada garantía hipotecaria, pudiendo igualmente solicitar la correspondiente anotación preventiva de la demanda (apartados 4 y 5).

El artículo 15 establece una regla especial para el caso de tratarse de «derechos o cargas no mencionados en el proyecto de equidistribución e inscritos con posterioridad a la fecha de la nota» marginal de inicio del procedimiento prevista en el artículo 5, en cuyo caso se procederá a su cancelación formal, con referencia a esta circunstancia mediante nota al margen de la finca de resultado conforme al artículo 16 y sin perjuicio de la posibilidad de rectificación del Registro en los términos del artículo 17.

Sin perjuicio de lo anterior, si las cargas posteriores a la nota marginal son mencionadas expresamente en el proyecto de equidistribución, no se aplica la regla especial que acabamos de describir, sino las normas generales del traslado de cargas compatibles, en virtud de la remisión contenida en el apartado 7 del artículo 11 del Real Decreto. Este precepto, que ha sido objeto de duras críticas por parte de un sector doctrinal<sup>1</sup>, establece que: «Cuando el proyecto mencionase la existencia de cargas o derechos no dominicales inscritos con fecha posterior a la de la nota marginal de iniciación del expediente y de los que el órgano actuante tenga conocimiento durante su elaboración y tramitación, se aplicará a su traslado lo dispuesto en los apartados 3 y 4, sin que sea necesaria la fijación de la cuota a que se refiere el apartado 5».

Para los casos en que, según lo expuesto en este apartado, proceda el traslado de las cargas, el artículo 11 contempla diferentes hipótesis posibles de reparcelación entre el número de fincas de origen gravadas con cada carga y el número de fincas de resultado a las que, por corresponderse con aquellas, hayan de trasladarse tales cargas.

### *III.2.C) Cargas sobre una finca de origen que se corresponde con una sola finca de resultado*

La primera hipótesis es la más simple y se contempla en el apartado 3 del artículo 11 del Real Decreto, según el cual «Si al titular de una finca de origen se le adjudica una única finca de resultado, bastará para el traslado que el proyecto mencione su existencia sobre la finca de origen». Por tanto, la carga pasa de la finca de origen a la de resultado de forma directa y con su mismo contenido inicial.

### *III.2.D) Cargas sobre una finca de origen que se corresponde con varias fincas de resultado*

Esta segunda hipótesis se regula en el apartado 4 del artículo 11 en estos términos: «Cuando al titular de una sola finca de origen le correspondiera por subrogación real la adjudicación de varias fincas de resultado, se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 que antecede, sin que sea necesario que el proyecto distribuya entre estas últimas la carga o derecho trasladado».

Por lo tanto, cuando no tenga lugar la aludida distribución, la carga que pesaba sobre la finca de origen pasa a recaer de manera íntegra sobre las fincas de resultado que se correspondan con aquella.

Tratándose de una carga hipotecaria, la norma responde al mismo criterio que el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, al que haremos referencia más adelante.

Ahora bien, como hemos visto, el inciso final del artículo 11.4 del Real Decreto permite que la carga que gravaba la finca de origen sea distribuida entre las fincas de resultado concretando dicha carga en una o varias de ellas y liberando el resto. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el apartado 8 del mismo artículo 11, al que luego nos referiremos.

*III.2.E) Cargas sobre varias fincas de origen que se corresponden con una sola finca de resultado*

La hipótesis contraria a la anterior es la regulada en el apartado 5 del artículo 11 del Real Decreto, según el cual «Cuando al mismo titular de dos o más fincas de origen le correspondiera la adjudicación de una única finca de resultado, el proyecto deberá determinar respecto de ésta la cuota porcentual que corresponda a cada una de las de origen. Determinada dicha cuota, el Registrador trasladará los derechos o cargas preexistentes sobre cada una de las fincas de origen sobre la cuota porcentual que corresponda a aquélla en la finca de resultado».

En nuestra opinión, la solución ideada por esta norma resulta tan imaginativa como acertada. Es imaginativa —o incluso osada— porque parece recurrir a una ficción, al suponer la existencia de diferentes cuotas indivisas sobre la finca de resultado sin que exista comunidad romana al pertenecer todas ellas a un mismo titular en este supuesto. Y consideramos que la solución es también acertada porque responde a la idea de equilibrio en que se inspira todo expediente reparcelatorio, al quedar gravadas las fincas de resultado adjudicadas a una persona en la misma proporción en que lo estaban las fincas de origen aportadas por ella, dando de este modo plena efectividad al principio de subrogación real propio de estos expedientes.

*III.2.F) Cargas sobre varias fincas de origen que se corresponden con varias fincas de resultado*

En este último supuesto tiene lugar una conjunción de los anteriores, razón por la cual resultan de aplicación las reglas ya vistas, según las circunstancias en cada caso concurrentes ya que caben múltiples combinaciones.

Así lo entiende el Real Decreto en el apartado 6 del artículo 11, del siguiente tenor: «Cuando al mismo titular de varias fincas de origen le correspondiera la adjudicación de distintas fincas de resultado, se tendrán en cuenta las reglas contenidas en los apartados 3, 4 y 5, en cuanto fuesen aplicables al caso».

**III.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DEL TRASLADO DE CARGAS**

las normas del artículo 11 del Real Decreto a las que venimos refiriéndonos tienen un cierto carácter dispositivo, pues se aplican a falta de pacto expreso de las partes sobre el traslado de las cargas, abriendo la puerta al principio de autonomía de la voluntad en esta cuestión.

Así lo determina el apartado 8 de este artículo al disponer que «Cuando mediare acuerdo unánime de todos los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes sobre las fincas de origen en orden a su subsistencia, distribución, concreción en determinadas fincas de resultado o especificación de su rango, el Registrador inscribirá el traslado conforme a lo pactado. Dicho acuerdo podrá

formalizarse mediante comparecencia de todos los titulares interesados en el expediente o en virtud de escritura notarial complementaria».

Esta clase de pactos será de gran utilidad en múltiples supuestos, si bien tiene una especial relevancia en el caso de las hipotecas, pues con él se puede evitar que la hipoteca que grave una finca de origen pase a recaer íntegramente sobre todas las fincas de resultado que se correspondan con aquella, como sucedería en ausencia de pacto por aplicación de la norma contenida en el artículo 11.4 del Real Decreto 1093/1997, antes transcrita.

Cabe preguntarse si el pacto de distribución de la hipoteca entre las fincas de resultado podría hacerse efectivo mediante la concentración de la carga hipotecaria en una finca adjudicada al deudor o hipotecante en correspondencia con otras fincas de origen no gravadas. El supuesto sería el siguiente: al aportante de dos fincas de origen, una hipotecada y otra libre de cargas, le son adjudicadas tres fincas de resultado, dos de las cuales se corresponden por subrogación real con la gravada con la hipoteca y la otra con la finca de origen no gravada. En tal caso, no mediando pacto de distribución alguno, las dos primeras fincas de resultado quedarían gravadas con la hipoteca y la tercera quedaría libre de cargas por aplicación combinada de las diferentes reglas previstas en el artículo 11 del Real Decreto. La cuestión que planteamos es si el pacto de distribución hipotecaria debería limitarse a las dos fincas de resultado que se corresponden con la de origen que estaba gravada (acaso liberando una de ellas total o parcialmente) o si, por el contrario, la distribución podría con plena libertad entre las tres fincas resultantes con independencia de su correspondencia o no con la finca de origen gravada. En nuestra opinión, cabría esta segunda posibilidad porque el apartado 8 del citado artículo no establece limitación alguna al respecto, sino que más bien regula el pacto en términos amplísimos, al permitir que pueda tener por objeto la «subsistencia, distribución, concreción en determinadas fincas de resultado o especificación de su rango».

En todo caso, es claro que el acuerdo requerirá el consentimiento unánime «de todos los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes sobre las fincas de origen».

En cuanto a la forma que han de revestir las declaraciones de voluntad para reputar existente el pacto, debe entenderse que el consentimiento ha de ser expreso, sin que baste a tal efecto con que los interesados hayan sido debidamente notificados sin oponerse. Así sucedía en el caso contemplado por la resolución objeto de este comentario, en que la junta de compensación recurrente pretendía la constancia de la distribución hipotecaria por entender que «todos los acreedores hipotecarios con cargas inscritas sobre las fincas de origen fueron notificados de la tramitación y contenido del expediente reparcelatorio en cuestión, sin que ninguno de ellos manifestara oposición a la tramitación del mismo, lo que acreditaba con la presentación de los documentos pertinentes».

En cuanto a la forma en que ha de instrumentarse el acuerdo, el artículo del que tratamos introduce dos fórmulas alternativas al establecer que «podrá formalizarse mediante comparecencia de todos los titulares interesados en el expediente o en virtud de escritura notarial complementaria».

La primera de estas fórmulas (la comparecencia de todos los interesados en el expediente) plantea un problema de legitimación, como es la acreditación de la re-

presentación legal o voluntaria del interviniente en los casos en que se abre a través de ella, como sucedería, por ejemplo, en el de intervención del representante del banco acreedor hipotecario, extremo que, según entendemos, debería quedar acreditado documentalmente en el expediente. Para ello parece aplicable por analogía la regla de la distribución de responsabilidad hipotecaria en la constitución de hipoteca «sobre varias fincas a la vez por un solo crédito»: el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, establece que «Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas». A la vista de estas normas cabría considerar revisable la práctica administrativa en que con frecuencia se acredita la distribución mediante una simple certificación del banco acreedor de la que resulte el consentimiento de este a tal fin sin los requisitos formales expresados.

En cuanto a la segunda fórmula alternativa de acreditar el acuerdo de distribución, el artículo 11.8 del Real Decreto de 1997 que comentamos se refiere a la escritura notarial presentada junto al título reparcelatorio inscribible como documento complementario de este. Pero no hay obstáculo para que la escritura en la que conste el acuerdo se presente con posterioridad a la inscripción de dicho título reparcelatorio que no contuviera la distribución, a fin de constatarla después, conforme a las reglas generales de la inscripción.

En otro caso, si no se acredita debidamente el consentimiento unánime de los titulares activos y pasivos, la distribución que pueda realizarse en el título reparcelatorio no es susceptible de constancia registral. Esto es lo que sucede en el caso analizado por la resolución comentada y la razón por la cual el registrador no inscribió la distribución solicitada pero no acreditada.

#### III.4. EFECTOS DE LA CONSTANCIA O NO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Nos aproximamos ahora al caso contemplado por la resolución comentada al centrarnos sobre las posibles consecuencias de la distribución o no distribución de la responsabilidad hipotecaria en el supuesto previsto por el ya analizado artículo 11.

A tal fin, hay que acudir al régimen general establecido en la legislación hipotecaria respecto de las hipotecas que recaen sobre una pluralidad de fincas.

Cuando esta situación tiene lugar desde el momento inicial de la constitución de la hipoteca, el artículo 119 de la Ley Hipotecaria establece que «Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder». De no realizarse esta determinación, la hipoteca «no se inscribirá», conforme al artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

Los efectos de la distribución son los previstos en los artículos 120 y siguientes de la Ley, de donde resulta que, fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, Lo anterior

se entenderá sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas. La hipoteca subsistirá íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados aunque hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 123 y 124. Este último añade que «Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre».

En cambio, cuando la hipoteca recaía inicialmente sobre una sola finca pero como consecuencia de una modificación de entidades hipotecarias pasa a gravar varias, es posible que no tenga lugar la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre estas. En este sentido, el artículo 123 de la Ley establece que «Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez». El artículo 125 añade que «Cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo ciento veintitrés, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho».

La Resolución de 30 de octubre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclara las diferencias entre los distintos supuestos como sigue: «Por tanto, en nuestro sistema hipotecario, es preciso distinguir entre que la pluralidad de las fincas hipotecadas sea originaria o sobrevenida, y entre que haya o no un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca de tal manera que: a) si la pluralidad objetiva es originaria, la distribución de responsabilidades hipotecarias es, según el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, obligatoria; b) si la pluralidad objetiva es sobrevenida, la distribución, según el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, es voluntaria y requiere el acuerdo entre acreedor y deudor; en forma tal que si no hay tal distribución, la hipoteca se convierte en solidaria, y habiéndola, será de aplicación lo ya visto para el supuesto de pluralidad objetiva originaria; c) si hay un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, según el artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario sólo podrá repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad a que respectivamente estén afectas y la que a la misma corresponda por razón de intereses; pero, d) si no hay un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, según resulta «a contrario» del artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario podrá repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad total asegurada, es decir, la hipoteca se presenta aquí sí como solidaria. En suma, la hipoteca constituida inicialmente sobre varias fincas

en garantía de un único préstamo y con distribución de responsabilidad entre las mismas es, en relación a las partes del contrato, una hipoteca indivisible sin que a ellas afecte la distribución de la responsabilidad hipotecaria que es una exigencia del artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Así se desprende del tenor del artículo 122 de la Ley Hipotecaria y del artículo 221 del Reglamento Hipotecario, de donde se deduce que no puede exigir esa cancelación parcial ni el deudor, ni el hipotecante no deudor, salvo en las condiciones específicas explicadas del artículo 124 de la Ley Hipotecaria».

### III.5. CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO ALUDIDA EN LA RESOLUCIÓN

Una vez expuestas las líneas básicas del régimen de traslado de cargas en los procesos reparcelatorios y las consecuencias de la distribución o no de la responsabilidad hipotecaria, vamos a centrarnos ahora en la cuestión de fondo planteada en el supuesto concreto que dio lugar a la resolución de 8 de enero de 2024, cuyo contenido se expuso al principio de este comentario, cuestión en la que la Dirección General no pudo entrar por exceder de los cauces y límites propios de los recursos contra la calificación del registrador.

En aquel caso concreto, la junta de compensación expuso en su recurso que, tras la reparcelación inicial y la recepción de las obras de urbanización por el ayuntamiento y llegado el momento de su disolución, quedaban pendientes de pago algunas cantidades importantes en concepto de gastos de urbanización a cargo de dos de los propietarios del ámbito. Agotadas las posibilidades de obtener el pago voluntario de tales cantidades, la junta de compensación acordó el recurso a la vía de la reparcelación forzosa sobre fincas adjudicadas a los deudores, que se encontraban gravadas con hipoteca. En cada una de las reparcelaciones forzosas se creaban dos únicas fincas de resultado, adjudicándose una de ellas al deudor y arrastrando la carga hipotecaria y la otra, a la propia junta de compensación libre de dicha carga, al quedar esta concentrada íntegramente en la primera en aplicación de los criterios del artículo 11 del Real Decreto de 1997 ya expuestos.

El registrador inscribió las operaciones reparcelatorias, a salvo de la concentración de la carga hipotecaria, señalando en su nota de calificación lo siguiente: «ha sido practicada la operación solicitada (...). Se advierte que se han trasladado por subrogación real a las fincas resultantes de la reparcelación forzosa las hipotecas que gravaban las fincas de origen. Siendo así que no cabe liberar de dichas hipotecas ninguna de las fincas de resultado al no haber comparecido el acreedor hipotecario correspondiente a tal finalidad (...). Así resulta de los artículos 122 y 123 de la LH. Las modificaciones hipotecarias pretendidas en el documento calificado pero que por las razones apuntadas no son susceptibles de inscripción en los términos en dicho documento planteadas, podrán instrumentarse en escritura pública notarial otorgada con dicha finalidad (...)».

En el recurso interpuesto por la junta de compensación se expresa que, habida cuenta de que se aparecían hipotecas anotadas sobre las fincas de origen, en ambos documentos reparcelatorios se solicitó que dichas hipotecas fuesen trasladadas a las fincas que habían sido adjudicadas a los propietarios morosos y que

todos los acreedores hipotecarios con cargas anotadas sobre las fincas de origen habían sido notificados de la tramitación del expediente reparcelatorio en cuestión, sin que ninguno de ellos hubiera manifestado oposición a la tramitación del mismo.

La junta de compensación recurrente señala que la forma en que se produjo la inscripción «frustra completamente el objeto de la reparcelación forzosa. Como queda debidamente justificado en el documento aprobado por el Ayuntamiento, dicha reparcelación forzosa es consecuencia de la situación de rebeldía en la que se encuentran estos propietarios en cuanto a sus obligaciones de afrontar, según su respectiva cuota de participación, los gastos de urbanización correspondientes al proceso de desarrollo urbanístico en el que se encuentran involucrados los suelos de su propiedad. Este impago, de cuantía muy sustanciosa, ha supuesto que el resto de los propietarios hayan tenido que adelantar la parte correspondiente a los morosos, si efectivamente querían culminar la urbanización del ámbito urbanístico. Esto así, sería un enriquecimiento injusto el hecho de que los suelos objeto de la reparcelación que aquí nos ocupa, no contribuyesen a los gastos de urbanización, como así están obligados, con el consiguiente empobrecimiento de los propietarios que sí han cumplido —y en este caso en demasía— con tal obligación. En definitiva, lo que verdaderamente se ha producido con el asiento practicado por el Sr. Registrador (que se trata de una inscripción parcial que ha llevado a efecto sin que le haya solicitado, contraviendo el tenor literal del artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria, cuestión ésta que más adelante se abordará), es que la Junta de Compensación ha visto truncada la posibilidad de cobro de la parte proporcional de los gastos de urbanización, de suerte que ahora es titular de una finca registral que tiene un valor muy por debajo de la carga hipotecaria que se la ha asociado».

Planteado el recurso en estos términos, no podía ser estimado por la Dirección General por las razones aducidas por ella en los fundamentos de derecho. La pretensión que subyace en el recurso es que se proceda a la rectificación de los asientos practicados y que se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales para dejar constancia de la concentración de la carga hipotecaria sobre la finca de resultado adjudicada a la deudora (en cada uno de los dos casos) y liberar de dicha carga la finca de resultado adjudicada a la junta de compensación. Y el recurso contra la calificación de los registradores no es un cauce hábil para tal rectificación, conforme a los artículos 326 de la Ley Hipotecaria y 19 y 19 bis de su Reglamento y la jurisprudencia que los interpreta.

La recurrente aduce que la concentración de la hipoteca pretendida constituía la razón de ser del título de reparcelación forzosa presentado, por lo que invoca el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria respecto de la posibilidad de inscripción parcial del título presentado. Es claro, es claro que tal concentración no podía en ningún caso constatarse registralmente al no darse los requisitos necesarios para ello de conformidad con el régimen legal expuesto en los apartados anteriores de este comentario, por no haberse acreditado el consentimiento expreso debidamente formalizado por parte de los acreedores hipotecarios para tal concentración. Además, la regla de la inscripción parcial rogada prevista en el citado precepto ha sido objeto de matización por la doctrina de la Dirección según la cual la exigencia de petición expresa de las partes como requisito para practicar la inscripción parcial tiene como presupuesto que el pacto, estipulación o hecho rechazado afecten a

la esencialidad del contrato<sup>2</sup> y la presentación de un documento en el Registro implica la petición de práctica de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse<sup>3</sup>, sin que quepa en el recurso discutir si la distribución solicitada constituía un elemento esencial o accidental del acto jurídico inscribible. En condiciones normales, en un proyecto de reparcelación el elemento esencial del acto inscribible, que es la reorganización de la estructura de propiedad del ámbito, suele coexistir con múltiples elementos accidentales, entre los cuales se encuentra la distribución o concentración de cargas hipotecarias, a menos que estos elementos accidentales se eleven de manera expresa a la categoría de esencial en el propio título inscribible.

En todo caso, la sola presentación del título inscribible sin la imprescindible acreditación fehaciente del consentimiento del acreedor hipotecario parece avalar la tesis de la accesoriedad y, con ello, validar la inscripción en los términos en que finalmente se produjo, es decir, mediante la aplicación de la regla contenida en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, citado expresamente en la calificación del registrador, que permite la inscripción de la división de la finca hipotecada sin distribución cuando no conste el acuerdo del acreedor y el deudor, y sin perjuicio de la posibilidad de proceder posteriormente a la concentración de la hipoteca en una sola de las fincas de resultado, la adjudicada al deudor, como apunta la misma calificación del registrador.

En efecto, ante la situación creada por la práctica de los asientos en la forma en que tuvo lugar, la solución para lograr el efecto pretendido por la recurrente era de muy fácil consecución, y así lo hizo saber el registrador en su nota de calificación, en la que expresa que «Las modificaciones hipotecarias pretendidas en el documento calificado pero que por las razones apuntadas no son susceptibles de inscripción en los términos en dicho documento planteadas, podrán instrumentarse en escritura pública notarial otorgada con dicha finalidad».

La junta de compensación, en lugar de proceder en la forma indicada por el registrador, presentó el recurso ante la Dirección General con la pretensión de que se anulara la inscripción practicada, lo cual resulta improcedente para esta clase de recursos en función de su limitado objeto definido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y con el principio de legitimación y la salvaguarda judicial de los asientos practicados conforme a los artículos 1.3, 38, 40 y 82 de la misma Ley, invocados por la resolución, por lo que esta no podía sino desestimar el recurso, como así hizo.

NOTAS

<sup>1</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Civitas 1999, páginas 130 y siguientes.

<sup>2</sup> Resoluciones de 13 de marzo de 2014 y 11 de abril de 2018.

<sup>3</sup> Resoluciones de 19 de junio de 2007, 26 de octubre de 2015 y 11 de abril de 2018.



# ACTUALIDAD JURÍDICA



## Información de actividades

### DECANATO DE ANDALUCÍA

- LA REAL ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA Y EL DECANATO TERRITORIAL DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL DEL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES

Han celebrado sesión pública y solemne el martes día 18 de Marzo de 2025 a las cinco y media horas de la tarde (17:30h), en el Salón de Actos del Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores, Avd. de la Buhaira, 15, en la que ha tenido lugar la conferencia titulada:

“EXAMEN DE LAS REPERCUSIONES REGISTRALES DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA”

Dictada por el SR. D. ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES. Registrador de la Propiedad de Madrid.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO. Presidente R.A.S.L. y J.

MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ. Decano

- Se ha celebrado en Sevilla el 20 de marzo de 2025 la jornada:

ALQUILER DE ALOJAMIENTOS DE CORTA DURACIÓN

PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS REGISTRALES Y URBANÍSTICOS PARA LA OBTENCIÓN DEL NÚMERO DE REGISTRO

#### ORGANIZA:

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA  
DECANATO TERRITORIAL DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL

#### PROGRAMA:

17:00 h Presentación

17:10 h Exposición a cargo de:

D<sup>a</sup> ROCÍO PERTEGUER PRIETO

Directora del Servicio de Medio Ambiente y Consumidores del Colegio de Registradores Registradora de la Propiedad de Roses nº 2.

*“Número de registro único de alquiler a la luz del 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”.*

17:40 h Exposición a cargo de:

D<sup>a</sup> AMPARO GUERRERO NÚÑEZ

Jefe del Servicio de Licencias e Inspección Urbanística de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla.

*“Aspectos urbanísticos de las viviendas de uso turístico”.*

18:10 h Coloquio

MODERADORA:

D<sup>a</sup> MARÍA LUISA MARTÍN MORENO-TORRES

Registradora de la Propiedad de Almonte

18:30 h Clausura

- Se ha celebrado en Sevilla, el 23 de abril de 2025 la XVI Jornada:  
PARCELACIONES Y EDIFICACIONES ASIMILADAS AFUERA DE ORDENACIÓN: PROBLEMAS ACTUALES Y POSIBLES SOLUCIONES.

ORGANIZAN:

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA  
DECANATO TERRITORIAL DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL Y EL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

PROGRAMA:

17:30 h Inauguración a cargo de:

D<sup>a</sup> MARIOLA PÉREZ PINO

Letrada de la Junta de Andalucía

Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

17:45h Exposición a cargo de:

D<sup>a</sup> VIRGINIA PÉREZ PINO

Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía.

*“La colaboración del Registro de la Propiedad con las administraciones competentes para controlar los procesos parcelatorios ilegales”.*

18:15 h Exposición a cargo de:

D. EDUARDO FERNÁNDEZ ESTEVAN

Registrador de la Propiedad de Aracena.

*“La problemática registral de las parcelaciones: indicios y realidades”.*

18:45 h Exposición a cargo de:

D. HILARIO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Jefe del Servicio Jurídico de Urbanismo del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira.

*“Intervención municipal en los actos de segregación en suelo rústico”.*

18:45 h Exposición a cargo de:

D<sup>a</sup> MARÍA DEL ROCÍO GALVÍN FAÑANAS

Letrada de la Junta de Andalucía. Jefa de Equipo de Penal. Área de lo contencioso. Gabinete Jurídico.

*“El reproche penal a las parcelaciones ilegales”.*

19:15 h Coloquio

20:00 h Clausura a cargo de:

D. MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ

Decano Territorial de Andalucía Occidental.

MODERADOR/A:

D<sup>a</sup> ROSA REYES MARTÍNEZ

Letrada de la Junta de Andalucía. Asesoría Jurídica. Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública.

— En Sevilla se ha celebrado el día 29 de abril de 2025 la Jornada:  
PISOSTURÍSTICOSYPROPIEDADHORIZONTAL.ÁNÁLISISDELAÚLTIMAREFORMA

ORGANIZAN:

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA  
DECANATO TERRITORIAL DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL,

EL COLEGIO DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE SEVILLA  
Y LA CÁTEDRA DE DERECHO REGISTRAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

PROGRAMA:

18:00 h Presentación a cargo de:

D. MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ  
Decano Territorial de Andalucía Occidental.

D<sup>a</sup> MARÍA DOLORES GARCÍA BERNAL  
Presidenta del Colegio de Administradores de Fincas de Sevilla.

18:10 h Exposición a cargo de:

D. GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.  
*“Pisos turísticos y propiedad horizontal: Análisis de los acuerdos de la comunidad de propietarios”.*

18:40 h Exposición a cargo de:

D. JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ  
Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla. *“Problemas prácticos de la irretroactividad de los acuerdos limitativos”.*

19:10 h Exposición a cargo de:

D. SANTIAGO MOLINA ILLESCAS  
Registrador de la Propiedad de Camas. *“Inscripción de viviendas de uso turístico en el Registro de la Propiedad”.*

Moderador:

D. JOSÉ ANTONIO DE PAZ CRESPO  
Abogado. Administrador de Fincas. Vocal Primero del Colegio de Administradores de Fincas de Sevilla.

19:40 h Coloquio

20:15 h Clausura a cargo de:

D. MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla. Director de la Cátedra de Derecho Registral.

D. JESÚS MANUEL GONZÁLEZ GIL

Abogado. Administrador de Fincas. Vicepresidente Primero del Colegio de Administradores de Fincas de Sevilla.

- Se ha celebrado en Sevilla los días 26 y 27 de mayo de 2025 el Congreso Internacional “GARANTÍAS REALES: PERFILES CRÍTICOS Y COMPARADOS”  
DECANATO DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

INAUGURACIÓN DEL CONGRESO (16:00 h-16:30 h)

MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ

Decano Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Director de la Cátedra de Derecho Registral de la US y Catedrático de Derecho Civil.

CONFERENCIA INAUGURAL (16:30 h-17:00 h)

*La condición resolutoria expresa en la jurisprudencia*

FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Ex Presidente del Tribunal Supremo y Magistrado emérito de la Sala Primera del Tribunal Supremo

MESA DE PONENCIAS I (17:00 h-18:00 h)

Modera: ANTONIO JESÚS NAVARRO VALIENTE

Registrador de la Propiedad de Moguer

*La hipoteca inmobiliaria y su ejecución: algunas cuestiones actuales*

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Registrador Mercantil

*La reserva de dominio*

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Ex Director de la DGSJFP, Letrado adscrito a la DGSJFP, Registrador de la Propiedad

PAUSA-CAFÉ (18:00 h-18:30 h)

MESA DE PONENCIAS II (18.30-19.30)

Modera: ALBERTO GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO

Registrador de la Propiedad de Morón de la Frontera

*La opción de compra como instrumento de garantía en la doctrina de la DGSJFP*

GORKA GALICIA AIZPURUA

Catedrático de Derecho Civil, Universidad del País Vasco

*Prenda de créditos dinerarios*

JAIME ALCALDE SILVA

Profesor Titular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile

COLEGIO NOTARIAL DE ANDALUCÍA

MESA DE PONENCIAS III (16.00h-17.30h)

Modera: JOSÉ ENRIQUE CARMONA CUENCA, Notario de Chiclana de la Frontera

*La hipoteca flotante y el pago de obligaciones cubiertas por ella*

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla

*Venta notarial del bien hipotecado*

CARLOS MARÍN CALERO

Notario

*Pacto comisorio y pacto marciano en la doctrina de la DGSJFP*

CARMEN VELA VERNÁNDEZ

Notario de Sevilla

MESA DE PONENCIAS IV (18.00 h-19.30 h)

Modera: JUAN VARELA HIDALGO

Notario de Alcalá de los Gazules

*El derecho de retención*

LAURA ZUMAQUERO GIL

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga

*El concurso del constituyente de la hipoteca en garantía de deudas ajenas en clave comparada*

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO

Catedrático de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile

DEBATE Y DEFENSA DE COMUNICACIONES (19.30h-20.30h)

Modera (comunicaciones): AGUSTÍN ANDRADES NAVARRO

Profesor de Derecho Civil US

CLAUSURA DEL CONGRESO INTERNACIONAL (19.30h-20.30h)

MANUEL SEDA HERMOSÍN

Decano del Colegio Notarial de Andalucía

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ

Director de la Cátedra de Derecho Notarial US y Profesor Titular de Derecho Civil

DIRECCIÓN

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

CARMEN VELA FERNÁNDEZ

Notario de Sevilla

ALBERTO GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO

Registrador de la Propiedad de Morón de la Frontera

COORDINACIÓN

AGUSTÍN ANDRADES NAVARRO (Universidad de Sevilla)

CARLOS PALANCO CÁRDENAS (Universidad de Sevilla)

ORGANIZAN:

CÁTEDRA DE DERECHO REGISTRAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

CÁTEDRA DE DERECHO NOTARIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA



# 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](http://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.lopdp@corpme.es.

