
CUADERNOS DE DERECHO PRIVADO, 13, septiembre – diciembre 2025

ÍNDICE

QUICIOS MOLINA, M ^a S., Respetemos el derecho a morir con dignidad (<i>Let's uphold the right to die with dignity</i>) (Tribuna).....	2-10
BLANDINO GARRIDO, M ^a A., Convergencia de intereses y retos del Derecho civil: algunas perspectivas para el análisis (<i>Convergence of interests and challenges in Civil Law: some perspectives for analysis</i>).....	11-42
GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., La protección de los derechos del niño nacido de una gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo (<i>The protection of the rights of children born from surrogacy in light of the case law of the European Court of Human Rights and the Supreme Court</i>).....	43-86
GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., Algunas reflexiones sobre la función notarial en relación con su intervención en la ejecución hipotecaria a través de la venta extrajudicial (<i>Some reflections on the notarial function in relation to its intervention in mortgage foreclosure through extrajudicial sale</i>).....	87-113
VENCHIARUTTI, A., Sobre la responsabilidad única europea derivada de una infracción del Reglamento General de Protección de Datos a la luz de la experiencia italiana (<i>On European sole liability arising from an infringement of the General Data Protection Regulation in the light of the Italian experience</i>).....	114-134
GARCÍA VICENTE, J. R., <i>Crónica jurisprudencial (XIII): septiembre – diciembre 2025</i>	135-155

RESPETEMOS EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD *

Let us respect the right to die with dignity

Cómo citar / Citation

Quicios Molina, M^a S. (2025).

Respetemos el derecho a morir con dignidad (Tribuna)

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 2-10

Resumen

¿Tiene un padre interés legítimo en recurrir ante los tribunales de justicia la resolución administrativa que autoriza a su hija, mayor de edad y capaz, a recibir ayuda para morir? ¿Tienen, otros terceros, interés legítimo? Esta cuestión está siendo objeto de debate en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, donde se han dictado resoluciones judiciales distintas y se está a la espera del pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha admitido a trámite un recurso de casación en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. El caso más conocido es el de una joven de 24 años, con lesión de médula y padecimientos graves, cuyo padre cuenta con la representación jurídica de una asociación cristiana en el procedimiento de defensa de derechos fundamentales iniciado. La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, no contempla expresamente este trámite judicial, y la legitimación activa del padre se ha fundamentado en el control de la legalidad que su intervención garantiza, frente a la tesis de que solo estaría justificada la legitimación del padre cuando careciera de la suficiente capacidad la persona titular del derecho a la vida. El Tribunal Constitucional dejó abierta la cuestión en su Sentencia 19/2023.

Palabras clave

Eutanasia; autonomía personal; protección de derechos fundamentales; interés legítimo de terceros; relación paterno-filial.

Abstract

Does a father have a legitimate interest in appealing before the courts of justice against the administrative decision authorising his daughter, who is of legal age and capable, to receive assistance in dying? Do other third parties have a legitimate interest? This issue is currently being debated in the contentious-administrative jurisdiction, where different

* Agradezco a la profesora Esther Farnós, de la Universidad Pompeu Fabra, toda la ayuda prestada para acceder a las fuentes de información en las que se basan las opiniones expuestas en esta Tribuna.

judicial decisions have been handed down and a ruling is awaited from the Third Chamber of the Supreme Court, which has admitted an appeal in cassation in a special procedure for the protection of fundamental rights. The best-known case is that of a 24-year-old woman with spinal cord injury and serious ailments, whose father is represented by a Christian association in the proceedings to defend fundamental rights. Organic Law 3/2021 of 24 March, regulating euthanasia, does not expressly provide for this legal procedure, and the father's standing to sue has been based on the control of legality that his intervention guarantees, as opposed to the argument that the father's standing would only be justified if the person entitled to the right to life lacked sufficient capacity. The Constitutional Court left the question open in its Judgment 19/2023.

Key words

Euthanasia; personal autonomy; protection of fundamental rights; legitimate interests of third parties; parent-child relationship.

1. Noelia (no es un nombre ficticio) pidió ayuda para morir en el mes de abril de 2024, con 23 años, amparada por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. La lesión de su columna vertebral, sufrida como consecuencia de un intento de suicidio previo, genera, de manera irreversible, dolores diversos de difícil control farmacológico, padecimientos que se califican, en los informes médicos emitidos, como graves, crónicos, constantes e imposibilitantes, sin que exista posibilidad de mejora con los medios terapéuticos actuales (es el llamado “contexto eutanásico” regulado por el artículo 5 de la ley).

Casi dos años después, Noelia no ha recibido esa ayuda para morir con dignidad, a pesar de haber mantenido su decisión inicial y obtenido, en julio de 2024, el informe favorable de la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña, que reunida en pleno estimó que concurrían los requisitos exigidos por la LO 3/2021, de 24 de marzo. Noelia tiene la capacidad de obrar suficiente para tomar esa decisión, o más concretamente, se cumplen las exigencias de la ley respecto a que la decisión sea autónoma, tomada por una persona capaz y consciente (arts. 4 y 5) -así se ha considerado probado-. Su padre no quiere que muera, y el proceso judicial iniciado contra esta resolución de la Administración sigue en marcha. La historia ha merecido la atención de los medios de comunicación, que en diversas noticias han informado a la opinión pública de las

circunstancias personales y familiares, ciertamente dramáticas y extremas, que rodean el caso. Se ha incidido en que los padres perdieron la tutela siendo Noelia adolescente, que ahora su padre la visita regularmente en la residencia médica en la que vive, pero estos detalles relativos a la relación más o menos intensa entre un parente y su hija no creo que deban ser relevantes para decidir la cuestión que nos ocupa (ya adelanto mi posición): si se reconoce la capacidad de una persona para pedir con autonomía la ayuda para morir, y el sufrimiento padecido es extremo, intolerable para la persona, como exige la ley, ni la madre más devota estaría legitimada, con carácter general, para oponerse al libre desarrollo de la personalidad que supone esa decisión. Recordemos este pasaje de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (BOE de 25 de abril de 2023), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo parlamentario Vox contra la LO 3/2021, de 24 de marzo: el derecho a la vida debe leerse en conexión con los preceptos contenidos en los artículos 1.1, 10.1 y 15 de la Constitución, y “ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos o intereses legítimos”; de modo que “los bienes y derechos constitucionales que inciden en el derecho a la vida, interpretados de modo sistemático, determinan el alcance de los deberes de protección del Estado y fundamentan la posibilidad de su restricción”.

2. El padre de Noelia interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña, recurso que fue inadmitido por Sentencia de 14 de marzo de 2025, del Juzgado número 12 de Barcelona, al entender que el recurrente carece de interés legítimo al no invocar un derecho fundamental propio ni estar justificada la defensa del derecho a la vida de su hija, con capacidad suficiente para consentir la eutanasia. Ha de tenerse en cuenta que, en este caso, así como en el que después citaré, se recurre por el parente de acuerdo con el procedimiento especial de los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por posible vulneración del derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución), y se invoca el artículo 19.1.a) de dicha ley en cuanto a la legitimación activa, por tener un interés legítimo. Y ha de tenerse también en cuenta que, de acuerdo con la disposición adicional quinta de la LO 3/2021, de 24 de marzo, los recursos a los que se refieren los artículos 10.5 y 18.a), contra resoluciones desfavorables de la solicitud de ayuda para morir (nada que ver con el objeto del recurso que ahora nos ocupa), se

tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio.

3. El padre recurrió en apelación ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en Sentencia de 19 de septiembre de 2025 (n.º 3048) lo estima parcialmente porque le reconoce legitimación activa para oponerse a la resolución administrativa; pero el recurso se desestima en cuanto al fondo del asunto porque quedan acreditados todos los requisitos necesarios para que proceda la prestación de la ayuda para morir con dignidad. Sobre la cuestión de la legitimación activa del padre, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera, ya había reconocido en su Sentencia n.º 1187/2025, de 1 de abril, en otro caso semejante en lo esencial al de Noelia, se realizan afirmaciones muy discutibles sobre las que habrá que meditar por la doctrina.

- “Debe también puntualizarse que no cabe en modo alguno descartar de manera genérica e indiscriminada la legitimación judicial de los padres como ejercitantes de un interés legítimo -propio y no abstracto- en que sus hijos permanezcan con vida y, por ello, el resultado del procedimiento orientado a facilitar su ayuda a morir. Ejercitada judicialmente la acción de protección del derecho fundamental de la vida -no así directamente la vida familiar, que no es un derecho fundamental-, los padres pueden tener un interés legítimo en torno a ello, aun cuando no resulten titulares de ese derecho a la vida ajena, e incluso, dependiendo del contexto, una obligación legal de actuar en ese objetivo. Se trata de un interés propio que, incluso, puede entrar en colisión con las preferencias, en este caso de la hija, sin que ello elimine la pervivencia de ese valor autónomo”. ¿Interés propio en defender el derecho a la vida de otra persona, quien ha ejercido autónomamente su derecho personalísimo a morir con dignidad, que queda reducido en el texto a una mera preferencia? No alcanzo a imaginarlo como principio.

- “Las peculiaridades del procedimiento legalmente establecido para la eutanasia y, sobre todo, la trascendencia del objeto en juego, son determinantes de algunas de las consecuencias que venimos a asumir. Excluidos los padres por el legislador de cualquier participación en el procedimiento administrativo previo, no puede compatibilizarse con el sentimiento más elemental de la justicia que el silencio normativo existente tampoco les permita acudir a la vía judicial frente a o que consideren vulneraciones legales flagrantes, que avoquen al inexorable fin de la vida de sus hijos”. Peligroso argumento el

de la justicia, siempre, por ello no sugiero qué sería justo en mi opinión en estos casos (resulta innegable la injerencia de terceros en el ejercicio de un derecho de la personalidad, difícilmente justificable por más cercanos que estemos los padres a los hijos, y a la inversa). Son los derechos fundamentales que ha tratado de proteger el legislador, de manera razonable, los que deben inspirar la interpretación de las normas aplicables a todas las cuestiones discutidas en relación con la eutanasia; ahí radicaría la justicia sin discusión.

- “Somos conscientes, sea como fuere, de que la mencionada postergación de la ejecución de una resolución administrativa positiva respecto de la eutanasia puede generar insatisfacción en la persona que la ha solicitado”, pero se trata de un efecto que los órganos judiciales no pueden evitar ya que resulta aplicable el régimen de protección jurisdiccional de derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo. En mi opinión, que no exista ninguna singularidad en la regulación de la materia es una afirmación demasiado simple, como algo desconsiderado hacia el sufrimiento ajeno reducir a una mera “insatisfacción” lo que puede sentir la persona solicitante de ayuda para morir con dignidad.

-Como el padre está ahora ayudando a la hija y ésta quiso que fuera informado de su decisión, la situación “refleja un interés innegable del padre en que su hija permanezca con vida y en que el presente recurso resulte estimado, circunstancia que le afecta personalmente hasta el punto de que la ejecución de la resolución le supondría un cambio en su vida diaria de total trascendencia en muy diversos planos, sin que pueda compartirse la reducción de la posición del ahora apelante a una mera divergencia ideológica. A ello se une que su posición procesal se basa en la ausencia de capacidad de su hija para decidir sobre el acceso a la eutanasia y la inexistencia de los requisitos legales para tal autorización”. Lo primero supone degradar de manera intolerable el derecho fundamental a morir con dignidad, pues es obvio que nadie puede realizarse a costa del sufrimiento de otra persona; lo segundo supone una enmienda a la totalidad de todo el procedimiento administrativo, que tampoco es de recibo.

4. En fin, el padre de Noelia puede interponer recurso de casación contra esta decisión del pasado septiembre del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (leo en las informaciones periodísticas que la asociación que le presta asistencia jurídica lo hará - Abogados Cristianos-). La Sala Tercera del Tribunal Supremo estudiará en todo caso la cuestión controvertida, porque ya tiene pendiente de decisión un recurso de casación que

la plantea: ¿tienen legitimación el padre o la madre de una persona a la que se le ha reconocido la prestación de ayuda a morir con dignidad para impugnar la resolución administrativa? ¿Tienen otras personas esta legitimación?

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, por Auto de 5 de noviembre de 2025, ha admitido a trámite el recurso de casación n.º 4557/2025 interpuesto por Administración (Generalitat de Cataluña), contra esa otra resolución de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que ya he mencionado, en el caso de un hombre de 54 años con suficiente capacidad de obrar para decidir, cuyo padre también se opone a la prestación de ayuda para morir. La Comisión de Garantía y Evaluación la autorizó el 18 de julio de 2024; el padre presentó recurso contencioso-administrativo, que fue inadmitido por el auto n.º 465/2024, de 7 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona, en el procedimiento de protección de derechos fundamentales (n.º 378/2024). En este auto se combaten las dos líneas de defensa del padre para defender su interés legítimo: como titular de un derecho a exigir del Estado que vele por las personas vulnerables, a lo que el Juzgado responde que el ordenamiento prevé en distintos ámbitos las instituciones necesarias para velar por las personas vulnerables (como las medidas civiles de prestación de apoyos), y como padre que no ha intervenido en la resolución demasiado apresurada del expediente administrativo, al que no se le informó por expreso deseo de su hijo, que según el auto del juzgado no tiene una buena relación con aquel.

En esta otra sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia se realizan afirmaciones que deben anotarse también, sobre si el interés legítimo de un padre puede conectarse con el número de horas que pasan juntos, por la mera existencia o no de convivencia o de la percepción subjetiva del hijo de que su relación es más o menos buena. Llegando a afirmarse que “incluso en situaciones de desencuentro o conflictos familiares prolongados podría permanecer la esencia de la preocupación paternofilial que justifica la integridad de esa esfera jurídica refleja de la legitimación procesal: el afecto, el deseo de que su hijo se encuentre en las mejores condiciones posibles y el de que su bienestar esté garantizado; todo ello llevado a un grado superior que el de un mero allegado, y siempre planteado desde el prisma del mantenimiento de la integridad jurídica de los derechos de los padres”.

En su auto de admisión del recurso de casación, el Tribunal Supremo ha centrado con estos términos la cuestión debatida: se trata de “determinar cuáles son los requisitos y circunstancias que permiten establecer la concurrencia de un interés legítimo de un tercero (en este caso, un progenitor), con el fin de reconocer su legitimación en un procedimiento judicial en relación con el reconocimiento de la prestación de eutanasia, a instancias de un solicitante mayor de edad con plenas capacidades para decidir sobre su vida”.

La cuestión presenta interés casacional objetivo, efectivamente, para la formación de la jurisprudencia, como defiende el Tribunal Supremo, y las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de análisis son los artículos 10.1 y 15 de la Constitución Española, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que los desarrollan; los artículos 10 y 18 y la disposición adicional quinta de la LO 3/2021, de 24 de marzo, y el artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

5. La puerta a esta espinosa pregunta la dejó abierta el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023, ya citada, declaró la aplicación del artículo 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa aunque no se haya previsto expresamente, en la ley sectorial, respecto de resoluciones favorables: quien ostente un derecho o interés legítimo estará legitimado para la impugnación judicial de las resoluciones administrativas que reconocen la prestación de ayuda respecto al “incumplimiento de las condiciones legales para el reconocimiento administrativo de este derecho -por vicios de voluntad en la solicitud del paciente, por la no concurrencia de los supuestos fácticos que justifican la prestación eutanásica o, entre otras hipótesis concebibles, a causa de irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento”. Legitimación para recurrir resoluciones favorables acordadas por la comisión de garantía y evaluación (artículo 18 LO 3/2021), que se une a la institucional del Ministerio Fiscal, en particular en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional no aclara quiénes ostentaría un derecho o interés legítimo salvo por la mención de los objetivos que perseguirían los legitimados, que por su amplitud dan pie para defender (como hace el Ministerio Fiscal en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña n.º 1187/2025, de 1 de abril) que se está pensando en familiares o allegados, es decir, “personas del entorno cercano al afectado que puedan conocer su evolución y circunstancias y, por tanto, estén en condiciones de

discutir o poner en duda las premisas fácticas y los requisitos sobre los que se asienta el referido derecho prestacional". Por ejemplo, un padre podría intentar convencer al tribunal de que el sufrimiento de su hijo no es intolerable y por ello no tiene derecho a recibir ayuda para morir.

Carece, en mi opinión, de lógica argumentativa interpretar que el interés legítimo derivaría del imprescindible control de la actuación de la Administración (que por definición siempre está sujeta al control de los tribunales *ex artículo 106.1 de la Constitución*) cuando la ley específica que regula esta actuación no prevé la intervención de familiares o allegados en el trámite administrativo (por respeto al derecho a la intimidad personal y, sobre todo, primando la naturaleza personalísima del derecho a la vida), ni siquiera para evitar o reducir el riesgo de que la Administración, a pesar de extremar las precauciones que establece la ley, no advierta un vicio de la voluntad de la persona solicitante o que no concurren en realidad los supuestos fácticos que justifican la eutanasia, o que se producen irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento.

Desde luego el control judicial de la actuación de la administración debe conseguirse, pero limitando el círculo de personas legitimadas para impetrar una intervención judicial que, necesariamente, va a alargar el sufrimiento extremo que, a priori, se ha constatado que concurre en el expediente administrativo. Si cualquier familiar o allegado (concepto jurídico indeterminado) puede poner en duda un procedimiento que cuenta, a priori, con las debidas garantías, derechos como el de no informar a nadie sobre la decisión tomada serían papel mojado.

El concepto concreto de "interés legítimo" para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa una autorización administrativa para recibir la ayuda a morir con dignidad, con base en el concepto general del artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, debe ser conforme con la miríada de derechos, principios y garantías a los que atiende la LO 3/2021. Es cierto que se puede tener interés legítimo, aunque no se haya intervenido en el expediente administrativo, pero evidentemente porque se tenga un interés propio que ha podido ser afectado o conculcado en ese expediente administrativo; no porque se tenga un interés familiar o un interés general en el respeto de la legalidad.

Desde luego no comarto en absoluto un concepto de interés legítimo como el que argumenta el padre del solicitante de ayuda de 54 años, según se narra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de abril de 2025 (rezuma un paternalismo

que no se compadece en absoluto con el concepto actual de personalidad): que los padres pueden actuar en defensa de los derechos de sus hijos incluso cuando son mayores de edad, en situaciones que implican decisiones vitales; que la decisión tomada por su hijo afecta directamente a su interés y derechos como progenitor, así como a la relación familiar; que el padre puede ser considerado un representante legítimo que busca proteger los intereses de su hijo frente a decisiones que podrían ser perjudiciales, y cuyo deseo es garantizar que se respeten los derechos fundamentales de su hijo, incluyendo el derecho a la vida y a la integridad física.

El derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio no puede servir de apoyo, tampoco, para sustentar la legitimidad del interés del padre cuando se contrapone al derecho a la vida de uno de los integrantes de esta familia. Es un derecho que se ha esbozado en el procedimiento contencioso-administrativo, y se ha descartado por el Juzgado n.º 5 de Barcelona en el auto ya citado, porque debe existir un vínculo real entre los interesados. En realidad, daría igual que ese vínculo real existiera, porque es intrascendente a estos efectos. Sí es más adecuado el razonamiento de que el derecho a recibir ayuda para morir con dignidad es un derecho personalísimo que no puede ser limitado por quien carece de interés legítimo.

Como fundamento de una interpretación restrictiva de quién puede tener interés legítimo no podemos olvidar otra importante afirmación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo: para que sea compatible con la Constitución la regulación de la ayuda de terceros a la muerte de quien así decide en un contexto eutanásico “es necesario que el legislador, que fija los mecanismos para dotar de efectividad al derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, establezca medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de tal derecho”; y la conclusión del Tribunal Constitucional es que el “entramado de garantías sustantivas y procedimentales satisface los deberes estatales de protección frente a terceros [los que podrían influir indebidamente en la persona o incurrir en abusos o agresiones] de los derechos fundamentales en juego, la vida entre ellos”.

6. Y acabo. Como intérpretes de las leyes no olvidemos nunca el valor de la compasión, como impulso de aliviar, remediar o evitar el sufrimiento ajeno. No se trata de ideología, sino de humanidad.

CONVERGENCIA DE INTERESES Y RETOS DEL DERECHO CIVIL: ALGUNAS PERSPECTIVAS PARA EL ANÁLISIS

Convergence of interests and challenges in Civil Law: some perspectives for analysis

M.^a AMALIA BLANDINO GARRIDO

amalia.blandino@uca.es

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

Cómo citar / Citation

Blandino Garrido, M^a A. (2025).

Convergencia de intereses y retos del Derecho civil: algunas perspectivas para el análisis.

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 11-42

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.84>

(Recepción: 06/10/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen

En este trabajo se esbozan ciertas ideas sobre las principales influencias que recibe el Derecho Civil contemporáneo, los intereses antagónicos que confluyen en sus instituciones y algunos de los desafíos a los que se enfrenta; todo ello, a fin de repensar el significado que tiene el Derecho privado común en nuestros días. Estas reflexiones tienen como centro de referencia el Derecho civil común, sin perjuicio de que, de manera puntual, contengan alguna que otra remisión a algunas normas recientes de los ordenamientos civiles especiales o autonómicos que —frente a la fosilización de nuestro sistema patrimonial codificado— han evolucionado al compás de la realidad social.

Palabras clave

Derecho civil, persona, interés público, interés privado, función social, autonomía de la voluntad.

Abstract

This paper outlines ideas about the main influences on contemporary civil law, the conflicting interests that converge within its institutions and the challenges it faces. The paper aims to rethink the significance of common private law in our times. While focusing on common civil law, these reflections occasionally refer to recent provisions of special or regional civil law systems, which, unlike our codified property system, have evolved in step with social reality.

Keywords

Civil law, person, public interest, private interest, social function, freedom of contract.

SUMARIO:

I. PRELUDIO. II. LA PERSONA COMO EJE DEL DERECHO CIVIL Y EL DEBATE SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD A OTROS ENTES. III. LA CONFLUENCIA DE INTERESES COLECTIVOS O GENERALES EN EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. III.1. Autonomía privada *versus* intereses generales en el Derecho civil patrimonial. III.2. El desbordamiento de la función social de la propiedad privada. III.3. La función ecológica de la propiedad. IV. NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO CIVIL DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA. IV.1. El valor preponderante de la autonomía de la voluntad. IV.2. La relevancia del afecto frente a la formalidad de las instituciones. V. EL DERECHO CIVIL COMO DERECHO QUE PROMUEVE LAS CONDICIONES PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE TODAS LAS PERSONAS. V.1. La promoción de la igualdad en el Derecho civil. V.2. Perspectiva de género en el Derecho civil. VI. RETOS Y DESAFÍOS FUTUROS. *Bibliografía.*

I. PRELUDIO

En un trabajo reciente del maestro Delgado Echevarría (2025: 11), destacaba este insigne civilista cómo en la universidad liberal del siglo XIX, «[l]as cátedras universitarias no eran lugares institucionales de investigación (esta correspondería, en la forma propia de la época, a las Academias) y sus titulares ejercían casi necesariamente, dados los bajos sueldos como catedráticos, en la abogacía o la judicatura»; a lo que añadía que «no se esperaba de ellos que publicaran sobre su materia, ni siquiera los manuales para la enseñanza de sus alumnos». Los tiempos han cambiado, y en la actualidad, en los concursos de acceso a las plazas del cuerpo de catedráticas y catedráticos de Universidad se otorga un papel predominante al proyecto investigador del candidato en la correspondiente materia o especialidad. La preparación de este concurso me ha llevado a meditar sobre el objeto de nuestra investigación, el Derecho civil. Algunas de estas reflexiones, recogidas de un modo sintético y con una visión necesariamente panorámica, son las que se exponen en este estudio, cuya finalidad no es otra sino esbozar ciertas ideas sobre las principales influencias que recibe el Derecho Civil contemporáneo, los intereses antagónicos que confluyen en sus instituciones y algunos de los desafíos a los que se enfrenta; todo ello, a fin de repensar el significado que tiene el Derecho privado común en nuestros días. Estas reflexiones tienen como centro de referencia el Derecho civil común, sin perjuicio de que, de manera puntual, contengan alguna que otra remisión a algunas normas recientes de los ordenamientos civiles especiales o autonómicos que —

frente a la fosilización de nuestro sistema patrimonial codificado— han evolucionado al compás de la realidad social¹.

II. LA PERSONA COMO EJE DEL DERECHO CIVIL Y EL DEBATE SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD A OTROS ENTES

Reflexionar sobre nuestra disciplina implica situar el foco en la persona, pues si algo permanece inmutable en la caracterización del Derecho civil a lo largo de su historia es que es el Derecho de la persona, que se ocupa de regular su *status*, así como el engranaje de relaciones familiares y patrimoniales trabadas a lo largo de la vida, e incluso el régimen de las que resulten transmisibles *mortis causa*². El Derecho civil se caracteriza «por colocar en el centro al ser humano *qua* persona, sin otros atributos que el mero hecho de serlo»³. Este perfil se ha visto revitalizado en los últimos tiempos, en especial, tras la reforma derivada de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD). Como ha sido destacado, la reforma ha provocado un «giro auténticamente copernicano», un «cambio de paradigma» de nuestro decimonónico Código Civil⁴, quizás el más relevante desde la CE de 1978⁵. La reforma ha situado en el centro del Derecho civil a la persona, a los derechos y libertades inherentes a su dignidad, sin centrar el objetivo en la titularidad y ejercicio de las relaciones patrimoniales.

Es fácil apreciar que nuestra disciplina sigue siendo el Derecho de la vida cotidiana⁶, que alcanza a todas las personas, «en sus relaciones con los demás, con las cosas», con los animales, e incluso en nuestros días, «con seres o realidades tecnológicas, que ya no son ni personas ni cosas»⁷. El Derecho civil, que tradicionalmente se basaba en la distinción entre personas y cosas, se enfrenta a una nueva realidad, en la que esta frontera resulta cada vez más difusa. Así, el animal ya no es simbólicamente una cosa, sino un ser sensible. Más difícil resulta categorizar a los robots y sistemas de IA. Podrían asimilarse a las personas para resolver la cuestión de la responsabilidad civil por los daños

¹ Estos desarrollos de los distintos Derechos civiles forales o especiales que existen en la España constitucional han dado lugar a una atomización de nuestro ordenamiento interno, situación duramente criticada por autores como Pau Pedrón (2019).

² Considera Cervilla Garzón (2020: 207-212), que la esencia del Derecho Civil se localiza en los conflictos familiares.

³ Ribot Igualada (2025: 38).

⁴ García Rubio (2018: 173 y nota al pie 1).

⁵ García Rubio (2018: 174).

⁶ García Rubio (2022: 234).

⁷ García Rubio (2022: 239).

que causen⁸ o la autoría de las obras creadas mediante IA generativa⁹. Sin embargo, tal solución técnica de reconocer personalidad jurídica a dichos entes los humanizaría hasta el punto de correr el riesgo de tratarlos como tales. No ha sido ésta, además, la opción por la que se ha inclinado la normativa europea.

Cabe señalar, desde otro prisma, que en la jurisprudencia reciente de países de Sudamérica o la India, nuevos enfoques epistemológicos han favorecido la aparición del concepto de «derechos de la naturaleza» y el reconocimiento de «personalidad jurídica» a los elementos naturales¹⁰. A nivel constitucional, algunos países cuentan con un reconocimiento normativo explícito de los derechos de la naturaleza, como sucede con la Constitución ecuatoriana de 2008. Además, otros países han promulgado leyes sobre los derechos de los ríos, los glaciares, los animales, etc. En el contexto europeo, la primera vez que una institución ha mostrado interés concreto en profundizar en los derechos de la naturaleza fue en el año 2020, cuando el Comité Económico y Social Europeo publicó, sustentado en una investigación académica¹¹, el estudio «Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature», con el objetivo de establecer un marco para el reconocimiento jurídico de los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico de la UE, como requisito previo para una relación diferente y mejorada entre los seres humanos y la naturaleza¹². Un año después, el 1 de marzo de 2021, el Parlamento europeo, a petición de la Comisión JURI, publicó otro estudio sobre el mismo tema: «Can Nature Get It Rights? A Study on Rights of Nature in the European Context»¹³. El último hito tuvo lugar el 31 de mayo de 2021, cuando el Grupo Verde/ALE del Parlamento Europeo publicó un estudio titulado «Legal Paradigm Shifts for a New Environmental Law»¹⁴, que propuso reconsiderar el estatus legal de la naturaleza, aplicando el «enfoque de los bienes

⁸ La retirada por la Comisión Europea de la Propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2022 relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la IA ha supuesto dejar atrás una propuesta que pretendía facilitar la prueba de la culpa y de la relación de causalidad en el caso de daños causados por sistemas de inteligencia artificial.

⁹ En un trabajo reciente, Nieto Cruz (2025: 133-173) analiza a qué sujeto debe imputarse la titularidad de los derechos de propiedad intelectual que puedan existir sobre las obras generadas autónomamente por sistemas de inteligencia artificial generativa. Tras señalar las posibles opciones de reforma de la legislación, se decanta por la consideración de estas obras como de dominio público, lo que indudablemente constituye un resultado positivo para el conjunto de la sociedad.

¹⁰ Bagni (2018: 989-1003).

¹¹ Bagni et al. (2022: 1-33).

¹² Puede consultarse en: <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature> (última consulta: 25 de septiembre de 2025).

¹³ Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)689328](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)689328) (última consulta: 25 de septiembre de 2025).

¹⁴ Disponible en: <https://www.greens-efa.eu/fr/article/document/legal-paradigm-shifts-for-a-new-environmental-law> (última consulta: 25 de septiembre de 2025).

comunes naturales». El debate sobre el reconocimiento en la Unión Europea de la naturaleza como un sujeto legal, dotada de derechos, sigue abierto: los defensores argumentan que atribuir derechos a la naturaleza «puede ayudar a nuestra sociedad a ir más allá del antropocentrismo, hacia una relación más equilibrada entre los seres humanos y todas las demás entidades vivientes»¹⁵; los críticos se preguntan si realmente necesitamos el reconocimiento legal de los derechos de la naturaleza para transformar nuestro sistema actual de derecho ambiental de manera que sea más ecológico en su enfoque¹⁶. En nuestro país, no parecen tan lejanos estos planteamientos, cuando la Ley 19/2022, de 30 de septiembre —cuya constitucionalidad ha sido, además, avalada por el Tribunal Constitucional¹⁷— atribuye personalidad jurídica y reconoce como sujeto de derechos a una laguna de agua salada, la laguna del Mar Menor y su cuenca. A mi modo de ver, la necesidad de dar una solución técnica a un problema social o económico, como sería la protección del medioambiente, no pasa necesariamente por la vía del reconocimiento de la personalidad jurídica. Considero, en la línea de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, que hay que atender al criterio de la «proporcionalidad». Así, en los casos en que estos tribunales europeos han tenido que resolver conflictos relativos a las limitaciones del derecho de propiedad motivadas por la protección del medioambiente, han considerado ajustadas a derecho aquellas restricciones proporcionadas con el objetivo que se pretendía alcanzar.

III. LA CONFLUENCIA DE INTERESES COLECTIVOS O GENERALES EN EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

III.1. Autonomía privada *versus* intereses generales en el Derecho civil patrimonial

La necesidad de acomodar la igualdad formal sobre la que se cimenta nuestro Código civil a las situaciones reales de desequilibrio en las relaciones patrimoniales *inter privatos* produjo, de forma temprana, una creciente intervención legislativa dirigida a paliar la debilidad que, en el contexto de aquellas relaciones, puede afectar a una de las partes. Como ha descrito Ribot Igualada (2025: 43), «[I]a creación de normas de

¹⁵ Bagni et al. (2022: 22).

¹⁶ Bagni et al. (2022: 21).

¹⁷ STC 142/2024, de 20 de noviembre (<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/31317>). Esta sentencia (FJ 3º) admite la existencia de un «movimiento internacional en auge en la última década, que promueve el desarrollo de mecanismos de garantía innovadores y basados en un paradigma ecocéntrico que convive con el paradigma antropocéntrico tradicional, que se identifica en otros mecanismos y herramientas jurídicas de protección del medio ambiente».

protección de la parte más débil en una relación jurídica privada es la respuesta del Estado social a una situación de desigualdad de hecho que se quiere revertir, compensar o paliar».

La confluencia de los intereses generales en el ámbito de las relaciones entre privados ha tenido una especial incidencia en materia de contratos de adhesión celebrados mediante cláusulas no negociadas individualmente (normalmente, condiciones generales de la contratación), en especial, cuando la parte débil es un consumidor. Es más, en los últimos años, el Estado ha tomado conciencia de la situación de especial vulnerabilidad en que puede encontrarse el consumidor y ha introducido el concepto de «consumidor vulnerable» en el art. 3.2 del TRLCU¹⁸, sujeto que se define por comparación con el consumidor «normal», que es el que no está en esa situación especial de vulnerabilidad¹⁹.

Ha sido ingente, asimismo, el cuerpo de medidas legislativas dictadas para equilibrar la asimétrica posición que ocupan en la relación contractual el deudor hipotecario y el arrendatario de vivienda, en particular, cuando acreditan una situación de vulnerabilidad social y/o económica. Igualmente, la tensión del binomio vivienda-propiedad, desde el estallido de la crisis de 2007, ha dado lugar a una profusa legislación estatal y autonómica cargada de medidas de política económica destinadas a ofrecer cobertura a las necesidades sociales de vivienda.

La defensa del interés general o público que subyace en las medidas dirigidas a lograr una paridad auténtica en las relaciones entre particulares se ha realizado, en buena parte, a costa del principio de la autonomía privada (por ej., mediante la restricción de las facultades del arrendador o del propietario de vivienda), cuyos contornos se han visto cercenados, en ocasiones, hasta límites injustificables. Este fenómeno consistente en la ponderación por el legislador de intereses que no son estrictamente individuales, sino colectivos o generales, inicialmente, no tendría por qué causar inquietud, pues, como decía De Castro (1949: 121, nota 3) «(e)l exceso de intervencionismo administrativo (...), es, (...) expediente más o menos hábil o necesario para impedir que [los poderes sociales favorecidos por el régimen de economía liberal] esclavicen a las masas económicamente inermes». El problema se produce cuando el intervencionismo en la regulación de

¹⁸ La «especial situación de subordinación, indefensión o desprotección» en que se encuentra el consumidor vulnerable puede obedecer a múltiples causas. El art. 3.2 TRLCU hace una enumeración amplísima: la persona está en esa situación «por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales».

¹⁹ Marín López (2021: 114). El consumidor vulnerable se halla en una situación de desigualdad en el ejercicio de los derechos, lo que significa que para él es más costoso, difícil o complicado ese ejercicio o que incluso resulta imposible Marín López (2021: 113-114).

instituciones patrimoniales netamente civiles, como el contrato de arrendamiento o la propiedad, rebasa los parámetros de la razonabilidad.

III.2. El desbordamiento de la función social de la propiedad privada

Una de las manifestaciones evidentes de esta orientación hacia lo público que viene «sufriendo» el Derecho Civil tiene lugar en la disciplina de la propiedad inmobiliaria y el cumplimiento de la función social. Poco queda, en nuestros días, de la visión individualista, propia del liberalismo, del derecho de propiedad, según aparece recogido en el art. 348 del CC²⁰, que lo define como el derecho de gozar y disponer de una cosa o —tras la reforma de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre— de un animal «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Este concepto liberal de la propiedad, ajeno a la dimensión de lo colectivo-común²¹, evolucionó en la segunda mitad del siglo XX, en lo que a nuestro país se refiere, a través de la incorporación a su contenido de la «función social» o lo que es mismo, del interés de la colectividad —fórmula cristalizada en el art. 33.2 de la CE— y de una legislación especial que afecta a determinados bienes²².

Con el fin de solventar el problema del acceso a la vivienda, que tanta preocupación genera en la ciudadanía española, se ha impulsado una política de vivienda con normas cada vez más intrusivas en las relaciones privadas, de naturaleza administrativa y, por ende, en ocasiones, sancionadora. La reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda se ha incorporado a este maremánum de legislación estatal y autonómica que sujeta de forma desorbitada las facultades de los propietarios privados en aras de la función social. Una Ley que, amparándose en esta pretendida garantía del acceso a la vivienda que debe cumplir la propiedad (arts. 33.2 y 47 CE), modula su contenido imponiendo una diversidad de deberes para el propietario —como el discutible deber de «uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda» (art. 11)—, cuya observación va a ser controlada por los poderes públicos y restringe las facultades, sin compensación alguna.

En mi opinión, la normativa sobre vivienda no debe desplazar hacia los propietarios la responsabilidad y el deber de los poderes públicos de hacer efectivo el derecho de disfrutar de una vivienda digna. En este sentido, la realidad ha demostrado

²⁰ Bercovitz Álvarez (2021, 566).

²¹ Grossi (2013: 54).

²² STC 37/1987, de 26 de marzo, FFDD 2 y 9 (<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/769>).

que no es una medida eficiente imponer deberes de ocupación o limitar las rentas. Con una perspectiva más adecuada, ha de apostarse por las actuaciones públicas de estímulo y fomento que favorezcan el acceso a la vivienda a través de mecanismos que respeten la libre disposición de los propietarios de las viviendas, en lugar de priorizar las medidas de limitación y sanción. Sin duda, el problema de la vivienda no puede basarse en trasladar a los titulares el peso de las políticas asistenciales que incumben a la Administración.

Otra muestra reciente de esta excesiva intromisión del interés general en el Derecho Civil patrimonial se produce en un fenómeno de enorme actualidad como es el de la cesión de pisos turísticos en las comunidades de propietarios. El legislador, en lugar de solucionar el problema que suscitan este tipo de alojamientos, ha remitido la cuestión a los acuerdos comunitarios. Así, como es sabido, con ocasión de la promulgación de la LO 1/2025, una norma destinada a aumentar la «eficiencia del Servicio Público de Justicia», el legislador ha aprovechado para modificar los arts. 7.3 y 17.12 de la LPH aumentando el poder de las comunidades de propietarios, que no solo podrán limitar, condicionar o incluso prohibir que se alquile un piso a turistas²³, sino que deberán aprobar este uso. De nuevo, la función social de la propiedad —radicada, en este caso, en el interés general de la comunidad de vecinos, con evitación de las molestias derivadas del trasiego de personas y cosas, así como en la promoción del mercado de vivienda de uso residencial— se antepone a la propiedad privada, como único cauce dirigido a dar respuesta a un problema de enorme calado social²⁴.

III.3. La función ecológica de la propiedad

Desde el siglo pasado se ha planteado en la doctrina la necesidad de incorporar un nuevo factor común, la tutela del ambiente y la ecología, como derivación concreta de la función social de la propiedad. En este debate existe consenso en la doctrina española en que la tutela del medioambiente supone una determinación concreta de la función social

²³ La nueva redacción del art. 17.12 LPH confirma la interpretación realizada por el Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo en las SSTS de 3 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4791 y ECLI:ES:TS:2024:4790), que avalaron que la comunidad de propietarios pudiera prohibir las viviendas turísticas por la doble mayoría de tres quintos. En la misma línea, la sentencia de 18 de febrero 2025 (ECLI:ES:TS:2025:725) profundiza en la prohibición de explotar una vivienda en régimen de propiedad horizontal mediante alquiler turístico, reiterando que exige previsión clara y precisa en los estatutos de la comunidad y, para poder tener eficacia frente a terceros, aparecer inscrita en el Registro de la Propiedad.

²⁴ Para Cerdeira Bravo de Mansilla (2024), la función social de la propiedad, como es el interés general de la comunidad de vecinos, se antepone no solo a la propiedad privada, sino también a la libertad de empresa (cfr. arts. 33 y 38 CE).

delimitadora del derecho de propiedad²⁵. Dando un paso más, en algunos sistemas jurídicos el paradigma ecológico empieza a tomar carta de naturaleza como valor o función autónoma inherente al derecho de propiedad sobre determinados bienes y no como mera derivación de la función social²⁶. El paradigma liberal propio de los códigos civiles decimonónicos, de este modo, superado por el que abogaba por la función social de la propiedad, desemboca en nuestros días, en algunos sistemas jurídicos americanos —como el colombiano o el argentino— en lo que ha venido a denominarse el «paradigma ecológico de la propiedad»²⁷.

En nuestro país, la propiedad conlleva una función de carácter ambiental, pero derivada de lo que se ha entendido por «función social de la propiedad», en virtud del art. 33.2 de la CE. Nuestro Código Civil, en efecto, carece de cualquier referencia a la función ecológica como límite al derecho de propiedad. Tan solo encontramos menciones a la contaminación en sede de responsabilidad extracontractual (art. 1908.2º y 4º). A nivel jurisprudencial, desde la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944²⁸, la aplicación de la teoría del abuso del derecho ha permitido fundamentar la condena a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al medioambiente en el ejercicio del derecho de propiedad. Con todo, es indudable que la condena a abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados al ecosistema no previene la producción de estos daños, es decir, no lo preserva (sobre todo, si no se consigue el cese de la actividad contaminante)²⁹. La famosa regla de «quien contamina paga» está permitiendo desde hace décadas enormes desastres ecológicos y medioambientales. Para la preservación del medioambiente puede resultar más efectivo el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad. La consideración del Derecho ambiental como límite a las potestades del propietario conduce, de este modo, al difícil dilema de determinar hasta qué punto la necesidad de salvaguardar el ecosistema —y, en última instancia, la salud de las personas³⁰— puede afectar al ejercicio

²⁵ Moro Almaraz (1993: 947) y Carrasco Barranco (1995: 436).

²⁶ Pérez Pejcic (2014: 129, 131, 157-158).

²⁷ Parise (2025: 123-141).

²⁸ RJ 1944\293. Esta sentencia consideró procedente la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona con ocasión del uso de la concesión de la extracción de arenas en una playa, efectuada en gran volumen y por procedimientos mecánicos, que provocaron la disminución de la playa frontera a la central eléctrica de la actora y la destrucción de una plantación de cañas que servía de defensa contra las aguas.

²⁹ Moro Almaraz (1993: 947).

³⁰ Esta conexión del medio ambiente con la garantía del bienestar y la salud de las personas se ha puesto de manifiesto, en diversas sentencias, por el TEDH, pero llega a su máxima expresión en la sentencia de 9 de abril de 2024, en el caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*. Se trata de la primera

de un derecho reconocido y tutelado por la Constitución, como es la propiedad privada. Es más, como antes se ha apuntado, el nuevo enfoque metodológico para lograr una protección genuina de los ecosistemas, basado en el reconocimiento de «personalidad» y «derechos» a la naturaleza, nos enfrentan a un nuevo desafío en el que el derecho del propietario podría confluir con los derechos atribuidos a la naturaleza.

IV. NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO CIVIL DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA

IV.1. El valor preponderante de la autonomía de la voluntad

Asistimos a un fenómeno inverso al que acabo de exponer en el ámbito del Derecho civil de la Persona y de la Familia. En estos sectores, el ordenamiento ha tenido una evolución de signo opuesto hacia un ensanchamiento de los márgenes de la autonomía de la voluntad de la persona. El principio de la autonomía privada, que ha sido el fundamento de la regulación patrimonial codificada, ha cobrado un peso esencial en estos otros ámbitos del Derecho Civil.

Me refiero, por un lado, al nuevo régimen instaurado para la toma de decisiones jurídicas por las personas con discapacidad, cuyo objetivo último es que la persona pueda conformar y expresar su voluntad, deseos y preferencias, al margen de lo que otros consideren que es mejor o más beneficioso para su interés; y, en casos límite, que se tome la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación (art. 249 CC). La LAPD, al mismo tiempo, siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos otorga preferencia a las medidas voluntarias que puede tomar la propia persona con discapacidad. Se pone el foco, de este modo, en la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de las personas con discapacidad. La libertad de decidir de la persona, esto es, el respeto a la autonomía de la voluntad ha de ser vista, siguiendo a García Rubio (2022: 239), como un corolario irrenunciable de la dignidad humana.

Este realce de la autonomía de la voluntad está cobrando, por otro lado, cada vez mayor espacio en el ámbito del Derecho de Familia³¹, en el que «la facultad de

sentencia del TEDH que analiza el impacto del cambio climático sobre los derechos humanos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En virtud de esta decisión sin precedentes, el art. 8 del CEDH, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, se entiende que engloba el derecho de las personas a una protección eficaz por parte de las autoridades del Estado frente a los efectos adversos graves del cambio climático sobre su vida, salud, bienestar y calidad de vida.

³¹ Destaca Cervilla Garzón (2024: 18) cómo «desde comienzos de este siglo se ha observado un importante cambio en la concepción del Derecho de familia, que [...] se dirige, no solo a dotar de mayor trascendencia

configuración de su contenido por las partes es indiscutible»³². Es la voluntad de las partes la que prevalece a la hora de acordar las medidas derivadas de una crisis matrimonial o, al margen del matrimonio, las que procede adoptar respecto de los hijos menores de edad; es más, la regulación de estas medidas constituye el objeto de los pactos prematrimoniales, cuya validez y alcance han sido reconocidos por nuestros tribunales³³. Existen, sin embargo, una serie de ámbitos indisponibles a la voluntad de los sujetos, en los que prevalece el interés general o el orden público, constituido por el interés superior de los hijos comunes menores de edad³⁴.

Cabe apreciar, además, una evolución en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a la hora de determinar este reducto indisponible a la voluntad de los sujetos, en los que prevalece el interés general o el orden público. Ello en la medida en que, en las decisiones de los últimos años, se reconoce la validez del convenio regulador no homologado judicialmente, del acuerdo meramente privado, aun cuando verse sobre medidas relativas a los hijos menores de edad, siempre, claro está, que no sean contrarias a su interés superior³⁵. Así lo expresó, de manera indubitable, el Alto Tribunal en la sentencia de 30 de mayo de 2022³⁶, al manifestar que «(...) frente a reticencias iniciales no ofrece duda que, hoy en día, se encuentra perfectamente consagrado el principio de la libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, con plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuges, y bajo la limitación

al pacto, sino también a reconocer parcelas de mayor libertad de actuación a los sujetos protegidos en el ámbito de la familia».

³² STS de 6 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2539).

³³ La denominación «pactos prematrimoniales» se encuentra consolidada en la doctrina del Tribunal Supremo [entre otras, sentencias de 24 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2828), 30 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1925) y 13 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:879)]. Cervilla Garzón (2024: 22) utiliza, en cambio, la expresión «acuerdos familiares en previsión de ruptura», para referirse a «los acuerdos que tomen los esposos o los convivientes antes o después del matrimonio o de la convivencia cuyo contenido verse sobre las previsiones para el caso de la ruptura de la pareja», lo que deja fuera a los pactos que tengan lugar cuando la situación de crisis sea una realidad.

³⁴ En este sentido, la reciente LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que, como es sabido, ha establecido en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda un requisito de procedibilidad consistente en acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias extrajudicial, ha excluido los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes. Sin embargo, sí se admite la posible aplicación de los medios adecuados de solución de controversias para los efectos y medidas previstos en los arts. 102 y 103 CC, con la correspondiente homologación judicial del acuerdo alcanzado (art. 4.1.II).

³⁵ La STS de 15 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3485) supuso un giro en la interpretación del valor de los acuerdos adoptados por los cónyuges para regular la situación originada por la crisis conyugal. En la sentencia de 7 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3739), de nuevo, se insiste en ese mismo orden de ideas, al considerar que un convenio no ratificado judicialmente carece de eficacia procesal, pero no, por ello, la pierde como un vinculante negocio jurídico de familia, sin que quepa atribuirle la condición de simple elemento de negociación.

³⁶ ECLI:ES:TS:2022:2176.

del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en las relaciones verticales con los hijos». Cabe traer a colación, en la línea de esta doctrina jurisprudencial, el art. 235.5.3 CCCat, que hace depender la eficacia de los pactos fuera de convenio regulador y relacionados con los hijos menores del interés de éstos³⁷.

La autonomía de la voluntad de los contrayentes o de los cónyuges, no permite, en cambio, formalizar el matrimonio, ni acordar el divorcio, pues las reformas han ido encaminadas a la «desjudicialización», pero no a la «privatización»³⁸. Ciertamente, no es posible que los contrayentes formalicen mediante un mero acuerdo privado el vínculo conyugal, ni que pacten la suspensión legal o la disolución matrimonial sin la intervención de las autoridades competentes.

El envejecimiento de la población y la transformación de la familia tradicional ha dado lugar, asimismo, a la entrada en escena de los denominados «pactos asistenciales» entre personas que conviven sin ser familia. Se trata de contratos de ayuda mutua que pretenden dar una respuesta económica y asistencial a los problemas asociados a las nuevas realidades vitales y a los cambios demográficos y sociológicos relacionados con el envejecimiento de la población y los cambios en los roles familiares³⁹.

La autonomía privada de los menores de edad también se ha visto fortalecida en los últimos tiempos, mediante la ampliación de los campos en los que se les permite que lleven a cabo actos jurídicamente válidos, con la finalidad de ajustar la realidad jurídica a la realidad social⁴⁰. Significativo ha sido el tratamiento jurídico del menor maduro en la más reciente legislación autonómica. Así, la reforma de 2024 del Código del Derecho Foral de Aragón ha reconocido una capacidad jurídica ampliada al menor que ha cumplido catorce años, fijando en ese momento el cese de la representación legal de sus progenitores, que se convierte en mera asistencia o complemento⁴¹. Por su parte, en

³⁷ Este precepto dispone que: «Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de éstos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento».

³⁸ Para Cerdeira Bravo de Mansilla (2024: 38) que los controles y formalidades del divorcio y del matrimonio queden delegados en notarios o funcionarios encargados del Registro Civil «tan solo implica la desjudicialización del matrimonio y del divorcio, mas no su privatización». Y por ello, entiende que no cabe «ni que los propios cónyuges se declaren por ellos mismos casados ni tampoco que declaren su divorcio, ni tampoco basta con que lo haga un árbitro, legitimado en su actuación -y en su autoridad- por las partes, pero que no lo está por el Estado». A lo que añade que «es el orden público el que impide en esta sede cualquier mecanismo privado, sea auto o heterocompositivo».

³⁹ <https://elpais.com/economia/2025-02-27/los-notarios-piden-incentivar-los-pactos-asistenciales-entre-personas-que-conviven-sin-ser-familia.html> (último acceso: 27 de septiembre de 2025).

⁴⁰ Camarasa Gimeno (2024:228-257).

⁴¹ *Vid.* la nueva redacción de los arts. 5.3 y 7 del CDFA. Estas normas han sido modificadas por el art. único.5 de la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas.

Navarra, la Ley 47 de la Compilación de Derecho Civil foral o Fuero Nuevo establece que los menores de edad mayores de catorce años tendrán capacidad para los actos determinados en la Compilación y que pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad⁴². Nuestro Código civil, en las últimas reformas legislativas ha acogido una línea de política legislativa favorable al criterio subjetivo a la hora de determinar la madurez, como la redacción del art. 162 CC derivada de la Ley 26/2015. En esta línea, considero que la tradicional dicotomía capacidad jurídica – capacidad de obrar ha de ser también superada en relación con las personas menores de edad, en la medida en que no proporciona una respuesta adaptada al principio de la autonomía progresiva del menor y a la preeminencia de sus opiniones, reconocidos por la CDN (art. 12) y por la LOPM (art. 2.2.b).

En los últimos años, la filiación también se ha visto impregnada de este fenómeno de prevalencia de la voluntad en lo que concierne a su determinación, en especial, a raíz de los cambios introducidos por la denominada Ley trans de 2023⁴³. La filiación, que hasta ahora siempre se había basado en el hecho biológico o en la adopción, cada vez se sustenta más en la voluntad, en la intención de ser progenitor: inicialmente, a través de las técnicas de fecundación asistida heterólogas y el reconocimiento de la doble maternidad; luego con la discutible doctrina jurisprudencial sobre la validez de los reconocimientos de la paternidad efectuados por complacencia⁴⁴ y, finalmente, mediante la filiación intencional a favor del progenitor no gestante⁴⁵.

⁴² Esta redacción proviene de la reforma operada por el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

⁴³ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

⁴⁴ En virtud de esta doctrina, nuestro Alto Tribunal propugna la validez de los actos de reconocimientos efectuados por su autor a sabiendas de que el hijo reconocido no lo es biológicamente, al mismo tiempo que admite la legitimación del reconocedor para impugnar la paternidad creada, cuando se rompe la relación entre la madre y el padre reconocedor. Esta posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo es avanzada en la sentencia de 14 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5174), queda fijada de manera expresa en la sentencia de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3192) y confirmada en la de 28 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5222). La STS de 13 de noviembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5766), ha admitido también la legitimación de la madre, por la vía del art. 140.II CC, para el ejercicio de esta acción de impugnación de la paternidad establecida en virtud de un reconocimiento de complacencia.

⁴⁵ La Ley 4/2023 permite la determinación de la filiación por la mera declaración de voluntad de todo progenitor no gestante, en el momento de la inscripción, al margen del uso de técnicas de reproducción humana asistida. En concreto, tras la reforma, se ha modificado el art. 120 CC y el art. 44 LRC, de manera que, en el momento de la inscripción del nacimiento, se podrá determinar la filiación por la declaración, no solo del padre, sino también de la madre no gestante (casada, aunque esté separada, o no casada) o del hombre trans no gestante. En definitiva, como destaca Zurita Martín (2024: 576) la Ley trans abre la posibilidad de ser padre o madre a través de la sola declaración de voluntad —al margen de las técnicas de reproducción asistida— de quienes no pueden serlo por pura inviabilidad biológica. La doctrina habla en

Estos regímenes nos sitúan en un escenario en el que el mero «querer» del individuo permite atribuir la condición de progenitor. Todas estas formas de determinación de la filiación, desde mi perspectiva, resultan admisibles, siempre que no se atente al principio de seguridad jurídica y a la protección del interés superior de las personas menores de edad. En concreto, estimo que un cambio en esa voluntad, en ese «querer» ser padre, madre o progenitor, no puede deshacer la relación de filiación instaurada. Por eso, he realizado en diversos trabajos una profunda crítica a la doctrina jurisprudencial sobre los reconocimientos de complacencia, tan presentes en el modelo de familia «reconstituida», «recompuesta» o «ensamblada» de nuestros días⁴⁶.

Igualmente, la maternidad de la esposa de la madre gestante⁴⁷, suscita —entre otras dudas interpretativas que la Ley trans no ha hecho sino agravar⁴⁸— la cuestión relativa a si cabe impugnar esta filiación que ya ha sido instaurada. Así como en el supuesto de nacimiento de un hijo mediante técnicas de inseminación con donante o donantes en el seno de un matrimonio heterosexual, cuando el marido ha consentido previamente la técnica de reproducción utilizada, se prohíbe expresamente la impugnación de la filiación (art. 8 LTRHA), existe una laguna legal en relación a la misma acción ejercitada por la mujer gestante en contra de la esposa conviviente, cuando la filiación ha sido determinada por el consentimiento prestado por la segunda⁴⁹. A mi modo de ver, tampoco en este caso resulta admisible el ejercicio de la acción de

estos casos de un nuevo tipo de filiación legal, denominada “filiación intencional”, sustentada en el consentimiento de la filiación. *Vid.*, Alba Ferré (2024: 42-71).

⁴⁶ En especial, Blandino Garrido (2020: 578-617).

⁴⁷ El consentimiento de la esposa de la gestante, tras los cambios en la redacción del art. 7.3 de la LTRHA introducidos por la Ley 19/2015, de 13 de julio, se puede llevar a cabo después de haberse producido el nacimiento del hijo y no necesariamente antes, tal como se especificaba en la redacción originaria de la norma. La jurisprudencia ha admitido que, aun sin una declaración formal previa al nacimiento del hijo realizada ante el Encargado del Registro, es posible que quede determinada judicialmente esa segunda maternidad con base en la posesión de estado existente después del nacimiento del hijo (SSTS de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014). Crítica esta doctrina jurisprudencial Quicios Molina (2018: 188 y 211). La DGSJFP ha interpretado, además, que es irrelevante para la determinación de la segunda maternidad de la esposa de la madre gestante, que se haya recurrido o no a técnicas de reproducción humana asistida (Resolución de 8 de febrero de 2017). Una crítica sobre esta interpretación del Centro Directivo en Quicios Molina (2018: 187, 191 y 196).

⁴⁸ En palabras de Zurita Martín (2024: 558), «si hasta el momento la aplicación del art. 7.3 LRA había supuesto un problema difícil de solventar para los tribunales, tras la Ley 4/2023 su sola existencia es un auténtico despropósito». Es cierto que la Ley trans no ha modificado la regulación de la doble filiación materna contenida en el art. 7.3 de la LTRHA. Pero la coordinación de este precepto con el nuevo art. 44 LRC produce diversas dudas interpretativas. Así, la referente a la consideración de la separación legal o de hecho, que impide a la mujer no gestante realizar la declaración de asunción de la maternidad a tenor del art. 7.3 de la LTRHA, pero no lo hace en virtud del nuevo art. 44.4 a); por otra, y como derivación de lo anterior, el hecho de que el art. 7.3 LTRHA se refiera a la declaración de la cónyuge no gestante como una potestad de esta, mientras que el art. 44.4 a) LRC exija el consentimiento de ambos cónyuges para la determinación de la filiación de la madre no gestante. *Vid.* Zurita Martín (2024: 557).

⁴⁹ *Vid.* SAP Les Illes Balears, Secc. 4^a, 546/2012, de 5 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APIB:2012:2836).

impugnación, puesto que, no estando sustentada la filiación en el hecho biológico, el mero cambio de parecer no puede conducir a la pérdida de la maternidad creada. Similar criterio habría que aplicar en el caso de impugnación de la filiación por parte del progenitor no gestante.

IV.2. La relevancia del afecto frente a la formalidad de las instituciones

Junto a este papel concedido a la voluntad, otra característica apreciable en nuestro Derecho de Familia reside en el valor concedido al afecto frente a la formalidad de las instituciones. Así, el matrimonio cada vez tiene menos peso frente a las uniones de hecho. El contexto sociológico antes esbozado, familias «reconstituidas» o «ensambladas», exige, además, un replanteamiento de nuestro sistema legal de la filiación que se acomode a las nuevas realidades y que, junto al hecho natural de la procreación, reconozca el papel que juega la afectividad y el comportamiento de los sujetos implicados en las relaciones familiares. A este respecto, cada vez con mayor auge surgen propuestas que abogan por el reconocimiento del parentesco socioafectivo, figura expresamente incorporada en el Código de las Familias cubano.

La admisión en el ordenamiento español del parentesco socioafectivo, como he pretendido fundamentar en otro lugar⁵⁰, evitaría los conflictos que suscitan los reconocimientos de la paternidad efectuados por mera complacencia. Con la recepción del parentesco socioafectivo, la relación de afecto entre el declarante y el declarado hijo, sostenida en el tiempo, quedaría instaurada, sin faltar a la verdad en cuanto al presupuesto que permite formalizar el vínculo de filiación. En consecuencia, establecida esta relación sustentada en el afecto (y no en la supuesta relación biológica), esta discordancia entre la filiación natural y la jurídica no constituiría un motivo para deshacer *a posteriori* el parentesco establecido. No estimo procedente, en cambio, por innecesario, la asunción del rol parental respecto de los hijos afines, cuando estos hijos cuentan con sus dos progenitores determinados, sin perjuicio del afecto que se pueda sentir hacia ellos. A este respecto, creo que la norma contenida en el art. 236-14 CC.Cat. otorga una respuesta adecuada a la situación del cónyuge o conviviente del progenitor en las familias reconstituidas, sin necesidad de instaurar una nueva relación de parentesco, que dé lugar a la «multiparentalidad»⁵¹.

⁵⁰ Blandino Garrido (2022: 31-51).

⁵¹ De la mano del reconocimiento de la familia «socioafectiva», en algunos sistemas jurídicos se ha otorgado carta de naturaleza a la «multiparentalidad». Destaca Zurita Martín (2024: 580) que no deja de resultar

Esta prevalencia del afecto respecto a los vínculos, ha alcanzado al Derecho de Daños, a la vista de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2025⁵², en la que se reconoce como beneficiario de una indemnización por fallecimiento de un peatón en un accidente de circulación a quien venía ejerciendo «de facto» y de forma continuada como padre (a la sazón, segundo marido de la madre), no por inexistencia del progenitor, sino por el incumplimiento, por parte de este, de sus deberes legales⁵³.

V. EL DERECHO CIVIL COMO DERECHO QUE PROMUEVE LAS CONDICIONES PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE TODAS LAS PERSONAS

V.1. La promoción de la igualdad en el Derecho civil

El Derecho civil de nuestros días, y esta es otra nota que lo caracteriza, no responde sólo a la igualdad formal sobre la que se sostiene el Código Civil, sino que es un Derecho que promueve las condiciones para la igualdad real y efectiva de todas las personas. Partiendo del marco constitucional derivado de los arts. 10 y 14⁵⁴, nuestro ordenamiento cuenta con diversas normativas dirigidas a garantizar la igualdad de trato y la no discriminación y establecer garantías para su disfrute. Siguiendo a Ribot Igualada, hemos de partir de que «[t]odo ser humano tiene derecho a ser tratado con igual respeto como la persona que es, en atención a la dignidad inherente a esa condición», reconocida en el art. 10.1 CE, por lo que puede decirse que «el Derecho civil es, también, expresión

curioso «cómo ha evolucionado la visión social de la *familia* en las últimas décadas, pasando de una reducción de las *familias* extensas a las que se dieron en llamar nucleares, para ahora extender esa *familia* nuclear ampliándose el número de progenitores más allá del tradicional principio binario que hasta ahora ha presidido, y sigue presidiendo, la legislación».

⁵² ECLI:ES:TS:2025:1044.

⁵³ El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida en el sentido de reconocer el derecho indemnizatorio al perjudicado funcional o por analogía que, de facto y de forma continuada, ejerce las funciones del ascendente progenitor (esto es, las inherentes a la patria potestad conforme a los arts. 154 y ss. CC, consistentes en velar por los hijos, convivir con ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), no por inexistencia del progenitor, sino por incumplimiento de este. Como explica la sentencia, al ocupar el perjudicado por analogía la posición del perjudicado incumplidor, la condición de perjudicado de uno (el primero) excluye la del otro. El Alto Tribunal concluye que es correcta la conclusión de la Audiencia de apreciar la concurrencia de los requisitos del art. 62.3 TRLRCSCVM, en relación con el 62.1 del mismo texto legal, y reconocer a Ismael la condición de perjudicado ascendente progenitor paterno.

⁵⁴ El principio de igualdad del art. 14 CE se ha visto plasmado en el Código Civil con un lógico reconocimiento de que los cónyuges son iguales en derechos y deberes (art. 66 CC) y de que deben prestarse ayuda mutua (art. 67 CC), de la prohibición de que un cónyuge asuma la representación legal del otro (art. 71 CC), de la proclamación de la coadministración y codisposición de los bienes comunes o gananciales (art. 1375 CC), de la consideración de que ambos cónyuges deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (arts. 68 y 1438 CC), así como mediante el establecimiento de un régimen conjunto de titularidad y ejercicio de la patria potestad (arts. 156 y ss. CC).

práctica de la igualdad de las personas»⁵⁵. Este autor presenta la igualdad en el Derecho civil, destacando su doble dimensión: formal y sustantiva. La igualdad jurídico-material o sustantiva, que iría más allá de la mera condición de sujeto de Derecho que cumple los requisitos para participar activamente en el tráfico jurídico⁵⁶, «implica poder decidir entre opciones igualmente valiosas y dotar de sentido a las decisiones sobre el propio plan de vida», es decir, que apunta «a la autonomía personal, a las condiciones de la autodeterminación»⁵⁷.

He citado la Ley de reforma en materia de capacidad jurídica (LAPD), cuyo *leitmotiv* no es otro sino la puesta al día de nuestro Derecho interno en el reconocimiento del principio de que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. A tales efectos, como es sabido, ha cambiado completamente en el ámbito estatal un concepto clave, como es la capacidad jurídica, que ha de ser igualmente plena para toda persona⁵⁸. Es cierto que son diversas las leyes (en especial, en el ámbito sanitario) que siguen haciendo referencia a la limitación de la capacidad de obrar⁵⁹, estando pendiente la acomodación de su contenido al concepto unitario de capacidad jurídica consagrado en el art. 12 de la CDPD.

Siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶⁰, que impuso el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 69), en el acceso a bienes y servicios, la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación⁶¹, ha impregnado

⁵⁵ Ribot Igualada (2025, 38).

⁵⁶ Ribot Igualada (2025, 39).

⁵⁷ Ribot Igualada (2025, 39-40).

⁵⁸ Cerdeira Bravo de Mansilla (2023).

⁵⁹ La reforma operada por la LAPD se ha centrado en la modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de la Ley Hipotecaria, pero no ha adaptado el marco normativo relativo a los tratamientos médicos, reproducción asistida, trasplante de órganos, cambio de sexo, etc., cuando afectan a una persona con discapacidad. Tan solo la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, menciona expresamente a la «persona con discapacidad» reconociéndole el derecho a solicitar la muerte, si bien, la ambigüedad del texto legal suscita diversas cuestiones dudosas y de compleja resolución, en orden al ejercicio del derecho a morir por una persona que sufre algún tipo de discapacidad que pueda incidir en la adopción de esta trascendental decisión.

⁶⁰ En concreto, el art. 71 prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas. El art. 72 establece una obligación de indemnizar daños y perjuicios en el caso de incumplimiento de esta obligación de no discriminación.

⁶¹ Tal y como se recoge en el Preámbulo, la Ley «tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, alberga sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas» (Apartado II). Entre los propósitos de esta norma está el de trasponer de manera

nuestro derecho de contratos de normas antidiscriminatorias⁶². Esta ley regula en su art. 17 el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios. De mismo modo, en su art. 20, destinado al desarrollo de la igualdad en el ámbito del acceso a la vivienda, impone a «los prestadores de servicios de venta, arrendamiento, intermediación inmobiliaria, portales de anuncios, o cualquier otra persona física o jurídica que haga una oferta disponible para el público», la obligación de «respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación»⁶³. Resulta llamativo que, a pesar de que el precepto se destina a garantizar la igualdad en el acceso a la vivienda, el apartado tercero extiende este régimen a los locales de negocio.

Asimismo, la Ley trans ha instaurado un reconocimiento pleno del derecho a la identidad de género, al legitimar a «toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años» para solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo, sin necesidad de alegar ni acreditar ninguna circunstancia (art. 43.1)⁶⁴. En este ámbito, la (derogada) Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas fue calificada de «antiquada e inadecuada»⁶⁵, ante su falta de adaptación a las exigencias

más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁶² Sobre este tema, *vid.* Barba (2023).

⁶³ La STC 89/2024, de 5 de junio de 2024, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 6706-2022, ha resuelto el recurso interpuesto frente a la Ley 15/2022. En relación con el art. 20.2, en la demanda se alegaba que, según la norma impugnada, al particular que haga una oferta de alquiler o venta inmobiliaria se le impediría elegir con quién contratar, negándosele la opción de rechazar una oferta por concurrir en el ofertante determinadas circunstancias que, aunque en un contexto podrían resultar discriminatorias, en otro pueden ser razonables, justificadas y proporcionadas; asimismo, el recurso consideraba que al no preverse excepciones a la regla indicada y prohibir a los particulares la libre contratación, se vulneraba la libertad de empresa. El TC, que desestima íntegramente el recurso, aprecia, en lo que concierne a la tacha formulada al art. 20.2, que pierde todo sustento cuando se pone en relación con los arts. 2.2 y 4.2, los cuales, ubicados en el título preliminar y en las disposiciones generales del título I de la Ley, respectivamente, se aplican a toda ella, sin necesidad de reiterarse en cada precepto.

⁶⁴ A este respecto, el art. 44.3 de la Ley deja claro que «[e]l ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole». En el caso de personas menores de dieciséis años y mayores de catorce, podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales y, en el supuesto de desacuerdo de las personas progenitoras o representantes legales, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial (art. 43.2). Las personas con discapacidad podrán solicitar esta rectificación registral, con las medidas de apoyo que en su caso precisen (art. 43.3). Por último, las personas menores de catorce años y mayores de doce podrán solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral del sexo en los términos del capítulo I bis del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (art. 43.4).

⁶⁵ Cervilla Garzón (2020: 117).

derivadas del pleno reconocimiento del derecho a la identidad de género⁶⁶. Hay que tener en cuenta que cuando se dicta la Ley 3/2007, la transexualidad estaba clasificada por la OMS entre las enfermedades mentales («trastornos de la personalidad, de la conducta y del comportamiento del adulto»). Por el contrario, en la actualidad, la misma no aparece calificada como enfermedad, sino como «condición», en el epígrafe dedicado a las «condiciones relacionadas con la conducta sexual», denominándola «incongruencia de género». Por tanto, ha perdido la categoría de trastorno psicológico para quedarse en una cuestión física: la falta de congruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna.

Atendiendo a esta función que cumple el Derecho Civil para promover la igualdad, pero también para garantizar el acceso a la propiedad, a la herencia y a los servicios económicos o la promoción de las personas con discapacidad, cabe afirmar que nuestro sistema de Derecho Civil se encuentra alineado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁶⁷.

V.2. Perspectiva de género en el Derecho civil

El Derecho civil, por su objeto, resulta especialmente sensible a la influencia de la perspectiva de género⁶⁸. En este ámbito, abogo por la necesidad de que los operadores jurídicos apliquen el Derecho civil con una perspectiva de género en algunos ámbitos en los que resulta necesario. Así, en el Derecho de familia, se ha señalado que la doctrina

⁶⁶ Esta Ley, superando restrictivos criterios jurisprudenciales, autorizaba la rectificación registral de la mención del sexo mediante la acreditación de que al solicitante le había sido diagnosticada disforia de género, tratada médica mente, durante al menos dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, sin necesidad de que dicho tratamiento hubiera incluido cirugía de reasignación sexual (art. 4). Es más, no era necesario el tratamiento médico cuando concurren razones de salud o edad que imposibilitasen su seguimiento y se aportase certificación médica de tal circunstancia. La Ley 3/2007 únicamente permitía a las personas mayores de edad, y con capacidad suficiente para ello, la rectificación de la mención registral del sexo, lo que conllevaba el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resultase discordante con su sexo registral. No se mencionaban, en cambio, a los menores transexuales ni se abordaba la problemática específica derivada de su situación. En lo que concierne a la legitimación del menor transexual para la rectificación de la mención relativa al sexo, el Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia 99/2019, de 18 de julio, avaló que los menores con suficiente madurez y que se encontrasen en una situación estable de transexualidad podían solicitar su cambio de sexo en el Registro Civil. Por último, con el fin de flexibilizar la interpretación y requisitos para la autorización del cambio de nombre, se dicta la Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.

⁶⁷ En un trabajo publicado en 2023 he mantenido que la investigación jurídica se erige en una pieza clave para avanzar en la implementación de los ODS y, en particular, he analizado en qué medida el Derecho civil español ha generado los mecanismos necesarios para la protección de los derechos y libertades y la reducción de las desigualdades, en una labor de sostenibilidad jurídica, todo ello a fin de detectar aquellas lagunas y retos pendientes. Blandino Garrido y Villar Fuentes (2023).

⁶⁸ Alvarez Olalla (2023: 375-385). En este trabajo, partiendo de que la lucha por los derechos de las mujeres incide en múltiples instituciones de derecho civil, se resaltan las influencias más relevantes.

del Tribunal Supremo en virtud de la cual el régimen de custodia compartida debe considerarse «regla general», cuenta con el inconveniente de que, «como en muchas ocasiones denuncian los abogados de familia, la custodia compartida se solicita con el fin de evitar el pago de alimentos o, en el peor de los casos, puede constituir un arma arrojadiza contra la mujer en situaciones de violencia de género»⁶⁹. En el Derecho de sucesiones, en relación con el papel de «cuidadora» tradicionalmente atribuido a la mujer, un estudio ha puesto de manifiesto el sesgo que se manifiesta en la jurisdicción civil a la hora de examinar con más rigor el cumplimiento del deber de cuidar al testador, cuando este es impuesto a una mujer en el caso de disposiciones testamentarias «en favor de quien cuide al testador»⁷⁰. La necesidad de aplicar nuestro sistema con perspectiva de género se produce, asimismo, cuando nos enfrentamos al problema de la infra-indemnización en la reparación del daño a la víctima de la violencia de género⁷¹.

Desde el punto de vista del daño patrimonial sufrido por la persona que desempeña un trabajo doméstico no remunerado, desde la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, nuestro ordenamiento se sitúa entre aquellos que indemnizan el trabajo no remunerado consistente en la dedicación (exclusiva, y en ocasiones incluso parcial) a las tareas del hogar. En mi trabajo *Compensation for Damages Suffered by Women Performing Unpaid Domestic Works*⁷², con una perspectiva de derecho comparado, defiendo que cuando una persona con responsabilidades domésticas (tradicionalmente y, aún en la actualidad, de forma mayoritaria, una mujer), como consecuencia de un determinado accidente causado por un tercero, sufre lesiones corporales importantes que le impiden realizar las tareas del hogar o las realiza en menor medida, debe ser indemnizada por el daño *patrimonial* causado, independientemente del daño corporal en sí mismo considerado. En estos casos, se tiende a pensar que, si la actividad de la mujer no genera ingresos económicos, no existe daño patrimonial que deba ser indemnizado. Sin embargo, aunque el trabajo doméstico no es, en sentido estricto, una actividad productiva en términos económicos, la persona lesionada tiene derecho a ser indemnizada por el daño patrimonial sufrido. Este planteamiento permite indemnizar adecuadamente las lesiones sufridas en el desempeño de tareas que tradicional e injustamente han estado

⁶⁹ Álvarez Olalla (2023: 378).

⁷⁰ García Goldar (2021: 307-329).

⁷¹ Sobre este tema Álvarez Olalla (2020) llega a la conclusión de que los factores que influyen en las escasas cuantías indemnizatorias son dos: la falta de vertebración de las indemnizaciones y que las acusaciones particulares no reclaman indemnizaciones proporcionadas y vertebradas.

⁷² Blandino Garrido (2023).

reservadas a las mujeres. Mientras exista desigualdad en el reparto de tareas, la falta de reconocimiento del valor económico de las labores del hogar en el derecho de daños perjudica más a las mujeres. En definitiva, menospreciar el valor patrimonial del trabajo doméstico y, en este sentido, a la parte de la población encargada de llevarlo a cabo constituye una discriminación que debe ser superada en los sistemas jurídicos.

VI. RETOS Y DESAFÍOS FUTUROS

En este apartado final, pretendo aportar algunas pinceladas sobre el estado actual de nuestro cuerpo normativo básico, el Código Civil y las reformas más acuciantes que se ciernen sobre el mismo. Un Código que podemos considerar como Derecho sólido, por su carácter racional y coherente, frente a los tiempos de «la modernidad líquida»⁷³. Asimismo, expondré, brevemente, algunos de los retos a los que se enfrenta nuestra materia para adaptarse a las necesidades de la globalización, la internacionalización y las nuevas tecnologías.

En el año 2019 se cumplieron 130 años de la publicación del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprobó el Código Civil y se produjo su entrada en vigor. Federico de Castro (1949: 208 y 210), a pesar de admitir que no era «ni brillante en la técnica ni avanzado socialmente», concluye que es «una buena obra española». Esta valoración final favorable es compartida en nuestros días por muchos autores⁷⁴, criterio que humildemente comproto. Eso sí, el Código que ha llegado a nuestros días no es el de hace más de 130 años, pues durante su vigencia ha sufrido reformas, de diferente calado, a fin de adaptar su contenido a la realidad del momento. El Código ha sido objeto, además, de un sinfín de interpretaciones jurisprudenciales que han permitido extraer de preceptos normativos desactualizados unas normas adaptadas a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como reza el esencial artículo 3, aunque en algún caso provocando desviaciones muy importantes con respecto a la literalidad de la norma. Es ésta, como destaca Díez-Picazo (1992: 478), otra peculiar forma de «descodificación».

⁷³ Esta expresión, acuñada por el sociólogo y filósofo polaco Zugmut Bauman, es utilizada por García Rubio (2016: 745) para describir el Derecho de la modernidad, que considera «cada vez menos sólido, menos técnico, menos científico, menos autónomo, menos garantista, menos identificable, menos seguro», mientras que el código «es un signo de identidad de la modernidad sólida, del Derecho sólido, firmemente atado a un territorio y a un poder político centralizado y fuerte» (2016: 746).

⁷⁴ Como se refleja en estas consideraciones vertidas por Pau Pedrón (2019): «es claro y terso el lenguaje —muy distinto del de casi todas las reformas que se le han hecho— y equilibrado y prudente el fondo. Los preceptos son cortos y fácilmente comprensibles. Se hizo para que se entendiera, y se consiguiera».

Con la salvedad de la reforma acaecida en virtud de la Ley de 2 de mayo de 1975, que dispuso la plena capacidad de obrar de la mujer — sin perjuicio de que en el régimen de gananciales la supremacía del marido era casi absoluta— son escasas las modificaciones del Código previas a la Constitución de 1978 que tomaron en consideración la realidad social⁷⁵. Es, sin duda, el texto constitucional el que propicia las reformas de fondo más relevantes de nuestro Código Civil⁷⁶.

Nuestro Código Civil se ha modificado muchas veces, desde el Título Preliminar, modificado en 1972, y toda la parte de Derecho de familia, con las sucesivas reformas de 1981, 1983, 2005, 2015, 2021 y 2023, por lo que puede decirse que seguramente solo queda vigente algo menos de la mitad de las reglas aprobadas hace 130 años⁷⁷. En el momento presente, siguiendo a Roca Trías⁷⁸, cabe plantearse, por un lado, cuál ha de ser el papel del Código Civil en una sociedad en la que los problemas que afronta el legislador —en muchos casos guiado por los dictados que nos llegan de Europa⁷⁹— distan mucho de ser los que eran en la Codificación. Resulta, por otro lado, llamativo, como ha destacado García Rubio (2017: 26) todo lo que han hecho por modernizar sus respectivos sistemas de Derecho civil las Comunidades Autónomas, mientras que «la modificación o renovación del Código civil es español es una tarea muy complicada, muy lenta y trabajosa que, para mayor desaliento, pocas veces se ve coronada por el éxito».

Contamos con la propuesta de renovación íntegra del Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo rigor técnico es indiscutible. Al

⁷⁵ O'Callaghan Muñoz (2019).

⁷⁶ Declara O'Callaghan Muñoz (2019) que «es la Constitución de 27 de diciembre de 1978 la que da un verdadero vuelco al Código civil y obliga a la promulgación de un sinnúmero de reformas para adaptarlo al verdadero espíritu del pueblo».

⁷⁷ Esta afirmación la hacía Roca Trías (2019) antes de la reforma derivada de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que ha afectado a una parte sustancial de nuestro Código (más de cien artículos).

⁷⁸ Roca Trías (2019). Es cierto que el Código Civil contiene la mayor cantidad de fórmulas y conceptos generales, aplicables por doquier: fraude a la ley, abuso del derecho, buena fe, buenas costumbres, enriquecimiento injusto, orden público, etc. Sin embargo, un análisis del escenario en que se mueve el legislador actual, caracterizado por la proliferación de leyes especiales, y, sobre todo, la globalización, que conduce desde el punto de vista jurídico a un sistema plural, lleva a esta autora a afirmar la pérdida de centralidad del Código civil en estos últimos años.

⁷⁹ Asistimos a una evidente europeización del Derecho civil, como se puede apreciar en materia de protección de los consumidores, propiedad intelectual, protección de los datos personales o ciertos regímenes de responsabilidad civil. Es indudable la incidencia que el Derecho de la Unión Europea, y la jurisprudencia del TJUE, ha provocado en el ordenamiento civil. Asimismo, la jurisprudencia del TEDH ha generado una doctrina relevante en materia de derechos fundamentales, con clara incidencia en materia de Derecho civil. Señala García Rubio (2022: 236) que «ambas instancias judiciales trasnacionales han producido una evidente europeización del Derecho civil de todos países de nuestro entorno, a la que tampoco ha sido en absoluto ajeno el nuestro, de suerte que hoy podemos decir sin temor a equivocarnos que el Estado ha perdido una de sus señas de identidad en la época del movimiento codificación: el monopolio en la elaboración de las normas civiles».

margen de esta ambiciosa propuesta, hay dos ámbitos en los que la necesidad de reformar nuestro Código resulta más sentida por nuestra doctrina, y que se corresponden con las líneas de trabajo de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación: la teoría general del contrato y la libertad de testar.

Considero que si hay una parte de nuestro Código Civil que debería ser objeto de revisión en profundidad, es la relativa al Derecho de obligaciones y contratos. A diferencia de otras instituciones, las normas relativas a los contratos contenidas en el Código Civil no han sido objeto de grandes cambios, en contraste con la dinámica evolución que ha experimentado el tráfico jurídico y económico, sobre todo a partir de las últimas décadas. Esa evolución ha sido objeto de desarrollo normativo, pero a través de leyes especiales. Es cierto que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha efectuado una eficaz y, en ocasiones, pionera, defensa de los derechos de los consumidores en el ámbito contractual. Una actuación que ha venido marcada también por los reveses recibidos desde el TJUE en cuestiones como la retroactividad de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, las cláusulas de vencimiento anticipado, la novación de las cláusulas suelo, o la nulidad del índice IRPH.

Es bien conocido, además, el largo proceso de armonización del derecho contractual europeo, que terminó con el fracaso de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, conocido por sus siglas en inglés, CESL⁸⁰. Con todo, es innegable la influencia que las distintas iniciativas, tanto institucionales como académicas, han tenido en el desarrollo del Derecho de contratos en diferentes países de nuestro entorno. El mejor ejemplo de esta influencia ha sido la reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil francés llevada a cabo con la *Ordinance n°. 216-131, du 10 février 2016*.

⁸⁰ Bruselas, 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD). El documento, avanzando hacia una legislación europea sobre contratos, de carácter opcional, contenía una regulación del Derecho contractual, el denominado «Instrumento Opcional». El punto de partida para elaborar el CESL fue el proyecto académico de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, en adelante, DCFR), si bien el ámbito de aplicación y el alcance del CESL resultaba mucho más reducido. El CESL fue aprobado por el Parlamento Europeo en primera lectura el 26 de febrero de 2014, con 416 votos a favor, 159 en contra y 65 abstenciones. Sin embargo, esta propuesta aprobada por el Parlamento europeo recibió duras críticas por distintos Estados miembros, siendo finalmente retirada. Como manifestara Vaquer Aloy (2015: 49), «(s)i se confirma que este es el final del CESL, todos los recursos y esfuerzos empleados primero en el DCFR y luego en el CESL habrán sido, por lo menos desde la perspectiva legislativa, baldíos, y habrá que ver cómo afecta a la doctrina que tanto empeño había invertido en el proceso de armonización del derecho de contratos en Europa». Sin embargo, añadía este autor, «buena parte de las soluciones legales provenientes de los PECL e incorporadas al DCFR y luego al CESL pueden tenerse por consolidadas y difícilmente presentarán variaciones sustanciales en futuros instrumentos, si los hay».

La propuesta de mayor envergadura de reforma de nuestro Código civil en materia de obligaciones y contratos es, sin duda, la elaborada por la Comisión General de Codificación por encargo del Ministerio de Justicia, dada a conocer en 2023 (PMCC). De llegar a aprobarse, supondrá un indudable avance en nuestro sistema de obligaciones y contratos, por su adaptación a la evolución de la jurisprudencia y por su alineación con las propuestas armonizadoras europeas del Derecho de contratos. Así, centrándome en algunas instituciones a las que me he dedicado con cierta intensidad, considero muy acertada la apuesta por un concepto unitario y neutral de incumplimiento de la obligación (art. 1171), en línea con los textos modernos sobre Derecho de contratos de ámbito transnacional y comparado. Ello implica la desaparición de algunas figuras tradicionales como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, que quedan ahora embebidas en la más general del incumplimiento. Además, se recogen los remedios o consecuencias del incumplimiento del contrato que permiten al contratante insatisfecho, según las circunstancias en que dicho incumplimiento se hubiera producido, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o su otra contraprestación no pecuniaria, suspender el cumplimiento de su obligación, resolver el contrato y exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le haya producido. Cabe señalar también, como una indudable mejora, la regulación que contiene la PMCC sobre el pacto de preferencia, el contrato de opción y el precontrato. En efecto, el texto proyectado, en los arts. 1261 a 1264, entre los que denomina «contratos preparatorios», regula el pacto de preferencia, que concede al beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en un contrato que, en el futuro, decida celebrar el obligado, y la opción y el precontrato, que atribuyen al beneficiario o a ambas partes del contrato, respectivamente, el derecho a decidir la celebración del contrato prometido siempre que su contenido esté suficientemente determinado. La PMCC ofrece una regulación clara y concisa de tales figuras precontractuales, perfectamente delimitadas por lo que respecta al grado de vinculación de las partes, y trata de resolver los problemas que plantean su eficacia y los remedios ante el incumplimiento.

Al margen de esta propuesta, el Derecho de contratos sigue suscitando enormes retos en la actualidad. Así, al igual que sucedió con la aparición y proliferación de los contratos de adhesión y la contratación en masa o seriada, que supuso un choque con los esquemas de la contratación tradicional negociada, la contratación en línea, en especial, a través de plataformas digitales, plantea nuevos retos jurídicos, particularmente en cuanto a la correcta formación de un consentimiento contractual libre y consciente. El

consentimiento sigue siendo el pilar fundamental del contrato, su esencia, y así resulta confirmado en la PMCC. Un consentimiento que, sin duda, en la contratación en el entorno digital cobra especial relevancia por las particularidades de las relaciones contractuales que se entablan en este ámbito.

Entre los desafíos a los que se enfrenta el Derecho civil en nuestros días destacaría la necesidad de seguir avanzando en la adaptación al entorno digital. Ahora mismo, contamos con dos iniciativas legislativas con este propósito: una, el reciente «Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales»⁸¹, una iniciativa legislativa que responde a la preocupación creciente sobre los riesgos que enfrentan niños y adolescentes en el mundo digital⁸²; y otra, el Anteproyecto de Ley Orgánica que reemplazará por completo la actual ley reguladora del derecho de rectificación y que, como novedad, incluirá a los «influencers» como sujetos con responsabilidades similares a las que asumen los medios tradicionales al difundir información en plataformas digitales y redes sociales⁸³. Se encuentra, además, pendiente de transposición la Directiva 2023/2673⁸⁴, que pretende dar respuesta a la digitalización de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia entre un consumidor y un comerciante, reforzando los deberes de información precontractual e incorporando un régimen de desistimiento a través de interfaces en línea; y la Directiva 2024/2853 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos⁸⁵, que aborda los desafíos planteados por los avances tecnológicos, incluida la IA.

Son también diversas las instituciones del Derecho civil en los que el desarrollo y uso de modelos, sistemas y herramientas de IA tiene o tendrá incidencia en los próximos

⁸¹ Proyecto de Ley 121/000052, BOCG, 11 de abril de 2025, Serie A, núm. 52-1.

⁸² Su fundamentación jurídica parte principalmente del art. 20.4 de la Constitución, que reconoce la especial protección a la juventud e infancia, y del art. 39 CE sobre protección integral de la infancia. Desde un punto de vista del Derecho Civil, el proyecto reconoce una serie de derechos de las personas menores de edad en el entorno digital (art. 2) y contempla varias medidas para su protección como personas consumidoras vulnerables, en relación con los bienes o servicios digitales, que se recogen en el título I y también en la disposición final quinta, que modifica de manera expresa el TRLCU. El Proyecto también modifica la LOPDGDD, en el sentido de elevar desde los catorce a los dieciséis años la edad para que el menor pueda prestar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales. Un estudio del proyecto en Quicíos Molina (2025: 2-10).

⁸³ El 17 de diciembre de 2024, el Consejo de ministros aprobó el anteproyecto de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Rectificación. Esta nueva normativa reemplaza por completo la Ley Orgánica 2/1984, 26 de marzo, a la que estaban sometidos los medios de comunicación.

⁸⁴ Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE.

⁸⁵ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

años y que exigirán una respuesta de nuestros tribunales. El Reglamento de IA⁸⁶ ha sido catalogado como una «norma de seguridad del producto, con un claro componente de derecho público regulatorio»⁸⁷, «adaptada al nivel de riesgo del concreto sistema de IA sobre la salud, la seguridad y los derechos fundamentales del usuario»⁸⁸. A pesar de la evidente naturaleza de derecho público del Reglamento⁸⁹, es innegable su conexión con el Derecho civil, destacando los siguientes espacios de interacción⁹⁰: la responsabilidad por daños, a los efectos de la identificación de infracciones de deberes de seguridad y la acreditación de la negligencia de los demandados en el pleito, así como para delimitar esferas de control entre los varios participantes, a fin de delimitar la responsabilidad civil por daños y perjuicios cuando intervienen una pluralidad de sujetos⁹¹; las intromisiones en los derechos al honor, propia imagen e intimidad por la realización de *deepfakes*⁹²; la protección del consumidor en el ámbito contractual, en lo que respecta a los deberes de seguridad impuestos a los operadores de sistemas de IA de alto riesgo (como la contratación bancaria y de seguros)⁹³, así como los contratos entre los diferentes integrantes de la cadena de valor de la IA⁹⁴; y la propiedad intelectual, ámbito en el que destaca la norma del art. 53.1.c), que impone a los proveedores de modelos de IA de uso general la obligación de establecer directrices para cumplir el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines. Cabe señalar que el pasado 3 de abril de 2025, se presentó ante el TJUE una cuestión prejudicial que, por primera vez, aborda el uso de prestaciones protegidas por la propiedad intelectual en el contexto de la

⁸⁶ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

⁸⁷ Rubí Puig (2024: i).

⁸⁸ Barrio Andrés (2024: 19). Explica este autor (2024, pp. 30-31) que este enfoque basado en el riesgo lleva al RIA a «prohibir determinados usos considerados de riesgo inaceptable en la UE, imponer obligaciones estrictas para usos de riesgo alto, establecer obligaciones de transparencia para ciertos sistemas de riesgo limitado, y dejar sin regulación imperativa al resto de sistemas de riesgo mínimo».

⁸⁹ El pasado 11 de marzo de 2025 el Gobierno dio luz verde al Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la Inteligencia Artificial, instrumento normativo que adaptará la legislación española al RIA. No obstante, esta normativa no entra a regular cuestiones de ámbito jurídico-privado.

⁹⁰ Rubí Puig (2024: ii).

⁹¹ Rubí Puig (2024: iii y iv).

⁹² Rubí Puig (2024: viii).

⁹³ Rubí Puig (2024: v).

⁹⁴ Rubí Puig (2024: viii).

inteligencia artificial generativa, tanto durante el proceso de entrenamiento como en los resultados producidos por estos sistemas⁹⁵.

La propiedad (en especial, la inmobiliaria) es otra de las instituciones cuya reforma constituye un desafío. Una de las características que identifican tradicionalmente a la propiedad es su perpetuidad. Más allá de las modalidades consolidadas del derecho de propiedad que no responden a la nota clásica de la perpetuidad de la titularidad (como la denominada propiedad «superficiaria», la propiedad fiduciaria, la propiedad intelectual, la situación del heredero fiduciario o las donaciones con cláusula de reversión), el Código civil de Cataluña introdujo en 2015 una figura muy novedosa: la propiedad temporal. La reforma se llevó a cabo a través de una ley que introduce dos tenencias intermedias (entre la propiedad tradicional y el arrendamiento) de carácter dominical con el fin de facilitar el acceso a la vivienda de una manera estable y asequible: la propiedad compartida y la propiedad temporal⁹⁶. No sabemos si esta figura de la propiedad temporal, cuya constitucionalidad ha sido admitida, y que cuenta con precedentes en el derecho comparado, también se reconocerá en nuestro Derecho civil común, aunque hay indicios de que es una medida que, al menos, ha sido evaluada⁹⁷. En todo caso, son muchos los retos que la propiedad nos plantea. Hace unos meses, la prensa lanzaba la noticia de que Dubái había lanzado una plataforma de tokenización de bienes inmuebles. Pensando en la traslación de este modelo de tokenización inmobiliaria a España, estimo que, al menos por el momento, la seguridad jurídica que proporciona la inscripción registral y los principios hipotecarios no son sustituibles por la tecnología de la cadena de bloques. Así lo han puesto de manifiesto en diversos foros, con sólidos fundamentos, los Registradores de la Propiedad.

La tecnología también plantea nuevos retos, como los contratos inteligentes o *smart contracts*, ejecutados a través de la tecnología *blockchain* o «cadena de bloques».

⁹⁵ La parte demandada es Google Irlanda, acusada por el uso de textos extraídos de una publicación de prensa en línea de la editorial húngara demandante durante el entrenamiento y en las respuestas generadas por su chatbot de inteligencia artificial, conocido como Gemini.

⁹⁶ Un estudio de ambas figuras en Nasarre Aznar (2017).

⁹⁷ En el año 2021, la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España incluyó en su ejercicio de prospectiva para el año 2050 la extensión de la propiedad temporal a la legislación civil estatal. En concreto, por lo que se refiere a la diversificación de formas de tenencia de la vivienda, bajo el título «Garantizar de forma efectiva el acceso a una vivienda digna y adecuada, reduciendo el esfuerzo económico y mejorando su adecuación», se encuentra la siguiente recomendación: «Incentivar las formas de tenencia alternativas a la propiedad absoluta y al alquiler, como la propiedad temporal y la propiedad compartida, adaptándolas a la realidad española». Asimismo, la Nueva Agenda Urbana, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible, en Quito, en 2016, apuesta por una diversificación de los tipos de tenencia «que sean seguras, asequibles y accesibles para los miembros de diferentes grupos de ingresos de la sociedad».

Este tipo de contratos carecen, por el momento de una regulación específica. Como texto de referencia, destacan los Principios sobre tecnología *Blockchain, smart contracts* y protección de consumidores publicados por el Instituto Europeo de Derecho (ELI)⁹⁸. Como he defendido en algunos trabajos⁹⁹, la entrada en escena de los *smart contracts* no puede suponer, en ningún caso, dar un paso atrás en la aplicación de la normativa general de la contratación y, en especial, de las normas protectoras de los consumidores y usuarios. De este modo, para la protección del consumidor ha de ser irrelevante si se emplea o no una determinada tecnología¹⁰⁰. En última instancia, si la tecnología no permite implementar el marco normativo aplicable, las consecuencias no pueden recaer sobre la parte débil del contrato y, en particular, sobre los consumidores y usuarios.

Una institución cuya modificación en profundidad —o incluso supresión, reconociendo un sistema de libertad de testar absoluta— ha sido valorada con denuedo, en los últimos tiempos, es la legítima. La regulación del Código civil español sobre la legítima sigue vigente en lo sustancial, pese a que la estructura de la familia y el modelo económico han cambiado de modo sustancial. La solución a los problemas que plantea la legítima no puede remitirse a la ampliación de las causas de desheredación¹⁰¹. El legislador debe tomar conciencia de los mismos y acometer una reforma en profundidad del Derecho sucesorio y, en especial, del cuestionado sistema legitimario codificado. A este respecto, una corriente doctrinal considera que el parentesco, por sí solo, no puede constituir fundamento de la legítima de los hijos, si no le acompaña una justa causa, como necesidades derivadas de la minoría de edad o de discapacidades¹⁰². Siguiendo las pautas de algunos Derechos civiles autonómicos, creo que resultaría suficiente con reducir la parte de legítima de los descendientes, ampliando la libertad de testar del causante, muy restringida en la actualidad y suprimir la legítima de los ascendientes. Cuestión distinta es la legítima del cónyuge viudo, que, ante el aumento considerable de la esperanza de vida en los últimos años, estimo que no solo debe mantenerse, sino incluso fortalecerse¹⁰³.

⁹⁸ La versión oficial de estos Principios se publicó en la *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, núm. 2, 2023, pp. 191-251.

⁹⁹ Entre otros, Blandino Garrido (2023: 314-336).

¹⁰⁰ Principios ELI, sobre tecnología Blockchain, smart contracts y protección de consumidores, p. 262.

¹⁰¹ Para un estudio reciente, completo y que aporta novedosas perspectivas sobre la naturaleza y el alcance de la desheredación, *vid.* Gómez Valenzuela (2025).

¹⁰² Vaquer Aloy (2007: 1-25).

¹⁰³ Defiende Cabello Hernández (2024: 221-222) el mantenimiento de la cuota legitimaria vidual en usufructo, «aunque reforzándola, y otorgando, también al viudo, un derecho de alimentos, con cargo a los herederos y legatarios, en proporción al caudal recibido, cuando el usufructo vidual, sumado a sus propios recursos, no basten para permitirle un decoroso pasar (casa habitación, alimentos, vestido, energía eléctrica

En todo caso, siguiendo a Delgado Echevarría (2009: 16), es destacable el notorio contraste entre la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos en materia de Derecho de sucesiones, con resultados que en tantos puntos mejoran y superan al Código civil, y la desidia del legislador estatal. Confiamos en que la labor que en materia de legítimas (y en orden al régimen de liquidación de las deudas de la sucesión) está desarrollando la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación culmine con éxito y aporte luz en esta delicada materia que posiciones tan antagónicas enfrenta.

Bibliografía

- ALBA FERRÉ, E. (2024), «La filiación intencional en los casos de doble maternidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20-bis, junio 2024 (pp. 42-71).
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a. P. (2020), *Violencia de género y responsabilidad civil*, Editorial Reus, Madrid.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a. P. (2023), «Perspectiva de género en el ámbito del derecho civil», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 25 (pp. 375-385).
- BAGNI, S. (2018), «Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e india», *DPCE Online*, núm. 4 (pp. 989-1003).
- BAGNI, S., ITO, M. y MONTINI, M. (2022), «Derechos de la naturaleza en debate, en el contexto jurídico europeo», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XIII, n. 1 (pp. 1-33).
- BARBA, V. (2023), *Principio de no discriminación y contrato*, Ed. Colex, A Coruña.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2024.a), «Prólogo», en *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, BARRIO ANDRÉS, M. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 19-20).
- BARRIO ANDRÉS, M. (2024.b), «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», en *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, BARRIO ANDRÉS, M. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 21-47).
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2021), «Artículo 348», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 5^a ed. (pp. 566-572).
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2020), «La impugnación de los reconocimientos de complacencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13 (pp. 578-617).
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2022), «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socio afectivo en el ordenamiento español», en *Propuestas para un*

y suministros necesarios y asistencia médica o especializada necesaria cuando no la cubra la Seguridad Social)».

- nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, L. B. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a. M. (dirs.), Olejnik, Santiago de Chile (pp. 31-51).
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A., «Compensation for damages suffered by women performing unpaid domestic works», en *Gender Perspectives in Private Law*, Carapezza Figlia, G., Kovacevic, L., Kristoffersson, E. (editors), vol. 4, Springer, Cham (Suiza), 2023, pp. 63-84 (https://doi.org/10.1007/978-3-031-14092-1_4).
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2023), «Los smart contracts: formación, cumplimiento y prueba», en *La justicia en la era de la revolución tecnológica*, BUSTAMANTE RÚA, M. M, HENAO OCHOA, A. P. y RAMÍREZ CARVAJAL, D. M. (coord.), Institución Universitaria de Envigado, Colombia (pp. 314-336).
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A. y VILLAR FUENTES, I. M.^a (2023), «Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y su adaptación en el ordenamiento civil y procesal español», *Actualidad Civil*, vol. 7 (pp. 1-29).
- CABELLO HERNÁNDEZ, J.R. (2024), «Cónyuge supérstite, el sobreviviente relegado. La legítima vidual desde una perspectiva familiar sociológica con matiz de género», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20-bis, junio 2024 (pp. 190-22).
- CAMARASA GIMENO, E. (2024), «Autonomía privada de los menores en el Derecho de familia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20-bis, junio 2024 (pp. 228-257).
- CARRASCO BARRANCO, C. (1995), «Las limitaciones al derecho de propiedad privada derivadas de la legislación andaluza de medioambiente y el régimen constitucional de la propiedad», en *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), Universidad de Jaén (pp. 435-454).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2023), «Capacidad e interés superior del menor: entre el *favor libertatis* y el *favor minoris*», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores. Monográfico: el interés superior del menor en las relaciones familiares*, núm. 40, octubre-diciembre 2023.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2024-a), «Divorcio, transacción y arbitraje: ¿desjudicialización o privatización del matrimonio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20 bis, junio 2024 (pp. 14-41).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2024-b), «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada. (Comentario a las dos SSTS de 3 de octubre de 2024)», *Actualidad civil*, núm. 11, noviembre 2024.
- CERVILLA GARZÓN, M^a D. (2020), *Una mirada al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a. D. (2024), «Libertad y límites de los pactos familiares con previsiones de ruptura», en *Pactos familiares en previsión de ruptura*, CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (dir.) y LÓPEZ SUÁREZ, C. y NEUPAVERT ALZOLA, M. (coord.), Atelier, Barcelona (pp. 17-50).

- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949), *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (reedición facsímil en Civitas, Madrid, 1984).
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (2009), «¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3 (pp. 16-25).
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (2025), «Historia, memoria, prospectiva y proyectos. Abriendo un congreso», *Civilius. Revista Internacional de Derecho Privado*, núm. 0 (pp. 7-36) <https://doi.org/10.69592/3045-9036-N0-2025-ART-1> (18.09.2025).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1992), «Codificación, descodificación y recodificación», *Anuario de Derecho Civil*, T. XLV, fasc. II, abril-junio 1992 (pp. 473-484).
- GARCÍA GOLDAR, M. (2021), «Sobre la necesidad de introducir la perspectiva de género en la jurisdicción civil española», *Feminismo/s*, 38 (pp. 307-329).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2016), «Sociedad líquida y codificación», *ADC*, T. LXIX, fasc. III (pp. 743-780).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2017), «Presente y futuro del Derecho Civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 (julio-septiembre 2017), Estudios (pp. 1-33).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2018), «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), Estudios (pp. 173-197).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2022), «Reivindicando el valor del Derecho Civil. El tratamiento del Derecho Civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022) Ensayos (pp. 233-245).
- GÓMEZ VALENZUELA, M.A. (2025), *La desheredación*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GROSSI, P. (2013), «Los bienes: itinerarios entre la “modernidad” y la “posmodernidad”», en *Propiedad: otras perspectivas*, GROSSI, P. y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2021), «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista CESCO de Derecho De Consumo*, núm. 37 (pp. 111-120) https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.37.2680 (16.09.2025).
- MORO ALMARAÑ, M.^a J. (1993), «Medio ambiente y función social de la propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 617 (pp. 943-1020).
- NASARRE AZNAR. S. (dir.) (2017), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETO CRUZ, A. (2025), «¿Sueñan los robots con ser autores de sus obras?: Análisis sobre la titularidad de las obras creadas por los sistemas de inteligencia artificial generativa», *Civilius. Revista Internacional de Derecho Privado*, núm. 0 (pp. 133-173).

- RIBOT IGUALADA, J. (2025), «¿Qué es la igualdad para el derecho civil? (Un apunte para la enseñanza del derecho civil en el siglo XXI)», *Civilius. Revista Internacional de Derecho Privado*, núm. 0 (pp. 37-59) <https://doi.org/10.69592/3045-9036-N0-2025-ART-2> (18.09.2025).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2019), «El Código Civil hoy y ayer», *Diario La Ley*, edición especial *130 años de Código Civil*, núm. 9480, de 18 de septiembre de 2019.
- PAU PEDRÓN, A. (2019), «El Código del Emperador y el Código de la Regente», *Diario La Ley*, edición especial *130 años de Código Civil*, núm. 9423, 27 de mayo de 2019.
- PARISE, A. (2025), *Cambios de paradigmas en el derecho de propiedad*, Atelier, Barcelona.
- PÉREZ PEJCIC, G. (2014), «Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad», *Lecciones y Ensayos*, núm. 92 (pp. 129-169).
- QUICIOS MOLINA, M.^a S. (2018), «Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión», *Retos actuales de la filiación. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid (pp. 185-227).
- QUICIOS MOLINA, M.^a S. (2025), «Protección de menores en entornos digitales: una mirada iuscivilista al reciente proyecto de ley», (Tribuna), *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 11 (pp. 2-10).
- ROCA TRÍAS, E. (2019), «Un Código Civil para la era de la globalización», *Diario La Ley*, edición especial *130 años de Código Civil*, núm. 9447, 2 de julio de 2019 (versión digital).
- RUBÍ PUIG, A. (2024), «Una lectura del Reglamento de Inteligencia Artificial desde el derecho privado», *Indret*, núm. 4 (pp. i-viii).
- VAQUER ALOY, A. (2007), «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Indret*, núm. 3, julio 2007 (pp. 1-25).
- VAQUER ALOY, A. (2015), «Del Marco Común de Referencia al Instrumento Opcional», en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a. P. (editores), Atelier, Barcelona (pp. 23-50).
- ZURITA MARTÍN, I. (2024), «Voluntad procreacional y socioafectividad en la determinación de la filiación: de la doble maternidad a la pluriparentalidad», en *La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial*, CHAPARRO MATAMOROS, P. (COORD.) y DE VERDA BEAMONTE (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 529-580).

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO NACIDO DE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL SUPREMO (*¹)

The protection of the rights of children born from surrogacy in light of the case law of the European Court of Human Rights and the Supreme Court

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

cristina.guilarte@uva.es

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Valladolid

Fecha de envío: 4 de noviembre de 2025

Cómo citar / Citation

Guilarte Martín-Calero, C. (2025).

La protección de los derechos del niño nacido de una gestación por sustitución
a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 43-86

DOI : <https://doi.org/10.62158/cdp.85>

(Recepción: 04/11/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen

El presente estudio analiza cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo garantiza el ejercicio de los derechos de los niños en contextos de gestación por sustitución y se concluye su adecuación al marco normativo internacional y a las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Adopción, gestación por sustitución, derechos de los niños, vida privada y familiar, orden público español, tutela y guarda.

Abstract

This study analyses how the jurisprudence of the Supreme Court guarantees the exercise of children's rights in contexts of surrogacy and concludes that it is in line with the international regulatory framework and the requirements of the European Court of Human Rights.

Keywords

Adoption, surrogacy, children's rights, private and family life, Spanish public order, guardianship and care.

(*) El presente trabajo se enmarca en el proyecto PID2024-161427NB-100 "La edad como factor de protección y como factor de discriminación", financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

SUMARIO:

I.CONSIDERACIONES PREVIAS II. EL MARCO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA PROHIBICIÓN III. LA POSICIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA UNIÓN EUROPEA IV. EL CONSEJO DE EUROPA: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU CONFORMIDAD CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. V.1. La vulneración del orden público español. V.2. Aplicación de la ley española en materia de filiación. V.3. La protección del interés del niño desde un enfoque de derechos. V.4. La adopción como vía adecuada para el establecimiento de la filiación del niño con su madre o padre de intención. VI. CONCLUSIONES. *Bibliografía.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando se analiza la gestación por sustitución desde un punto de vista ético y jurídico dos cuestiones deben plantearse²; en primer lugar, si debe aceptarse o prohibirse esta práctica de reproducción humana asistida, examinando los derechos, principios y valores que, con su aceptación o prohibición, pretenden garantizarse, y en segundo lugar, de aceptarse la prohibición, qué solución debe adoptarse para establecer la filiación de los niños nacidos en aquellos países en los que esta práctica es legal y a los que acuden los nacionales de los países que la prohíben³, dando lugar a un fenómeno internacional conocido como turismo reproductivo⁴.

Este trabajo no se va a ocupar de estudiar si debe o no aceptarse esta práctica reproductiva y de aceptarse, cómo debe regularse, cuestión ya tratada en numerosos estudios⁵, sino que, efectivamente, se partirá de la opción del legislador español, plasmada

² Se ha optado por la denominación gestación por sustitución porque es la denominación legal y porque, además, resulta más acorde con la finalidad actual de la práctica en la que, mayoritariamente, la mujer gestante es ajena al embrión implantado y se limita a gestar (subrogación gestacional frente a la subrogación tradicional en la que la mujer gestante aporta su propio ovulo); se abre paso la denominación *gestación para otros, gestar para otros* que, de forma muy gráfica, desvincula la gestación de la maternidad o, en su caso, del proyecto parental; vid. Salazar Benítez (2018), Bellver Capella/Romero - Wenz (2025) . Sobre la cuestión terminológica y su carga valorativa, puede verse el Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017).

³ Si se trata de una gestación por sustitución pactada entre un nacional de un Estado que lo prohíbe y un nacional del Estado que la permite.

⁴ Vid. por todos, Fulchiron (2014: 563-588).

⁵ Vid. Serrano Ochoa (2024); Cabezudo Bajo (2023); Estellés Peralta, (2023); Romero García-Aranda (2023); Múrtula Lafuente (2022); Correa da Silva (2021); Jorqui Azofra (2020); Lucas Esteve (2019); Salazar Benítez (2018); García Rubio/Herrero Oviedo (2018); Arechederra Aranzadi (2018); Marrades Puig (2017). Esta cuestión también se trata en importantes informes nacionales e internacionales como el

expresamente, y de forma clara y rotunda, en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) y, en consecuencia, se estudiará si el marco legal y la jurisprudencia civil permiten determinar la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución y si la fórmula utilizada respeta el marco internacional y regional de los derechos humanos. Naturalmente, al hilo de este análisis, se harán referencias obligadas a aquellos aspectos, pero sin que ello constituya el objeto del trabajo que lo que pretende es desvincular la garantía de los derechos de los niños nacidos de una gestación por sustitución, que incumbe al Estado español, de la práctica prohibida que se encuentra en su origen y cuya validez y reconocimiento se esgrime por algunos como única forma de garantizar los derechos en liza.

II. EL MARCO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA PROHIBICCIÓN⁶

En España, desde la primera regulación recogida en Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida (en adelante, LTRA), existe una reglamentación clara que, expresamente, prohíbe la gestación por sustitución y que hoy se recoge en los mismos términos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que constituye el marco normativo sobre la materia y que, a pesar de haber sido reformada, en algunos aspectos, en varias ocasiones⁷, mantiene

Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017: 65-87), los Informes de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60; A/74/182) y el reciente informe de la Relatora especial, Reem Alsalem, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias (A/80/158).

⁶ Algunos autores han negado el carácter prohibido de esta práctica, atendida la falta de disposición sancionadora aparejada a su realización y la posibilidad de determinar la paternidad biológica del comitente (Atienza Rodríguez, 2008: 4-9); Heredia Cervantes (2014: 200-201). Aquí se defiende su carácter prohibido, pues, a nuestro juicio, sí existe disposición sancionadora al respecto (art. 221 CP) y la posibilidad de determinar la filiación se conecta a la generación biológica y a los derechos del niño y no a la gestación por sustitución; además la sanción de nulidad radical del contrato de gestación legalmente prevista constituye la sanción civil a los actos realizados infringiendo una norma prohibitiva (art.6.3 CC). En esta misma línea puede verse la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁷ Esta Ley, que deroga la ley 35/1988 citada y la ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido reformada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que extiende la previsión destinada a los matrimonios heterosexuales al matrimonio celebrado entre dos mujeres (art.7.3. LTRHA); igualmente, por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que deroga la DA 2^a y modifica el Anexo A).2. Por su parte, la Ley 26/11, de 1 de agosto, de adaptación

inalterado el texto originario del artículo 10 LTRA que expresamente establecía que *el contrato, a título oneroso o gratuito, por el que una mujer renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, es nulo de pleno derecho.*

Tras afirmar que el contrato por el cual una mujer renuncia a la filiación materna a favor del comanditario o de un tercero, es nulo de pleno derecho (art. 10.1º), el artículo 10.2º dispone que, si a pesar de la prohibición legal, una gestación por sustitución fuera llevada a cabo, la filiación materna de los hijos estará determinada por el parto (nº2), pues en esta ley, tal y como se aduce en la Exposición de Motivos, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango por la estrecha relación psico-física con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo, y la filiación paterna podrá reclamarse por el padre biológico, conforme a las reglas generales (nº3)⁸.

La prohibición va acompañada de sanciones penales, al determinarse, en el artículo 221 del Código penal, que aquellos que, mediando una compensación económica, entregaran a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con el fin de establecer una relación análoga a la de la filiación, serán castigados con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, la tutela, la curatela o la guarda por tiempo de cuatro a diez años (nº1); la misma pena es aplicable a la persona que reciba al niño y al intermediario, incluso si la entrega hubiera sido efectuada en un país extranjero (nº2).

El marco legal prohibitivo queda reforzado por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que introduce dos artículos referidos a la gestación por sustitución, a la que el legislador se refiere ahora como gestación subrogada. En la Exposición de Motivos se justifica la introducción de estas

normativa a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, incorpora a la ley 14/2006, la exigencia de la accesibilidad en la información y en el consentimiento prestado por las personas con discapacidad (arts.5.4, 6.4, 11.7 y 15.1.a) LTRHA). Finalmente, en 2015, se dictan dos leyes que afectan a la ley 14/2006: por una parte, la Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público que añade una DA 6ª relativa al Registro Nacional de Actividad y de resultados de los centros y servicios de reproducción asistida (art.22 LTRHA) y, de otra, Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil que modifica los aspectos de la ley relativos al Registro civil (arts.7.3, 8.2 y 9.3 LTRHA).

⁸ La expresión “reclamar la filiación” parece aludir a su establecimiento por sentencia, sin embargo, en la práctica, se admiten otros modos como el reconocimiento, acompañado de una prueba biológica.

previsiones legales, pues, si bien estas prácticas, *que constituyen una manifestación de la violencia contra las mujeres*, ya resultan ilegales en España, según lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva y se han de tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución.*

En coherencia con ello, se reitera, bajo la rúbrica *prevención de la gestación por subrogación o sustitución*, su carácter prohibido y la necesidad de informar sobre la ilegalidad de tales conductas y sobre la nulidad del contrato (art.32) y se prohíbe expresamente la promoción comercial de la gestación por sustitución y se insta a las autoridades a perseguir la publicidad de los servicios de gestación subrogada (art.33).

Por su parte, las conclusiones del Comité de Bioética de España, en su *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* (2017: 86-87) se alinean con el marco normativo vigente y cierran con una propuesta de prohibición universal de la maternidad subrogada y, entretanto esta tiene lugar, de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹.

El legislador español no expresa los derechos, principios o valores que se tutelan con la prohibición¹⁰ y son varios los fundamentos que se le han atribuido y que son compartidos por la mayoría de los países de nuestro entorno que prohíben la gestación por sustitución: el carácter *extra commercium* de la vida humana, la dignidad de la mujer gestante y la protección del interés superior del menor. En particular, y como se verá más adelante, la dignidad de la mujer gestante y la protección del interés del menor son los argumentos mayoritariamente utilizados por los organismos internacionales y por los tribunales encargados de enjuiciar los conflictos derivados de esta práctica reproductiva prohibida.

Descrito a grandes rasgos el marco legal, es claro que el legislador español se mantiene en su posición contraria a la admisión de esta práctica reproductiva, al tiempo

⁹ En Italia, la reforma de la ley nº 40 de 19 de febrero de 2004 por la ley de 16 de octubre de 2024 refuerza la prohibición de la gestación por sustitución que constituye ahora un delito universal (art.12); vid. ampliamente, Bianca (2025: 32-34).

¹⁰ El Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial humana, aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, conocido como Informe Palacios y considerado el antecedente inmediato de la primera ley de técnicas de reproducción asistida, rechazó la legalización de la maternidad subrogada, argumentando que entrañaba un riesgo de abuso y comercialización del cuerpo femenino, *inadmisible en un sociedad justa y democrática*.

que establece reglas para la determinación de la filiación legal de los niños nacidos del contrato de gestación por sustitución, primando la paternidad y maternidad biológica en correspondencia con el principio de veracidad biológica y libre investigación de la paternidad y maternidad informador del Derecho de filiación en España.

El marco legal descrito es asimismo conforme con la posición de rechazo de los organismos internacionales de Derechos humanos, del Consejo de Europa y de la Unión Europea hacia esta práctica comercial que produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes y a los que nos referimos a continuación con la intención de reflejar la alineación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo con este marco internacional de Derechos Humanos.

III. LA POSICIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA UNIÓN EUROPEA

Resulta necesaria una referencia breve a la posición internacional y europea en materia de gestación por sustitución, pues, por ejemplo, el TEDH en su *Avis consultatif* sobre gestación por sustitución o el Tribunal Supremo, en varios de sus pronunciamientos, aluden a lo dispuesto en distintos convenios, informes y resoluciones que, directa o indirectamente, afectan a esta práctica¹¹.

En primer lugar, debe destacarse el reciente informe de la Relatora especial, Reem Alsalem, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias¹², en el que se examinan las distintas manifestaciones de la violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada (violencia económica, psicológica, física y reproductiva, riesgo de trata) y se equipara la modalidad comercial a la venta de niños (nº 42)¹³. En el Informe se analizan distintas normas internacionales de

¹¹ Muy crítico con su inclusión en las sentencias, Alvarez González (2022: nº6).

¹² Cfr. Asamblea General 14 de julio de 2025, A/80/158, <https://docs.un.org/es/A/80/158>

¹³ Misma consideración se mantiene en el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (15 de enero de 2018), que incluye un estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños y en el que se invita a los Estados a crear salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter comercial y altruista <https://docs.un.org/es/A/HRC/37/60>. Un informe posterior (15 de julio de 2019) mantiene una posición más moderada y analiza los derechos de los niños nacidos de una gestación por sustitución y las garantías necesarias para prevenir la venta de niños en el marco de esta práctica; este informe se muestra partidario de procurar un cuadro legal garantista sobre la gestación por sustitución en línea con las iniciativas de la Conferencia de la Haya <https://docs.un.org/es/A/74/162>

Derechos Humanos que exigen un enfoque de derechos en el análisis de la gestación por sustitución (el principio de dignidad humana que excluye la cosificación y la mercantilización de las mujeres y los niños, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, la prohibición de la trata y de la venta de niños, los derechos reproductivos, entre otros)¹⁴ y se afirma que la concurrencia de consentimiento por sí solo no hace que la reproducción subrogada sea ética, reconociéndose de forma amplia que el consentimiento no puede justificar violaciones de derechos humanos, incluidas las asociadas a la trata de personas, la venta de órganos, la esclavitud o la tortura (nº 61).

Junto a estas consideraciones, se incorporan en el Informe las obligaciones de los Estados en la materia, en general, como la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y de ejercer la diligencia debida en todas sus actuaciones sin discriminación; y, en particular, destaca la obligación de los Estados de abstenerse de maltratar o discriminar a los niños nacidos mediante reproducción subrogada (nº 66) y, sea cual fuere su postura respecto de ella, el Estado sigue teniendo la obligación de dar prioridad al interés del menor y ello implica garantizar que el niño no sufra ningún tipo de discriminación, reciba protección en todo momento y se respete su derecho a la identidad, la nacionalidad, la atención de la salud o la educación (nº 68).

Finalmente, el Informe propone distintas recomendaciones a los Estados miembros entre las que deben reseñarse, a los efectos de este trabajo, las siguientes (nº 70): A escala internacional, avanzar hacia la erradicación de la reproducción subrogada en todas sus formas y trabajar para la aprobación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que prohíba todas las formas de reproducción subrogada; aprobar leyes que reconozcan a la madre gestante de un niño nacido mediante reproducción subrogada como la madre legal, y permitir que se transfieran los derechos parentales solo después del nacimiento y dentro de un plazo definido para dejar margen para que se reconsideren las decisiones tomadas; y oponerse al reconocimiento de los acuerdos de reproducción subrogada, incluidos los acordados en el extranjero, en que se confiere la filiación legal a personas que no tienen vinculación genética con el niño,

¹⁴ Vid. art.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art.10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art.10.2 y art.13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Preámbulo y art. 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art.16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

además de velar por que se dé prioridad a las decisiones relativas a establecer relaciones parentales¹⁵. Mientras tanto, tratar a los niños nacidos por medio de reproducción subrogada que son abandonados por su madre gestante como menores no acompañados para que sean acogidos en modalidades alternativas de cuidado en espera de la adopción, dando prioridad a las soluciones familiares. Podría favorecerse que la pareja del padre biológico adoptara al niño nacido mediante reproducción subrogada si se considera que ello salvaguarda su interés superior, con lo cual se evitaría normalizar esa forma de reproducción y se mantendría la filiación original.

En distinto sentido, en la Conferencia de la Haya, el grupo de trabajo encargado de analizar las cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas a la filiación en general, incluida la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución internacional, prosigue sus trabajos para la elaboración de un instrumento cuyo objetivo fundamental será mejorar la previsibilidad, la seguridad y la continuidad de la filiación en situaciones internacionales para todas las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos, incluidos, en el caso de los niños, los derechos consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y, en particular, su derecho a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las decisiones que les afecten¹⁶.

Por su parte, la Unión Europea¹⁷ condena la práctica de la gestación por sustitución en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI) por ser *contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que*

¹⁵ Esta posición abolicionista también se mantiene en la Declaración de Casablanca (2023), elaborada por un grupo de expertos que propone un texto de Convención Internacional para la erradicación de la maternidad subrogada. <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>

¹⁶ <https://www.hCCh.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

¹⁷ En 2013 se publicó un completo estudio sobre el régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE (Brunet et alii) que ponía de manifiesto la disparidad de regímenes existentes y la dificultad de identificar una tendencia legal en materia de subrogación [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI ET(2013)474403)

se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos¹⁸.

Además, la Directiva (EU) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 por la que se modifica la Directiva 2011/36/EU relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incorpora explícitamente *la explotación de la gestación subrogada* como forma de trata de seres humanos, junto a la adopción ilegal y el matrimonio forzado (art.2. a). apdo 3º).

En último término, hay que tener presente la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo COM (2022), 695 final, 2022/0402, aprobada el 7 de diciembre de 2022¹⁹, que prevé la creación de un certificado de filiación europeo facultativo que facilite el reconocimiento transfronterizo de la filiación dentro de los Estados miembros y que alcanza a todo tipo de filiación (padres del mismo sexo, adopciones y gestación por sustitución).

IV. EL CONSEJO DE EUROPA. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

No existe una posición oficial sobre la gestación por sustitución en el Consejo de Europa²⁰ y, al igual que en los Estados miembros de la UE, puede apreciarse una heterogénea disparidad en el tratamiento de la maternidad subrogada en los Estados parte; esta disparidad o falta de consenso es tenida en cuenta por el TEDH para ampliar el

¹⁸ Condena que se ha reiterado, desde entonces, en varias ocasiones: Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2024, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto: informe anual 2023 (2023/2118(INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2023, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto — Informe anual 2022 (2022/2049(INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2022, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto — Informe anual 2021 (2021/2181(INI)).

¹⁹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/recognition-parenthood-between-member-states_en

²⁰ Una Iniciativa antigua de la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible examinó la gestación subrogada desde el punto de vista de los derechos de los niños y sometió a la Asamblea Parlamentaria una propuesta de recomendación <https://pace.coe.int/en/files/23015/html> que no fue aprobada <https://pace.coe.int/en/news/6355>. En ella se proponía, entre otras, considerar la conveniencia y viabilidad de elaborar directrices europeas para salvaguardar los derechos de los niños en relación con los acuerdos de maternidad subrogada y colaborar con la Conferencia de La Haya en los trabajos sobre la materia.

margen de apreciación concedido a los Estados, de suerte que, tanto la prohibición como la admisión de esta práctica reproductiva, es admitida por el Tribunal que, en sus distintos pronunciamientos sobre la materia, pone el foco en la posible vulneración de los derechos y libertades garantizados por el Convenio en el caso concreto y no se ocupa de determinar si esta práctica es o no admisible en el marco del citado del Convenio.

Analizamos, a continuación, de forma sintética, los pronunciamientos más relevantes del TEDH en la materia en los que cabe identificar una línea jurisprudencial constante basada en la protección de los derechos de los niños.

- SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos Mennesson y Labassée c/Francia:

Casi coincidente en el tiempo con la primera sentencia del Tribunal Supremo (STS 247/2014, de 6 de febrero ECLI:ES:TS:2014:247), el TEDH dicta sus primeras sentencias sobre gestación por sustitución, en los asuntos Mennesson contra Francia, nº 65192/11, de 26 de junio (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211) y Labassée contra Francia, nº 65941/11, de 26 de junio de 2014 (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111). Estos casos presentan importantes similitudes con el caso resuelto por el Tribunal Supremo (gestación contratada en California, denegación de la transcripción de la certificación de nacimiento extranjera), si bien difiere en lo fundamental (garantía de los derechos de los niños implicados y prohibición de discriminación).

Pues bien, como es bien sabido, los padres Mennesson y Labassée, tras ver rechazada su solicitud de transcripción del acta de nacimiento californiana de sus dos hijas en su país, Francia, por ser contraria al orden público internacional francés, intentan los primeros el reconocimiento de la filiación biológica paterna que es denegada a la luz del principio de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del Estado civil; principios que se oponen, asimismo, al reconocimiento de la posesión de estado solicitada por los padres Labassée²¹. Ambos fallos son recurridos ante el TEDH, alegando vulneración del artículo 8 CEDH, vida privada y familiar.

²¹ Con posterioridad a estas dos sentencias, la *Cour de Cassation* francesa se apartó de la cláusula de orden público y se amparó en el fraude de ley y en los principios *Fraudis omnia corrompit* y *Quod nullum est nullum effectum producit*, para anular el reconocimiento efectuado por el padre comitente, aunque se trataba del padre biológico, social y afectivo del niño (*cfr. Cour de Cassation, Civile, 1re, 13 de septiembre 2013, nº12-18.315 y nº12-30.138; 19 de marzo 2014, nº13-50.005*). Finalmente, la *Cour de Cassation*, tras una tortuosa evolución en materia de gestación por sustitución (transcripción, adopción), admite el *exequatur* solicitado por los dos padres comitentes en las sentencias de 2 de octubre de 2024 nº 22-20.883 y nº 23-

En apretada síntesis, puede señalarse que el TEDH descarta la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres y los hijos, pues los interesados han podido disfrutar de una vida familiar en el sentido habitual del término -los padres se ocupaban de sus hijos desde su nacimiento y vivían juntos- (Mennesson, nº 92, Labassée, nº 73), pero sí aprecia, en cambio, una clara vulneración del derecho a la vida privada de los hijos, en concreto en su derecho a la identidad, del que forma parte la filiación biológica, según la doctrina del TEDH.

Así, según el Tribunal, “*si bien es concebible que Francia pueda querer disuadir a sus ciudadanos de recurrir en el extranjero a un método de procreación que prohíbe en su territorio (...), resulta de lo precedente que los efectos del no reconocimiento en derecho francés del vínculo de filiación entre los hijos así concebidos y los padres intencionales no se limitan a la situación de éstos últimos, que son los únicos que han elegido las modalidades de procreación que les reprochan las autoridades francesas, repercuten también en la de los propios hijos, en el respeto de su vida privada, que implica que cada persona pueda decidir la esencia de su identidad, incluida la filiación, y que se encuentra significativamente afectado*” (Mennesson, nº 99, Labassée, nº 78). Y concluye que “*se plantea, por tanto, una grave cuestión de compatibilidad de esta decisión con el interés superior del menor, cuyo respeto debe guiar todas las decisiones que le afecten*” (Mennesson, nº 99, Labassée, nº. 78).

Este análisis, afirma el tribunal, “*adquiere una especial relevancia cuando, como en el caso que nos ocupa, uno de los padres intencionales es igualmente el progenitor del niño*”. No puede sostenerse que es conforme al interés del menor privarle de un elemento esencial de su identidad cuando la realidad biológica del vínculo está establecida y cuando el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento: ni se admite el vínculo entre los hijos y su padre biológico “*con ocasión de la solicitud de inscripción de las actas de nacimiento, ni tampoco su consagración por la vía del reconocimiento de paternidad o de la adopción o por efecto de la posesión de estado que chocarían con la jurisprudencia prohibitiva establecida igualmente sobre estos puntos por la Cour de Cassation (...)*”. “*Obstaculizando, así, tanto el reconocimiento como el establecimiento en derecho interno de su lazo de filiación en relación con su padre biológico, el Estado*

50.002 y el solicitado por una madre sola, sin vínculo genético con el niño nacido del contrato de gestación por sustitución, en la sentencia de 14 de noviembre de 2024 nº23-50.016; *vid.* Fulchiron (2025, 16); puede verse una crítica a esta nueva orientación jurisprudencial en D'Avout (2024) y Becqué-Ickowicz (2025).

defensor ha ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación” (Mennesson, nº100, Labassée, nº79)²².

En resumen, el Tribunal constata la falta de consenso sobre distintos aspectos de la gestación por sustitución, lo que “*pone de manifiesto que el recurso a la gestación por sustitución plantea interrogantes delicados de orden ético*. Confirma, por lo demás, que *los Estados deben en principio acordarse un amplio margen de apreciación, tratándose de la decisión no sólo de autorizar o no este modo de procreación sino igualmente de reconocer o no un lazo de filiación entre los hijos legalmente concebidos por gestación por sustitución en el extranjero y los padres intencionales*” (Mennesson, nº 79, Labassée, nº 58). Ahora bien, considera que “*un aspecto esencial de la identidad de los individuos está en juego cuando se trata de filiación*”. *Conviene, por lo tanto, atenuar el margen de apreciación del que dispone el Estado defensor en el caso que nos ocupa* (Mennesson, nº 80, Labassée, nº 59).

Puede, pues, concluirse que la doctrina del TEDH, en sus primeras sentencias, se concreta en la obligación de reconocer el vínculo de filiación biológico que une a los hijos con el padre comitente y no alcanza, en ningún caso, a la fórmula elegida por el Estado parte para hacerlo, de suerte que no se obliga, en ningún momento, a dar validez a la certificación de nacimiento o a la resolución judicial que deriva del contrato de gestación por sustitución y en la que consta la filiación de los niños nacidos de la gestación subrogada a favor de los padres comitentes²³.

- STEDH de 24 de enero de 2017, Asunto Paradiso Campanelli c/Italia:

Importantes diferencias se aprecian con el caso enjuiciado en el asunto Paradiso Campanelli contra Italia, nº41816/98, de 24 de enero de 2017 (ECLI:CE:ECHR:2000:0208JUD004181698), en el que se cuestionaba la decisión del Estado

²² Se aplica esta doctrina en las SSTEDH, Foulon y Bouvet c/ Francia, nº 9063/14, de 21 de julio de 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314) y Laborie c/ Francia, nº44024/13, de 19 de enero de 2017 (ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD004402413).

²³ En distinto sentido la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014, que interpreta libremente la doctrina del TEDH y declara plenamente vigente y adaptada al fallo la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que, como se verá, se opone a la doctrina del Tribunal de Supremo; igualmente Heredia Cervantes (2014: 214); Castellanos Ruiz (2024: 139) quien defiende que *en las citadas sentencias el TEDH viene a concluir que la certificación registral expedida por autoridades de un Estado en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes debe siempre producir efectos jurídicos en un Estado parte en el convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y no puede considerarse contrario al orden público internacional del país de destino.*

italiano de separar a un niño nacido de una gestación subrogada de los padres comitentes, con los que no mantenía vínculo genético alguno, y su puesta a cargo de los servicios sociales. Los padres comitentes denuncian que la separación de su hijo, así como la negativa a transcribir en el Registro el certificado de nacimiento en el que consta la filiación del niño y los padres comitentes, constituye una vulneración del artículo 8 CEDH.

En este caso, el TEDH consideró que no había vulneración del derecho al respeto de la vida familiar, atendida la ausencia de vínculo biológico con el niño, la corta duración de la relación y la precariedad del vínculo jurídico (nº140-158); a pesar de la existencia de un proyecto parental y del vínculo afectivo no aprecia la Gran Sala vida familiar, que sí apreció, en cambio, la Decisión de la Sección Segunda del TEDH (Sala) del 27 de enero de 2015, solicitud nº25358/12 (ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812)²⁴.

En una interpretación, a mi entender, muy forzada, se concluye que sí ha existido una injerencia del Estado en su derecho al respeto de la vida privada de los padres comitentes, en cuyo marco, el TEDH incluye el derecho a relacionarse con las demás personas, considerando que tiene cabida la relación que une al niño con los comitentes (nº 168). Ahora bien, concluye la Sala que esta injerencia cumple las exigencias del apartado segundo del artículo 8 (prevista en la ley, finalidad legítima y necesaria en una sociedad democrática)-; se consideró que las medidas adoptadas por el Estado italiano tenían una finalidad legítima cual es la defensa del orden (previsiones legales sobre la adopción y prohibición de la fecundación heteróloga) y la defensa de los derechos y libertades de los demás (la mujer gestante y el niño); asimismo, se consideró legítima la decisión del Estado italiano de reafirmar la competencia exclusiva para determinar la filiación -únicamente en caso de vínculo genético o de adopción regular- a fin de proteger a los niños (nº177).

No estaba en juego aquí, como en los casos precedentes, el respeto a la identidad del niño ni la determinación de su filiación biológica, que justifican una restricción del margen de apreciación, aquí el Estado italiano goza de un amplio margen de apreciación que no escapa al control del Tribunal, que, finalmente, concluye que la jurisdicción italiana, tras comprobar que la separación del niño y los comitentes no supondría perjuicio

²⁴ Se dictó una primera sentencia (27 de enero de 2015) por la Sala que apreció vulneración del derecho a la vida familiar de los comitentes; el Estado italiano solicitó su reenvío a la Gran Sala que dicta esta nueva sentencia en distinto sentido (24 de enero de 2017).

grave o irreparable para el primero, ha observado un justo equilibrio entre los intereses en presencia, dentro de los límites de su margen de apreciación (nº195).

- Dictamen consultivo relativo al reconocimiento en derecho interno del vínculo de filiación entre el niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y la madre de intención (10 de abril de 2019)²⁵:

La consulta elevada por la *Cour de Cassation* se limita a la situación de la madre de intención, es decir, la persona designada como madre legal en el certificado de nacimiento expedido en el país donde se ha practicado la gestión por sustitución, una vez ya admitida la filiación biológica respecto del padre comitente; el dictamen se circunscribe al caso en el que la comitente no presente vínculo genético con el niño y siempre que la madre gestante no haya aportado sus gametos (*Avis consultatif*, nº 28).

En concreto, se plantean dos cuestiones, de enorme interés, pues permiten enjuiciar la posición del Tribunal Supremo a la luz de la doctrina del TEDH:

1ª.- Si se deniega la transcripción del acta de nacimiento extranjera respecto de la filiación determinada a favor de la madre comitente, ¿el Estado parte excede el margen de apreciación concedido en el artículo 8 CEDH? ¿debe darse una solución distinta en el caso de que el niño haya sido concebido con los gametos de la madre de intención?

2ª.- En el caso de responderse afirmativamente a alguna de las cuestiones planteadas, ¿la adopción por la madre de intención del hijo de su cónyuge, padre biológico del niño, permite respetar las exigencias del artículo 8 CEDH?

Para emitir su dictamen, el TEDH tuvo en cuenta los artículos 2, 3, 7, 9 y 18 Convención Internacional de los derechos del niño (en adelante CIDN), así como los artículos 1 y 2 de su Protocolo facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; los trabajos de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado; y en especial el informe de la Relatora especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños de 15 de enero de 2018 (A/HRC/37/60). Asimismo, realizó un análisis comparado de las soluciones normativas en materia de reconocimiento

²⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380431-8364345>

del vínculo de filiación derivado de la gestación por sustitución en los Estado parte del Convenio, cuyas conclusiones son sustanciales (*Avis Consultatif*, nº24), pues el TEDH amplía el margen de apreciación de los Estados, cuando se trata de cuestiones delicadas de marcado carácter ético y moral y no existe consenso en los Estados parte²⁶.

El TEDH recuerda que la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 8 CEDH exige que el derecho interno contemple una vía para el reconocimiento de la filiación del padre comitente, cuando se trata del padre biológico y subraya que, hoy, su jurisprudencia pone el acento en la existencia de un vínculo biológico entre el niño y, al menos, uno de los padres comitentes y, en consecuencia, restringe su Dictamen a este supuesto (nº 35 y 36).

Primera cuestión planteada: reconocimiento del vínculo del niño con la madre comitente de intención.

Para dar respuesta al primer interrogante planteado por la *Cour de Cassation francesa*, el TEDH se centra en dos aspectos, el interés del menor y el margen de apreciación:

a) En relación con el interés del menor:

El TEDH recuerda el principio esencial según el cual cada vez que se enjuicia la situación de un niño, su interés superior debe primar; así la falta de reconocimiento de la filiación del niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero, no solo afecta a los padres comitentes, únicos responsables del modo de procreación prohibido, sino que afecta significativamente al derecho al respeto de la vida privada del niño, como manifestación de su identidad personal, del que la filiación biológica es un aspecto sustancial.

Además, la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención tiene importantes consecuencias negativas en distintos aspectos del derecho del niño al respeto de su vida privada. En este sentido, el TEDH recuerda que, desde un punto de vista general, esta ausencia de reconocimiento perjudica al niño desde el momento en que le coloca en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad social; también se identifica un riesgo en el acceso a la nacionalidad de la madre comitente, que puede complicar su continuidad en el territorio del país de residencia de la madre (riesgo que no existe en el caso sometido

²⁶ *Vid.* por todas Sentencia TEDH, *Lia contra Malta*, nº8709/20 (nº 59), de 5 de mayo de 2022, (ECLI:CE:ECHR:2022:0505JUD000870920).

al TEDH, toda vez que ambos comitentes ostentan la misma nacionalidad), puede debilitar sus derechos sucesorios, puede poner en peligro su relación familiar en caso de separación de los padres o de fallecimiento del padre comitente (único que tendría determinada su filiación biológica) y, en último término, podría colocar al niño en una situación de desprotección en caso de renuncia de la madre de intención a su guarda y cuidado.

Aunque el TEDH es consciente de que, en un contexto de gestación por sustitución, el interés del niño no se agota en el respeto y garantía de estas manifestaciones de su derecho al respeto de la vida privada e incluye otros elementos fundamentales, que precisamente no abogan en favor del reconocimiento de la filiación materna, como la protección frente a los riesgos de abuso que comporta la gestación por sustitución o la posibilidad de conocer sus orígenes, concluye que el interés superior del niño también alcanza a la identificación legal de las personas responsables de criarlo, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como a la posibilidad de vivir y desarrollarse en un entorno estable.

Por todo ello, el Tribunal declara que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre un niño nacido de una gestación por sustitución realizada en el extranjero y la madre intencional no es compatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, un examen de cada situación en función de las circunstancias particulares que la caracterizan (*Avis consultatif*, nº 38-42).

b) En relación con el margen de apreciación del que disponen los Estados parte:

El TEDH recuerda, por una parte, que su alcance varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto, siendo determinante la presencia o ausencia de un denominador común en los sistemas jurídicos de los Estados parte; y, por otra, que la falta de consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, y muy en particular, cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, se amplía notablemente el margen de apreciación del Estado.

Pues bien, aunque en materia de gestación por sustitución, el TEDH aprecia una falta de consenso en Europa, cuando se trata de un aspecto particularmente importante que afecta a la identidad de la persona, como es la filiación, el margen de apreciación se restringe; en este caso, además, y como ya se ha señalado en el apartado anterior, cuando se trata de reconocer un vínculo de filiación entre el niño y la madre comitente,

otros aspectos esenciales de la vida privada son afectados (el entorno familiar en el que viven y se desarrollan y la identificación de las personas que tienen la responsabilidad de satisfacer sus necesidades y de garantizar su bienestar), lo que refuerza la constatación del TEDH en cuanto a la reducción del margen de apreciación en esta materia (*Avis consultatif*, nº 43-45).

A la vista del interés del menor y del restringido alcance del margen de apreciación del que disponen los Estados, el TEDH concluye que el derecho al respeto de la vida privada del niño nacido de una gestación por sustitución ex artículo 8 CEDH, exige que el derecho interno ofrezca una vía para el reconocimiento de su vínculo de filiación con la madre comitente, designada como madre legal en el acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero; esta exigencia de prever la posibilidad de reconocer el vínculo entre el niño y la madre intencional, es aún más importante en el caso de que la madre de intención aporte sus gametos.

Segunda Cuestión: la adopción como cauce para determinar la filiación de la madre comitente.

En relación con la segunda cuestión sometida a la consideración del TEDH, relativa a la vía legal para el reconocimiento del vínculo de filiación del niño nacido de una gestación por sustitución con gametos de una donante y la madre comitente, se trata ahora de determinar si el derecho al respeto de la vida privada del niño requiere que este reconocimiento se canalice a través de la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero o si puede hacerse a través de otros medios, como la adopción.

El TEDH considera que el interés del menor requiere que el período de incertidumbre respecto de su filiación sea lo más breve posible; de ello no puede deducirse que los Estados estén obligados a optar por la transcripción de las partidas de nacimiento legalmente expedidas en el extranjero. En este sentido, el TEDH constata que no existe un consenso europeo en la materia; en los casos en los que se admite el reconocimiento de la filiación respecto del progenitor intencional no biológico, las modalidades varían de un Estado a otro; además, observa que la incidencia sobre el derecho a la identidad del niño es menor cuando se trata de los medios que deben emplearse para el reconocimiento. Por consiguiente, el Tribunal estima que la elección de los medios que deben emplearse para permitir el reconocimiento del vínculo entre el niño

y los padres comitentes entra dentro del margen de apreciación de los Estados (*Avis Consultatif*, nº51).

Por último, el TEDH entiende que el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* un vínculo de filiación entre el niño y la madre intencional; lo que exige el interés superior del niño, que se aprecia ante todo *in concreto* y no *in abstracto*, es que este vínculo, establecido legalmente en el extranjero, pueda reconocerse una vez que se haya materializado; en principio, no corresponde al Tribunal, sino en primer lugar a las autoridades nacionales, evaluar, a la luz de las circunstancias particulares del caso, si se ha materializado este vínculo y cuándo (*Avis Consultatif*, nº52).

Así, lo importante es que, una vez concretado el vínculo entre el niño y la madre comitente, exista un mecanismo eficaz que permita el reconocimiento de dicho vínculo. Un procedimiento de adopción puede responder a esta necesidad siempre que sus condiciones sean adecuadas y sus modalidades permitan una decisión rápida, a fin de evitar que el niño permanezca durante mucho tiempo en la incertidumbre jurídica respecto de este vínculo (*Avis Consultatif*, nº54).

A la vista de todo ello, el TEDH concluye que, atendido el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, otras vías distintas de la transcripción, en particular la adopción por parte de la madre de intención, pueden ser aceptables en la medida en que las modalidades previstas por el derecho interno garanticen la eficacia y la prontitud en su aplicación, de conformidad con el interés superior del niño (*Avis Consultatif*, nº55).

- STEDH de 16 de julio de 2020, asunto D. contra Francia:

Tras la emisión de su Dictamen, el TEDH se ha ocupado de varios casos de gestación por sustitución en los que ha tenido ocasión de aplicar la doctrina expuesta.

Así lo ha hecho en STEDH, D. contra Francia (nº 11.288/18), 16 de julio de 2020 (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818) en la que aplica su doctrina en caso de una comitente que era, a su vez, la madre genética del niño nacido de la gestación por sustitución, y se estima que no ha existido vulneración ni del artículo 8 CEDH, por entrar dentro del margen de apreciación concedido al Estado, la denegación de la transcripción

del acta de nacimiento extranjero como vía para determinar la filiación (nº 50), ni del artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación), al entender que la diferencia de trato denunciada por los demandantes, en cuanto a los modos de determinarse la filiación de la madre comitente y genética, reposaba en una justificación objetiva y razonable(nº 84-88) y, en último término, recuerda el Tribunal, basándose en su *Avis consultatif*, que la adopción produce los mismos efectos que la transcripción del acta en lo que respecta al reconocimiento del vínculo de filiación²⁷.

- STEDH de 18 de mayo de 2021, Asunto Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia:

Resulta de especial interés para este estudio, la STEDH *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia* (nº 71.552/17), de 18 de mayo de 2021 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), en la que se cuestiona la falta de reconocimiento por parte de las autoridades de Islandia, donde la gestación por sustitución es ilegal, de la filiación de un niño nacido de una gestación por sustitución en los Estados Unidos, respecto de las madres comitentes, cuando ninguna de ellas era su madre biológica. Baste señalar aquí que las autoridades deniegan la transcripción del acta de nacimiento y admiten el acogimiento del niño con el fin de preservar el vínculo entre ellos, concediéndole, primero, la residencia y, después, la nacionalidad; siendo admitido en el derecho islandés la posibilidad de adoptar a los niños en acogida (nº 5 - nº 25).

El TEDH aprecia la existencia de vida familiar atendida la larga duración de la relación ininterrumpida de los comitentes y el niño, la calidad de los lazos ya establecidos y los estrechos vínculos emocionales forjados con el niño durante las primeras etapas de su vida, reforzados por el acuerdo de acogida adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal (nº 62). Considera que ha existido injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, al denegarse el reconocimiento de las comitentes como madres, cuando constaban como madres legales en el acta de nacimiento practicada legalmente en el extranjero; ahora bien, tras analizar si concurren

²⁷ En el mismo sentido, la STEDH, asunto R.F. y otros contra Alemania, nº46808/16, de 12 de noviembre de 2024 (ECLI:CE:ECHR:2024:1112JUD004680816), en la que se estima que no ha existido vulneración del derecho al respeto de la vida privada de la primera demandante (madre genética y de intención del niño nacido de una gestación por sustitución en Bélgica) al obligarla a recurrir a la adopción, dada la ausencia de dificultades particulares para vivir su relación con el niño en el día a día, ni tampoco vulneración del derecho al respeto de la vida privada del niño, ya que la adopción se llevó a cabo sin dificultades particulares y la primera demandante ya tenía derechos y obligaciones con respecto al niño en virtud de su unión legal con la segunda demandante.

los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 8 CEDH, se concluye que la injerencia es conforme a la ley, pues tiene base jurídica suficiente (nº 64), persigue un objetivo legítimo cual es proteger los derechos de otras personas, los derechos de las mujeres y de los niños (nº 65), es necesaria en una sociedad democrática, pues las razones aducidas para justificar dicha medida han sido pertinentes y suficientes (nº 66- nº 74).

Por ello, se estima que, atendida la ausencia de indicios de obstáculos reales y prácticos para el disfrute de la vida familiar, y las medidas adoptadas por el Estado demandado para regularizar y garantizar el vínculo entre los demandantes, el Tribunal concluye que el no reconocimiento de un vínculo parental formal, confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, estableció un equilibrio justo entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger con la prohibición de la gestación subrogada. Por lo tanto, el Estado actuó dentro del margen de apreciación que se le concede en tales asuntos y se estima que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar.

- STEDH, de 22 de noviembre de 2022, Asunto D.B. y otros contra Suiza:

En la STEDH, D.B. y otros contra Suiza (nº 58.817/2015 y nº 58.252/2015), de 22 de noviembre (ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715), se aprecia vulneración del derecho al respeto de la vida privada del niño nacido de una gestación por sustitución en los Estados Unidos, al quedar circunscrita la adopción, hasta el 1 de enero de 2018, a las parejas casadas, tratándose en el caso enjuiciado de una pareja registrada homosexual masculina; una vez admitida la adopción por parte de las parejas registradas en el derecho suizo, el padre de intención solicitó la adopción del hijo biológico de su pareja que les fue concedida el 21 de diciembre de 2018.

Durante casi siete años y ocho meses (solicitud de reconocimiento del 30 de abril de 2011, adopción pronunciada el 21 de diciembre de 2018), no existió ninguna posibilidad de que se reconociera definitivamente el vínculo de filiación; el TEDH considera que tal duración no es compatible con el interés superior del niño, en la medida en que puede situarlo en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad y privarlo de la posibilidad de vivir y desarrollarse en un entorno estable, tal y como se mantuvo en el *Avis Consultatif* (nº 40-42). En estas circunstancias, se

considera que la negativa a reconocer el acta de nacimiento expedida legalmente en el extranjero relativa al vínculo de filiación entre el padre intencional y el niño, sin prever modos alternativos de reconocimiento de dicho vínculo, no respetaba el interés superior del niño.

En otras palabras, la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre el niño y el padre de intención durante un período de tiempo significativo constituye una injerencia desproporcionada en el derecho del niño al respeto de su vida privada protegido por el artículo 8. De ello se desprende que, en las circunstancias del caso, Suiza se excedió en su margen de apreciación al no haber previsto a tiempo en su legislación tal posibilidad (nº 87- nº 90).

- STEDH de 6 de diciembre de 2022, Asunto K.K. y otros contra Dinamarca:

También resulta de interés el caso resuelto en STEDH, K.K. y otros contra Dinamarca, nº 25.212/21, de 6 de diciembre de 2022 (ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221), que se centra en la denegación a la esposa de la adopción de los hijos biológicos de su cónyuge, nacidos de una gestación comercial en Ucrania, alegando que la madre de alquiler había recibido una remuneración por consentir la adopción, lo que prohíbe el artículo 15 de la Ley de Adopción, decisión confirmada por el Tribunal Supremo danés que concluyó por unanimidad que, aunque redundaría en interés de los niños ser adoptados por la primera demandante, a fin de que su identidad como hijos fuera reconocida legalmente, habida cuenta de las diferentes soluciones acumulativas específicas previstas por la legislación danesa, en particular la concesión a la primera demandante de la patria potestad compartida sobre los niños y la posibilidad de que conserve dicha patria potestad en caso de separación, divorcio o fallecimiento del padre biológico, la mayoría considera que «nada indica que la denegación de la adopción a la primera demandante tenga una incidencia significativa en la vida privada de los niños» (nº 62).

El TEDH es plenamente consciente de que el Tribunal Supremo tenía la delicada tarea de sopesar el interés superior de los niños *in concreto* con las consideraciones de interés general en las que se basa el artículo 15 de la Ley de Adopción, en particular evitar la explotación comercial de las madres de alquiler y el riesgo de que los niños se conviertan en una mercancía (nº 60); pero lo cierto es que aparte de la adopción, la

legislación nacional no preveía ninguna otra posibilidad de reconocimiento legal de un vínculo de filiación con la madre intencional. Por lo tanto, la denegación de la adopción supuso *de facto* la denegación de cualquier reconocimiento legal de un vínculo de parentesco; esta falta de reconocimiento, en sí misma, tuvo una repercusión negativa en el derecho de los niños al respeto de su vida privada, en particular porque se encontraron en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad dentro de la sociedad (nº 72).

A la vista de todo ello, el Tribunal no tiene la convicción de que, en las circunstancias particulares del caso, las soluciones acumulativas previstas por la legislación danesa hayan tenido una incidencia tal en la vida privada de los niños que hayan compensado la denegación de la autorización de su adopción por parte de la primera demandante (nº 75) y, en consecuencia, el TEDH aprecia vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los niños (nº 77).

- STEDH de 31 de agosto de 2023, Asunto C.c. contra Italia:

Por último, la STEDH, asunto C.c. contra Italia, nº47196/21, de 31 de agosto de 2023 (ECLI:CE:ECHR:2023:0831JUD004719621), enjuicia la negativa de las autoridades italianas a reconocer el vínculo de filiación establecido en el acta de nacimiento expedido en Ucrania, que designa como padres legales de la niña, nacida en el extranjero de una gestación por sustitución, a su padre biológico y su madre intencional.

El Tribunal aprecia vulneración del artículo 8 CEDH en relación con el establecimiento del vínculo de filiación entre la demandante y su padre biológico, pero no en relación con el establecimiento del vínculo de filiación entre la demandante y su madre de intención. En particular, el Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, el artículo 8 CEDH exige que el derecho interno ofrezca la posibilidad de reconocer el vínculo entre un niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y el padre de intención cuando este es el padre biológico (nº56).

En este caso, el Tribunal observa que los tribunales nacionales no han sido capaces de tomar una decisión rápida para proteger el interés de la demandante en que se estableciera su filiación paterna biológica; la demandante, de cuatro años, se encontraba en una situación de incertidumbre prolongada en cuanto a su identidad personal desde su

nacimiento y, al no tener establecida su filiación, se la consideraba apátrida en Italia (nº 67).

Así, con el fin de garantizar un resultado *rápido* y *eficaz* de conformidad con el interés superior del niño en lo que respecta al establecimiento del vínculo de filiación entre el progenitor biológico y el niño nacido tras una gestación por sustitución realizada en el extranjero, el TEDH sostiene que:

- a) el proceso de toma de decisiones debe centrarse suficientemente en el interés superior del niño y, en este sentido, estar exento de formalismos excesivos y ser capaz de realizar dicho interés independientemente de posibles vicios de procedimiento;
- b) los tribunales nacionales deben cooperar con las partes indicando las soluciones elegidas por el sistema, independientemente de las solicitudes de las partes interesadas.

Pues bien, a la vista de estas circunstancias, el Tribunal consideró que, a pesar del margen de apreciación reconocido al Estado, las autoridades italianas habían incumplido la obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, al que tenía derecho en virtud del Convenio (nº68).

En cuanto al vínculo de filiación entre la demandante y su madre de intención, el Tribunal constata que, si bien la ley italiana no permitía la transcripción del acta de nacimiento en lo que respecta a la madre de intención, garantizaba a esta última la posibilidad de reconocer legalmente al niño mediante la adopción (nº69). Al negarse a transcribir el acta de nacimiento ucraniana de la demandante en los registros civiles italianos en la medida en que designaba a la madre intencional como su madre, el Estado demandado no ha excedido su margen de apreciación (nº78).

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU CONFORMIDAD CON LA DOCTRINA DEL TEDH

En las distintas sentencias dictadas por la Sala Primera se identifica una línea jurisprudencial de rechazo y condena de la gestación por sustitución en estricta aplicación

de la ley española y de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que se ajusta plenamente a la doctrina jurisprudencial del TEDH antes expuesta.

Esta jurisprudencia ha sido diversamente acogida por la doctrina²⁸ y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), hoy Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP), que, como se verá más adelante, hasta la reciente Instrucción de 28 de abril de 2025 (Boe nº105, 1 de mayo de 2025), ignoró la doctrina del Tribunal Supremo, como ha sido puesto también de manifiesto por el propio Tribunal Supremo en la STS 1958/2023, de 16 de mayo, en la que se duda de su valor normativo y se aprecia su contradicción con la jurisprudencia de la Sala (FD 6º nº4).

Pues bien, las sentencias dictadas por la Sala Primera han tenido por objeto resolver distintas cuestiones jurídicas relacionadas, directa o indirectamente, con la gestación por sustitución.

En la primera de ellas, la conocida STS 247/2014, de 6 febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247)²⁹, se cuestionaba la admisibilidad de la transcripción del acta de nacimiento extranjero en el que constaba la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, asunto que guarda importantes similitudes e importantes diferencias con las primeras decisiones dictadas por la *Cour de Cassation* francesa³⁰ y que, como ya se ha visto, fueron cuestionadas ante el TEDH, asuntos Menesson y Labassée de 26 de junio de 2014.

Esta primera decisión del TEDH fue alegada por los demandantes españoles en su solicitud de anulación de la STS 247/2014, de 6 de febrero, que fue desestimada por el ATS 335/2015, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:335A), donde se justifican pertinentemente las diferencias entre los casos franceses y el caso español, y, por tanto, la no vulneración del derecho a la vida privada de los niños españoles a los que sí se permitió establecer la filiación respecto del padre comitente que aportó su material genético y el respeto de la vida familiar a través de la propuesta de guarda o adopción del padre o madre de intención.

²⁸ Críticos con la jurisprudencia de la Sala Primera, Heredia Cervantes (2014); Alvarez García (2022); Vaquero López (2025); la considera ajustada al Derecho español Quicios Molina (2019: 43).

²⁹ Vid. el comentario de Heredia Cervantes (2014: 177-214).

³⁰ Vid. Fulchiron y Guilarte Martín-Calero (2014: 531-558).

A pesar de las aceradas críticas que recibió esta primera sentencia³¹, es evidente que la decisión del Alto Tribunal se ajusta a la posterior doctrina del TEDH (Mennesson y Labassée) y a su *Avis Consultatif* (2019), solución facilitada por la propia LTRHA que contempla el establecimiento del vínculo de filiación con el padre biológico (art.10.3)³²; además, recuérdese que la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no exige que este reconocimiento se haga a través de la transcripción del acta de nacimiento practicada en el extranjero, lo que exige es que se determine de forma rápida y eficaz la filiación biológica entre el padre comitente y el niño nacido de la gestación por sustitución, a través de la vía que el Estado considere más oportuna, decisión que cae dentro del margen de apreciación del Estado.

Otras cuestiones debatidas han sido:

- a) la posesión de estado como título para determinar la filiación del padre comitente de intención; de ella se han ocupado la STS 1153/2022, de 31 marzo (ECLI:ES:TS:2022:1153)³³ y la STS 1958/2023, de 16 mayo (ECLI:ES:TS:2023:1958)³⁴.
- b) la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas de la adopción internacional, que autorizan el cambio del lugar de nacimiento del niño adoptado por el domicilio de los padres adoptantes, a los niños nacidos de una gestación por sustitución en país extranjero con el que no se guarda vinculación alguna en STS 4370/2024, de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4370)
- c) la solicitud de *exequatur* de una sentencia americana que declara la paternidad de los demandantes derivada de un contrato de gestación por sustitución en STS 5879/2024, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:5879)³⁵, denegada por el juez de primera instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo.
- d) la impugnación de la maternidad determinada conforme a lo establecido en el art.10.2 LTRHA que fue estimada por la SAP Madrid (22ª) 431/2023, de 28 de abril, tras acordar la práctica de la prueba pericial biológica respecto de la madre gestante de la que resultó que no había aportado material genético para la gestación de las menores, dejando sin efecto el asiento registral practicado en el

³¹ Vid. por todos, Heredia Cervantes (2014: 208-214).

³² Cfr. Quicios Molina (2019:17)

³³ Vid. el comentario de Lara Aguado (2022: 1-11).

³⁴ Vid. el comentario de Minero Alejandre (2023: 1-7).

³⁵ Vid. el comentario de Vaquero López (2025:1-13).

Registro Civil Central relativo a la filiación materna. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación que fue estimado por la STS 1262/2025, de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1262)³⁶ que la considera contraria a la legislación española y a la jurisprudencia que la interpreta; considera el TS que no tiene trascendencia el hecho de que la madre gestante no fuera la madre genética, *dato irrelevante para la legislación española, en la que la filiación materna no adoptiva se fija por el parto (con la matización de lo previsto en el art.7.3 de la citada Ley 14/2006, de 26 de mayo), sin que tenga trascendencia quien aportó el óvulo.*

Sobre las bases legales antes descritas, y en estricta aplicación de la ley, el Tribunal Supremo considera que la gestación por sustitución es contraria al orden público español al atentar gravemente contra los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico (1), aplica la ley nacional en materia de filiación -Ley TRHA y Código civil- (2), funda sus sentencias en la defensa del interés del niño, concebido como garantía del ejercicio de los derechos en liza (3) y estima que la adopción es la vía adecuada para establecer la filiación del niño con su madre o padre de intención (4).

V.1. La vulneración del orden público español

El Tribunal Supremo parte del concepto de orden público entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución española y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan; los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del niño (art.15 CE), el respeto a su dignidad (art.10 CE) y la protección de la infancia integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STS 247/ 2014, de 6 de febrero, FD 3º, nº 4; STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 3º, nº3, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 3).

Desde la primera STS 247/2014, de 6 de febrero, se considera que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se precisa que, bajo la prohibición de la gestación por sustitución y el establecimiento de medidas destinadas a prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, se encuentra

³⁶ Vid. el comentario de Lázaro González (2025:1-7).

la preocupación del legislador por la dignidad de la mujer gestante y del niño y la condena de la mercantilización de la gestación y de la filiación, que cosifica a la mujer gestante y al niño, que permite a determinados intermediarios realizar negocio con ellos y que posibilita la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza (STS 247/2014, de 6 de febrero, FD 3º, nº6; STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 3º, nº2, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 5).

En las sentencias posteriores, STS 1153/2022, de 31 de marzo, y STS 5879/2024, de 4 de diciembre, se advierte una mayor contundencia en la condena de esta práctica comercial que se identifica con la venta de niños y se configura como trato inhumano y degradante y como trata de seres humanos; en este sentido, el TS:

- a) recuerda lo dispuesto en el artículo 35 CIDE que impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma y se afirma que la gestación por sustitución comercial entra en la definición de venta de niños recogida en el artículo 2. a). del Protocolo Facultativo de la CIDE, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: *todo acto o transacción en virtud de la cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución* (STS 1153/2022, de 31 de marzo FD 2º nº5).
- b) considera que las cláusulas del contrato de gestación por sustitución imponen a la mujer gestante un trato inhumano y degradante al obligarla a renunciar a sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad de todo ser humano (STS 1153/2022, de 31 de marzo, FD 3º, nº8).
- c) finalmente, subraya que España es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW), que, en su artículo 6, conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, *en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación comercial* (STS 1153/2022, de 31 de marzo, FD 4º, nº5).

A la vista de todo ello, el Tribunal Supremo considera que la gestación por sustitución comercial vulnera el orden público español, lo que impide reconocer efectos a las decisiones de autoridades extranjeras que determinan la filiación derivada de aquellos contratos (transcripción de actas de nacimiento o *exequatur* de sentencia extranjera)³⁷.

V.2. Aplicación de la ley española en materia de filiación

La aplicación de la excepción del orden público (art.12.3 CC) determina la aplicación de la ley española, que permite el establecimiento de la paternidad biológica del comitente que aportó su material genético, en coherencia con la primacía de la verdad biológica que rige en el derecho español y el establecimiento de la filiación materna en aplicación del principio *mater semper certa est*. Así las cosas, es la determinación de la filiación respecto del otro comitente (padre o madre de intención) la que resulta problemática, al no admitirse la filiación intencional derivada del contrato de gestación por sustitución y quedar limitada la aptitud de la voluntad del padre o madre de intención, en el Derecho español, al consentimiento prestado al uso de las técnicas de reproducción humana asistida admitidas en el derecho español (arts.7.3 y 8.1 LTRHA) y a la adopción.

Ello ha llevado al Tribunal Supremo a inadmitir la posesión de estado como título apto para determinar la filiación solicitada en los casos contemplados en las STS 1153/2022, de 31 marzo, STS 1958/2023, de 16 de mayo y STS 5879/2024, de 4 de diciembre³⁸ y al reconocimiento de la adopción como único camino para la determinación de la paternidad o maternidad de intención, con cita del *Avis Consultatif* (2019), aunque ya la STS 247/2014 remitía a los padres demandantes a las figuras de la guarda y del

³⁷ Puede verse una crítica a este argumento en Farnós Amorós (2022:89) y su plena aceptación en Bercovitz (2022:5). Por su parte, el TEDH admite este enfoque, aunque lo somete a su control: *El Tribunal constata que este enfoque se traduce en el recurso a la excepción de orden público internacional, propia del Derecho internacional privado. No pretende cuestionarla como tal. No obstante, debe verificar si, al aplicar este mecanismo en el presente caso, el juez nacional ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de lograr un justo equilibrio entre el interés de la comunidad en garantizar que sus miembros se sometan a la elección democrática realizada en su seno y el interés de los demandantes —entre ellos, el interés superior del niño— en disfrutar plenamente de sus derechos al respeto de su vida privada y familiar* (STEDH, Labassée contra Francia, 26 de junio de 2014, nº 63).

³⁸ Posesión de estado que sí fue admitida en STS 740/2013, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:740) y en STS 836/2013, de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2013:836), a la vista de las circunstancias (la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre). Puede verse una crítica en Quicios Molina (2014: 69-630); Barber Cárcamo (2014: 93-136); Farnos (2022: 1299-1301).

acogimiento para garantizar el respeto de la vida familiar de los niños y servir de cauce a la adopción.

Los motivos de la STS 1958/2023, de 16 de mayo, de forma interrelacionada, pretenden la suficiencia de la posesión de estado y del interés del niño para determinar la filiación, salvando con ello la oposición a la adopción por parte del padre biológico. Al respecto recuerda el Tribunal Supremo su doctrina en la materia³⁹:

«El interés del menor no es una causa que permita al juez atribuir la filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses en juego, tales como la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del niño...» (STS 1958/2023, de 16 de mayo, FD 5º, nº2 y STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 5º, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 4).

Según el Tribunal Supremo, *ni una convivencia anterior establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados entre las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del niño, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal. El vínculo socioafectivo de los hijos entre sí y con la pareja de sus respectivos padres no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. No es el ordenamiento jurídico español el que impedía la adopción, sino que fueron los litigantes quienes, pudiendo hacerlo, no quisieron adoptar, sin que el hecho de que ahora no sea viable por la ruptura determine que deba establecerse un vínculo legal de filiación al margen de las causas previstas por el legislador* (STS 1958/2023, de 16 de mayo, FD 6º, nº5).

El derecho al respeto de la vida familiar no exige la determinación de la filiación en todo caso, sino la preservación de los vínculos y del derecho a mantener relaciones con las personas con las que los menores tienen una relación afectiva, que resultan garantizados cuando se establecen regímenes de comunicación y estancia entre los

³⁹ Cfr..STS 45/2022, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:45) y STS 558/2022, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2022:558).

menores y la persona adulta (como así acontece en el caso enjuiciado en STS 1958/2023, de 16 de mayo).

V.3. La protección del interés del niño desde un enfoque de derechos

Negada la validez de un contrato de gestación por sustitución para producir los debidos efectos en el Ordenamiento jurídico español, en particular la determinación de la filiación de los padres comitentes y la consiguiente atribución de la patria potestad, la respuesta jurídica debe pasar por proteger el interés de los niños nacidos de una gestación por sustitución comercial, y ello exige garantizar el ejercicio de sus derechos.

Esta exigencia no es, a nuestro juicio, una forma de sortear la prohibición, ni constituye un *subterfugio legal* (Castellanos, 2024:141), ni una *solución generosa* (Vaquero Pinto, 2024:22), ni una *solución bienintencionada* (Vaquero, 2025: 8), ni es *un efecto atenuado del orden público* (Vaquero López, 2025:4); es el cumplimiento de las obligaciones positivas que se imponen al Estado español en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre los derechos del niño, con aplicación de nuestro derecho vigente.

Según el Tribunal Supremo la concreción del interés del niño debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre el Estado civil y la infancia (STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 5º).

En cada caso, han de analizarse los derechos en liza; en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se identifican el derecho a la vida privada, en su vertiente derecho a la identidad y derecho a conocer sus orígenes biológicos, el derecho a la vida familiar, el derecho a mantener los vínculos y las relaciones con aquellas personas a las que le une una relación afectiva y el derecho a la intimidad personal.

Unas veces, se concreta, pues, el interés del niño en su derecho a la identidad, que queda adecuadamente garantizado cuando se admite la determinación de la filiación biológica respecto del padre comitente conforme al artículo 10 LTRHA (vida privada), en su derecho a conocer sus orígenes que se garantiza cuando no se admite la impugnación de la filiación materna y en su derecho a la vida familiar (derecho del niño a desarrollarse en un entorno estable y a vivir con las personas que están obligadas a prestarle asistencia

y cuidados) que queda asimismo garantizado por el reconocimiento de la adopción como cauce idóneo para establecer la filiación respecto del padre o madre de intención (STS 247/2014, de 6 de febrero, STS 1153/22, de 31 de marzo y STS 5879/2024, de 4 de diciembre, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 5).

Otras veces, quedará protegido el interés del niño si se garantiza su derecho a mantener los vínculos y relacionarse con las personas a las que les une una relación afectiva, sin necesidad determinar una filiación que no responde a la verdad biológica y que no tiene cobertura legal (STS 1958/2023, de 16 de mayo).

Cuestión jurídica distinta es la planteada en la STS 4370/2024, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4370) en la que el interés del niño se concreta en su derecho a la intimidad personal y familiar y que se garantiza cuando, frente a lo dispuesto en la instancia, el Tribunal Supremo admite acertadamente, aunque con argumentación discutible, la aplicación analógica de las reglas de la adopción internacional a la adopción nacional derivada de una gestación por sustitución.

En efecto, se permite cambiar el lugar de nacimiento del niño por el domicilio de los padres a fin de no dar publicidad de determinados datos indicativos del carácter adoptivo de la filiación que es un dato protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar (art.44.5 LRC), en línea con lo establecido en el apartado segundo del art.7 LTRHA que establece que, en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter (no biológico) de la generación. En el caso enjuiciado en esta sentencia los padres (padre biológico de un niño nacido de una gestación por sustitución y la madre que lo adopta) solicitaron el traslado de la inscripción de nacimiento al Registro civil de Barcelona, a lo que se accedió, y que se hiciera constar como lugar del nacimiento del menor, el del domicilio de los padres, que fue, en cambio, denegado por entender que este supuesto se circunscribe a los casos de adopción internacional.

Esta decisión fue recurrida ante la DGSJyFP y el recurso fue desestimado por Resolución de 21 de febrero de 2022 con el mismo argumento. Los padres promovieron un juicio verbal de oposición a la citada Resolución y el Juzgado de Primera Instancia, por sentencia 445/2022, de 23 de noviembre, desestimó su demanda por entender que *no puede considerarse que exista semejanza entre la adopción internacional... y la técnica de gestación por sustitución, que no es que no esté expresamente regulada en España,*

sino que está expresamente prohibida por el art. 10 LTRHA... y no puede accederse a la modificación del lugar del nacimiento del menor prevista exclusivamente para las adopciones internacionales, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, al suponer una excepción al principio de fé pública registral (STS 4370/2024, FD 1º, nº 3).

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, ante la que recurrieron los padres, desestimó el recurso por sentencia 6734/2023, de 29 de junio (ECLI: ES:APB:2023:6734), al entender que no procede realizar una interpretación extensiva o por analogía a aquellos supuestos que están prohibidos por el ordenamiento jurídico, ya sea la gestación subrogada realizada en el territorio español o el extranjero (STS 4370/2024, de 17 de septiembre, FD 1º, nº 5).

Efectivamente, no existe semejanza entre la adopción internacional y la gestación por sustitución, pero es que no es aquí donde debe centrarse la controversia, sino en el derecho a la intimidad del menor que se garantiza cuando se omiten datos relativos a su filiación no biológica o las circunstancias que rodean su nacimiento y que debe garantizarse en el supuesto de adopción internacional y en el supuesto de gestación por sustitución, porque sí existe una identidad en la situación en la que se encuentran los menores adoptados y los nacidos de una gestación por sustitución: en ambas situaciones existe un dato, el lugar de nacimiento, indicativo de una filiación no biológica, dato especialmente protegido.

Por tanto, para resolver esta cuestión debe partirse del derecho del menor a su intimidad personal, de todo menor, sin que quepa discriminar por razón de filiación ni por el modo de concepción y gestación del niño, y, en ningún caso, a nuestro juicio, debe argumentarse en función del carácter nacional o internacional de la adopción (como hace el TS) o del carácter prohibido de la gestación por sustitución (como hace la instancia).

En tal sentido, la STS 4370/2024, de 17 de septiembre, centra la controversia en el hecho de que la filiación materna es adoptiva y en el hecho de que, en el Registro civil, conste como lugar de nacimiento Kiev, con el que los progenitores no tienen vinculación, poniéndose de manifiesto, por tanto, que la filiación materna no es la biológica y que, muy posiblemente, el niño nació de una gestación subrogada (STS 4370/2024, de 17 de septiembre, FD 2º, nº3); estima que la razón de no hacer público el nacimiento del menor es *impedir que el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos* (STS 4370/2024, de 17 de septiembre, FD 2º, nº 7) y concluye

la procedencia de la aplicación analógica, pues la publicidad registral de un lugar de nacimiento como el del caso enjuiciado (Kiev, Ucrania) que constaría en su carnet de identidad o en su pasaporte, vulneraría el derecho a la intimidad del niño, al ser revelador de la existencia de la adopción y de las circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles (en concreto haber sido engendrado por gestación por sustitución) y supondría una discriminación respecto de otras filiaciones (en concreto, la adoptiva internacional) que no se encuentra justificada.

En realidad, la publicidad del lugar del nacimiento informa sobre la práctica reproductiva, una gestación por sustitución, y aunque tiene una relación directa con la adopción materna que se realiza en España, lo relevante es garantizar el derecho a la intimidad personal del niño que se protege cuando se restringe la publicidad sobre un dato, el lugar del nacimiento, que puede ser indicativo de la utilización de una técnica de reproducción humana asistida y, por ende, evidenciar el origen del niño, su filiación no biológica, aspecto protegido por el derecho a la intimidad y que debe ser, por tanto, objeto de publicidad restringida⁴⁰; y ello, aunque no existiera adopción materna, y solo se hubiere determinado la filiación biológica respecto del padre comitente, pues el lugar del nacimiento seguiría siendo Kiev y el razonamiento del TS seguiría siendo válido y ello no implica, en modo alguno, y siempre en nuestra opinión, un reconocimiento implícito de la gestación por sustitución (Vaquero López, 2025:8)⁴¹, sino la estricta defensa del interés del menor concretado en el ejercicio de su derecho a la intimidad personal garantizado en el art.18 CE.

V.4. La adopción como vía adecuada para el establecimiento de la filiación del niño con su madre o padre de intención

Aunque las posiciones del Tribunal Supremo y del Ministerio Fiscal siempre han sido firmes y claras sobre la procedencia de la adopción como modo de establecer la filiación respecto de la madre o padre comitente no biológico o de intención⁴² y el primero

⁴⁰ Vid. STC 197/1991, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1991:197) y STC 134/1999, de 15 de julio (ECLI:ES:TC:1999:134).

⁴¹ De la misma manera que, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 125 CC no supone reconocer implícitamente el incesto o lo dispuesto en el artículo 111 CC implique reconocer implícitamente la violación. Son situaciones prohibidas que están en el origen de la previsión legal o, en su caso, de la decisión judicial, sin que ello suponga, a nuestro juicio, ni validarlas ni reconocerlas.

⁴² Igualmente, el TC en STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:2024:28).

encomienda al segundo el impulso de las acciones pertinentes para que se produzca, con prontitud y eficacia, la integración jurídica del niño en su núcleo familiar *de facto* (STS 247/2014, de 6 de febrero, y STS 5879/2024, de 4 de diciembre), hasta la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, *sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución*, no se cohonesta la práctica registral de la filiación en contextos de gestación por sustitución con la línea jurisprudencial expuesta⁴³.

En esta Instrucción de 28 de abril de 2025, atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales en

⁴³ En un primer momento, la antigua DGRN dictó una Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE, nº 243, de 7 octubre), en la que se establecían las directrices para la calificación por parte de los encargados del Registro civil de las solicitudes de inscripción de nacimiento de los menores nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y formuladas por ciudadanos españoles. En primer término, se consideraba que la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero de una gestación por sustitución, sólo podría realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal Competente en la que se determinara la filiación del nacido y se rechazaba el acceso al Registro civil español de la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constara la identidad de la madre gestante; vid. ampliamente, Barber Cárcamo (2013). A la vista de la STS de 6 de febrero de 2014, la antigua DGRN aclaró, en una circular de 2014, que se trataba de un caso distinto a los contemplados en la Instrucción de 2010 e instó a los encargados de los Registros civiles, si existía una resolución judicial extranjera, a la práctica de la inscripción del nacimiento de los niños con constancia de la filiación determinada en el extranjero. En aplicación de lo dispuesto en la Instrucción de 2010 y en la Circular de 2014, los Consulados de España en los países en los que se practicaba la gestación por sustitución, siempre que existiera resolución judicial de la autoridad extranjera, extendían la inscripción de nacimiento. En todo caso, algunos Registros civiles consulares, cuando no existía resolución judicial extranjera que determinara la filiación, permitían la inscripción si se acreditaba prueba del vínculo biológico mediante prueba de ADN. Recuérdese que en los Registros consulares no hay Ministerio fiscal ejerciendo funciones de control de la legalidad. Pues bien, la DGRN dictó una nueva Instrucción el 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº45, 21 de febrero de 2019) que pretendía desincentivar esta práctica, al menos en países en los que no intervenía una autoridad judicial. En este sentido, se establecía que las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serían estimadas salvo que existiera una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que fuera firme y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando procediera, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Si no existía sentencia, el encargado del Registro Civil consular debía suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serían notificadas por el encargado del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. En todo caso el solicitante podría obtener, si procedía, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar el cumplimiento de todas las garantías con el necesario rigor probatorio, se debía iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación; vid. ampliamente, Díaz Fraile (2019), Quicós Molina (2021: 184-193).

materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes, se acuerdan varias directrices:

- 1^a.- Dejar sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- 2^a.- No admitir como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución una certificación registral extranjera, ni la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente.
- 3^a.- No practicar la inscripción de la filiación de las solicitudes pendientes a la fecha de la presente Instrucción.
- 4^a.- Podrá obtenerse de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

Esta Instrucción debe valorarse positivamente pues pone fin a una discordancia interpretativa largamente sostenida en el tiempo y se alinea debidamente con la normativa sustantiva y su interpretación jurisprudencial; además, establece reglas claras y aplicables a todos los supuestos. Ahora bien, no contempla la Instrucción todas las situaciones que pueden originarse en la práctica, pues en ella se parte del establecimiento previo de la filiación biológica, y no siempre este vínculo biológico existe, y, además, no establece cuáles son los cauces legales previos a la constitución de la adopción.

Aunque en la primera parte de la Instrucción, y conectado al artículo 10, se hace referencia a *los medios ordinarios de determinación legal de la filiación*, refiriéndose, a continuación, exclusivamente, a la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y a la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo, en la Directriz 4^a se limita a señalar que *la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención...*, sin excluir de forma expresa

otros modos de determinación de la filiación previstos en el artículo 120 CC que podrán, a nuestro juicio, utilizarse para determinar la filiación biológica del padre comitente, a fin de dar cumplimiento a las exigencias de prontitud y eficacia impuestas por el TEDH.

Así, aun partiendo siempre de que la fórmula adecuada es la adopción, las distintas situaciones que pueden originarse en la práctica exigen una respuesta diversa, pues lo que en ningún caso puede defenderse, a nuestro juicio, es que la Instrucción se agota en los supuestos en los que existe vínculo biológico o que el vínculo biológico de uno de los comitentes sea presupuesto de la adopción, pues ésta se constituye siempre en interés del niño nacido de gestación por sustitución, garantizando con ello el respeto a su vida familiar efectiva ex artículo 8 CEDH, que exige la preservación de la relación de afecto que le une al padre o madre de intención.

En este análisis debe distinguirse entonces según exista vínculo biológico con el padre comitente o no exista vínculo biológico en los comitentes. Cuestión que, en este punto, puede considerarse controvertida es el recurso a la adopción de la madre comitente cuando es la madre genética del niño nacido de la gestación por sustitución; tanto el TEDH, en sentencia de 16 de julio de 2020, asunto D c/Francia, como el Tribunal Supremo y la Instrucción de 28 de abril de 2025, admiten la determinación legal de la filiación paterna conforme a lo establecido en el artículo 10 LTRHA (filiación materna determinada por el parto) y remiten a la adopción para el establecimiento de la filiación respecto del padre o madre comitente sin distinción⁴⁴.

A) PADRE COMITENTE BIOLÓGICO Y PADRE O MADRE DE INTENCIÓN

Este es el caso previsto en la Instrucción 2025, una vez determinada la filiación biológica respecto del padre comitente, se abre la vía de la adopción como fórmula adecuada para determinar la filiación del padre o la madre comitente de intención. Adoptar al hijo del cónyuge o de la pareja de hecho, supuesto al que se refiere expresamente la regla segunda del artículo 176.2 CC, no plantea especiales dificultades procedimentales y puede obtenerse en un plazo razonable, cumpliéndose así con la exigencia del TEDH (vía rápida y eficaz); además, las reglas sobre la edad de los adoptantes no operan para los casos recogidos en el art.176.2 CC, a tenor de lo establecido en el artículo 175.1 CC.

⁴⁴ *Vid.* en otro sentido, Quicios Molina (2021: 201).

En ningún caso, a nuestro juicio, puede denegarse la adopción sobre la base de la existencia de un contrato de gestación por sustitución, cuya nulidad es precisamente la que determina la procedencia de la adopción como vía para establecer la filiación cuando esta no es biológica, ni establecer exigencias que, en el caso de la gestación por sustitución, son de difícil o imposible cumplimiento (como requerir el asentimiento de la madre gestante). Recuérdese que la adopción se pronuncia en interés del menor al que no puede oponerse sanción ni trato discriminatorio por razón de su procreación a través de una práctica prohibida⁴⁵.

En principio, la Instrucción de 28 de abril de 2025, tan sólo exige para la filiación adoptiva posterior que se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías que, por lo general, y a la vista de los casos enjuiciados, siempre concurren, lo que no dispensa de su oportuna verificación por parte del juez antes de constituir la adopción (consentimiento de los adoptantes, existencia de un proyecto parental, convivencia efectiva y vínculos de afecto). Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176.1 CC, el juez verificará la idoneidad del padre o madre comitente, entendida como *la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción* (art.176.3 CC).

En estos casos, la dificultad puede encontrarse en la oposición del padre biológico a la adopción, lo que impide su constitución como la impediría en cualquier otro supuesto (STS 1958/2023, de 16 de mayo); en este caso, el interés del menor se concreta en su derecho a mantener relaciones con las personas a las que le unen vínculos afectivos estrechos y queda garantizado cuando se establecen fórmulas de comunicación y estancia con el padre o madre de intención (art.160.2. CC).

B) PADRES O MADRES COMITENTES QUE NO PRESENTAN VÍNCULO BIOLÓGICO CON EL NACIDO DE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La Instrucción no prevé el supuesto de que el padre biológico no exista (STS 1153/22, de 31 de marzo); para este caso, no hay una previsión legal en las reglas de la

⁴⁵ En la práctica sí han sido denegadas algunas adopciones solicitadas por la madre o el padre de intención, vid. por ejemplo la AAP Barcelona 6994/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:APB:2018:6494A); en detalle, Quicios Molina (2021: 202-207); Cabezudo Pinto (2024: 5-6).

guarda, acogimiento y adopción, ni en el Código civil ni en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por lo que será preciso determinar, a la luz de las normas citadas, cual es el procedimiento más adecuado.

En todo caso, con carácter previo, hay que realizar algunas consideraciones porque la situación familiar en la que se encuentra un niño nacido de una gestación por sustitución presenta unas particularidades que condicionan decisivamente la respuesta a esta cuestión:

En primer lugar, aunque, en principio, en materia de protección de la infancia y la adolescencia, la familia de origen se conecta a la familia biológica, el núcleo fáctico en el que se desenvuelve la vida familiar del niño nacido de una gestación por sustitución debe considerarse su familia de origen.

Ello implica, en segundo lugar, descartar la intervención de la Entidad pública que tiene encomendada en la Comunidad Autónoma la protección de la infancia y la adolescencia que actúa en situaciones de desprotección social del menor, mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo y de desamparo. La renuncia de la madre gestante a su maternidad no coloca al niño en situación de riesgo⁴⁶ o desamparo⁴⁷ pues sus necesidades de cuidado están atendidas por los comitentes, si no fuera así, naturalmente, se aplicarían las reglas generales.

En consecuencia, queda excluida la fórmula del acogimiento familiar pues el presupuesto para su adopción es la imposibilidad de mantener al menor en el entorno familiar de origen (situación de desamparo); no debe equipararse, a nuestro juicio, el núcleo familiar de facto en el que conviven los comitentes y el niño y que constituye vida familiar ex artículo 8 CEDH con la familia de acogida que es un remedio legal para los casos en los que existe una disfunción en la familia de origen, una disfunción que aquí no existe. Además, ello podría tener incidencia en la adopción pues existen Comunidades

⁴⁶ Según el artículo 17.1. LOPJM se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar

⁴⁷ El artículo 18.2 LOPJM y el art.172 CC definen el desamparo como la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Autónomas que no permiten la adopción a los acogedores (Castilla y León). También quedaría excluida la guarda con fines de adopción que, al igual que el acogimiento familiar, presupone la declaración de desamparo del menor (art.176 bis.1. CC) y, por ello, ambos cauces deben descartarse, aunque se citen en la STS 247/2014 y en la más reciente STS 5879/2024 como vías para la integración jurídica del niño en el núcleo familiar⁴⁸; si existiera desamparo la norma exige apartar al menor de su familia de origen y procurarle una alternativa en acogida familiar y, en defecto de ésta, residencial (art.2.b y art.20 LOPJM). Estas fórmulas se desenvuelven en el sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y a tenor de la regulación del Código civil en materia de protección de menores, tres fórmulas, que pueden constituirse al margen del sistema de protección, podrían utilizarse:

- a) Adopción constituida por resolución judicial sin propuesta de la Entidad pública ni declaración de idoneidad por haber estado bajo tutela del adoptante durante más de un año (art.176.2.3^a CC). Ello exige como cauce previo la constitución de la tutela a favor de la madre comitente en virtud de los artículos 199.2º CC (quedan sujetos a tutela los menores no emancipados no sujetos a patria potestad), 206 CC (Está obligada a promover la constitución de la tutela la persona física bajo cuya guarda se encuentre el menor) y 214 CC (en defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, la autoridad judicial designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de éste, considere más idóneo) y transcurrido el año quedaría abierta la vía de la adopción.
- b) Otra posibilidad sería considerar a la madre comitente como una guardadora de hecho a la que se le pueden atribuir facultades tutelares ex artículo 237.1 2º pfo. CC e incluso entender que ya ha ejercido estas facultades tutelares *de facto*, pues en la esfera familiar la madre comitente desempeña importantes funciones de crianza y cuidado y garantiza el bienestar del menor. En ambos casos, se podría considerar aplicable al guardador con facultades tutelares, la norma prevista para el tutor.
- c) También se contempla en el artículo 237.1.2ºpfo., *in fine*, la posibilidad de constituir por el juez un acogimiento temporal, siendo acogedores los

⁴⁸ Admite la guarda con fines de adopción como vía previa a la adopción, Farnós (2022:1306).

guardadores, desligado de la declaración de desamparo a la que se refiere en el artículo 237.2 CC. Se trata de un acogimiento constituido por el juez frente al acogimiento familiar que se constituye por la Entidad Pública (art.20.2 LOPJM), no se adjetiva como familiar, precisamente, para distinguirle del acogimiento del sistema de protección. Se prevé como temporal sin especificarse su duración ni la causa que puede ponerle fin, aunque una lectura de conjunto permitiría mantener el acogimiento hasta la constitución de la medida de protección adecuada (la adopción). En todo caso, lo importante a los efectos de la adopción es que se atribuyan facultades tutelares a los acogedores con el fin de posibilitar la aplicación del artículo 176.2.3^a CC.

De estas posibilidades, la constitución de la tutela a favor de la madre comitente parece la fórmula formalmente más adecuada, pues asegura la aplicación del art.176.2.3^a CC y la culminación del proceso de adopción que resulta una vía obligada a tenor de la doctrina del TEDH expuesta y de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo, siempre que se den las circunstancias legalmente exigidas (idoneidad y existencia de núcleo familiar con garantías); también permite obviar el requisito de la edad no aplicable a los supuestos en los que no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública a tenor de lo establecido en el artículo 175.1 CC.

La opción de la guarda de hecho y la constitución del acogimiento temporal se revela como el proceso más ágil y eficaz y, sin duda, menos gravoso, pero, comporta el riesgo de no ser reconocido judicialmente como figura análoga a las previstas en el art.176.2.3º CC.

VI. CONCLUSIONES

El Ordenamiento jurídico español prevé instrumentos para garantizar los derechos de los niños nacidos de una gestación por sustitución (su derecho a la identidad, el acceso a sus orígenes, el disfrute de su vida familiar), a los que naturalmente alcanzan las obligaciones positivas impuestas al Estado español en la Convención Internacional de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y en las leyes nacionales de protección de la infancia y a los que no se puede oponer la prohibición de la gestación por sustitución. Estos instrumentos permiten determinar la filiación biológica del padre comitente, si existe, y constituir la adopción cuando hay una convivencia familiar efectiva, con las garantías de ambas instituciones.

Como señala el Tribunal Supremo (STS 1153/2022, de 31 de marzo), esta interpretación, además de proteger el interés del niño en concreto, intenta salvaguardar los derechos fundamentales de la madre gestante y de los niños en general que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación por sustitución comercial, pues se facilitaría la actuación de las agencias de intermediación, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación de un contrato de gestación por sustitución comercial, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin ni siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto debería de perfilarse adecuadamente la fórmula para que la adopción del niño por su madre o padre de intención, cuando no se haya determinado la filiación biológica paterna, cumpla las exigencias del TEDH y sea rápida y eficaz, resultando adecuada tanto la atribución de la tutela a la madre comitente como paso previo a la adopción, proceso que garantiza que ésta se produce en interés del menor, como su consideración como guardadora de hecho o acogedora con facultades tutelares.

Considero, finalmente, que el Tribunal Supremo mantiene en materia de gestación por sustitución una posición firmemente comprometida con los derechos y las libertades fundamentales y que conjura el riesgo de normalizar prácticas incontroladas que violan los derechos humanos.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2022), “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, núm. 10069, Sección Tribuna, 16 de mayo de 2022 (pp. 1-12), disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/05/16/gestacion-porsustitucion-y-tribunal-supremo-espanol>
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., (2018), *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2013), «La “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739 (pp. 2905-2950).
- BECQUE-ICKOWICZ, S. (2025), «Réflexions sur les sources du droit et les fondements de la filiation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2025 (pp.221-250).

- BELLVER CAPELLA, V.; ROMERO y WENZ, L., (2025), *¿Gestar hijos para otros? Debates éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, dBolsillo, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2022), “Maternidad Subrogada” (Tribuna), *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 4, pp.2-6. DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.29>
- BIANCA, M. (2025), «L’oxymore juridique de l’enfant né de GPA : le choix inacceptable du système juridique italien», *Droit de la Famille*, 2025-4 (pp. 32-34).
- BRUNET, L. (2013), «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE», [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI-ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI-ET(2013)474403)
- CABEZUDO BAJO, M^a.J., (2023), (Dir), *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2024), “Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón”, *Derecho Privado y Constitución*, 44 (pp. 125-173).
- CORREA DA SILVA, W., (2021), *Maternidad subrogada. Vulnerabilidades, Derechos humanos, explotación y autonomía*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- D’AVOUT, L. (2024), «GPA: la première Chambre civile couvre la fraude et institue le droit à l’enfant», *La Semaine Juridique*, 48, 2 de décembre de 2024, act.1410.
- DÍAZ FRAILE, J.M. (2019), “*La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea*”, *Revista de Derecho Civil*, VI-1 (pp.53-131).
- ESTELLÉS PERALTA, P.M., (2023), (Dir), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2022), «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”, *Anuario de Derecho Civil*, 2022-III (pp.1281-1314).
- FULCHIRON, H. (2014), «La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?», *Journal de Droit International*, n° 2 (pp. 563-588).
- FULCHIRON, H. (2025), “Dossier, La filiation des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui. Perspectives de droit interne et de droit comparé», *Droit de la Famille* (2025-4), 16-38.
- FULCHIRON, H. y GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (2014), «L’ordre public international à l’épreuve des droits de l’enfant : non à la GPA internationale, oui à l’intégration de l’enfant dans sa famille», *Revue Critique de Droit International Privé*, 103 (3) (pp.531-558).
- GARCÍA RUBIO, M^a P. y HERRERO OVIEDO, M. (2018), «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52 (pp. 67-89).

- HEREDIA CERVANTES, I., (2014), «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero. Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 2014», *CCJC*, nº 96 (pp.177-214).
- JORQUI AZOFRA, M, (2020), «La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados», *Derecho Privado y Constitución*, 37 (pp. 381-426).
- LARA AGUADO, A. (2022), «La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales», *CCJC*, nº 120 (pp.1-11).
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., «Impugnación de la filiación materna de la madre gestante», *CCJC*, nº 129 (pp.1-7).
- LUCAS ESTEVE, A. (2019), (Editor), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARRADES PUIG, A., (2017), «La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos», *Revista Estudios de Deusto* (2017-1), 219-241. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp219-241](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241)
- MINERO ALEJANDRE, G., (2023), «Posesión de Estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada», *CCJC*, nº 123 (pp.1-7).
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022), «Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad», *Cuadernos de Derecho Privado*, 2 (pp.134-190).
- QUICIOS MOLINA, S. (2014-a), «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción humana asistida?», *CCJC*, nº 95 (pp.609-630).
- QUICIOS MOLINA, S. (2014-b), «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, nº 28 (pp. 93-136).
- QUICIOS MOLINA, S. (2019), «Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», *Revista de Derecho Privado*, nº 103 (pp. 3-46).
- QUICIOS MOLINA, S. (2021), «La respuesta de los ordenamientos jurídicos que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español», en *Filiación, Gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de Derecho Comparado*, GONZÁLEZ MARTÍN (Ed), UNAM, México, 2021, pp.175-207.
- ROMERO GARCÍA-ARANDA, B., (2023), *Determinación de la filiación en España cuando se emplea la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor.

- SALAZAR BENÍTEZ, O., (2018), *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid.
- SERRANO OCHOA, M.^a.A. (2024), *Legitimidad constitucional de la gestación por sustitución solidaria en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VAQUERO LÓPEZ, M.^a.C., (2025), «Denegación de reconocimiento de sentencia extranjera por la que se determina la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres comitentes», *CCJC*, nº 128 (pp.1-13).
- VAQUERO PINTO, M.^a.J., (2024), «La adopción del menor nacido por gestación por sustitución: el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se invoca el interés superior del menor Comentario a la STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero», *CCJC*, nº 126 (pp.1-23).

Informes

Declaración de Casablanca (2023). <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>

Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017). https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General, 15 de enero de 2018, A/HRC/37/60, <https://docs.un.org/es/A/HRC/37/60>

Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General, 15 de julio de 2019, A/74/182 <https://docs.un.org/es/A/74/162>

Informe de la Relatora especial, REEM ALSALEM, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias, Asamblea General 14 de julio de 2025, A/80/158, <https://docs.un.org/es/A/80/158>

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN RELACIÓN CON SU INTERVENCIÓN EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA A TRAVÉS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

Some reflections on the notarial function in relation to its intervention in mortgage foreclosure through extrajudicial sale

LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ

ljerez@ujaen.es

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Jaén

Cómo citar / Citation

Gutiérrez Jerez, L.J. (2025).

Algunas reflexiones sobre la función notarial en relación con su intervención en la ejecución hipotecaria a través de la venta extrajudicial.

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 87-113

DOI : <https://doi.org/10.62158/cdp.86>

(Recepción: 14/09/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen

La función notarial ha de ser analizada en su naturaleza jurídica desde una visión alejada de los fundamentos próximos a la jurisdicción voluntaria y señalando unos límites propios que definen al Notario como un profesional del Derecho que ejerce una función de interés público delegada por el Estado, con las consecuencias que ello conlleva en orden a la responsabilidad por sus actos y en particular, en cuanto su actuación como responsable de la venta extrajudicial de un bien hipotecado. Han de ser revisados los parámetros de actuación de la venta extrajudicial y sobre todo las normas que la rigen ante la insuficiencia mostrada para resolver las numerosas cuestiones jurídicas que la institución plantea, proponiéndose una regulación específica propia y directa en la legislación notarial, alejada de las normas procesales ordinarias.

Palabras clave

Función notarial; jurisdicción voluntaria; ejecución hipotecaria; venta extrajudicial.

Abstract

The notarial function must be analysed in its legal nature from a vision far removed from the foundations close to voluntary jurisdiction and indicating its own limits that define the Notary as a legal professional who exercises a function of public interest delegated by the State, with the consequences that this entails in terms of liability for their acts and in particular, in terms of their action as responsible for the extrajudicial sale of a mortgaged property. The parameters of action of extrajudicial sales must be reviewed and, above all, the rules that govern it in view of the insufficiency shown to resolve the numerous legal issues raised by the institution, proposing a specific and direct regulation in notarial legislation, far from ordinary procedural rules.

Keywords

Notarial function; voluntary jurisdiction; foreclosure; extrajudicial sale.

SUMARIO:

I. FUNCION NOTARIAL Y JURISDICCION VOLUNTARIA: FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA EJECUCIÓN EXRAJUDICIAL HIPOTECARIA I.1. Una crítica a la jurisdicción voluntaria como fundamento de la función notarial. I.2 Ni la función notarial, ni la función registral son jurisdicción voluntaria: la venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH tiene efecto ejecutivo, pero no es un procedimiento en un sentido técnico-jurídico I.3. La plena legalidad intrínseca de la institución denominada venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH y la decisiva influencia de la naturaleza jurídica de la función notarial como elemento interpretativo de su plena legitimidad en el sistema II. LAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS DE LA LLAMADA EJECUCIÓN EXRAJUDICIAL. HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL. *Bibliografía. Jurisprudencia.*

I. FUNCION NOTARIAL Y JURISDICCION VOLUNTARIA: FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA EJECUCIÓN EXRAJUDICIAL HIPOTECARIA

La actividad notarial reúne una serie de perfiles definitorios que se deben encuadrar de una forma armónica en el ámbito propio de la función pública delegada por el Estado y en su carácter profesional acreditado por el régimen de su colegiación activa, lo que nos ofrece un perfil verdaderamente difícil en su delimitación.

Esta actividad queda descrita en el artículo 147 del Reglamento Notarial¹ cuando dispone que el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado², pero junto a su intervención formal, que es obligatoria en cuanto al otorgamiento requerido de documentos de trámite competencial ordinario, el Notario ejerce una labor de asesoramiento de las partes interesadas, en parte deducida de las mismas expresiones entes plasmadas: indagación e interpretación de la voluntad de las partes, así como información al otorgante del valor y efectos del otorgamiento.

Además, está prevista una función de asesoramiento intrínsecamente unida al

¹ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 07 de julio de 1944)

² Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 («Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29 de mayo de 1862 Referencia: BOE-A-1862-4073).

otorgamiento por la que, a pesar de lo que pudiera pensarse, no está prevista retribución alguna, siendo en consecuencia, deber-obligación notarial, pero sin derecho a retribución, puesto que en las normas generales de aplicación del Real Decreto 1426/1989 de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios³ se dispone que el Arancel se aplicará sobre la base del valor comprobado fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos, y, a falta de aquéllos, sobre los consignados por las partes en el correspondiente documento, pero el Notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice.

Esta naturaleza bifronte tendrá un reflejo de indiscutible trascendencia en cuanto a la responsabilidad extracontractual en la que el fедатario público puede incurrir con ocasión de su función, que entra de pleno en el ámbito del artículo 1902 CC, por directa y expresa disposición del artículo 146 RN según el cual, el Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable.

En este punto, se identifica una plena concurrencia de aspectos derivados del ejercicio de la Función Pública y de lo que en adelante denominaremos carácter público de sus funciones estrictamente profesionales, cuya fijación resultará de enorme trascendencia en orden al establecimiento de la correspondiente responsabilidad civil

Consideramos que el Notario es un profesional del Derecho que ejerce la función privada de interés público de dar fe en relación a toda clase de hechos y actos jurídicos, en virtud de una atribución legal directa, no constituyente de delegación estatal que requiere para su ejercicio encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Notarial, como Corporación de Derecho Público que forma parte del Consejo General del Notariado.

El Notario no es un funcionario de la Administración Pública, a pesar incluso de la errónea definición contenida en el artículo 1 LN, sin duda motivada por la fecha de su redacción, en pleno siglo XIX⁴ y tal conclusión será importante en cuanto a la determinación de su vinculación mayor o menor a la tesis de la jurisdicción voluntaria como fundamentadora de su función.

A modo de aproximación inicial, las principales orientaciones sobre la naturaleza jurídica de la actividad notarial han sido las siguientes:

³ Esta norma ha sido modificada parcialmente con una última reforma operada por Real Decreto 1612/2011, de 14 de noviembre por el que se modifican los Decretos por los que se aprueban los aranceles de los Notarios y los Registradores (BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011).

⁴ El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

a) Tesis que considera a la función notarial como parte del poder ejecutivo del Estado y cuya actividad principal es la prestación de un servicio público, en virtud de una delegación del Estado⁵.

Esta orientación se acerca a la llamada teoría de la fe pública y es calificada actualmente como incompleta ya que ni el Notario es un testigo cualificado, ni tiene delegado un supuesto poder de dar fe, ni el instrumento público es sólo una prueba preconstituida con presunción favorable al documento notarial⁶.

b) Orientación cuyo fundamento se encuentra en que el Estado, con independencia de la división de poderes tradicional, tiene atribuido un poder certificante, que en su mayor parte confia al Notario. También se ha denominado función autorizante instrumental⁷.

c) Teoría que considera al ejercicio del notariado como función aproximada al fenómeno de la jurisdicción. Por supuesto hay que tener en cuenta la prescripción realizada por el artículo 117 de la Constitución Española en cuanto a la atribución a los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional, como poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de juicios.

La idea de acercamiento a la jurisdicción voluntaria ha quedado plasmada incluso en el artículo 3 del vigente Reglamento Notarial cuando establece en su apartado 1º que el Notariado, «*como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados*».

Las posiciones doctrinales favorables a la calificación de la función notarial como jurisdicción, que son mayoritarias en nuestra doctrina, se basan en criterios de tipo subjetivo, objetivo y legislativo.

Desde el punto de vista subjetivo el Notario aparece como único funcionario competente en el ejercicio de su especializada actividad y en cuanto al aspecto objetivo, el Notario intervendrá ejerciendo sus funciones en «*actos y contratos extrajudiciales*», tal y como dispone el artículo 1 LN.

Conforme al mencionado criterio legislativo, el sistema de fuentes del Derecho vincula al Notario en el ejercicio de su actividad, que, como se verá más adelante, cumple un importante papel de intérprete que podríamos completar denominándolo como intérprete-interventor de justicia y equidad.

⁵ Este fundamento lo recoge y desarrolla Castán Tobeñas (1946:79-80) y (1950:126). Igualmente, Santos Briz (1989:808).

⁶ Tamayo Clares (1993:10).

⁷ Resulta interesante la obra de Otero Peón (1974: 120 y ss.)

La cuestión es que la consideración de la justicia, según los actuales defensores de la tesis que califica a la función notarial como parte de la jurisdicción voluntaria, se refiere a la función jurisdiccional, como función que lleva aparejada la facultad de aplicar leyes y administrar justicia en los negocios civiles, como una clase de jurisdicción prorrogada por conformidad de las partes para la declaración de lo justo.

Debe considerarse que de acuerdo con la correcta naturaleza jurídica de la función notarial se despliega un sistema de responsabilidad civil que derivará del compromiso simplemente profesional pero enmarcado en una especial función delegada del Estado, la prestación de un servicio y de una responsabilidad civil extracontractual, cuyos criterios de imputación no difieren básicamente de los aplicables a cualquier profesional del Derecho en el ejercicio de su función, aunque por la importancia de ciertas atribuciones de potestades notariales se presentará alguna especialidad, sobre todo en el ámbito de la graduación de la responsabilidad.

I.1. Una crítica a la jurisdicción voluntaria como fundamento de la función notarial

Al pretender una argumentación jurídica congruente de la actuación notarial no podemos obviar las dificultades y obstáculos que existen en su configuración, siendo el más trascendental de ellos la existencia de difusos caracteres en su naturaleza jurídica, que parten de la indeterminación del contenido mismo de lo que llamamos jurisdicción voluntaria.

Abordaremos en primer lugar la exposición de las tesis que rechazan la asimilación de la función notarial a la jurisdicción voluntaria, atribuyendo a tal función un carácter administrativo.

Este concepto se configura mediante un entramado de actuaciones judiciales, conformado por inercia histórica y que en ocasiones presentan una naturaleza muy diferente entre sí. Son ejemplos de ese contenido las autorizaciones y complementos de capacidad o la fijación de hechos o declaración de situaciones jurídicas que, en algunos casos no pueden encomendarse al Notario por encerrar una exclusiva potestad que corresponde únicamente a Jueces y Tribunales⁸.

Esta cuestión resulta muy clara si se observa que cuando el artículo 117 de la CE dispone que <<El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes>> no distingue entre potestad jurisdiccional voluntaria o

⁸ Resulta interesante la aproximación a este concepto realizada por Gomá Salcedo (1992:11)

contenciosa, sin perjuicio de que tradicionalmente se ha recurrido a la jurisdicción voluntaria como entidad de fundamentación mediata de otras funciones poco encuadrables en el sistema tradicional, como es el caso del notariado.

A nuestro juicio, la función notarial comprende aspectos que no pueden integrarse en la idea de jurisdicción voluntaria de forma abierta y general, como por ejemplo la investigación de la voluntad de las partes y su redacción autónoma por el Notario, lo que nos hace suponer la existencia de actos de jurisdicción voluntaria que no pueden encomendarse al Notario.

En nuestra doctrina se han clasificado⁹ los actos de jurisdicción voluntaria en tres grupos: en primer lugar, autorizaciones y complementos de capacidad, en los cuales, con o sin jurisdicción, existe un evidente ejercicio de autoridad. En segundo lugar, declaración de situaciones jurídicas y en este caso el Juez, previa cognición más o menos extensa, declara que un supuesto de hecho corresponde a una situación de derecho. En tercer lugar, actos de fijación de hechos, en los que el Juez admite documentos y declaraciones testificales, sobre hechos que no puedan perjudicar a persona determinada.

La cuestión es que de esos tres actos calificables como de jurisdicción voluntaria, sólo los terceros pueden atribuirse a la función notarial y las ramas jurídicas de los registros, reflejando la función notarial y alguna parte de la jurisdicción extraprocesal del Juez funciones análogas, que deberían estudiarse en lo que podría denominarse como un sistema general de las formas públicas.

La diferencia o unificación se deberá a causas circunstanciales o al resultado del ejercicio de la política, pero no a la Ciencia jurídica, no al Derecho. Ante esas dificultades de integración en el concepto que estudiamos, podríamos calificar la jurisdicción voluntaria como un concepto perfectamente inútil para el Derecho notarial y en tal sentido, de forma gráfica se asegura en la doctrina española que la única consecuencia útil que se obtiene del precedente repaso es una que indigna mucho a los especialistas en Derecho notarial: que la función notarial es de carácter administrativo, exactamente como lo es la función no jurisdiccional de los Jueces.¹⁰

La asimilación del concepto de jurisdicción voluntaria a las funciones administrativas aparece en la obra de numerosos procesalistas españoles que consideran que la jurisdicción voluntaria se materializa en una simple actividad administrativa, aunque

⁹ Cfr. González Palomino (1948:79 y 80)

¹⁰ Así lo reitera González Palomino (1948:82).

próxima a la actividad jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, en los negocios de jurisdicción voluntaria en los que interviene, como actúa para proteger los derechos de los particulares en ciertos casos en que no están los interesados en condiciones de hacerlo por sí mismos, nunca lo hace por encima de los intereses de las partes, sino que ha de procurar la defensa de los intereses cuya protección se le encomienda¹¹.

Dentro de los tratadistas del Derecho Notarial, GONZALEZ PALOMINO, que ha ocupado una relevante posición, aporta una interesante definición de la función notarial que nosotros transcribimos a modo de conclusión de este apartado por reunir la mayor cantidad de caracteres precisos para configurarla: <*Función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario, hecha, en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas.*>>¹²

Manifestadas estas indicaciones favorables a la separación de los conceptos función notarial y jurisdicción voluntaria es preciso destacar la mayoritaria aceptación de la tesis contraria en nuestra doctrina. GIMÉNEZ ARNAU¹³ se ocupa de reseñar algunos de los autores favorables a esa tesis¹⁴ cuyos argumentos básicos resume:

1º.-La jurisdicción voluntaria declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derechos de una manera directa.

2º.-Las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria no tienen el carácter de cosa juzgada. En la generalidad de los casos no cabe contra ellas el recurso de casación.

3º.-No habiendo declaración de derechos controvertidos, ni posibilidad de que haya oposición en esta clase de expedientes, no tiene por qué intervenir el Juez.

4º.-Tratándose, en consecuencia, de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención en los mismos debe corresponder a los funcionarios del orden notarial.

En parecidos términos se expresa GOMEZ-FERRER SAPIÑA (1993:108 y 109) cuando con un criterio abierto y flexible reclama para el Notariado gran cantidad de esos actos de jurisdicción voluntaria considerando que:

1º.-La competencia judicial en los actos que conforman la jurisdicción voluntaria

¹¹ Cfr. Gimeno Gamarra (1953:16 y 17).

¹² Cfr. González Palomino (1948: 119 y 120).

¹³ Cfr. Giménez Arnau (1976:83). Igualmente, cfr. Castán Tobeñas (1946:20) en relación a la tesis que defiende la función notarial como jurisdicción voluntaria.

¹⁴ Navarro Azpeitia, Mengual o Castán Tobeñas, entre otros.

obedece a condicionamientos históricos, fruto de épocas en las que jurisdicción y administración estuvieron encomendadas a las mismas personas.

2º.-En los actos de jurisdicción voluntaria los Jueces no ejercen jurisdicción, por cuanto ni juzgan ni mandan ejecutar lo juzgado, a través del proceso, con eficacia de cosa juzgada, sino que ejercen una función encomendada a ellos por la ley, en garantía de ciertos derechos.

3º.-La llamada jurisdicción voluntaria tampoco es actividad administrativa, salvo que de ella se profese un concepto amplio, considerando que, cuando en los actos de jurisdicción voluntaria se produce la garantía de los derechos individuales, se cumple el interés propio de la actividad administrativa.

4º.-La jurisdicción voluntaria es una actividad autónoma del Estado, caracterizada por actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados, formando parte de lo que se ha llamado sistema cautelar y que tiene como finalidad la garantía de cualquier derecho en función preventiva.

5º.-La función notarial reúne, al igual que la jurisdicción voluntaria, la característica de actuar una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados, dentro del sistema cautelar y con la finalidad de garantizar el derecho a la seguridad y a la paz social.

6º.-Deben ser de competencia notarial aquellos actos de jurisdicción voluntaria, que por su naturaleza constituyen actos notariales, así como otros en que no cumpliendo la judicatura su misión de mayor protección de algún derecho, pueden ser desempeñados por el Notariado atendiendo a su preparación, honestidad y medios documentales de que dispone.

Es preciso recordar que alguna de las viejas reivindicaciones del Notariado en cuanto a su intervención en la declaración de herederos abintestato¹⁵ se han visto hoy plenamente admitidas. En su momento se argumentaba a favor de su admisión que el artículo 958 CC, texto posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶, sólo exige la declaración judicial de herederos en el caso de herencia a favor del Estado.

En efecto, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal incluyó en su día el trámite de la declaración de herederos abintestato que fueren descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, conforme a lo establecido en los artículos 209, 209 bis y 210 RN.

¹⁵ Cfr. Giménez Arnau (1976:84).

¹⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

El vigente artículo 56 LN ha sido modificado por el art. 1.4 de la Ley 8/2021, de 2 de junio¹⁷ reglamentando la actuación notarial en el acta de declaración de herederos *ab intestato* precisamente como título notarial indubitable susceptible de desplegar de forma plena atribución de efectos sucesorios¹⁸, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a acudir a los Tribunales, lo cual queda garantizado al estar previsto en el precepto que se hará constar en el Acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados, así como que quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda. De esta forma se garantiza plenamente que la función notarial quede sometida de forma mediata a la jurisdicción ordinaria, sin que opere la absurda confusión que algunos autores defienden al calificar confusamente a la función notarial como de jurisdicción voluntaria.

También se puede aportar como ejemplo de progresiva atribución a la función notarial de potestades desgajadas de la estructura jurisdiccional el RD 290/1992 de 27 de marzo, que modificó los artículos 234, 235 y 236 RH desarrollando el procedimiento ejecutivo hipotecario extrajudicial ante Notario, preconizado por el artículo 129.2º LH.

Resulta especialmente interesante este último precepto para poder aproximarnos a la consideración de la función notarial cuando se refiere a dos vías diferentes de realización del crédito hipotecario:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero LEC, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) Mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 CC, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

Al referirse a la venta extrajudicial declara el artículo 56 RN que «se realizará ante Notario» y se ajustará a los requisitos y formalidades que el precepto describe, y no cabe duda de que se trata de una vía no jurisdiccional, precisamente por la expresa y directa

¹⁷ Se añade el artículo en virtud de la disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la jurisdicción voluntaria*.

¹⁸ Dispone el artículo 56 apartado 3 de la Ley del Notariado que «ultimadas las anteriores diligencias y transcurrido el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del Notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización».

manifestación del legislador, que vincula la ejecución a un procedimiento judicial tasado en el primer caso y sujeto a lo previsto por los artículos 681 y siguientes de la LEC y a un trámite extrajudicial-notarial en el segundo caso, que se denomina por el mismo legislador como «*venta extrajudicial*».

Por último, también puede haberse fundado en la pretendida atribución de potestades de jurisdicción voluntaria a los Registradores de la Propiedad la función de diligenciado de libros de actas de las comunidades de propietarios para hacer constar en ellos los acuerdos de las juntas de propietarios en el régimen de propiedad horizontal,

El artículo 15 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, modificó el artículo 19 de la originaria Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal¹⁹ disponiendo que los acuerdos de la Junta de propietarios se reflejarán en un libro de actas diligenciado por el Registrador de la Propiedad en la forma que reglamentariamente se disponga.

Anteriormente, ya había sido modificado el originario artículo 17 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que declaraba originariamente: «*los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejarán en un libro de actas foliado y sellado por el Juzgado municipal o comarcal correspondiente al lugar de la finca o diligenciado por Notario*». Esta redacción dejó de estar vigente en virtud de la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, cuya disposición final 2 diseñó el nuevo contenido normativo, trasladando definitivamente las funciones jurisdiccionales (en jurisdicción voluntaria auténtica) a la función legal atribuida a los Registradores de la Propiedad.

I.2. Ni la función notarial, ni la función registral son jurisdicción voluntaria: la venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH tiene efecto ejecutivo, pero no es un procedimiento en un sentido técnico-jurídico

No parece razonable alejar del concepto y función del Notario el carácter de profesional que le define y estructura, aún con más fuerza que el aspecto meramente funcionarial que sobre él mismo se descubre y que, sin duda adquiere especial relevancia cuando se pone en contacto con un concepto tan poco diáfano como el de la jurisdicción voluntaria.

En el origen de estas asimilaciones realizadas por la doctrina, se encuentra una confusión entre la Función Pública que puede desempeñar y el carácter público de sus

¹⁹ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960).

funciones. Y, sin lugar a dudas, entendemos que este error alcanza al mismo texto legal regulador del Notariado, como se pudo observar anteriormente.

La función notarial no es función jurisdiccional. El artículo 117 CE debe interpretarse de forma restrictiva para que el efecto sea acorde con los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

Debemos considerar que sólo podrán delegarse a la función notarial facultades o potestades que, estando en la competencia jurisdiccional, sin embargo, presentan un carácter notarial. Pero, en todo caso, tal actividad de delegación debe llevarse a cabo con moderación y como resultado de un profundo análisis y valoración jurídica, y no por meros criterios de conveniencia práctica más o menos fundados.

Si partimos de la idea de que la jurisdicción voluntaria no es mera actividad administrativa sino parte de la propia jurisdicción, por medio de la cual se tutelan judicialmente intereses privados aplicando el Derecho al caso concreto, hemos de convenir que función notarial no puede ser equivalente a jurisdicción voluntaria.

Como ejemplo de atribución inversa, esto es desencaje de la función notarial y encaje en la potestad jurisdiccional podemos citar la reforma del Código Civil en materia de adopción operada por Ley 21/1987 de 11 de noviembre, cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 176.1, se dispone que «*La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado*», eliminando así la competencia que el antiguo artículo 175 atribuía a la función notarial en cuanto a la autorización de la escritura constitutiva.

Este argumento podría servirnos perfectamente como prueba de que ambas potestades o funciones, la jurisdiccional (sea contenciosa o voluntaria) y la notarial son conceptos con naturaleza jurídica muy diferentes.

Resulta muy interesante la consideración realizada por la STS Sala 1^a 483/2016, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3412) cuando en el Fundamento de Derecho 1º declara que aunque la venta extrajudicial a la que se refiere el artículo 129 LH presenta naturaleza ejecutiva, tiene una base consensual absolutamente diferencial : «*La Audiencia, después de considerar que el procedimiento de venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH tiene naturaleza ejecutiva, razona que, de entre los procedimientos de ejecución, es el único que requiere de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago y es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión por alegaciones de posibles cláusulas*

abusivas».

La Ley Hipotecaria reconocía en el artículo 129.2º, hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el pacto en escritura pública de un <<*procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria...*>> con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario, justo después de tipificar el procedimiento judicial sumario del artículo 131.

Y comenzó con este reconocimiento una dura batalla jurídica en la que han intervenido elementos doctrinales, jurisprudenciales, y yo aventuraría que incluso intervienen elementos políticos y socioeconómicos, con la que se pretende conquistar la viabilidad práctica de un conjunto de actos tendentes a obtener un resultado idéntico al procedimiento judicial ordinario.

El origen del procedimiento está en el antiguo artículo 210 del Reglamento Hipotecario de 1917. La reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46 utilizó expresamente la denominación de «*procedimiento*» al reflejarlo en el artículo 129.2º y remitió al Reglamento para la regulación específica de su tramitación, siendo retocado con ocasión del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial.

La verdad es que no fue bien entendida en su momento la llamada ejecución extrajudicial, porque en la época de referencia se observaba una elevada judicialización de algunas materias, quizás influida por las teorías elaboradas por DE CASTRO en torno a las llamadas cuestiones de orden público²⁰, de las que sin duda esta era un claro exponente, generándose un interesante debate doctrinal que es ya pura historia jurídica, en el que destacó la calificación de la cuestión de orden público como un concepto pseudotécnico que permitía flexibilizar o endurecer facultativamente ciertas exigencias marcadas por la Ley.

Se ha advertido en la doctrina también acerca de los riesgos de desnaturalización que amenazaban a la función notarial si se utilizase semejante procedimiento de ejecución, por afectar a las competencias funcionales por razón de la materia y por razón del titular actuante, aunque lo cierto es que en sus orígenes fue escasamente utilizado.

Al margen del problema competencial, las oscuridades operaban en el plano puramente práctico, ya que se facilitaba una suspensión automática del procedimiento cuando, antes de la subasta se anotaba preventivamente demanda en juicio declarativo

²⁰ De Castro y Bravo (1982:1021 y 1029 a 1046)

ordinario, lo que, unido al sistema de doble subasta con sujeción al mismo tipo, provocaba graves problemas para obtener el fin último perseguido por la Ley.

Tras la redacción que el RD 290/1992 de 27 de enero atribuyó a los artículos reformados del Reglamento Hipotecario, se revitalizó la actuación notarial en la materia dotando al fedatario público de un cierto carácter de colaborador judicial, cuestión que ha llevado a nuestra doctrina²¹ a plantearse problemas de alcance jurídico, tanto en lo que se refiere a la naturaleza de su función en conexión con la jurisdicción voluntaria, como en lo referente a la competencia objetiva y su choque con el artículo 117 CE.

Nuestra posición contraria a la pretendida vinculación con la jurisdicción voluntaria como fundamentadora de la naturaleza de la función notarial ha quedado expresada en apartados anteriores, de forma que podríamos considerar incluso el dilema sobre si el Notario es un intruso en la ejecución hipotecaria general.

Ciertamente, resulta difícil la elaboración de un concepto para definir el Notario como fedatario público, sobre todo si no se aborda esa labor teniendo en cuenta conjuntamente los dos polos en torno a los que gira su actividad: el funcionario público y el profesional del Derecho. Sólo si se consideran esos dos aspectos se encontrará sentido a los principios de imparcialidad, de libre elección e independencia que caracterizan al Notariado español.

El ejercicio del Notariado comprende la labor de dar forma, constituir prueba y otorgar eficacia conforme a la Ley y en el mismo se detectan tres aspectos que no es posible escindir o separar: la esencial función de documentación, la de dación de fe y la de interpretación y mediación.²²

Conforme al primero de ellos, el Notario redacta el documento cuya autorización solicita y conforme al segundo otorga la fe pública dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 1. 3º LN. En cuanto a la interpretación, baste recordar lo que establece el artículo 147.1º del Reglamento Notarial: «*[e]l Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción*».

Para mayor complejidad interpretativa, el artículo 1 LN afirma que «*[e]l Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes de los contratos y demás*

²¹ Muy especialmente, Gómez-Ferrer Sapiña (1993:108 y 109)

²² Delgado de Miguel (1993: 236)

actos extrajudiciales», disponiendo por su parte el artículo 1. 2º RH que «los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de 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. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial...».

Como puede observarse a primera vista, las dos conceptuaciones legales nos dan idea de la excesiva simplificación que la Ley del Notariado ha ofrecido en su contenido, afortunadamente completado por el Reglamento, aun cuando como acertadamente observa GOMÁ SALCEDO (1992:14), el aspecto profesional se deja entrever cuando la propia Ley habla en su artículo 1 de dar fe «*de los contratos y demás actos*», conceptos que en sí, son inaprehensibles por los sentidos y que, por consiguiente, no pueden ser objeto directo o principal de la fe pública.

Esta doble vertiente, funcional y profesional expresamente referidas por sus normas orgánicas, es la que certeramente define al Notariado latino, a la que hemos de unir la obligación de retribuir que recae sobre los otorgantes o requirentes del instrumento público, constituyendo un dato de gran importancia en la labor calificadora de la función notarial el carácter de esta retribución, que no corre a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, sino a cuenta de los particulares requirentes por medio del Arancel y en su caso de los precios públicos, característicos de la actividad notarial, que, además genera la obligación del particular de satisfacer el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) propio de la actividad profesional²³, lo que supone que en la minuta notarial (y registral, porque la argumentación es perfectamente extensible a los Registradores) se comprenderán varios conceptos sujetos a tributación diferenciada: la intervención profesional y el arancel como expresión de un tributo vinculado a un servicio público.

Hace ya casi una treintena de años la Dirección General de Tributos, ofreció un punto de reflexión acerca del innegable carácter profesional del Notario, cuando por la Resolución de 3 de septiembre de 1986, en respuesta a una consulta vinculante formulada por la entonces

²³.- Desde el 1 de enero de 2015 todos los servicios prestados por Notarios y Registradores quedan sujetos y NO exentos en el IVA al tipo ordinario del 21% en virtud de expresa disposición de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

Junta de Decanos de Colegios Notariales de España (actual Consejo General del Notariado), dispuso en cuanto a la sujeción al I.V.A. que los asesoramientos o consultas prestadas por los Notarios, no actuando como funcionarios públicos se entenderán realizadas en el lugar en que radique la sede de su actividad económica, o el establecimiento permanente del destinatario, o en su defecto, en el lugar de su domicilio.

En consecuencia, y desde nuestra estricta convicción, podemos definir al Notario como un profesional del Derecho que ejerce la función privada de interés público de dar fe en relación a toda clase de hechos y actos jurídicos, en virtud de una atribución legal directa, no constituyente de delegación estatal que requiere para su ejercicio encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Notarial, como Corporación de Derecho Público que forma parte del Consejo General del Notariado.

Como anteriormente se apuntaba, encontramos en nuestro Derecho cierta confusión en cuanto a los aspectos funcionariales y profesionales del Notario, aun cuando el aspecto profesional esté dotado del carácter de servicio público, configurándose así, como casos de actividad mixta profesional privada y pública que ofrecen un punto de aclaración en el asunto que tratamos.

Buena prueba de ello fue la STS, Sala 1^a de 3 de julio de 1965 (R.J 3696) que puede señalarse como ejemplo de confusión entre los conceptos de funcionario público y de función pública cuando afirma que «[...] *la Ley atribuye naturaleza pública al funcionario fedante, al no admitirse cotos parcialmente soberanos atribuidos al Poder público*>>, aunque esta confusión aparece en ocasiones de forma exactamente en el ámbito de los servicios derivados del ejercicio de la Abogacía, o incluso fuera del campo jurídico, como la actividad propia de las oficinas de Farmacia, definidas por el art. 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia²⁴, como establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas.

Según dicha norma, el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar una serie tipificada de servicios básicos a la población, unos de carácter estrictamente profesional-asistencial-comercial y otros de directa y obligada colaboración con la Administración Pública.²⁵

²⁴ Ya el artículo 1 apartado 1º de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1980 definía a la Farmacia como «establecimiento sanitario donde se ejercen funciones, actividades y servicios asistenciales farmacéuticos, así como de salud pública».

²⁵ Como pone de manifiesto Cerdá Olmedo (1985:68), el farmacéutico de una oficina es un comerciante, como titular de una empresa mercantil, pero también es un profesional cuya actividad, rígidamente reglamentada,

Sirva como exemplificación de esta confusión a la que nos referimos el hecho de que la relación notarial se basa en un contrato de servicios cualificado por el alcance público de la función que ejercita una de las partes, por contar con una delegación de potestad-función pública, que así queda perfilado en la minuta que se elabora una vez realizado el otorgamiento por incluir un sistema de retribución mixto y simultáneo: arancel y honorarios profesionales, lo que nos sitúa siempre en la existencia de sujetos de la relación jurídica que asumen obligaciones concretas, el Notario y el interesado que lo requiere.

I.3. La plena legalidad intrínseca de la institución denominada venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH y la decisiva influencia de la naturaleza jurídica de la función notarial como elemento interpretativo de su plena legitimidad en el sistema

Hasta el momento hemos defendido la inadecuación conceptual derivada de la fundamentación de la función notarial en la jurisdicción voluntaria, pero son los términos de la ley los que vuelven a arrojar dudas que conviene despejar de forma radical, ya que no parece muy adecuado que nuestra legislación hipotecaria se refiera al procedimiento de ejecución extrajudicial controlado notarialmente.

La disposición final 9^a apartado 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. dispuso que «*la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario*».

En esta primera redacción se preveía un doble camino de ejecución siempre sometido a pacto, de forma que en todo caso era ejercitable la acción ejecutiva hipotecaria y la venta extrajudicial en su caso, si así se hubiere pactado expresamente, pacto que reformas posteriores hacía recaer en un pretendido procedimiento basado en el artículo 129 LH, que fue posteriormente rectificado conceptualmente quedando en vigor hasta la actualidad.

representa un estadio intermedio entre la función pública y una profesión liberal cualquiera. Así, según el mencionado autor, el farmacéutico dedicado habitualmente a realizar actos de comercio atiende un interés público cualificado: la salud pública. Acerca de este carácter de función privada de interés público, puede consultarse la doctrina jurisprudencial establecida en las STS Sala 3^a, 862/2021, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2427) y STS Sala 3^a, 1393/2022, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3884) con referencias a las anteriores SSTS Sala 4^a, de 25 de junio de 1978 y de 13 de diciembre de 1978.

Incluso hoy día, el citado artículo 129 LH se refiere en sus apartados 2-g y h al procedimiento y no a la venta, como puede observarse en el primer apartado cuando el legislador refiere que «*g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal»;* y, en el siguiente, cuando declara que «*h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»*, declarando la ley procesal como norma subsidiaria.

La ejecución extrajudicial requiere la intervención cualificada de Notario y Registrador de la Propiedad, actuando el primero con la función de dirigir la sucesión de actos tendentes a la ejecución y dando fe de ellos y el segundo, en cuanto que la ejecución extrajudicial se fundamenta en la legitimación registral relativa al bien hipotecado debiendo hacerse constar las circunstancias mismas de la ejecución mediante nota al margen de la inscripción de hipoteca, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 236 b del Reglamento Hipotecario.

Realmente no es un procedimiento en el sentido procesal del término y parece inadecuada la referencia que todavía en la actualidad aparece en tal sentido en el artículo 129 LH tras sucesivas reformas legislativas, y buena prueba de ello es la previa exigencia de un doble título para la incoación, la escritura de constitución de hipoteca y la certificación registral, relacionadas exclusivamente con la fe pública notarial y registral, lejos de toda intervención judicial, sin olvidar nunca que no es admisible el ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación a las normas de procedimiento.

Tal y como ya hemos puesto de manifiesto, aunque la venta extrajudicial a la que se refiere el artículo 129 LH presenta naturaleza ejecutiva, tiene una base consensual entre las partes interesadas que es absolutamente diferencial respecto a cualquier procedimiento judicial ordinario o especial.

La venta extrajudicial prevista para la realización de valor recuperatorio en el ámbito de la garantía hipotecaria, aunque en algunos momentos ha sido puesta en tela de juicio su legalidad intrínseca en contra de los criterios mayoritarios sostenidos por nuestra

jurisprudencia, es plenamente legítima y ajustada a Derecho, independientemente del dato estadístico de su utilización práctica.

El problema se provocó a consecuencia de la posición radicalmente contraria a la vigencia de la ejecución extrajudicial hipotecaria por afectación de constitucionalidad al vulnerar la doctrina derivada del artículo 117 CE, y serían la STS Sala 1^a 402/1998, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2802) y posteriormente la STS Sala 1^a 398 /1999, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:1999:2599) las que pusieran en tela de juicio la constitucionalidad y legalidad del llamado procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca.

En sus considerandos y fundamentos jurídicos, reiterados en resolución judicial posterior de 24 de abril de 1999, se declara que la función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial directriz que, además, se asienta en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez a la vista del contenido estricto del artículo 117 CE.

Estos argumentos se refuerzan cuando se declara por la Sala 1^a que esa línea de reflexión «*es línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución española y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según explicita, además, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/1987, de 28 de octubre, al declarar "que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117-3».*

Tales argumentos vinieron a consolidar la idea de que la jurisdicción es un concepto global que integra tanto la jurisdicción contenciosa como la voluntaria, y que en consecuencia se sobrepasan los límites más estrictos en lo conceptual y en los efectos propios de las normas.

Consideró el Tribunal Supremo que la ejecución extrajudicial se encontraba regulada en los artículos 129 LH y 234 y siguientes del RH, que eran en su vigencia anteriores a la Constitución Española, con lo que no sería el Tribunal Constitucional el único capacitado para derogarlas, declarando la Sala 1^a que en consecuencia, el artículo 129 párrafo segundo LH debía considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución Española, al provocar una frontal oposición a lo dispuesto por el apartado 3 del artículo 117 de la norma constitucional.

El enfrentamiento se produjo de forma abierta entre las Salas 1^a de lo Civil y 3^a de lo Contencioso-Administrativo a cuenta de la pretendida inconstitucionalidad del precepto llegando a plantearse posteriormente una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 1919/1999), por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, respecto al párrafo segundo del art. 129 LH, desarrollado por los arts. 234 a 236 o) RH, resuelta por la importante STC 224/2006, de 6 de julio (BOE-T-2006-14186).

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional decidió inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada desestimando la petición alegando que no se sometía en realidad al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 129 LH, o lo que es igual, una mera explicación comprensible de las razones en virtud de las cuales el órgano promotor de la cuestión duda de la constitucionalidad del precepto legal, sino una mera exposición doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de dicha constitucionalidad, para que resolver por cuál habría que decantarse, siendo la cuestión de inconstitucionalidad más que dudosa a juicio del Tribunal.

El debate debía considerarse zanjado cuando se produjo la reforma del artículo 129 LH por la LEC, haciendo desaparecer las referencias a las expresiones «*procedimiento*» y disponiendo su activación como «*venta extrajudicial del bien hipotecado*», conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada siendo realizada ante Notario con los requisitos previstos por la Ley Hipotecaria, criterio indubitable y desconectado de todo contenido ejecutivo que sería después consolidado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social al reiterar en su Disposición transitoria quinta la denominación y efectos como simple «*venta extrajudicial*».

De esta forma, la doctrina que se había pronunciado a favor de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial quedaba consolidada, si bien perfeccionada con las reformas legislativas que eliminaban los trazos de enfrentamiento o colisión constitucional, sin mayor novedad al respecto²⁶.

La cuestión alcanzaría una nueva cota de interés jurídico con una resolución posterior

²⁶ Muy interesantes fueron los trabajos elaborados por López Liz (1999:25 y ss), Núñez Boluda (1999:321 a 330) y Poveda Díaz (1999:567 a 593).

de órgano inferior, pero muy consolidada en la jurisprudencia de las Audiencias provinciales cual fue la SAP Sevilla, 5534/2000 de 18 de diciembre (ECLI:ES:APSE:2000:5534) que declaró la plena validez jurídica del procedimiento de ejecución extrajudicial al entender que es perfectamente compatible con la Constitución la norma legal que permite a las partes que pacten un medio alternativo de ejecución para hacer efectiva la acción hipotecaria, «*porque no infringe la exclusividad de la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado en tanto no contiene actos de coerción que son exclusivos de los órganos jurisdiccionales, el desarrollo y regulación de ese procedimiento extrajudicial puede hacerse por vía reglamentaria sin quebrar ninguna norma constitucional*».

Además, porque en el caso del artículo 129 LH ya manifestaba la Audiencia Provincial de Sevilla que esto era así porque «*no se trata de un verdadero proceso de ejecución sino de una forma alternativa convenida por las partes para obtener la satisfacción de lo debido que no contiene el recurso a la coerción, auténtica esencia de la ejecución, por lo que no puede considerársele una actuación ejecutiva en sentido estricto*», siendo lo cierto que la LEC ha mantenido la referencia y remisión a la Ley Hipotecaria para la venta extrajudicial ante notario.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica) se manifestó en torno a la cuestión en la Resolución de 29 de diciembre de 2005 (BOE núm. 25, de 30 de enero de 2006) que resolvía recurso interpuesto por Notario autorizante frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una compraventa forzosa derivada de una ejecución extrajudicial de hipoteca, defendiendo la plena vigencia de la ejecución extrajudicial²⁷.

Es reseñable la opinión de PEREZ HEREZA (2016:2) con ocasión de la STS de 14 de julio de 2016, que estimó el recurso de casación considerando no abusiva la cláusula de sumisión expresa a ejecución extrajudicial, considerando que habría sido deseable que con dicha resolución hubieren concluido «*las sospechas que han rodeado el procedimiento de venta extrajudicial*» para zanjar definitivamente la cuestión con mínimas garantías de

²⁷ En su Fundamento Jurídico 3º c) declaró que <<Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según el artículo 236 del Reglamento Hipotecario, las mismas que se prevén en el artículo 132 Ley Hipotecaria. Después de afirmar que no se limitan las posibilidades de contradecir (que siguen abiertas en el juicio ordinario), sino las de suspender, aduce otro argumento más para concluir que no se viola el artículo 24 Constitución Española: «... el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional>>.

certeza y seguridad jurídica.

Queda clara la decisiva influencia de la naturaleza jurídica que presenta la función notarial en cuanto a las consecuencias que se despliegan en torno al pacto expreso en título notarial, por el que se produce la sumisión a la venta extrajudicial ante notario, que es la denominación vigente, en primer lugar por estar basada en el principio de autonomía de la voluntad amparado en el artículo 1255 CC y en segundo lugar porque han de considerarse ya definitivamente superadas las dificultades interpretativas que dieron lugar al intenso debate jurisprudencial y doctrinal en torno a su constitucionalidad.

Realmente, la llamada venta extrajudicial ante Notario no puede calificarse de proceso, término este técnico-jurídico vinculado a la jurisdicción ordinaria, y no puede confundirse con el ejercicio de acción alguna tutelada jurisdiccionalmente cuyo desarrollo en sucesión de actos reglados conformaría un procedimiento. No puede calificarse como proceso ejecutivo, aunque presente algunas semejanzas con él, lo que en modo alguno justificaría la atribución sin más de su naturaleza jurídica.

Tal y como señala MURGA FERNANDEZ (2023:12), parece bastante claro que la venta extrajudicial no constituye un proceso de ejecución y que el Notario no asume ninguna función jurisdiccional siendo buena prueba de ello que la resolución sobre las posibles causas de oposición admisibles legalmente (por ejemplo, la concerniente a la existencia de cláusulas abusivas), correspondan al Juez y no al Notario interviniente.

Por supuesto, y para zanjar cualquier debate sobre la eventual inconstitucionalidad del sistema diseñado por el artículo 129 LH, no existe sombra alguna de duda en cuanto a la legalidad del sistema de la venta extrajudicial del bien hipotecado ante el incumplimiento de la obligación garantizada, especialmente por la referencia que el artículo 129 LH realiza al artículo 1858 CC, con una limitación también expresa: el pacto será válido siempre que se haya previsto expresamente por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

La referencia al artículo 1858 CC cierra también un debate de forma clara y segura, desde la perfecta combinación de la responsabilidad universal del deudor derivada del artículo 1911 CC en perfecta simbiosis separada técnica y funcionalmente de la responsabilidad que se protege en el artículo 1858 del mismo texto legal «*para pagar al acreedor*», tal y como expresamente declara el legislador.

II. LAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS DE LA LLAMADA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL

La venta extrajudicial diseñada por el legislador ha sido un instrumento de desarrollo jurídico complementario a la ejecución ordinaria judicial que ha contribuido a aumentar la seguridad jurídica y a impulsar el tráfico jurídico ordinario dentro de sus estrictos límites, marcados de antemano por el artículo 1255 CC.

El problema es que cuando el legislador abordó la reforma del artículo 129 LH en conexión con el pacto expreso desde la óptica del artículo 1858 CC ya existía un medio ambiente ciertamente oscurecido por el debate preexistente en años anteriores acerca de su constitucionalidad que probablemente influyó en años posteriores para rediseñar funcionalmente la institución.

La reforma operada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social introdujo en la ejecución extrajudicial el debate acerca de las cláusulas abusivas y la posición del Notario como coordinador-director del proceso puesto que se hacen coincidir algunas medidas que son propias de la ejecución judicial, pero sin las garantías de potestad propia que asisten al Juez.

De esta forma, la Ley 1/2013 prevé de forma expresa en la venta extrajudicial la posibilidad de que el Notario pueda suspender el trámite cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas, atribuyendo además facultades al Notario para advertir a las partes la existencia de alguna cláusula abusiva²⁸.

Sin embargo, nada se ha previsto por el legislador para el caso de que el Notario detecte deficiencias en cláusulas del título contractual garantizado y muy particularmente cuando el mismo fedatario considere que existe una cláusula afectada de nulidad, por desgracia más que posibles en la práctica, lo que provocaría una evidente parálisis de la función notarial ya que correspondería acudir a la vía jurisdiccional ordinaria para su

²⁸ Estas modificaciones se incluyeron en la Ley 1/2013 a consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (C-419/11) dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

impugnación, sin que conozcamos qué debería hacer el fedatario a continuación según el legislador y sobre todo, qué procedimiento habría de seguirse en tal caso.

En la regulación de la venta extrajudicial confluyen normas de diferente rango, de diferente función normativa, de distinto ámbito de aplicación y casi me atrevo a afirmar que, con distintos fines, y el legislador asiste inerte a su despliegue práctico haciendo que las numerosas dudas que pueden surgir en numerosos aspectos concretos.

Así ocurre en la práctica en cuanto al sistema de edictos y notificaciones, la adjudicación de remanentes, posición de terceros poseedores o de titulares de cargas anteriores y sobre todo, posteriores, coordinación con la competencia calificadora del Registrador, entre otras muchas más que pueden presentarse y recaen material y funcionalmente sobre un Notario que simplemente ejerce una delegación de funciones estatales, delegación de funciones que, si creemos en lo que las diferentes reformas normativas nos han ido manifestando en sus exposiciones de motivos, es un colaborador de la justicia y no un actor principal y directo de la potestad jurisdiccional, como hemos puesto de manifiesto en nuestro trabajo.

Incluso la inquietante cuestión de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el Notario interviniendo nos arroja serias dudas de garantías jurídicas elementales, sobre todo para él como sujeto activo que ha de huir (así lo declaró expresamente la jurisprudencia) «*de lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional*» ante la seria amenaza que supone el artículo 1902 CC y la acreditación de la falta de diligencia debida, superior sin lugar a dudas a la diligencia exigible para otros profesionales en el desempeño de sus funciones²⁹.

Del contenido del artículo 129 LH cabe deducir una serie de disfunciones normativas que contribuyen decididamente a diseñar un panorama difuso de la venta extrajudicial en lo que se refiere a su materialización y coordinación con otras normas con una afectación directa de la plena vigencia del principio de seguridad jurídica.

Basta una lectura simple del artículo 129 LH para descubrir muchas de las disfunciones a las que nos referimos, comenzando con el contenido del apartado 2. d) y su remisión directa a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto que la venta «*se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos*

²⁹ Cfr. STS Sala 1^a 75/2000 de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:769) que exige un nivel de diligencia superior del Notario en la dación de fe como actuación profesional.

en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El apartado 2. e) se dispone una remisión expresa al Reglamento Hipotecario cuando se declara que será esta la norma competente para determinar «*la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones en el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación*», con ulterior remisión a los artículos 72 a 77 LN en versión reformada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

Por último, como ejemplo de la insuficiencia de la normativa en vigor, el apartado 2. h del artículo 129 LH declara en fórmula abierta que la LEC tendrá carácter supletorio <<*en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*>>, referencia ésta última que vuelve a complicar el panorama interpretativo al que ha de enfrentarse el Notario interviniendo en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, fijando algunas condiciones especiales para el caso de que el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, sin suspensión de la ejecución.

La integración, interpretación y aplicación de estas normas, de diferentes rangos, fines y competencias de ejecución nos plantea en la actualidad un muy serio problema de actuación para el Notario interviniendo (no debemos olvidar la constante presencia de la exigencia de una diligencia superior en su acción que nos resitúa a cada paso en el ámbito del artículo 1902 CC y la responsabilidad extracontractual por daños).

En nuestra doctrina ya se han pronunciado algunos autores acerca de los problemas generados por esta coexistencia forzada de normas de tan diferentes fines y naturaleza, destacando especialmente desde una visión eminentemente práctica los numerosos problemas de interpretación brillantemente referidos por MICÓ GINER, J (2016: 3), por ejemplo, en cuanto al problema de la inexistencia de edictos en el procedimiento notarial, el problema de los titulares de cargas posteriores, la inexistencia de medios alternativos a la subasta, momento y notificación de la protocolización del acta, adjudicación de remanentes, distribución de sobrantes o la fijación de deuda pendiente³⁰.

³⁰ Por su parte, Murga Fernández (2016:9) pone de manifiesto que «[e]sta confusa realidad normativa

Estas claras deficiencias provocadas por la ausencia de una normativa unificada, coordinada y mínimamente lógica hacen que el recurso a la venta extrajudicial, diseñado inicialmente por el legislador como una excepción y después asumido como una vía ordinaria más (siempre *ex pacto*), útil por su rapidez y relativa sencillez en su desarrollo deban ser objeto de una profunda reforma legislativa que devuelva la regulación de la venta extrajudicial a la legislación notarial como sede normativa natural en la que se definan y desarrolleen las funciones asumidas por el notariado en la gestión del crédito garantizado con hipoteca como garantía real de mayor peso y poder de realización de nuestro ordenamiento.

Desde la Ley del Notariado y su Reglamento se logrará a nuestro entender que la competencia notarial alcance pleno sentido y fundamento en todo lo actuado frente a las continuas injerencias de la legislación procesal, fuera de lógica, de órbita y de aplicación frente a una función, la notarial que a nuestro juicio, ni ha tenido, ni tendrá nunca, un fundamento auténtico de su naturaleza jurídica en la jurisdicción voluntaria, manifestado este límite que señalamos en el sentido de nuestra convicción de que la jurisdicción a la que se refiere el artículo 117 CE es una, e integra tanto a la contenciosa como a la voluntaria en una precomprensión del texto normativo desprovista de influencias de oportunidad político-económica o puramente artificiales.

Bibliografía

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1946), *Función notarial y elaboración del Derecho*, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1950), «En torno a la función notarial», *AA.A.M.N.*, Madrid, T. II.
- CERDÁ OLMEDO, M. (1985), «La oficina de farmacia y el régimen económico del matrimonio», *RDN*, julio-diciembre, 1985.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982), «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, vol. 35, nº 4 (pp. 987-1086).
- DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1993), «La función notarial». *Ponencias presentadas por el Notariado Español en la VI Jornada Notarial Iberoamericana*, Quito, Consejo General del Notariado, Guadalajara (pp.236 y ss.).
- GIMÉNEZ ARNAU, E. (1976), *Derecho Notarial*. Pamplona.
- GIMENO GAMARRA, R. (1953), «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *ADC*, enero-marzo 1953 (pp.16 y 17).

debilita claramente la figura y la hace mucho menos atractiva para los operadores jurídicos, desaprovechando así las importantes ventajas potenciales que presenta: fundamentalmente, su celeridad, la descongestión judicial y su menor coste».

- GOMÁ SALCEDO, J. E. (1992) *Derecho Notarial*, Madrid.
- GOMEZ FERRER SAPIÑA, M. (1993), «El ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario». *Ponencias presentadas por el Notariado Español en la VI Jornada Notarial Iberoamericana de Quito*, Consejo General del Notariado. Guadalajara (pp. 108 y 109).
- GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1948) *Instituciones de Derecho Notarial*, T. I, Reus, Madrid.
- LÓPEZ LIZ, J. (1999) *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial: compendio argumental contra la sentencia de 4 de mayo de 1998*, Ed. Bosch, Barcelona.
- MICÓ GINER, J. (2016), «Venta extrajudicial: las dudas prácticas y las reflexiones de mayor calado que suscita», *El Notario del Siglo XXI*, nº 69, septiembre-octubre 2016 (<https://legado.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6967-venta-extrajudicial-las-dudas-practicas-y-las-reflexiones-de-mayor-calado-que-suscita>).
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2023), «La venta extrajudicial de inmuebles hipotecados: un estudio crítico», *RDC* (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>), vol. X, nº 5 (octubre-diciembre, 2023) Estudios (pp. 1-42).
- NÚÑEZ BOLUDA, L. (1999), «La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al procedimiento extrajudicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998», *RDP*, abril 1999, pp. 321 a 330.
- OTERO PEÓN, M. (1974), «En torno al Notario y a la función notarial», *RDN*, nº 84 (pp.120 y ss.).
- PEREZ HEREZA, J. (2016) «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria», *El Notario del Siglo XXI*, nº 69, septiembre-octubre 2016 (<https://legado.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6966-el-tribunal-supremo-se-pronuncia-sobre-el-procedimiento-de-ejecucion-extrajudicial-hipotecaria>).
- POVEDA DÍAZ, J. (1999) “Constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca”, *RGLJ*, núm. 5 (pp. 567 a 593).
- SANTOS BRIZ, J. (1989) *Responsabilidad Civil*, Madrid, 1989.
- TAMAYO CLARES, M. (1993), «Temas de Legislación Notarial», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Separata nº 21, febrero 1993 (pp. 10 y ss.).

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1965 (R.J 3696) que puede señalarse como ejemplo de confusión entre los conceptos "funcionario público" y "función pública"

STS, Sala 1^a, 483/2016, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3412). La venta extrajudicial a la que se refiere el artículo 129 LH presenta naturaleza ejecutiva y presenta una base consensual absolutamente diferencial.

STS, Sala 1^a, 402/1998, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2802). Posibles tramas a la vigencia de la ejecución extrajudicial por inconstitucionalidad.

STS, Sala 1^a, 398 /1999, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:1999:2599). Posibles tramas a la vigencia de la ejecución extrajudicial por inconstitucionalidad, con referencia a las SSTS (Sala 3^a) de 16 de octubre y de 23 de octubre, ambas de 1995, y SSTS (Sala 1^a) de 4 de mayo de 1998 y de 24 de abril de 1999.

STS, Sala 3^a, 862/2021, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2427). Naturaleza jurídica mixta de las oficinas de farmacia.

STS, Sala 3^a, 1393/2022, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3884). Naturaleza jurídica mixta de las oficinas de farmacia.

STS, Sala 1^a 75/2000 de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:769). Ha de exigirse en la intervención notarial un nivel de diligencia superior del Notario en la dación de fe como actuación profesional.

Tribunal Constitucional

STC 224/2006, de 6 de julio (BOE-T-2006-14186) resolviendo cuestión de inconstitucionalidad del artículo 129 apartado 3 LH interpuesto por la Audiencia Provincial de Valencia.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-419/11), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante Auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011, en el procedimiento entre D. Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa),

Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de 29 de diciembre de 2005 (BOE núm. 25, de 30 de enero de 2006) que resuelve recurso interpuesto por Notario autorizante frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una compraventa forzosa derivada de una ejecución extrajudicial de hipoteca defendiendo su plena legalidad y vigencia.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD ÚNICA EUROPEA DERIVADA DE UNA INFRACCIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ITALIANA

On European sole liability arising from an infringement of the General Data Protection Regulation in the light of the Italian experience

ANGELO VENCHIARUTTI

avenchiarutti@units.it

Asociado de Derecho Civil
Universidad de Trieste (Italia)

Cómo citar / Citation

Venchiarutti, A. (2025).

Sobre la responsabilidad única europea derivada de una infracción del Reglamento General de Protección de Datos a la luz de la experiencia italiana.

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 114-134

DOI : <https://doi.org/10.62158/cdp.87>

(Recepción: 08/09/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen:

Mediante una serie de resoluciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha precisado el alcance interpretativo del artículo 82, apartado 1, del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Estas decisiones han suscitado un interés particularmente intenso en la doctrina, en la medida en que contribuyen a perfilar los presupuestos y la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de la infracción de las disposiciones del RGPD, así como a ofrecer criterios orientadores sobre la indemnización de los daños inmateriales. Al mismo tiempo, dichas sentencias representan aportaciones significativas al proceso de construcción de un marco normativo europeo en materia de responsabilidad civil, favoreciendo la progresiva consolidación de un auténtico derecho privado europeo.

Palabras clave

Datos personales; Infracción RGDP; Responsabilidad civil; perjuicio inmaterial; disculpas; indemnización; derecho privado europeo.

Abstract

Through a series of judgments, the Court of Justice of the European Union (CIEU) has delineated the interpretative scope of Article 82(1) of the General Data Protection Regulation (GDPR). These rulings have attracted significant attention in law scholars, as they clarify the prerequisites and the nature of civil liability arising from infringements of the GDPR, while also providing guidance on the assessment and compensation of non-material damage. At the same time, they represent substantial contributions to the ongoing construction of a European framework for civil liability, thereby advancing the gradual consolidation of an autonomous body of European private law."

Key words

Personal data; GDPR infringement; civil liability; non-material damage; apologies, compensation; European private law.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 82, APARTADO 1, DEL RGPD. - III. EL PROBLEMA DE LA INJUSTICIA DEL DAÑO. IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL. V. LA PRUEBA LIBERATORIA. VI. EL DAÑO. VII. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL. - VIII. LAS DISCULPAS COMO INDEMNIZACIÓN. IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el espacio de un bienio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado con una serie de decisiones sobre la interpretación del artículo 82, apartado 1, del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Las sentencias han suscitado un interés especialmente amplio y articulado entre los estudiosos de la materia. De hecho, no se limita a la importante aclaración sobre los requisitos y los límites de la responsabilidad civil y del derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de infracción de las disposiciones del RGPD. Las sentencias del Tribunal también constituyen piezas importantes en el proceso más amplio de elaboración de una normativa europea en materia de responsabilidad civil, contribuyendo al desarrollo de un verdadero derecho privado europeo.

Bajo este último aspecto, su alcance sistemático parece notable. Esto es aún más relevante si se tiene en cuenta que, hasta ahora, las iniciativas emprendidas a nivel europeo en materia de responsabilidad civil han tenido un impacto bastante limitado, a menudo confinado a modelos teóricos o a propuestas de armonización que no han tenido una aplicación normativa efectiva.

A este respecto, basta con recordar algunos casos. La propia experiencia del Grupo Europeo sobre Derecho de la Responsabilidad Civil (*European Group on Tort Law*) lo confirma. A pesar de haber logrado un importante hito cultural con la elaboración de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (*Principles of European Tort Law*) y su comentario, los efectos concretos son bastante modestos. No ha tenido ninguna incidencia en las políticas normativas europeas, ni se ha traducido en propuestas concretas de reforma o siquiera en perspectivas de transposición por parte de los legisladores nacionales o supranacionales.

Otra oportunidad perdida, que inicialmente había suscitado grandes expectativas, es la propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de la inteligencia artificial¹. En los primeros meses de este año, la Comisión Europea decidió retirar la propuesta presentada en 2023. Por otra parte, incluso si el proyecto hubiera seguido su curso hasta llegar a la aprobación, la directiva habría constituido una intervención de armonización mínima. En consonancia con el principio de proporcionalidad, el objetivo declarado en el texto de la propuesta de directiva era, en efecto, «*armonizar de manera específica únicamente las normas de responsabilidad subjetiva que rigen la carga de la prueba para las personas que reclamen una indemnización por daños y perjuicios causados por sistemas de IA*» (Considerando nº 10). Sin embargo, quedaban excluidos de la armonización los aspectos sustantivos del derecho de responsabilidad civil, como la definición de la culpa o de la causalidad, los diferentes tipos de daños y perjuicios que dan lugar a indemnización, la distribución de la responsabilidad entre varios causantes de los daños, la concurrencia de culpas, la cuantificación de los daños y perjuicios o los plazos de prescripción. Todos elementos que, según el esquema de la directiva, habrían seguido estando regulados de manera heterogénea por las normativas nacionales de actuación de la Directiva.

Esto no significa que no haya ejemplos significativos. Basta pensar, en primer lugar, en la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que recientemente ha sido objeto de una oportuna actualización normativa por parte del Parlamento Europeo y del Consejo². Del mismo modo, podrían mencionarse otras intervenciones sectoriales importantes. Sin embargo, incluso estos ejemplos, por significativos que sean, siguen siendo iniciativas aisladas. Falta un verdadero efecto sistémico y están poco integradas en un proyecto coherente de armonización sustantiva.

La serie de sentencias del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad y la indemnización por daños y perjuicios por infracción del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) parecen haber dado inicio a una nueva etapa en la construcción de un derecho de responsabilidad civil europeo. Las decisiones parecen asumir un papel impulsor. A través de la interpretación jurisprudencial, establecen criterios y principios susceptibles de orientar de manera uniforme la materia en el ámbito de la Unión Europea, contribuyendo así a la consolidación de un espacio jurídico europeo común también en lo que respecta a la responsabilidad civil extracontractual.

¹ Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 496 final: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52022PC0496>.

² Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32024L2853>.

La decisión, a nivel europeo, de regular y tipificar mediante una disposición reglamentaria la cuestión de la responsabilidad y la indemnización por daños y perjuicios derivados de una infracción del RGPD es la base de las decisiones del TJUE. Precisamente por el hecho de que la norma de responsabilidad prevista en el artículo 82 del RGPD está establecida exclusivamente por una fuente normativa europea, el proceso de construcción progresiva de la responsabilidad civil por el tratamiento ilícito de datos personales está destinado a seguir una dirección particular.

Es casi superfluo recordar aquí que los Reglamentos son, por su propia naturaleza, instrumentos de uniformización, ya que sus normas tienen alcance general, son obligatorias -eficaces en los sistemas de cada Estado miembro- y aplicables, incluso, por cualquier juez nacional en el caso concreto³. Por lo tanto, cuando el legislador de la Unión Europea interviene con el instrumento de la uniformidad, por una técnica interpretativa arraigada, las eventuales lagunas normativas no deben colmarse recurriendo a normas, principios o módulos interpretativos extraídos de los ordenamientos nacionales individuales. Su utilización conduciría inevitablemente a un resultado de fragmentación normativa contrario al objetivo de uniformidad al que tiende la fuente normativa europea⁴. En cambio, las lagunas deben colmarse mediante una interpretación sistemática, capaz de encontrar soluciones dentro del ordenamiento de la Unión. Los criterios interpretativos nacionales solo podrán aplicarse de manera complementaria y en relación con aspectos totalmente residuales⁵.

Una breve ilustración de las diferentes cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Tribunal de la meseta Kirchberg, en la interpretación del artículo 82, apartado 1, del RGPD, constituye la premisa para las consideraciones que se desarrollarán en estas páginas. Por lo tanto, se analizarán en primer lugar las conclusiones del Tribunal y se prestará especial atención a las etapas más significativas del razonamiento desarrollado por los jueces de Luxemburgo en las diversas sentencias (a partir de la sentencia C-300/21 de 4 de mayo de 2023)⁶. De este modo, se pretende ilustrar el alcance de la

³ A este respecto, basta remitirse al texto del artículo 249 del TCE, actualmente artículo 288, apartado 2, del TFUE, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴ De hecho, el propio legislador europeo señala, entre las razones, en materia de política jurídica, de la sustitución de la Directiva (CE) 1995/46 por un Reglamento, la intención de garantizar una aplicación coherente y homogénea de las normas relativas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en toda la Unión y de evitar disparidades que puedan obstaculizar la libre circulación de datos personales en el mercado interior (véanse específicamente los considerandos 9 a 13 del RGPD).

⁵ Según la doctrina italiana, Russo (2008: 39) contempla la integración de un Reglamento mediante el Derecho interno en dos casos: una delegación explícita de la integración, por parte del legislador europeo, a los legisladores nacionales, y la necesidad implícita de una integración para la aplicación del Reglamento (véase también el artículo 4, apartado 3, TUE).

⁶ La sentencia del TJUE, de 4 de mayo de 2023, C-300/21 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/), ha sido objeto de numerosos comentarios. Para las contribuciones de la doctrina italiana, sin pretensión de exhaustividad, véase: Calabrese (2023: 1119), Camardi (2023: 1136), Scognamiglio (2023: 1150); Palmieri y Pardolesi (2023: 278); Pagliantini (2023: 285); Alonzo (2024: 601); Baldini (2023: 1185); Buset (2024: 1008).

responsabilidad y las reglas de indemnización por daños y perjuicios por infracción del RGPD. A continuación, se presentarán consideraciones y evaluaciones de sentido general.

II. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 82, APARTADO 1, DEL RGPD

A continuación, pasamos a la ilustración y el análisis de las reglas derivadas de las diversas sentencias dictadas, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del artículo 82, apartado 1, del RGPD. Los jueces europeos han explicitado en primer lugar los elementos constitutivos del caso de responsabilidad por infracción del Reglamento UE 2016/679.

Para facilitar la comprensión del lector, recuerdo el texto de la disposición dedicada a «derecho a indemnización y responsabilidad»: en resumen, el artículo 82 establece que toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o del encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁷, salvo que estos demuestren que el hecho dañoso no les es imputable en modo alguno.

Ya en los primeros comentarios se señaló la insuficiencia de la normativa europea, limitada a tipificar un único caso específico de responsabilidad civil y no a regular de manera articulada todo el régimen de indemnización por infracción del RGPD⁸.

Por lo tanto, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, llamado a pronunciarse con carácter prejudicial a instancias de los jueces nacionales, el que desempeñó un papel fundamental en la interpretación del artículo 82, apartado 1, del RGPD, proporcionando respuestas de considerable impacto sistemático.

El órgano jurisdiccional supremo austriaco (*Oberster Gerichtshof*) planteó una primera cuestión prejudicial. En particular, el órgano jurisdiccional remitente preguntó, en esencia, «*si el artículo 82, apartado 1, del RGPD debe interpretarse en el sentido de que basta la mera infracción de las disposiciones de dicho Reglamento para reconocer un derecho a indemnización*»⁹.

⁷ La expresión «daños y perjuicios materiales o inmateriales» utilizada por el RGPD se considera normalmente equivalente a la de daño patrimonial y no patrimonial: conocida en los ordenamientos nacionales Caterina y Thobani, (2019: 2805).

⁸ Entre otros Navone (2022: 158).

⁹ TJUE de 4 de mayo 2023 C-300/21, § 28 (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

En consonancia con el enfoque metodológico antes expuesto, el TJUE parte en su decisión de la premisa de que: «*el tenor de una disposición de derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión*»¹⁰.

Dentro de este marco conceptual, el Tribunal concluye que la infracción del Reglamento es necesaria, pero no suficiente, para obtener una indemnización, ya que, de lo contrario, resultaría superflua la mención separada en el artículo 82 de los términos «perjuicio» e «infracción»¹¹.

El TJUE precisa además que, al no haber sido establecida ninguna otra indicación por el legislador para que surja el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios son necesarias, de forma acumulativa, tres (y solo tres) condiciones: la infracción de las disposiciones del Reglamento por parte del autor del daño, el perjuicio sufrido por el perjudicado y la relación causal entre la infracción y el perjuicio¹².

La interpretación literal se ve corroborada, en un plano que podría definirse sistemático, por el contexto en el que se inscribe la disposición mencionada (artículo 82 RGDP). La existencia en el Reglamento de otras técnicas correctivas acredita la tesis de que la mera infracción de las disposiciones no basta para basar la obligación de indemnización. Las demás técnicas que pueden activarse no requieren la existencia de un daño para poder ejercerse: pensemos en los recursos a los que se refieren los artículos 77 y 78 y en las sanciones previstas en los artículos 83 y 84, siempre del RGDP, que, como precisa el Tribunal, tienen una finalidad punitiva y prescinden completamente de un daño hipotéticamente sufrido por la víctima de la infracción¹³.

III. EL PROBLEMA DE LA INJUSTICIA DEL DAÑO

Merece la pena dedicar algunas notas adicionales al tema relativo a los elementos constitutivos de la responsabilidad por daños derivados del tratamiento ilícito de datos personales. Hay otro aspecto en el que se pone de manifiesto la tensión entre la interpretación europea unitaria del artículo 82, apartado 1, del RGPD y la desarrollada por algunos jueces nacionales en virtud de la Directiva (CE) 1995/46, ahora derogada y sustituida precisamente por el RGPD (artículo 94).

¹⁰ TJUE de 4 mayo de 2023 C-300/21, § 29 (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

¹¹ TJUE de 4 mayo de 2023 C-300/21, § 34 (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

¹² TJUE de 4 mayo de 2023 C-300/21, § 36 (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

¹³ TJUE de 4 mayo de 2023 C-300/21, §§ 38 ss (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

A este respecto, es necesario hacer una premisa. El medio de transposición de la Directiva 1995/46/CE ofrecía un punto de apoyo a interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia, orientadas a nivel nacional, de la normativa en materia de responsabilidad por daños derivados del tratamiento ilícito de datos personales.

Según la orientación expresada por la mayoría de jurisprudencia italiana, formada en vigor de la normativa nacional promulgada en ese momento, solo podía configurarse una responsabilidad si el daño se calificaba como lesión de un interés específico del perjudicado, objeto de protección jurídica¹⁴. Se imaginaba que, en principio, el interés adoptaba la forma de un derecho subjetivo a la protección de los datos personales, es decir, de una situación existencial definitiva: en algunas de sus recientes resoluciones, el Tribunal Supremo de Italia se refiere a un «*derecho a la confidencialidad de los datos*»¹⁵. Por lo tanto, al menos parte de los intérpretes italianos, aunque sin indicaciones precisas al respecto, consideraban que entre los elementos constitutivos de la responsabilidad en cuestión debía figurar la injusticia del daño, tal y como exige el artículo 2043 del Código Civil italiano para los ilícitos civiles en la normativa codificada¹⁶.

El presente trabajo no permite un examen detallado de estos planteamientos, ni las dudas que ya han suscitado en el contexto normativo basado en la Directiva 1995/46/CE. A los análisis desarrollados por la doctrina sobre el tema, solo cabe añadir una observación accesoria que se desprende del contenido de las sentencias del TJUE en tema de daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del RGPD.

Ya se ha señalado que, para el TJUE, los elementos constitutivos de la responsabilidad a los que se refiere el artículo 82 son tres: una infracción del Reglamento; un perjuicio «material» o «inmaterial», según la redacción del Reglamento; y una relación de causalidad entre la infracción y el perjuicio. Estas tres condiciones son necesarias y suficientes para tener derecho a una indemnización, en virtud del artículo 82, apartado 1, del RGPD. Por lo tanto, añadieron los jueces, este derecho no puede quedar condicionado a la prueba adicional de que el interesado «*ha sufrido una lesión injustificada del interés jurídico que el mismo Reglamento pretende proteger, a saber, el derecho de tal persona a la protección de sus datos personales*»¹⁷.

¹⁴ En particular, véase Buset (2024: 1013).

¹⁵ Recientemente, para los jueces de legitimidad italianos, véase Cass. civ., sez. I, de 12 de mayo de 2023, n. 13073, *DeJure*; Cass. civ., sez. I, de 11 de octubre de 2023, n. 28390, *DeJure*.

¹⁶ Se recuerda que el artículo 2043 «*Indemnización por hecho ilícito*», situado al comienzo del Título XI, «De los hechos ilícitos», Cuarto libro, Código Civil italiano, establece lo siguiente: «*Cualquier hecho doloso o culposo que cause un daño injusto a otros obliga a quien lo haya cometido a indemnizar por el daño*».

¹⁷ TJUE de 4 de octubre 2024 C- 507/23, § 25 (: https://curia.europa.eu/jcms/j_6/es).

Según la interpretación del Tribunal de Luxemburgo, el interés jurídico vulnerado carece de la trascendencia que la jurisprudencia italiana le ha reconocido, de acuerdo con la orientación consolidada bajo la Directiva 95/46/CE. Entre sus motivaciones, el TJUE afirma, por el contrario, que la interpretación adoptada es adecuada para garantizar la protección de los datos personales como derecho fundamental consagrado en el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸.

Según la visión europea unitaria de los jueces de Luxemburgo, el hecho de que la norma violada en el caso concreto constituya, hipotéticamente, una injerencia injustificada en el derecho subjetivo a la protección de datos personales (artículos 15 y siguientes del RGPD, que detallan el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) no constituye, por lo tanto, una *condición sine qua non* para la declaración de responsabilidad. Describe, como máximo, la dimensión funcional en la que se inscribe el artículo 82 del RGPD. Circunstancia que pone de manifiesto un conflicto problemático entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la *Corte di Cassazione* italiana.

IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Entre las piezas del mosaico compuesto por el TJUE también figura la calificación de la responsabilidad a la que se refiere el artículo 82 del RGPD. El Tribunal de Luxemburgo opta por un régimen de responsabilidad por culpa. Se trata, sin embargo, de una culpa presunta, según la cual la carga de la prueba recae no en la persona que ha sufrido el daño, sino en el responsable del tratamiento (TJUE de 21 de diciembre de 2023, 667/21, §§ 91-94).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea llega a estas conclusiones aplicando los criterios interpretativos habituales. Aunque reconoce la incertidumbre suscitada por el tenor literal de algunas versiones lingüísticas del apartado 1 de la disposición en cuestión, los elementos decisivos para orientar a los jueces europeos son el contexto en el que se inscribe el artículo 82¹⁹ y los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión con el RGPD²⁰.

¹⁸ TJUE de 4 de octubre 2024 C- 507/23, § 28 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

¹⁹ En sus conclusiones, el Abogado General, aunque admite que no está claro qué modelo de responsabilidad civil ha adoptado el RGPD y que, a priori, son posibles diferentes interpretaciones, considera que: «*La lectura del artículo 82, apartado 1, del RGPD en el sentido de que instaura un régimen de responsabilidad civil ajena a la culpa del gestor del tratamiento se ajusta, creo, a su tenor literal, encuentra apoyo inmediato en los trabajos preparatorios y, sobre todo, favorece la finalidad de la norma. Es aceptable a la luz de otros apartados del precepto, así como del sistema considerado en conjunto*»: conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 25 de mayo de 2023, Asunto C-667/21, §§ 72-73 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

²⁰ La perspectiva dogmática sobre la naturaleza de la responsabilidad prevista en el artículo 82, apartado 1, del RGPD, defendida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, merecería un análisis en profundidad que no es posible realizar

En cuanto al primer aspecto, cabe destacar que las disposiciones del RGPD (artículos 24 y 32) se limitan a imponer al responsable del tratamiento la adopción de medidas técnicas y organizativas destinadas a evitar, dentro de los límites de lo posible, cualquier infracción de los datos personales. La adecuación de dichas medidas debe evaluarse en concreto. Se tratará de examinar, es decir, si el responsable del tratamiento ha adoptado dichas medidas teniendo en cuenta los distintos criterios previstos en el Reglamento, las exigencias de protección de datos específicamente inherentes al tratamiento en cuestión, así como los riesgos que conlleva el tratamiento en el caso específico²¹. Ahora bien, tal obligación se vería cuestionada si el responsable del tratamiento estuviera obligado, en una fase posterior, a indemnizar cualquier daño causado por un tratamiento realizado en infracción del RGPD.

En relación con el segundo aspecto, el Tribunal destaca que, en virtud de lo expuesto en los considerandos nº 4 a 8, el Reglamento tiene por objeto lograr un equilibrio entre los intereses de los responsables del tratamiento de datos personales y los derechos de las personas cuyos datos son objeto de dicho tratamiento. El RGPD pretende, en definitiva, permitir el desarrollo de la economía digital garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección de las personas. Pues bien, según el Tribunal, un mecanismo de responsabilidad debida a una culpa acompañado por una inversión de la carga de la prueba, tal como prevé el artículo 82, apartado 3, del RGPD, permite garantizar ese equilibrio²².

V. LA PRUEBA LIBERATORIA

El Tribunal de Luxemburgo también ha proporcionado algunas indicaciones con respecto al contenido de la posible prueba liberatoria del responsable designado. Para el TJUE, las circunstancias de la exención prevista en el artículo 82, apartado 3, del RGPD deben limitarse estrictamente a aquellos casos en los que el responsable del tratamiento pueda demostrar que el hecho dañoso no le es imputable en modo alguno.

Por lo tanto, en la hipótesis de que un tercero haya obtenido acceso y divulgado datos personales, el responsable del tratamiento puede eximirse de su responsabilidad demostrando, a la luz de las

en el presente artículo. No obstante, conviene recordar que, en cuanto a la incertidumbre sobre la naturaleza de la responsabilidad derivada de la infracción del RGPD, se encuentran indicios muy claros en los análisis de la doctrina, donde, sin embargo, se encuentran argumentos más marcados a favor de una interpretación del artículo 82, apartado 1, del RGPD como base jurídica de una responsabilidad objetiva: Knetsch (2022: 142).

²¹ En este sentido, TJUE, 14 de diciembre de 2023, C-340/21, § 30 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

²² Véanse también los argumentos detallados sobre el tema del abogado general M. Campos Sánchez-Bordona, asunto C-667/21, §§ 71 y ss (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

medidas (de seguridad, técnicas y organizativas) establecidas en los artículos 5, 24 y 32 del RGPD, que no existe ningún vínculo causal entre su posible incumplimiento de la obligación de protección de datos y el daño sufrido por el perjudicado. En otros términos, recae sobre el responsable del tratamiento la carga de demostrar no solo el hecho cometido por el tercero, sino también que ha adoptado las medidas de seguridad adecuadas para prevenirlo²³.

Constituye un escenario diferenciado aquel en el que el daño en cuestión sea consecuencia de la actuación de una persona sometida a la autoridad del responsable del tratamiento (en el sentido del artículo 29 del Reglamento). En este caso, no resulta suficiente que el responsable se limite a invocar una eventual negligencia o el incumplimiento, por parte del empleado, de la obligación de observar las instrucciones impartidas: incumbe al responsable la carga de garantizar que tales directrices sean debidamente observadas y aplicadas²⁴.

VI. EL DAÑO

El TJUE se ha pronunciado igualmente respecto del alcance y contenido del concepto de daño.

En primer lugar, en conformidad, con una jurisprudencia consolidada, el Tribunal de Luxemburgo afirmó que, teniendo en cuenta la falta de toda referencia en el artículo 82, apartado 1, del RGPD al derecho interno de los Estados miembros, el concepto de «daños y perjuicios inmateriales», en el sentido de esa disposición, debe recibir una definición autónoma y uniforme, propia del derecho de la Unión²⁵

Por tanto, el Tribunal ha declarado reiteradamente que una mera infracción de las disposiciones del Reglamento no basta para conferir un derecho a indemnización en virtud de su artículo 82, apartado 1. Sin embargo, recae sobre la parte perjudicada la responsabilidad de probar no solo que se ha producido una infracción del Reglamento, sino también que ha sufrido un daño: un daño — precisan los jueces — diferente de la mera infracción de las disposiciones del RGPD alegada²⁶.

Así, por ejemplo, aunque la venta o la difusión de datos personales, o la publicación en Internet de datos personales y la consiguiente pérdida de control sobre estos últimos durante un breve periodo

²³ TJUE de 14 de diciembre 2023, C-340/21, §§ 70-74 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

²⁴ TJUE de 11 de abril 2024, C-741/21, § 54 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

²⁵ Véase, en este sentido, por último, TJUE de 4 septiembre 2025, C-655/23, § 55 y jurisprudencia citada (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/).

²⁶ TJUE de 4 septiembre 2025, C-655/23, § 56, así como TJUE de 4 mayo 2023, C-300/21, § 42; TJUE de 14 de diciembre 2023, C-456/22, § 23 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

de tiempo puedan constituir una infracción de las normas del Reglamento UE 2016/679, para que prospere la acción de indemnización quienes reclamen indemnización deberán probar que han sufrido un daño efectivo, aunque sea de carácter mínimo²⁷.

El concepto de daño subyacente al sistema europeo de responsabilidad civil por infracción de las disposiciones del RGPD remite, por lo tanto, a la idea de una pérdida. La construcción elaborada por el TJUE pone de relieve una coincidencia sustancial entre las orientaciones interpretativas que prevalecen en relación con el régimen anterior, es decir, cuando estaba en vigor la Directiva (CE) 1995/46, por parte de los tribunales nacionales, al menos en lo que respecta a la realidad italiana. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Italia (*Corte di Cassazione*) ha sido constante al considerar que, en caso de tratamiento ilícito de datos personales, el daño no patrimonial sufrido por la víctima no podía considerarse *in re ipsa*, sino que debía alegarse y demostrarse²⁸. Se trata de una línea interpretativa en la que coincide también la prevalente orientación doctrinal sobre la materia, aunque presentando algunas diferencias en sus matices²⁹.

Por el contrario, en lo que respecta a otro elemento relacionado con las características del daño, la solución adoptada por el TJUE se aparta de la que predomina en la doctrina y en la jurisprudencia nacional italiana.

Para el Tribunal de Luxemburgo, el artículo 82, apartado 1, del RGPD debe interpretarse en el sentido de que «*se opone a una norma o práctica nacional que supedita la indemnización por daños y perjuicios inmateriales, en el sentido de esta disposición, al requisito de que los daños y perjuicios sufridos por el interesado hayan alcanzado cierto grado de gravedad*»³⁰.

El TJUE llega a la negación tajante de la exigencia de connotaciones especiales del daño de manera bastante clara, basándose sobre tres aspectos: i) el texto del artículo 82, apartado 1, que se limita a enunciar que puede dar derecho a una indemnización no solo un «daño material», sino también un «daño inmaterial», sin mencionar ningún umbral de gravedad; ii) el contexto en el que se inscribe la disposición en cuestión; en particular, el considerando n.º 146 del RGPD, del que se desprende que el legislador de la Unión privilegia una concepción amplia del concepto de «daño»; esta concepción se vería contradicha si el derecho a la indemnización se limitara a los daños de cierta gravedad; iii) y, de manera más general, los objetivos perseguidos por el RGPD, a saber, garantizar

²⁷ TJUE de 4 mayo de 2023, C-300/21, § 51; TJUE de 14 de diciembre 2023, C-456/22, § 23 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

²⁸ Cass. civ., sez. I, de 12 de mayo de 2023, *DeJure*.

²⁹ Entre otros, véase Solinas (2021: 143); Thobani (2019: 41 ss); de diferente opinión Alpa (2023: 6).

³⁰ TJUE de 4 de mayo 2023 C-300/21, § 51, y, más recientemente, TJUE de 4 septiembre 2025, C-655/23, § 58.; Janeček y Teixeira Santos (2024: 537).

un nivel coherente, elevado y homogéneo de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales en toda la Unión (véase el considerando n.º 10 del RGPD).

Ahora bien, opina el Tribunal de Justicia, subordinar la indemnización por un daño immaterial a un determinado umbral de gravedad podría perjudicar la coherencia del régimen establecido por el RGPD. La graduación de dicho umbral, del que dependería la posibilidad de obtener dicha indemnización, podría variar en función de la evaluación por parte de los distintos jueces nacionales³¹. Por lo tanto, el TJUE concluye que el artículo 82, apartado 1, del RGPD «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional o a una práctica nacional que establece un «umbral mínimo» para caracterizar un daño moral causado por una infracción de dicho Reglamento»³².

Distinta la línea jurisprudencial que, desde hace tiempo, se ha consolidado en el sistema italiano de responsabilidad civil, incorporando una propuesta doctrinal de contenido similar³³: según esta orientación, solo se debe indemnizar el daño no patrimonial cuando se supera el nivel de tolerabilidad y el perjuicio no es insignificante. En cambio, los prejuicios leves o de escasa importancia, propios de la interacción social cotidiana, deben ser aceptados por cada individuo en virtud de un deber general de tolerancia, inherente a la dinámica de la convivencia civil³⁴.

En consecuencia, en lo que respecta a las repercusiones en nuestro sistema, las sentencias del TJUE han llevado a los estudiosos de la responsabilidad civil a delinejar la siguiente alternativa. Por un lado, se supone que la interpretación formulada por el Tribunal se limita al asunto específico en el que se ha pronunciado, es decir, al daño derivado del incumplimiento del RGPD, sin perjuicio del efecto vinculante de la interpretación del derecho de la Unión europea. Por otro lado, no se excluye un posible efecto expansivo de la interpretación del Tribunal de Luxemburgo, con repercusiones en todo el ámbito del daño no patrimonial. Esto, al menos, con el fin de evitar disparidades en el acceso a la indemnización entre supuestos de daño no patrimonial derivados de la infracción de normas diferentes, o de la vulneración de situaciones jurídicas subjetivas distintas, de la infracción del RGPD³⁵.

³¹ TJUE de 4 mayo de 2023 C-300/21, §§ 45-47 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

³² TJUE de 14 diciembre de 2023 C-456/22, § 23 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

³³ Para todos, en una publicación reciente, Navarretta (2021: 1606).

³⁴ Se trata de uno de los principios enunciados da Cass. civ., sez. unite, de 11 de noviembre de 2008, nn. 26972-5, , *DeJure*.

³⁵ Pagliantini (2023: 292); Scognamiglio (2023: 1156).

Conviene, no obstante, señalar lo que sigue. La distancia entre la posición del TJUE y la de la jurisprudencia italiana es ciertamente marcada en el plano teórico y conceptual, ya que, para el primero, en principio es indemnizable cualquier perjuicio que pueda calificarse de daño, mientras que para el segundo la indemnización está subordinada a la superación de un umbral mínimo de gravedad.

No es, sin embargo, descartable que esta diferencia se reduzca en una perspectiva empírico-fenomenológica. En efecto, en la práctica, la aplicación jurisprudencial de ambos planteamientos podría revelar un mayor grado de convergencia que el que se desprende de un análisis estrictamente teórico. En efecto, lo que para la jurisprudencia nacional no es indemnizable por estar calificado como «daño no suficientemente grave», podría no serlo tampoco para el Tribunal de Justicia, al no estar comprendido en el propio concepto de «daño» en el sentido del artículo 82 del RGPD.

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha articulado el concepto de daño inmaterial al que se refiere el artículo 81, apartado 1. A continuación se resumen los puntos fundamentales de la argumentación de los jueces de Luxemburgo: a) la simple pérdida de control sobre los datos personales, como consecuencia de una infracción del Reglamento, puede ser suficiente para causar un daño inmaterial indemnizable; b) no es necesario que se haya producido concretamente un uso indebido de los datos, basta con el temor del interesado de que sus datos sean objeto de un uso indebido en el futuro, siempre que dicho temor, con sus consecuencias negativas, quede debidamente demostrado; c) el interesado debe demostrar que siente sentimientos como el temor y la insatisfacción causados por la infracción del Reglamento^{36, 37}. Por lo tanto, corresponderá al juez nacional apreciar si, a la luz de las circunstancias concretas del caso de autos, dicho temor puede considerarse objetivamente fundado. En la apreciación de la reparación del daño moral, la discrecionalidad del juez nacional podría dar lugar a resultados no muy distantes de las líneas interpretativas del TJUE.

VII. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL

El tema de la cuantificación del daño no patrimonial derivado del tratamiento tampoco está regulado de forma precisa por el RGPD.

³⁶ de 4 septiembre 2025, C-655/23, § §59 ss.

9.

³⁷ Así lo expresó expresamente el TJUE de 25 de enero de 2024, C-687/21, § 68 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/_j_6/es): en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Luxemburgo *BL y MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, se había producido un caso en el que los documentos contractuales que contenían datos personales de un cliente habían sido entregados por error por un establecimiento comercial a un tercero. Sin embargo, una vez descubierto el error, los empleados de la empresa recuperaron rápidamente los documentos y los devolvieron sin demora al titular.

El TJUE se pronunció sobre esta cuestión partiendo de las siguientes premisas, basadas en su jurisprudencia consolidada: i) a falta de normas de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos de las personas, en virtud del principio de autonomía procesal; ii) sin embargo, esas modalidades procesales no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones análogas reguladas por el derecho interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión (principio de efectividad).

Por lo tanto, en ausencia, en el RGPD, de disposiciones destinadas a definir las normas relativas a la evaluación de la indemnización por daños y perjuicios, el Tribunal de Justicia afirma que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro establecer «*los tipos de acciones que permitan garantizar los derechos que confiere el citado artículo 82 a los justiciables*» y, en concreto, «*los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización debida en este contexto, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad*» (TJUE de 4 de mayo 2023 C-300/21, §.53).

Este punto de la motivación del Tribunal, aunque sin duda previsible (ya que se inscribe en el marco de la jurisprudencia suficientemente consolidada del mismo Tribunal), muestra los límites dentro de los cuales está destinado a mantenerse el proceso de creación de una disciplina europea en materia de responsabilidad civil.

Al menos en la situación actual, queda excluida, de hecho, una fase del juicio de responsabilidad que, sin embargo, debe considerarse fundamental dentro del mismo: la que conduce a la determinación cuantitativa del alcance de la propia obligación³⁸.

Las sentencias del Tribunal proporcionan sin embargo algunas indicaciones de carácter general sobre el contenido que debe tener la indemnización por daños con arreglo al artículo 82 del RGPD.

Teniendo en cuenta la función compensatoria del derecho a la indemnización previsto en el artículo 82 del RGPD, los jueces europeos excluyeron la imposición al autor del daño de pagos indemnizatorios con carácter punitivo³⁹. La estructura interna del Reglamento corrobora esta visión. En efecto, la normativa del artículo 82 es fundamental para garantizar a los perjudicados una reparación íntegra y efectiva del daño sufrido (véase el considerando 146). Otras disposiciones del

³⁸ Lo destaca, en particular, Scognamiglio (2023: 1158).

³⁹ TJUE de 4 de mayo de 2023 C 300/21, § 58 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

RGPD, también contenidas en el capítulo VIII del mismo Reglamento, a saber, sus artículos 83 y 84, tienen, en cambio, una finalidad esencialmente punitiva, ya que permiten imponer al infractor multas administrativas y otras sanciones.

Entre las dos categorías de disposiciones mencionadas existe una diferencia, pero también una complementariedad, en términos de incentivo para respetar el Reglamento 2016/679⁴⁰. De ello se desprende, habida cuenta de las diferencias de formulación y finalidad existentes entre el artículo 82 (leído a la luz del considerando n.º 146) y el artículo 83 (leído a la luz del considerando 148), que, para la evaluación de la indemnización correspondiente, el juez no puede basarse en los criterios de determinación del importe de las sanciones previstas en el artículo 83 del RGPD⁴¹.

Teniendo siempre en cuenta que la indemnización en cuestión tiene por objeto la mera compensación de los daños causados por la infracción del Reglamento, los jueces de Luxemburgo han excluido, en más de una sentencia, que, al cuantificar la indemnización, el juez tenga en cuenta aspectos que caracterizan la conducta del infractor, tales como: la multiplicidad de las infracciones cometidas por el responsable del tratamiento contra el mismo interesado, o el nivel de gravedad de la infracción del Reglamento, incluso cuando la conducta del autor de la misma tenga una inclinación dolosa⁴².

Para determinar el importe de la indemnización pecuniaria, solo se tendrá en cuenta el daño realmente sufrido por el interesado. A este respecto, cabe destacar la afirmación que figura en la resolución del Tribunal de Justicia relativa a dos asuntos acumulados⁴³, según la cual, en el momento de la liquidación, un daño no patrimonial derivado del tratamiento ilícito de datos personales no debe considerarse necesariamente, por su propia naturaleza, menos relevante que un daño por una lesión personal.

VIII. LAS DISCULPAS COMO INDEMNIZACIÓN

Al pronunciarse también sobre la cuantía y las características de la indemnización, el Tribunal admitió que el juez nacional puede, en caso de que el daño sufrido por el interesado no sea grave,

⁴⁰ TJUE de 4 mayo de 2023 C 300/21, §§ 38 y 40; TJUE de 21 diciembre de 2023 C-667/21 § 85 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

⁴¹ TJUE de 20 de junio 2024 C-590/22; § 43; TJUE de 4 octubre de 2024 C- 507/23, § 41 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

⁴² TJUE de 20 junio de 2022, C-182/22 y C-189/22, §§ 28 a 30 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

⁴³ TJUE de 20 junio de 2024 C-182/22 y C-189/22, § 39 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

conceder a la víctima una indemnización simbólica. Sin embargo, la cuantía, aunque sea reducida, debe ser tal que compense íntegramente el daño sufrido.

Asimismo, la presentación de disculpas (cuando están previstas en la legislación nacional) podrá constituir una indemnización única o adicional por un daño inmaterial, siempre que dicha forma de indemnización respete los principios de equivalencia y efectividad ya mencionados. En particular, deberá permitir la compensación íntegra del daño inmaterial sufrido por la víctima como consecuencia de la infracción del Reglamento.

La sentencia C-507/23, de 4 de octubre de 2024, llega a una conclusión en este sentido. A continuación, se resume el asunto que se ha sometido al Tribunal de Justicia. Estamos en Letonia: en el marco de una campaña de sensibilización sobre los riesgos relacionados con la compra de vehículos usados, el *Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (Centro para la Protección de los Derechos de los Consumidores, en lo sucesivo «CPDC») difundió un vídeo en varios sitios web. En él, un personaje que imitaba a un periodista del sector automovilístico bastante conocido en aquel País daba consejos a los consumidores. Sin embargo, el reportero no había dado su consentimiento para la puesta en escena. Por lo tanto, tras solicitar sin éxito al Centro de Protección de los Derechos del Consumidor que interrumpiera la difusión del vídeo, demandó a la asociación. En particular, pretendía: a) la declaración de la ilegalidad del comportamiento del «CPDC», consistente en la utilización y difusión de sus datos personales sin autorización; b) obtener una indemnización por los daños morales sufridos, en forma de disculpa y pago de una suma de 2000 euros.

Tras las sentencias de fondo por las que se estimaban parcialmente las pretensiones de reparación del periodista, el Tribunal Supremo de Letonia (Augstākā tiesa) decidió suspender el procedimiento principal y plantear al Tribunal de Justicia de Luxemburgo tres cuestiones prejudiciales. Por lo que aquí interesa, cabe mencionar la siguiente: «*¿Debe interpretarse el artículo 82, apartado 1, del [RGPD] en el sentido de que permite que, cuando no exista la posibilidad de restablecer la situación anterior a la causación del perjuicio, se imponga la obligación de disculparse como única reparación del daño moral?*»⁴⁴.

Ahora bien, sobre la cuestión interpretativa del artículo 82, apartado 1, del Reglamento 2016/679 planteada por el tribunal remitente, el Tribunal de Justicia considera que «*la presentación de disculpas puede constituir una reparación adecuada de un daño inmaterial*». Esto es así, en

⁴⁴ TJUE de 4 octubre de 2024 C- 507/23, § 21 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

particular, cuando «*resulte imposible restablecer la situación anterior al daño, siempre que dicha forma de indemnización sea tal que compense íntegramente el daño sufrido por el interesado*»⁴⁵.

Los argumentos que conducen al TJUE a esta conclusión pueden resumirse del siguiente modo. En primer lugar, en virtud del principio de autonomía procesal, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos de las personas. El segundo: dado que el RGPD no contiene disposiciones destinadas a definir las reglas relativas a la evaluación de la indemnización por daños y perjuicios a que se refiere el artículo 82, los jueces nacionales aplican las normas internas de cada Estado miembro sobre el alcance de la indemnización pecuniaria, sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad del derecho de la Unión.

Estos principios llevan a los jueces de la Unión a admitir que la presentación de disculpas puede constituir una reparación adecuada de un daño moral. Esto es así, en particular, cuando no es posible restablecer la situación anterior al daño y siempre que dicha forma de reparación sea tal que compense íntegramente el perjuicio sufrido por el interesado, dada la función exclusivamente compensatoria de la indemnización por daños y perjuicios de que se trata.

IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Ha llegado el momento de formular algunas consideraciones finales.

Al comienzo de este artículo se han destacado los múltiples intereses suscitados por las sentencias con las que el TJUE ha interpretado el artículo 82, apartado 1, del RGPD.

Uno de ellos es muy conocido, al menos entre los estudiosos del sector: el papel fundamental que desempeña el Tribunal de Justicia en la elaboración del derecho privado de la Unión Europea. Las sentencias en materia de responsabilidad civil por el tratamiento de datos personales lo confirman.

De ellas se desprende un mosaico de reglas suficientemente articulado, aunque aún no «completo», en materia de responsabilidad civil por infracción de la normativa relativa a la protección de datos personales. De hecho, quedan excluidas algunas partes fundamentales del juicio de responsabilidad, como la que conduce a la determinación cuantitativa del importe de la indemnización por daños y perjuicios.

⁴⁵ TJUE de 4 octubre de 2024 C- 507/23, § 37 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

El momento de la cuantificación de la indemnización reviste especial importancia reconstructiva, además de aplicativa, precisamente en materia de daños no patrimoniales.

Precisamente a través de la perspectiva de la liquidación se aprecian algunos de los aspectos fundamentales de esta categoría de daños. Piénsese, por ejemplo, en la identificación de la esencia misma de la figura, caracterizada por la ajenidad ontológica del perjuicio que se debe reparar al ámbito patrimonial y, al mismo tiempo, a la necesidad de identificar una técnica para parametrizar la pérdida sufrida por la víctima. El intérprete se enfrenta así al desafío de establecer un método fiable de medición del daño. Un problema que es particularmente difícil de resolver cuando se trata de ámbitos como el del daño derivado de la infracción del RGPD.

A este respecto, la contribución del TJUE reviste interés desde una perspectiva diferente a la mencionada al principio del apartado. Las sentencias pueden servir para valorar los modelos reparadores nacionales. Véase, en particular, la solución de los jueces europeos, que consideran que la presentación de disculpas constituye una indemnización adecuada por un daño inmaterial.

En primer lugar, hay que tener en cuenta la lógica del enfoque del Tribunal de Luxemburgo. De la sentencia C-507/23 se desprende que el ordenamiento jurídico letón contempla, en la Ley sobre la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, de 2 de junio de 2005 (*Latvijas Vēstnesis*, 2005, n.º 96), una presentación de disculpas entre las reparaciones por daños inmateriales en dos supuestos: el primero, cuando no sea posible restablecer la situación anterior al daño, o cuando dicha opción sea imposible o inadecuada; la segunda, cuando el juez, tras evaluar las circunstancias del caso concreto, considere que la injerencia en los derechos o intereses jurídicamente protegidos del individuo no es grave.

El tema —la importancia de la presentación de disculpas como reparación civil— requeriría un análisis que los límites de este artículo no permiten desarrollar en profundidad⁴⁶. De manera resumida, basta con recordar los siguientes aspectos.

En primer lugar, las investigaciones en la materia han puesto de manifiesto que, para las víctimas de un perjuicio, la recepción de disculpas por parte del autor del daño tiene por objeto satisfacer necesidades de reparación inmaterial⁴⁷. Y ello precisamente cuando se trata de indemnizar daños no patrimoniales, que se prestan mal a evaluaciones en términos monetarios, destinadas a

⁴⁶ Sobre el tema, aunque con diferentes opiniones, y sin pretender ser exhaustivo, Geeraets y Veraart (2021: 59); Wijntjens (2023: 271); van Dijck (2017: 562); Berryman (2017: 528).

⁴⁷ Reinders Folmer et al. (2019: 329).

sustituir la pérdida de ingresos y de oportunidades de ganancia, como se suele hacer para cuantificar los daños patrimoniales⁴⁸.

Cabe recordar, además, que, con el fin de promover el potencial de este tipo de reparación, se han emprendido iniciativas legislativas en varios países para facilitar o proteger la presentación de disculpas en los procedimientos judiciales en materia civil. Diversas jurisdicciones contemplan, aunque con diferentes inclinaciones, las disculpas como recurso legal: a veces con alcance general, mientras que en otros casos su aplicación se limita a casos específicos de responsabilidad⁴⁹.

Sin embargo, las disciplinas jurídicas no han acallado los debates entre los estudiosos sobre diversos aspectos problemáticos que este tipo de medidas suscitan, tales como: el conflicto con la libertad de expresión, la definición de las disculpas, su eficacia en el ámbito de las decisiones judiciales⁵⁰, la contraposición entre los beneficios y las (supuestas) consecuencias negativas, etc.⁵¹

A pesar de estas dudas, más de un estudio destaca que las disculpas, como remedio legal, pueden servir precisamente para indemnizar daños y perjuicios no patrimoniales, además de, o como alternativa a, una suma de dinero⁵². La manifestación de arrepentimiento, incluso cuando es ordenada por un juez, puede contribuir al restablecimiento del bienestar psicológico, a mitigar el estrés sufrido, a aliviar el dolor, así como a devolver la dignidad y el respeto por uno mismo, o incluso a rehabilitar a la víctima ante los ojos de los demás⁵³.

Volviendo a la última decisión del Tribunal, cabe hacer una observación final. Del dictamen formulado por el Tribunal de Justicia sobre la segunda cuestión prejudicial se desprende que los jueces de Luxemburgo son conscientes de la complejidad de las cuestiones que plantea la presentación de disculpas en relación con la indemnización de la víctima del daño. El Tribunal la admite, pero a condición de que «esta forma de reparación pueda compensar íntegramente el perjuicio sufrido por el interesado»⁵⁴. Por lo tanto, corresponderá al juez nacional verificar, en el caso concreto, que la presentación de disculpas satisfaga plenamente las pretensiones indemnizatorias de la víctima por los perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción del artículo 82, apartado 1, del RGPD.

⁴⁸ Berryman (2017: 531).

⁴⁹ Para un análisis de diversas intervenciones legislativas, entre otras, véase Carroll (2014: 491; Cohen, (2002: 819); Kleefeld (2017: 455); McMichael et al. (2018: 341); Taft (2000: 1135); Vines (2008: 200).

⁵⁰ Existe un amplio debate sobre la eficacia de las disculpas ordenadas por el juez: para las distintas posiciones, véase Geeraerts y Veraart (2021: 61); van Dijck (2017: 568).

⁵¹ Para algunos ejemplos, véase Wijntjens (2023: 277); Zwart-Hink, et al (2014: 100).

⁵² S.E. De Rey (2021: 206).

⁵³ van Dijck (2017: 570).

⁵⁴ TJUE de 4 octubre de 2024 C-507/23, § 37 (: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es).

Bibliografía

- ALONZO, E. (2024): "Il risarcimento del danno per violazioni del GDPR (art. 82 Reg. UE 2016/679). La tutela della persona nelle logiche del diritto privato regolatorio?", *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 3 (pp. 601-626).
- ALPA, G. (2023): "Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)", *Responsabilità civile e previdenza*, núm. 1 (pp. 6-17).
- BALDINI, R. (2023): "Danno da trattamento illecito dei dati personali: non basta l'ingiustizia ma sono sufficienti danni conseguenza «bagatellari» (basta provarli)", *Responsabilità civile e previdenza*, núm. 6 (pp. 1185-2003).
- BERRYMAN, J. (2017): "Mitigation, Apology and the Quantification of Non-Pecuniary Damages", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, núm. 3 (pp. 528-546).
- BUSSET, G. (2024): "Ingiustizia del danno e antigiuridicità del fatto nella responsabilità da trattamento dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, núm. 5 (pp. 1008-1032).
- CALABRESE, G. (2023): "Il danno da «perdita di controllo dei dati personali» nel pensiero della Corte di Giustizia UE", *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, núm. 5, II parte (pp. 1112-1124).
- CAMARDI, C. (2023): "Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea", *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, núm. 5, II parte (pp. 1136-1146).
- CARROLL, R (2014): "When 'Sorry' is the Hardest Word to Say, How Might Apology Legislation Assist?", *Hong Kong Law Journal*, vol. 44 (pp. 491-517).
- CATERINA, R. y THOBANI, S. (2019): "Il diritto al risarcimento dei danni", en CATERINA, R. (Dir.): GDPR tra novità e discontinuità", *Giurisprudenza italiana*, 2019, núm. 12, (pp. 2805-2810).
- COHEN, J. R. (2002): "Legislating Apology: The Pros and Cons", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 70 (pp. 819-872).
- DE REY, S.E. (2021): Court-Ordered Apologies under Law of Torts? Non-Monetary Relief for Emotional Harm. A Comparative Outlook from Western Legal Perspective, BRUTTI, N., CARROLL y R. VINES, P. (Dirs.), *Apologies in the Legal arena. A Comparative Perspective*, Bonomo ed., San Lazzaro di Savena (pp. 203-249).
- FEDERICO, M. (2023): "La tempesta perfetta: ultime dalla Corte di Lussemburgo su danno (non patrimoniale) da illecito trattamento dei dati personali e possibili risvolti in tema di tutela collettiva"; *Foro italiano*, núm. 6, IV parte (cc. 293-298).
- GEERAETS, V. y VERAART, W. (2021): "What Is Wrong with Empirical-Legal Research into Victimhood? A Critical Analysis of the Ordered Apology and the Victim Impact Statement", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 41, núm. 61 (pp. 59-79)
- KLEEFELD, J. C. (2017): "Promoting and Protecting Apologetic Discourse through Law: A Global Survey and Critique of Apology Legislation and Case Law", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, núm. 3 (pp. 455-495).

- KNETSCH, J. (2022): “The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases”, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, núm. 2 (pp. 132–153).
- JANEČEK, V. y TEIXEIRA SANTOS, C. (2024): “The autonomous concept of “damage” according to the GDPR and its unfortunate implications: Österreichische Post”, *Common Market Law Review*, vol. 61, núm. 2 (pp. 531-544).
- McMICHAEL, B. J. VAN HORN, R.L. y VISCUSI, W. K. (2018): “‘Sorry’ Is Never Enough: How State Law Apology Laws Fail to Reduce Medical Malpractice Liability Risk”, *Stanford Law Review*, vol. 71, núm. 2 (pp. 341-409).
- NAVARRETTA, E. (2021) (Dir.): Codice della responsabilità civile, Giuffré, Milano.
- NAVONE, G., (2022): “Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2022, núm. 1 (pp. 132-162).
- PAGLIANTINI, S. (2023). “Un altro palcoscenico della guerra tra le Corti: il danno (immateriale) bagatellare dell’art. 82 GDPR, nota a Corte giust. UE, 4.5.2023, causa C-300/21”, *Foro italiano*, núm. 6, IV parte (cc. 285-293).
- PALMIERI, A. y PARDOLESI, R. (2023): “Mai futile il danno non patrimoniale da violazione della privacy (purché lo si provi!)”, *Foro italiano*, núm. 6, IV parte (cc. 278-284).
- REINDERS FOLMER, C.P., DESMET, P.T.M. y VAN BOOM W. H. (2019): “Beyond Compensation? Examining the Role of Apologies in the Restoration of Victims’ Needs in Simulated Tort Cases”, *Law and Human Behavior*, vol. 43, núm. 4 (pp. 329 -341).
- RUSSO, E. (2008): *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, en G. IUDICA y P. ZATTI, (Dirs.): *Trattato di diritto privato*, Giuffré, Milano.
- SCOGNAMIGLIO, C. (2023): “Danno e risarcimento nel sistema del Rgpd: un primo nucleo di disciplina eurounitaria della responsabilità civile?”, *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, núm. 5, II parte (pp. 1150-1159).
- SOLINAS, C. (2021): “Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali”, *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, núm.1, II parte (pp. 142-153).
- TAFT, L. (2000): “Apology Subverted: The Commodification of Apology”, *Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 5 (pp.1135-1160).
- THOBANI, S. (2019): “Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento”, *Giurisprudenza italiana*, 2019, núm. 1 (pp. 41-46).
- VAN DIJCK, G. (2017): “The Ordered Apology”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, núm. 3 (pp. 562-587).
- VINES, P. (2008): “Apologies and Civil Liability in England, Wales and Scotland: The View from Elsewhere”, *Edinburgh Law Review*, 12/2 (pp. 200-230).
- WIJNTJENS, L. (2023): “The (Non-Existent) Legal Risks of Apologising: Courts Do Not See Apologies as a Way to Accept Civil Liability”, *Journal of European Tort Law*, 13/ 3 (pp. 271-301).
- ZWART-HINK, A. AKKERMANS, A. y VAN WEES, K. (2014): “Compelled Apologies as a Legal Remedy: Some Thoughts from a Civil Law Jurisdiction”, *University of Western Australia Law Review*, 38/1 (pp. 100-110).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (XIII): SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2025

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2025).

Crónica jurisprudencial (XIII): septiembre – diciembre 2025

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 135-155

DOI:<https://doi.org/10.62158/cdp.88>

(Recepción: 17/12/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen:

En esta crónica se da cuenta de la doctrina del Tribunal Supremo en el periodo que se considera. En particular de las sentencias de pleno sobre el control de transparencia y de abusividad de los contratos de préstamo hipotecario que emplean el índice IRPH; el ejercicio de acciones colectivas; un conflicto entre el Derecho estatal y una norma vizcaína en materia de retracto de montes; y, en fin, la duración de un contrato de arrendamiento en que se pacta la prórroga forzosa a favor del arrendatario. También se relacionan algunas otras sentencias de interés del propio Tribunal Supremo.

Palabras clave

Acciones colectivas; control de abusividad; control de transparencia; índice IRPH; pacto comisorio; prescripción; prórroga forzosa; retracto.

Abstract

In this chronicle, an account is given of the Supreme Court's case law during the period under consideration. In particular, it addresses the Full Bench judgments on the review of transparency and unfairness of mortgage loan agreements using the IRPH index; the bringing of collective actions; a conflict between State law and a Biscayan provision in the field of rights of pre-emption and redemption in respect of forest land; and, finally, the term of a lease agreement in which a mandatory extension in favour of the tenant is stipulated. It also refers to certain other judgments of interest handed down by the Supreme Court itself.

Keywords

Representative actions; review of unfairness; review of transparency; IRPH index (Mortgage Loan Reference Index); pactum commissorium; limitation period; mandatory extension; right of redemption.

1.- El *punctum dolens* del recurso de casación (extraordinario por tantas razones) es la noción de “interés casacional”, noción que después de la (última, por ahora) reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de enjuiciamiento civil* es el corazón de este recurso (art. 447.2 y 3), salvo para los casos en que la materia sea referida a los derechos fundamentales. La tutela de los derechos fundamentales propicia o, más bien, exige, que se revise sucesivamente su aplicación y también que estos derechos gocen de las mayores garantías, lo que significa que se disponga de algo bastante parecido a una tercera instancia.

La noción confirma, también, la ambivalencia del recurso: por un lado, este sirve para elaborar la “doctrina” jurisprudencial (art. 1.6 CC), esto es, aquella regla (o enseñanza) que determina el alcance de esta u otra norma o conjunto de normas siempre que haya conformado la razón decisoria de la sentencia. Por otro lado, con el recurso se atiende a la tutela del interés concreto del recurrente: a este no le interesa más que de modo incidental y, desde luego siempre instrumental, que el Tribunal aclare esta o aquella norma o fije de modo abstracto su sentido, sino que lo que pretende es que la decisión se adopte en su interés.

Después del entusiasmo nacido al abrigo de la novedad legislativa del RD-ley 5/2023, de 28 de junio, apenas se ha vuelto sobre esta noción. Sí alguno de mis compañeros en el Gabinete técnico: A. Pardillo, de modo incidental, en esta misma revista (*Cuadernos de Derecho privado 11 [2025]*), más general, D. Vázquez: *La Ley 10751 (2025)* y, para un régimen singular del recurso, en lo que concierne a una sentencia dictada por la Audiencia provincial en única instancia sobre impugnación de resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas (art. 477.1 II LEC) A. Valdés-Bango en *La Ley 10827 (2025)*. Cabe añadir a F. de P. Blasco Gascó: *A propósito de la doctrina jurisprudencial (o la casación compartida)*, Tirant lo Blanch, 2024 sin apenas novedades respecto a sus trabajos anteriores; y, en fin, los trabajos de los procesalistas J. Banacloche, M. Ortells y P. Morenilla en los *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Víctor Moreno Catena*, H. Soleto / R. López / A. Arnaiz / S. Oubiña (coords.), volumen 2, Tirant lo Blanch, 2025.

Cabe recordar que no rige ninguna jerarquía ni sumisión entre órganos jurisdiccionales ni existe entre nosotros una regla que establezca que la doctrina del Tribunal Supremo sea “vinculante” para el resto de los tribunales: las decisiones de estos solo se corrigen o alteran en virtud de los recursos y no le cabe al Tribunal dictar instrucciones sobre la aplicación del ordenamiento jurídico (art. 12.2 y 3 LOPJ).

La doctrina del Tribunal Supremo (también la que emana de las sentencias que dicte en pleno) debe ser, por ende, “persuasiva por su racionalidad”. En otras palabras: obtiene su respaldo por la convicción y no por la imposición (normativa). No cabe hablar, por tanto, de vinculación ni de sujeción a las directrices que enuncie el Tribunal Supremo.

Sin embargo, en la sentencia de pleno [1590/2025, de 11 de noviembre](#) (R. Blázquez Martín) relativa al IRPH, de la que daré cuenta más adelante (*infra* 4, i), el Tribunal afirma lo siguiente en su fundamento de derecho 7.º, apartado 2:

“Esta apreciación no nos exime de facilitar un catálogo de los diferentes elementos que habrán de ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales en la realización del control de transparencia, en cumplimiento de nuestra obligación de formar doctrina jurisprudencial (art. 1.6 CC) y de la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica (SSTJUE de [7 de agosto de 2018 \[Sala Quinta\]](#), asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17, *Banco Santander y Escobedo Cortés*, y [14 de marzo de 2019 \[Sala Tercera\]](#), C-118/17, *Dunai y Erste Bank*)”.

Llamo la atención sobre la fórmula verbal imperativa “habrán de ser tenidos en cuenta” que, como ahora veremos también emplea el TJUE. En la sentencia de pleno [1591/2025, de 11 de noviembre](#) (N. A. Orellana Cano), la segunda sobre el IRPH (*infra* 4, ii), fundamento de derecho 9.º, apartado 2, simplemente se afirma:

“Lo que debemos hacer, en consecuencia, desde el punto de vista casacional, es establecer unos parámetros de abusividad de la cláusula conforme a las sentencias del TJUE, para comprobar, después, si la cláusula supera o no el control de abusividad conforme a estos criterios”.

Es rigor, resulta difícil deducir de las sentencias del TJUE que se aducen -con sus imprecisiones gramaticales en el uso de tiempos y formas verbales- que esa función de armonización (que, sin duda, se le atribuye al tribunal de casación) o mejor, que el resultado “normativo” de tal función, “tenga que ser” seguida por el resto de los tribunales. Como es obvio, son muchas las ocasiones en que los órganos judiciales discuten si la jurisprudencia del Tribunal Supremo -y no solo del español- satisface tal función de protección, más allá de que además de los datos o elementos que deben ser tenidos en cuenta importa -sobre manera- el juicio de relevancia y ponderación.

En otros términos, una cosa es que el Tribunal conforme catálogos de directrices o parámetros (que es, típicamente, su función propia) y otra que tales directrices “tengan que ser tenidas en cuenta”. Esa sujeción se gana, no se debe.

La STJUE [14 de marzo de 2019 \[Sala Tercera\], C-118/17, Dunai y Erste Bank](#) concluye en su apartado 64 (y debe recordarse que se pronuncia sobre el régimen húngaro, véanse sus apartados 58 y 59):

“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que la Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta, no se opone a que un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de aplicación de esta Directiva, siempre que no impidan al juez competente ni asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en este sentido, extremo este cuya apreciación corresponde, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional remitente.”

En la STJUE [7 de agosto de 2018 \[Sala Quinta\], asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17, Banco Santander y Escobedo Cortés](#) dice el tribunal -esta vez sí respecto a nuestro sistema jurisdiccional-:

“[68] A este respecto, tal como el Abogado General ha manifestado en lo sustancial en el punto 60 de sus conclusiones, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro —como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores *tengan que aplicar* al examinar el eventual carácter abusivo de la cláusulas contractuales [cursiva nuestra].

[69] De este modo, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal no parece formar parte de las disposiciones más rigurosas que los Estados miembros pueden adoptar a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que —según el Gobierno español expuso ante el Tribunal de Justicia en la vista— la referida

jurisprudencia no parece tener fuerza de ley ni constituir una fuente del Derecho, no es menos verdad que la elaboración de un criterio jurisprudencial —como el definido por el Tribunal Supremo en este caso— responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la citada Directiva. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de la concepción general de la misma se desprende que la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores.”

Para completar el círculo reproduzco el pasaje que se cita en esta última sentencia de las [conclusiones del Abogado General Wahl](#) con matices en el modo verbal, más respetuosos con nuestro sistema de fuentes:

“[60] Por otra parte, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional, para elaborar determinadas orientaciones que sirvan de guía a los órganos jurisdiccionales inferiores en su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que vinculan a los consumidores, siempre que estas orientaciones sean conformes con las definidas por el Tribunal de Justicia”.

La jurisprudencia del TJUE sí tiene carácter vinculante, de modo inequívoco: lo establece el artículo 4 *bis* 1 LOPJ. Y así entre las últimas, la sentencia [1212/2025, de 3 de septiembre](#) (M. Almenar Belenguer, fundamento de derecho 2.^º, apartado 4) que refiere el alcance del artículo 267 TFUE y cita las SSTJUE, Gran Sala, de [14 de mayo de 2020, C-749/19 \[Comisiones Obreras y Deutsche Bank, véanse especialmente sus apartados 69 y 70\]](#) y, Sala Segunda, de [12 de mayo de 2022, C-556/20 \[Schneider Electric, apartado 55\]](#).

2.- Las sentencias de pleno de este periodo son las siguientes: en primer lugar, las sentencias [1590/2025, de 11 de noviembre](#) (R. Blázquez Martín) y [1591/2025, de 11 de noviembre](#) (N. A. Orellana Cano) que se pronuncian sobre la cláusula IRPH y ofrecen, además de una síntesis de la doctrina de la propia sala y del TJUE (sentencias Sala Novena de [13 de julio de 2023, C-265/22, ZR, PI y Banco de Santander](#) y [12 de diciembre de 2024, C-300/23, NB y Kutxabank](#), en la que, en particular en la segunda, se debatía sobre la conformidad de la doctrina del Tribunal Supremo con la propia del TJUE en esta materia), además de un “catálogo” de los

elementos o parámetros a los que recurrir para llevar a cabo el control de transparencia y abusividad de esta cláusula, que ofrece al resto de órganos jurisdiccionales (*infra* 4). Sobre ellas Ernesto Suárez Puga en [almacén de derecho](#), noviembre 2025.

En segundo término, la sentencia [1387/2025, de 7 de octubre](#) (J.L. Seoane Spiegelberg), que se pronuncia sobre la duración máxima de un contrato de arrendamiento en el que se pactó una prórroga indefinida obligatoria para el arrendador en un contrato de arrendamiento posterior a la LAU (1994). Esta sentencia integra la cláusula sin declararla nula, esto es, la cláusula de duración indefinida no podrá ser indefinida sino determinada conforme al modo de integración que establece. La sentencia recurre a un régimen jurídico análogo de cesión temporal de uso que es el propio del usufructo (*infra* 5).

Por último, daremos cuenta de la sentencia [1719/2025, de 26 de noviembre](#) (A. García Martínez) (*infra* 6) relativa a un conflicto entre la regulación vizcaína sobre derecho de retracto en materia de montes y la norma estatal.

Ha habido alguna otra que no merece un examen separado: por un lado, la sentencia [1725/2025, de 26 de noviembre](#) (A. García Martínez) y la sentencia [1734/2025, de 27 de noviembre](#) (F. Cerdá Albero). La primera da cuenta del ATJUE, Sala Sexta, [de 12 de junio de 2025, C-815/24, Diamond Resort Europe Ltd](#), que resuelve la cuestión que el propio Tribunal planteó para afrontar el recurso y niega la competencia de los tribunales españoles; y la segunda estima que se trata de un problema de incongruencia *extra petita* que impide abordar la cuestión sustantiva (“[...] el demandante no ejercita una acción de impugnación de acuerdos de la asamblea general de la asociación, sino una acción de cumplimiento de una obligación de hacer, que consiste en la obligación de formular las cuentas anuales para que, según ordena el art. 14.3 LODA, sean aprobadas, en su caso, por la asamblea general de la asociación...”

3.- Antes de referir las sentencias de pleno mencionadas y, como señalé en la [Crónica](#) anterior, damos cuenta ahora de la sentencia pleno [943/2025, de 16 de junio](#) (P.J. Vela Torres) -*Adicae*-, comentada por Faustino Cordón en [Actualidad jurídica ga-p, 2025](#), relativa al control abstracto de transparencia de la cláusula suelo (en las redacciones de las distintas entidades, según el Tribunal, con grado suficiente de similitud) que se ejerce en una acción colectiva. La sentencia tiene como precedente necesario la [STJUE, Sala Cuarta, de 4 de julio 2024, C-450/22, Adicae](#).

En el caso se resuelve “una demanda contra cuarenta y cuatro entidades financieras que operaban en España [finalmente fueron 101], en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de la condición general de contratación consistente en la limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) que las entidades bancarias demandadas utilizaban en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable. A la acción de cesación acumuló una acción de restitución dirigida a obtener una condena a la devolución de lo pagado en aplicación de dicha cláusula”. Y, en particular, si

“a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Sala Cuarta] en su sentencia de [4 de julio 2024, C-450/22 \(Adicae\)](#), en el seno de la acción colectiva, el enjuiciamiento sobre la transparencia de la cláusula discutida se basará en dilucidar si un consumidor medio pudo comprender el impacto económico de la estipulación a la luz de las prácticas precontractuales y contractuales estandarizadas de cada entidad de crédito”. “En este sentido, en la acción colectiva el control «no puede tener por objeto circunstancias que caractericen situaciones individuales, sino que se refiere a prácticas estandarizadas de profesionales» (§ 39). El juez ha de analizar si el consumidor medio está en condiciones, en el momento de la celebración del contrato, de comprender el funcionamiento de la cláusula y sus consecuencias económicas y para ello «debe tomar en consideración el conjunto de las prácticas contractuales y precontractuales estándar seguidas por cada profesional en cuestión», entre las que figuran la redacción, su ubicación, la publicidad de los tipos de contratos, la difusión de las ofertas precontractuales generalizadas y cualesquiera otras circunstancias (§ 41).”

El fundamento de derecho 21.^º, a) desgrana la doctrina de la sala y del TJUE sobre el control de transparencia (apartados 1-8), la posibilidad de que además de la cesación quepa pedir la restitución de lo indebidamente pagado (apartados 10-13) y la noción de consumidor medio y el efecto de la cláusula sobre él (apartados 14-18).

4.- Las sentencias relativas a la cláusula IRPH en sus dos dimensiones de transparencia y abusividad: son las sentencias [1590/2025, de 11 de noviembre](#) (R. Blázquez Martín, la primera) y [1591/2025, de 11 de noviembre](#) (N. A. Orellana Cano, la segunda). Estas dimensiones pueden separarse con más facilidad teórica que práctica y respecto a ellas cabe, como tantas veces, que

la discreción o arbitrio lleve a un problema de un sitio -que tal vez sea el que corresponde- a otro que mejor acomode al intérprete.

La primera de las sentencias ordena el catálogo de elementos que pueden emplearse respecto a la transparencia, en un caso en que reputa transparente la cláusula; y la segunda un catálogo extenso respecto a la abusividad, en un caso en el que tampoco reputa la cláusula abusiva.

(i) La sentencia [1590/2025, de 11 de noviembre](#) (R. Blázquez Martín) después de una extensa síntesis normativa y jurisprudencial -de la propia sala, así como de la doctrina del TJUE que incorpora- concluye en el fundamento de derecho 7.^º, que rubrica “*El alcance del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios. Decisión de la sala (IV). Conclusiones sobre los parámetros del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia*”, con la siguiente doctrina:

“1.- De este amplio y complejo recorrido normativo y jurisprudencial se desprende que la superación o no del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia no admite una respuesta única y que la solución dependerá de las concretas circunstancias de cada préstamo y de cada litigio, en función de los hechos que queden probados en el mismo.

2.- Esta apreciación no nos exime de facilitar un catálogo de los diferentes elementos que habrán de ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales en la realización del control de transparencia, en cumplimiento de nuestra obligación de formar doctrina jurisprudencial (art. 1.6 CC) y de la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica (SSTJUE de [7 de agosto de 2018 \[Sala Quinta\], asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17](#), y [14 de marzo de 2019 \[Sala Tercera\], C-118/17](#)).

3.- El control de transparencia debe garantizar que un consumidor medio esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del método de cálculo de ese tipo de interés (IRPH más diferencial) y de valorar así, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de la cláusula de intereses remuneratorios sobre sus obligaciones financieras. El catálogo elementos a

tener en cuenta en la realización de este control se extrae del contenido de los fundamentos jurídicos anteriores y puede condensarse en los siguientes parámetros:

i) Será necesario comprobar, en primer lugar, si el préstamo litigioso, por su fecha y cuantía, está sujeto al bloque normativo de la Orden de 1994 y de la Circular 5/1994, o al de la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, o, por último, exclusivamente a la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y consumo. Esto último sucederá en los préstamos que, por su fecha o cuantía, quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, esto es, todos los anteriores al 9 de diciembre de 2007 en los que el capital prestado excediera de 25 millones de pesetas (150.253,03 €).

ii) Sobre el conocimiento de la composición, de las peculiaridades, de los valores y de la evolución del tipo oficial, como regla general, y sin perjuicio de lo que precisaremos en los puntos iii) y iv), la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los sucesivos valores de los índices IRPH (trasladados luego a la sede electrónica del Banco de España) permitirá entender superado este elemento del control de transparencia, pues esta circunstancia permite a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por las diferentes entidades, al que habría que añadir el diferencial pactado en el caso concreto.

Tenemos en cuenta a este respecto que ya desde la sentencia 669/2017 hemos insistido en que los intereses remuneratorios del préstamo, que constituyen, esencialmente, el precio del negocio, admiten dos sistemas de determinación: el interés nominal fijo, inmune a las fluctuaciones de los tipos de interés, y el interés variable, en cuyo cálculo se establecen dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato: el elemento temporal (la revisión periódica del tipo aplicable) y el elemento cuantitativo, conforme al cual el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (en nuestro caso, el IRPH) y un margen o diferencial establecido en términos porcentuales. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen.

iii) La Directiva 93/13 no impone que la información sobre la evolución pasada y el último valor del índice, ni siquiera en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, tuvieran que ser necesariamente facilitados por la entidad prestamista, pues el índice de referencia quedó establecido mediante un acto administrativo que fue objeto de una publicación oficial, y en principio, los prestatarios tienen de este modo acceso a la información que puede permitir a un consumidor medio comprender el método de cálculo y los sucesivos valores del índice. La información necesaria puede provenir de elementos no facilitados directamente por el prestamista profesional, siempre que esos elementos estén públicamente disponibles y pueda accederse a ellos, en su caso, a través de ciertas indicaciones dadas en tal sentido por ese profesional, para lo que bastará que en la información facilitada conste la mención a la Circular 5/1994.

No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990, pues no llegó a publicarse en el BOE una versión consolidada que incluyera los contenidos añadidos por la Circular 5/1994, de modo que, en tales casos, el consumidor no podría lograr la accesibilidad al contenido de esta última circular sin llevar a cabo una tarea que excede de la diligencia de un consumidor medio y se adentra en el campo de la investigación jurídica.

iv) Si, en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, la entidad prestamista ha incumplido el deber de entrega del folleto mencionado en el Anexo I, apartado 3, y sin perjuicio de las consecuencias que procedan en el ámbito de la disciplina de las entidades de crédito, la consecuencia no habrá de ser necesariamente la falta de transparencia. En tales casos, habrá que valorar si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios, incluidas las indicaciones sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.

En este sentido, ha de aplicarse la reiterada jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia [1574/2024, de 20 de noviembre](#) [P. J. Vela Torres]) según la cual el requisito de la transparencia material persigue un resultado insustituible, que es un consumidor suficientemente informado, pero que ese objetivo puede alcanzarse por pluralidad de medios:

“2.-Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (sentencias [509/2020, de 6 de octubre](#) [J. M.^a Díaz Fraile], [564/2020, de 27 de octubre](#) [P. J. Vela Torres] y [642/2020, de 27 de noviembre](#) [I. Sancho Gargallo]), no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor

suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia [171/2017, de 9 de marzo](#) [pleno, Ignacio Sancho Gargallo], en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”.

Por ello, de la misma manera que hemos afirmado que el mero cumplimiento de los deberes de entrega documental establecidos en normas sectoriales no colma por sí solo el deber de transparencia cuando esa entrega documental no ha garantizado la información material a la que el consumidor tiene derecho (a título de ejemplo, y entre otras muchas, sentencia [328/2021, de 17 de mayo](#) [J.L. Seoane Spiegelberg]), habremos de valorar que la ausencia del folleto no equivaldrá a una automática falta de transparencia si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios, incluidas las indicaciones del prestamista sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.

v) El fin esencial del conocimiento de la mención del diferencial negativo del preámbulo de la Circular 5/1994, en los préstamos sometidos a esta norma, y que se logra con la mención a dicha Circular, es la comprensión, para un consumidor medio, del concepto de TAE en el contexto de la contratación de un préstamo hipotecario. En suma, la pertinencia de tomar en consideración, en la información que precisa un consumidor medio, el llamado «diferencial negativo» mencionado en el preámbulo de la Circular 5/1994 es una información instrumental que permite la adecuada comprensión del concepto de TAE en tal contexto y la diferencia entre los tipos de funcionan estructuralmente como una TAE -los IRPH- y el resto. La omisión de una referencia concreta al diferencial negativo en la información suministrada resultará irrelevante, por lo ya explicado, si dicha información incluía la referencia a la Circular 5/1994 y, en caso de existir una primera franja temporal a tipo fijo, se indicaba la TAE aplicable a ese primer periodo, o se incluía cualquier otra mención al concepto TAE.

vi) La utilización del IRPH en sí no merma la posibilidad del consumidor de comparar una propuesta de préstamo que utilice este índice de referencia con otras propuestas que utilicen otros índices oficiales que no consisten estructuralmente en una TAE, siempre que el valor

actual y los valores históricos de dichos índices se comuniquen o sean accesibles, conforme a lo ya explicado, pues el consumidor medio puede comparar los tipos de interés previstos en las distintas propuestas y para obtener valores comparables lo único que tiene que hacer es añadir a los diferentes índices de referencia el diferencial designado.

4.- En síntesis:

- i) La primera comprobación será la correspondiente al régimen jurídico del préstamo, esto es, la aplicación del bloque normativo de la Orden de 1994 y de la Circular 5/1994, del propio de la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, o, por último, exclusivamente la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y consumo. Esto último sucederá en los préstamos que, por su fecha o cuantía, quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, esto es, todos los anteriores al 9 de diciembre de 2007 en los que el capital prestado excediera de 25 millones de pesetas (150.253,03 €).
- ii) Solo en los préstamos sometidos a la Orden de 1994 será necesario comprobar las circunstancias relativas a la entrega del folleto previsto en su Anexo I-3 y al diferencial negativo mencionado en la Circular 5/1994.
- iii) Como regla general, el acceso al conocimiento de la composición, de las peculiaridades, de los valores y de la evolución del tipo oficial estará garantizado a través de la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los sucesivos valores de los índices IRPH (trasladados luego a la sede electrónica del Banco de España), lo que permitirá entender superado este elemento del control de transparencia.
- iv) La Directiva 93/13 no impone que la información sobre la evolución pasada y el último valor del índice, ni siquiera en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, tuvieran que ser necesariamente facilitados por la entidad prestamista. La información necesaria puede provenir de elementos no facilitados directamente por el prestamista profesional, siempre que esos elementos estén públicamente disponibles y pueda accederse a ellos, en su caso, a través de ciertas indicaciones dadas en tal sentido por ese profesional, para lo que bastará que en la información facilitada conste la mención a la Circular 5/1994.
- v) No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990.

- vi) Si en los préstamos sometidos a la Orden de 1994 la entidad prestamista ha incumplido el deber de entrega del folleto mencionado en el Anexo I, apartado 3, habrá que tener en cuenta si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios, incluidas las indicaciones sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.
- vii) La omisión de una referencia concreta al diferencial negativo mencionado en el preámbulo de la Circular resultará irrelevante si la información incluía la referencia a la Circular 5/1994 y, en caso de existir una primera franja temporal a tipo fijo, se indicaba la TAE aplicable a ese primer periodo o, se incluía cualquier otra referencia al concepto TAE. No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990.
- viii) La utilización del IRPH en sí no merma la posibilidad del consumidor de comparar una propuesta de préstamo que utilice este índice de referencia con otras propuestas que utilicen otros índices oficiales que no consisten estructuralmente en una TAE.”

(ii) La sentencia [1591/2025, de 11 de noviembre](#) (N. A. Orellana Cano) fija, por su parte, los parámetros que cabe emplear para formular un juicio de abusividad de la cláusula en su fundamento de derecho 9.^º, apartado 4:

“Los parámetros del juicio de abusividad de la cláusula de interés variable referenciado al IRPH son los siguientes:

- i) La valoración de la abusividad debe hacerse en el momento de la contratación del préstamo. Para determinar el carácter abusivo de una cláusula se han de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ese momento.
- ii) La existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor depende esencialmente, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula. Se han de tomar en consideración, no solo los valores del índice de referencia, sino también el diferencial aplicado contractualmente a ese índice, con el fin de comparar el tipo de interés efectivo resultante con los tipos de interés habituales del mercado.
- iii) El carácter abusivo de una cláusula contractual se debe apreciar con referencia a todas las demás cláusulas del contrato. Puede ser pertinente examinar la naturaleza de

las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista. Pero el hecho de que, debido a sus procedimientos de cálculo, índices como los IRPH se determinen tomando como referencias diferentes TAE, no produce el efecto de transformar el tipo de interés de un préstamo adaptado periódicamente según la evolución de los valores sucesivos de un IRPH en una TAE que pueda desglosarse, por una parte, en un tipo de interés ordinario propiamente dicho y, por otra parte, en diferenciales, comisiones y gastos.

iv) El hecho de que en la cláusula se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de las TAE aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, y que esa TAE incluya elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente, no implica que la cláusula de adaptación del tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva.

v) Se ha de comparar el tipo efectivo de los intereses ordinarios resultante de la aplicación de la cláusula que establece como índice de referencia el IRPH y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados, y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.

vi) Otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia pueden ser pertinentes, si pueden crear un desequilibrio en detrimento del consumidor, para lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso.”

Después, en el mismo fundamento de derecho, apartado 5, enuncia y desarrolla los elementos que deben tenerse en cuenta para “realizar la comparación del tipo efectivo de los intereses ordinarios resultante con ese método de cálculo y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión, a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato”.

5.- La sentencia [1387/2025, de 7 de octubre](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) se pronuncia sobre la duración máxima de un contrato de arrendamiento en el que se pactó una prórroga indefinida

obligatoria para el arrendador en un contrato de arrendamiento posterior a la LAU (1994). La sentencia no anula la cláusula, sino que la “integra” con el régimen del usufructo (que es, también, un derecho temporal de uso); esto es, sin rechazar la validez de la cláusula de duración indefinida, determina que el plazo que deberá soportar el arrendador es el previsto en el Código civil para el usufructuario (art. 513 1.^º CC).

La cláusula es del siguiente tenor: “Dada la fuerte inversión que es necesario realizar en la vivienda objeto de arrendamiento la Comisión Ejecutiva autorizó que el plazo de este arrendamiento una vez agotado el normal de 5 más 3 años que figura en el contrato, se prorroga [sic, prorrogue o prorrogare] por años sucesivos con carácter indefinido, condición obligatoria para el arrendador y optativa para el arrendatario que podrá dar por terminado el contrato en cualquier momento, avisando a la caja con 3 meses de anticipación. No se aplicará la penalización que se contempla en la cláusula cuarta del primer anexo del contrato”.

La sentencia de instancia y de apelación rechazó la extinción del contrato (que el arrendador fundaba en la invalidez de la cláusula y su integración con el plazo de tácita reconducción) y fijó el plazo al modo de la sentencia pleno [582/2009, de 9 de septiembre](#) (A. Salas Carceller, véase especialmente su fundamento de derecho 5.^º, dictada para los arrendamientos de uso distinto a vivienda con arrendatario persona jurídica): con la integración del régimen del usufructo y así regirá hasta el fallecimiento del arrendatario, al tratarse en el caso de una persona natural (art. 513. 1.^º CC).

En realidad -como se deduce del fundamento de derecho 3.^º-, la discusión gira en torno a qué duración debe tener el contrato: si debe aplicarse lo que prevé el artículo 10 LAU (y, por tanto, el contrato debe extinguirse) o si el plazo de duración debe ser otro: en particular sin que sea dable una situación entre arrendatario persona física y jurídica que haga al primero de peor condición que el segundo.

El Tribunal señala que la duración indefinida a voluntad del arrendatario consagra una cesión de uso perpetua contraria a la naturaleza del contrato (art. 1543 CC), cesión que es distinta a la prórroga forzosa legal (porque no se funda en la ley, que puede cambiar, sino en la voluntad del arrendatario) prórroga que puede pactarse (fundamento de derecho 4.^º, apartados 3 y 4) siempre que conste con “toda claridad” (aunque la doctrina de la sala sobre esa validez no se refiere, apartado 6 del mismo fundamento, a los contratos de arrendamiento de vivienda posteriores a la LAU [1994]) y, en fin, que dejar en manos del arrendatario su vigencia también

contraría la prohibición contenida en el artículo 1256 CC (fundamento de derecho 4.º, apartado 1). Concluye en el fundamento de derecho 5.º, apartado 2:

“La cuestión controvertida de si un pacto de prórroga convencional vulnera lo dispuesto en el art. 1543 del CC, de manera que provoque la ineeficacia de este tipo de pactos fue contestada negativamente por esta sala con base en los argumentos antes transcritos, con respecto a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, en la sentencia del pleno [582/2009, de 9 de septiembre](#) [Antonio Salas Carceller], mediante la integración del contrato con las normas del usufructo, a los efectos de evitar cesiones perpetuas de uso y respetar lo pactado entre las partes, y esta doctrina es aplicada por los órganos de instancia para evitar que el presente contrato se extendiese indefinidamente en el tiempo, con lo que se determinó la concreta duración del arriendo y no es objeto específico de recurso.

En definitiva, el contrato no queda al arbitrio de la parte arrendataria con vulneración del art. 1256 CC y se respeta el principio de la libre autonomía de la voluntad del art. 1255 del CC, pues no ofrece duda alguna de cuál era la voluntad contractual de ambas partes, expresamente exteriorizada e incluso explicada en el contrato, bajo un criterio de reciprocidad contractual por las importantes obras que asumía el arrendatario. Estipulación de prórroga convencional que fue libremente aceptada y que permitió la confluencia de voluntades precisas para el nacimiento del vínculo arrendaticio objeto del proceso.”

6.- La sentencia [1719/2025, de 26 de noviembre](#) (Antonio García Martínez) aborda una cuestión que tal vez hubiera merecido otra respuesta.

“La cuestión que se plantea exige determinar si el art. 25.6 de la LM [Ley 43/2003, de 21 de noviembre, *de montes*], dictado al amparo del art. 149.1. 8.ª de la CE como norma de legislación civil, puede desplazar al art. 21.4 de la NF [Norma Foral 3/1994, de 2 de junio, *de montes y administración de espacios naturales protegidos*, Bizkaia], aprobada por las Juntas Generales de Bizkaia en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de montes, aprovechamientos y servicios forestales. La respuesta debe ser negativa a la luz del sistema constitucional de distribución de competencias y, de forma muy particular, de la doctrina constitucional sobre el derecho de retracto.” (fundamento de derecho 2.º apartado 2).

Esto es, debe decidirse si la norma foral (que carece de rango legal) se extralimita o no al ordenar el “régimen jurídico” del retracto que titula la administración pública.

Dice el Tribunal, en el fundamento de derecho 2.º, por una parte (sin que distinga, como sí hace el Tribunal Constitucional, entre titularidad y régimen jurídico del derecho):

“El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el retracto, como institución jurídica y derecho real de adquisición preferente, pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y su regulación corresponde al Estado como legislación civil (art. 149.1. 8.ª de la CE), salvo en los territorios con derecho civil foral o especial propio. Sin embargo, también ha precisado que esta naturaleza civil no excluye la posibilidad de que existan retractos establecidos por la legislación administrativa en favor de las Administraciones públicas para servir finalidades públicas constitucionalmente legítimas. En esos casos -SSTC [8/2023](#) [Pleno, 22 de febrero, M.ª L. Balaguer], [28/2012](#) [Pleno, 1 de marzo, P. Pérez Tremps], [207/1999](#) [Pleno, 11 de noviembre, P. García Manzano], [156/1995](#) [Pleno, 26 de octubre, J. González Campos], [102/1995](#) [Pleno, 26 de junio, R. de Mendizábal], y [170/1989](#) [Pleno, 7 de noviembre, M. Rodríguez-Piñero]-, el legislador no “regula” la institución civil del retracto, sino que la utiliza como instrumento al servicio de una política sectorial pública, sometiendo su ejercicio al régimen del Derecho civil pero sin alterar su configuración esencial. Cuando ello ocurre, y siempre que la finalidad pública esté vinculada a una competencia autonómica asumida en el Estatuto correspondiente, el retracto así constituido puede integrarse válidamente en la legislación administrativa autonómica o foral, quedando fuera del ámbito material del art. 149.1. 8.ª CE.

El Tribunal ha añadido, con especial claridad, que esta doctrina solo opera cuando el retracto se atribuye a una Administración pública. Si el retracto se atribuye a un particular, la norma incide directamente en las relaciones *inter privatos* y constituye, sin excepción, legislación civil reservada al Estado. Pero cuando el retracto se atribuye a la Administración para la consecución de una finalidad pública constitucionalmente legítima, cabe una segunda modalidad admitida por el Tribunal: la de los retractos administrativos instrumentales, regulados por legislación autonómica o foral en el marco de la competencia sectorial respectiva. En tales casos, la norma sectorial autonómica constituye y regula el retracto en la medida necesaria para servir a la finalidad pública propia de la competencia autonómica, sin que ello suponga invadir la legislación civil estatal”.

Como corolario inevitable de prescindir de la distinción -además de un exceso sobre cómo se asigna la competencia sobre la materia “montes” que ya toma como premisa en el planteamiento de la cuestión-, concluye en el mismo fundamento:

“Esta distinción -entre retractos atribuidos a particulares (siempre civiles) y retractos atribuidos a Administraciones públicas (potencialmente administrativos y regulables en sede autonómica)- es decisiva para resolver la cuestión planteada.

El art. 21 de la NF constituye un retracto exclusivamente a favor de la Administración titular del monte afectado, destinado a proteger la integridad del dominio forestal público y evitar la fragmentación de enclaves. Se trata, por tanto, de un mecanismo instrumental integrado plenamente en la competencia exclusiva foral en materia de montes y aprovechamientos forestales. La norma foral no se limita a reconocer a la Administración la posibilidad de ejercitar un retracto civil común, sino que regula el supuesto habilitante, el ámbito objetivo de aplicación, el procedimiento y el plazo -sesenta días- necesarios para hacer eficaz esa potestad de protección del monte público, en coherencia con su competencia exclusiva y con el interés público sectorial que persigue.

Esta regulación es plenamente conforme con la doctrina constitucional, pues configura un retracto administrativo instrumental atribuido a una Administración pública y encaminado a una finalidad pública legítima en una materia en la que la Comunidad Autónoma (y el Territorio Histórico) ostenta competencia normativa exclusiva. En consecuencia, la norma foral se inserta válidamente en el bloque competencial autonómico y desplaza, en su ámbito propio, la regulación civil general contenida en el art. 25.6 de la LM, que no puede operar como límite en una materia de competencia exclusiva foral - arts. 10.8 del EAPV [LO 3/1979, de 18 de diciembre, *del Estatuto de Autonomía del País Vasco*], 7a) 9 y 8.1 de la LTH [Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de 25 de noviembre, *de relaciones comunes entre las instituciones comunes de la Comunidad autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos*] y 149.1.23.^a de la CE.

De este modo, no existe contradicción normativa que proceda resolver por prevalencia en favor del Estado. El art. 21.4 de la NF constituye la regla aplicable y su plazo de sesenta días es el único relevante para apreciar la caducidad del derecho de retracto ejercitado en el presente caso.”

Basta reproducir este pasaje de una de las sentencias del Tribunal Constitucional citadas. Así la STC [170/1989](#) [Pleno, 7 de noviembre, M. Rodríguez-Piñero], FJ 6.º:

“El establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos no implica una regulación de tal institución civil, la cual es perfectamente compatible, como en el caso enjuiciado sucede, con el uso por la Administración de tales derechos previa disposición legislativa constitutiva de las mismas, con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas. No hay pues aquí invasión competencial del título del art. 149.1.8 C.E., por la simple constitución de un derecho de tanteo y retracto, lo que no supone modificación o derogación alguna de la legislación civil en materia de retracto, ya que el precepto impugnado se ha limitado únicamente a crear en favor de la Administración autonómica un derecho de tanteo y de retracto, dentro del conjunto de actuaciones en materia de protección del medio ambiente, *pero sin establecer, en modo alguno, una regulación del régimen jurídico de tales derechos*” [cursiva nuestra]

7.- Entre las sentencias que son de interés en este periodo elijo unas pocas. Así las siguientes:

(i) Dos sobre las relaciones internas en la solidaridad de deudores: la sentencia [1219/2025, de 10 de septiembre](#) (A. García Martínez) relativa al artículo 1145 CC en caso de pago parcial del crédito por un codeudor solidario que reclama el regreso frente a sus codeudores de la parte que no le corresponde conforme a la relación interna; y la que refiere que el derecho del deudor al reembolso nace *ex novo* con el hecho del pago y no con la simple sentencia condenatoria a éste (sentencia [1203/2025, de 2 de septiembre](#), Rafael Sarazá Jimena).

(ii) Ha habido varias sentencias de interés en materia sucesoria, todas con ponencia de M.^a Á. Parra Lucán: así sobre la *interpellatio in iure* (sentencia [1311/2025, de 25 de octubre](#)); fideicomiso de residuo (sentencia [1327/2025, de 29 de septiembre](#)); y respecto al artículo 788 CC (sentencia [1464/2025, de 21 de octubre](#)).

(iii) También se han dictado un par de sentencias sobre la prescripción, ambas con ponencia de M. Almenar Belenguer: por un lado compendia la jurisprudencia sobre la razón de ser de la prescripción, que recurre a la idea antigua de la presunción de abandono o dejación que entraña con la consiguiente interpretación restrictiva (sentencia [1595/2025, de 11 de noviembre](#), fundamento de derecho 3.º, 2); por otro, se recurre al plazo del artículo 1967.4º CC

para determinar el plazo de la acción en los contratos de suministro de energía eléctrica (sentencia [1514/2025, de 29 de octubre](#), fundamento de derecho 2.^º apartado 4, que sobre las razones que fundan esta aplicación dice: “Ciertamente, las sentencias antes citadas [se refiere a las que enumera en el apartado 3] no se extienden sobre las razones por las que entienden aplicable el art. 1967.4^a CC, sino que se limitan a dar por correcta esta opción. Pero, en cualquier caso, a juicio de la Sala, se trata de la solución que más se adecúa con la naturaleza y características del contrato de suministro de agua o energía”).

(iv) Otro par más sobre simulación: así sobre simulación y pacto comisorio -como puede vulnerarse- la sentencia [1265/2025, de 18 de septiembre](#) (A. García Martínez); y sobre la necesidad de que la simulación sea “acordada” por las partes contratantes la sentencia [1528/2025, de 31 de octubre](#) (A. García Martínez)

(v) La sentencia [1447/2025, de 17 de octubre](#) (A. García Martínez) -llamada a ser examinada con cuidado por sus efectos en el mercado del alquiler- asigna al arrendador de nave industrial el deber de vigilar que su arrendatario cumpla las medidas de seguridad exigibles a su actividad (habían convenido en el contrato que el arrendatario adoptara medidas de seguridad idóneas para evitar el riesgo de incendio) y no puede exonerarse frente a los terceros que padecen las consecuencias del fuego. Los términos son estos (fundamento de derecho 2.^º, 2.1):

“La arrendadora, conocedora de que la nave no se encontraba en perfecto estado de uso, de que la actividad desarrollada por la arrendataria comportaba el almacenamiento de productos de evidente naturaleza no ignífuga, y de que esta asumía la obligación de adoptar cuantas medidas de seguridad para la protección contra incendios resultaran necesarias para garantizar en todo momento que la actividad a desarrollar discurriera sin riesgo alguno para las personas o las cosas, se desentendió por completo del cumplimiento por la arrendataria de aquello a lo que se obligaba, sin comprobar la existencia ni suficiencia de los medios de protección exigibles en materia de prevención y seguridad contra incendios. Dicha omisión, valorada a la luz de la diligencia exigible al propietario que pone en el tráfico un inmueble destinado a un uso industrial -la nave se arrendó para ser destinada al almacenamiento de artículos de marroquinería, actividad que, aun sin implicar procesos de fabricación, se encuadra en el uso industrial a los efectos de la normativa de seguridad contra incendios (Real Decreto 2267/2004, de 3 de diciembre, en vigor al momento de los hechos)-, constituye una infracción del deber de cuidado y vigilancia que le incumbía y que tenía la posibilidad real de ejercer.”

(vi) La sentencia [1441/2025, de 17 de octubre](#) (N. A. Orellana Cano) se pronuncia por primera vez sobre una “práctica no consentida” abusiva (art. 82.1 TRLGDCU). En el caso la concesionaria de la autopista cobraba íntegramente el peaje, sin moderar o eliminar su importe cuando no se está prestando el servicio en condiciones suficientemente satisfactorias de fluidez y/o seguridad del tráfico (en condiciones distintas a las esperables de una vía con peaje frente a una que carece de él) sin advertir, como estaba obligada, con antelación de la situación de las obras y los efectos en la circulación -que permite al usuario decidir si asume o no las incidencias advertidas, en suma, si contrata o no-.

(vii) La buena fe en sentido objetivo es una fuente inagotable para la solución de casos diversos. Así sucede en las dos sentencias siguientes: se recurre al abuso del derecho, que se desestima, en un caso de huecos en pared propia en la sentencia [1266/2025, de 22 de septiembre](#) (Antonio García Martínez) “sin perjuicio de que la alegada conveniencia de una evolución jurisprudencial del art. 582 en atención a la realidad urbana sea debatible en otro cauce y por razones de política jurídica”. Qué es un acto propio (y no lo es): así en la sentencia [1328/2025, de 29 de septiembre](#) (M. Almenar Belenguer) con una prolífica exposición de doctrina jurisprudencial sobre la llamada doctrina de los actos propios.

8.- En la próxima Crónica haré algunas consideraciones sobre los *obiter dicta* en las sentencias del Tribunal Supremo (véase el *obiter*, por ejemplo, de la sentencia [1713/2025, de 26 de noviembre](#) [F. Cerdá Albero], fundamento de derecho 2.^º) asunto que recuerda a la anécdota atribuida a Diógenes de Sínope que viendo a todo el mundo atareado “echó a rodar su tinaja para no parecer ocioso”; y también respecto a las sobre garantías y el cuidado que debe emplearse en decisiones (singulares) que pueden afectar a (las reglas comunes y presupuestos económicos) de la concesión de crédito: así la sentencia [1762/2025, de 2 de diciembre](#) (M. Almenar Belenguer) estima que la fianza de los jubilados padres del deudor es una sobre garantía desproporcionada y declara su nulidad, con daño para el acreedor, que es a quien debe explicarse que impuso condiciones excesivas.