



REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO



Publicación de circulación Internacional

Revista Boliviana de Derecho

<https://www.revista-rbd.com/>

Edita Fundación Iuris Tantum

C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15

Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: contacto@idibe.org

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano

C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15

Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: contacto@idibe.org

web: www.idibe.org

Edita: Tirant lo Blanch

C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España)

Telf. +34 963 61 00 48

Correo electrónico: tlb@tirant.com

www.tirant.com

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
- CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas).
- ESCI (ISI-Thomson Reuters).
- JCR (Journal Citation Reports): Q4
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia).
- REDIB (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España).
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas).
- RRDe (Ranking de las Revistas de Derecho por Especialidades de la Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho): Q1 Multidisciplinar.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

e-ISSN: 2706-8080

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - Printend in Bolivia

Diagramación General: Elías On - elias.on@live.com

SUMARIO

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ La función del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad y su papel en el seguimiento de los Estados Parte. Acotaciones sobre el caso italiano. Vincenzo Barba (Italia) y María Eugenia Torres Costas (España) 14
- 02/ Los *deepfakes* satíricos o paródicos: análisis desde la perspectiva del Derecho europeo. Jorge Antonio Climent Gallart (España) 36

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 03/ Anticipo del alquiler con bienes raíces. Susceptible limitación del pleno dominio. Antonio Alaejos Andrés (España) 68
- 04/ El papel de la culpa en los distintos remedios al incumplimiento contractual. Alejandro Araque García (España) 84
- 05/ Entre la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización. Álvaro Bueno Biot (España) 124
- 06/ La forma de los contratos gratuitos atípicos: la frontera entre las obligaciones exigibles y los deberes de conciencia. José María Cardós Elena (España) 168
- 07/ La armonización del derecho contractual internacional por medio de los *restatements* internacionales. Emmanuel Guillermo Carreño Bernal (Colombia) 200
- 08/ La propuesta de modernización del Código civil y su impacto en los remedios frente al incumplimiento de la prestación sanitaria. Luis Corpas Pastor (España) 242
- 09/ El contrato de alimentos como acto en fraude de las legítimas. Marta Gómez López (España) 280
- 10/ Verso uno sviluppo sostenibile? L'impatto della DIR. 2024/1799/UE relativa a norme comuni che promuovono la riparazione di beni sui rapporti tra consumatore, fabbricante e venditore. Francesco Librizzi (Italia) 306
- 11/ L'insostenibile leggerezza del recesso del consumatore nei contratti online: il problema della sostenibilità ambientale delle restituzioni. Giuseppe Marino (Italia) 330

12/	La validez jurídica de las prórrogas de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a menores sujetos a patria potestad. María del Pilar Mesa Torres (España).....	362
13/	¿Proteger o no proteger? Reflexiones sobre datos y algoritmos y su comerciabilidad. Pablo Muruaga Herrero (España)	384
14/	Análisis comparado de la pluralidad de sujetos en la obligación: entre la parciariedad y la solidaridad. Nieves Rojano Martín (España)	416
15/	La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> y el contrato de arrendamiento. José Luis Sobrevela Bravo (España)	446
16/	Análisis teórico y jurisprudencial de la donación, de la revocación de la misma por la causa prevista en los arts. 644, 645 y 646 CC y nuevos retos. María del Pilar Taberner Arroyo (España).....	472
17/	El pacto sucesorio en el Derecho Foral de Navarra: su utilidad para la conservación generacional de la empresa familiar. Javier Vidán Peña (España)	502

C) DERECHO TRIBUTARIO

18/	¿Quién es considerado guardián de acceso a los mercados digitales europeos? Enrique de Miguel Canuto (España).....	532

D) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

19/	Derecho Internacional Privado en materia de persona y de familia: Principado de Andorra vs. Unión Europea. Alfonso Ortega Giménez (España)	562

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

A) DERECHO DE LA PERSONA

20/	Conducta pródiga: necesidad de proporcionalidad de la medida de apoyo: curatela asistencial. Comentario a la STS de España núm. 1143/2024, de 18 de septiembre. Salvador Carrión Olmos (España).....	610
21/	Estocada a la guarda de hecho. Comentario a la STS de España núm. 875/2024, de 18 de junio. José Ramón de Verda y Beamonte (España)	624
22/	Imposición de medidas de apoyo e interés superior <i>versus</i> la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Comentario a la STS de España núm. 1143/2024, de 18 de septiembre. Pilar María Estellés Peralta (España).....	656
23/	<i>In dubio pro capacitate, in dubio pro libertate</i> (Sobre la interposición de acción de divorcio por persona sujeta a curatela). Comentario a la STS de España núm. 767/2024, de 30 de mayo. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)	674

B) DERECHO DE FAMILIA

24/	La problemática jurídica de los matrimonios celebrados por personas mayores con discapacidad. Comentario a la STS de	

españa núm. 91/2024, de 24 de enero. María del Mar Heras
Hernández (España) 698

25/ La determinación de las cargas asociadas al cuidado de los animales
de compañía. Comentario a la STS núm. 4146/2024, de 17 de julio
de 2024. Joel Harry Clavijo Suntura (España).....710

26/ Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de
gestación subrogada. Comentario a la STS de España núm.
1626/2024, de 4 de diciembre. Celia Carrillo Lerma (España) 720

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

27/ Indemnización al arrendatario: análisis de los requisitos del
artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentario a
la STS de España núm. 877/2024, de 19 de junio de 2024. Manuel
Patuel Pardo (España).....742

PANORAMA

28/ Regulación jurídica y protección social de los trabajadores
autónomos en Ecuador. Rafael Pardo Gabaldón (España).....754

RECENSIONES

29/ De Verda y Beamonte, J.R.: *El Derecho de familia hoy: Nuevas
tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025. Por
Salvador Carrión Olmos.....786

30/ Chaparro Matamoros, P.: *El contrato de prestación de servicios de
juego*, Reus, Madrid, 2024. Por Javier Barceló Doménech.....790

31/ Cobas Cobiella, M^a. E.: *Mediación en el ámbito intercultural*,
Dykinson, Madrid, 2024. Por Alfonso Ortega Giménez.....796

32/ Marín Salmerón, A.: *El defecto de diseño en los productos digitales*,
Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023. Por José Ramón de Verda
y Beamonte.....799

33/ Mas Badía, M^a. D.: *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad
en la Ley por el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2024.
Por Fabiola Meco Tébar. 806

34/ Ortega Giménez, A.: *El contrato de agencia comercial internacional
en España y en el resto de la Unión Europea (Práctica doctrinal y
jurisprudencial)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024. Por
Lerdys Saray Heredia Sánchez. 810

35/ Ortega Giménez, A.: *La aplicación judicial del Derecho extranjero en
España*, Sepín, 2024. Por Lerdys Saray Heredia Sánchez.....813

36/ Ramón Fernández, F.: *La vivienda colaborativa o cohousing: su
oportunidad como nueva forma de habitar*, Tirant lo Blanch, Valencia,
2024. Por Javier Plaza Penadés.....816

FUNDACIÓN IURIS TANTUM

(†) **DR. ORLANDO PARADA VACA**
Presidente

DIRECCIÓN GENERAL

DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. ALEX PARADA MENDÍA
Profesor Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

SECRETARÍA

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO
Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

DR. RICCARDO MAZZARIOL
Profesor Titular de Derecho Privado, Università degli Studi di Padova, Italia

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Msc. JERJES JUSTINIANO ATALÁ
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA
Catedrático de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles, Italia

DR. VICENZO BARBA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

CLARA BAYARRI GARCÍA
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

DRA. MIRZIA ROSA BIANCA
Catedrática de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Catedrático de Derecho del Trabajo, Magistrado Sala 4ª del Tribunal Supremo, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. JORGE ESQUIROL
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. ANDREA FEDERICO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. GIAMPAOLO FREZA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática Emérita de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

DR. LORENZO MEZZASOMA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. GIOVANNI PERLINGIERI
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. ILIANA PORRAS,
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. FERMÍN MORALES PRATS
Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, España

DR. NELSON ROSENVALD
Fiscal, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil, Brasil

DRA. ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI
Catedrática de Derecho Privado, Universidad del Sannio, Italia

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,
Magistrado de La Corte Suprema, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso. Chile

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Constitucional

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Derecho Procesal

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho de Consumo

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Financiero

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Profesor Titular de la Universidad Politécnica de Valencia, España

Derecho Medioambiental

DRA. ANNA MALOMO
Catedrática de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Notarial y Sucesorio

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Penal

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Propiedad Intelectual e Industrial

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Derecho Comparado

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

Derecho del Trabajo

DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la SS, Universidad de Valencia, España.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: DR. ÁLVARO BUENO BIOT
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, España

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Profesor Titular de Derecho de la Economía, Universidad de L'Aquila, Italia

DR. LUIS DE LAS HERAS VIVES
Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano, España

DR. NICOLÒ CEVOLANI
Profesor Investigador de Derecho Privado, Universidad de Bolonia, Italia

DR. MIGUEL HERRERO MEDINA
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, España

D. FEDERICO IOANNONI FIORI
Investigador Predoctoral, Luiss University Roma, Italia

DRA. CARLOTTA IPPOLITI MARTINI
Profesora Investigadora de Derecho Privado, Universidad de Bolonia

DR. FRANCESCO LA FATA
Profesor Investigador de Derecho de la Economía, Universidad de Mesina, Italia

DR. ANDRÉS MARÍN SALMERÓN
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

DR. JAVIER MARTÍNEZ CALVO
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DR. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

D. PABLO MURUAGA HERRERO
Investigador Predoctoral, Universidad de Valencia, España

DR. RICARDO PAZOS CASTRO
Profesor colaborador asistente, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España

DR. VALERIO ROTONDO
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad del Molise, Italia

DR. CALOGERO ALBERTO VALENZA
Investigador postdoctoral, Universidad de La Sapienza, Italia



DOCTRINA



LA FUNCIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PAPEL EN EL
SEGUIMIENTO DE LOS ESTADOS PARTE. ACOTACIONES
SOBRE EL CASO ITALIANO

*THE ROLE OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PEOPLE
WITH DISABILITIES AND ITS ROLE IN THE FOLLOW-UP OF
THE STATES PARTIES. NOTES ON THE ITALIAN CASE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 14-35

Vincenzo
BARBA y
M^a Eugenia
TORRES

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: En este artículo, los autores analizan el proceso de creación y el funcionamiento de uno de los principales mecanismos de supervisión de los derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas, con especial atención a los Comités establecidos por los Tratados sobre derechos humanos. Estos Comités, creados con el objetivo de interpretar y supervisar la aplicación y el cumplimiento de las disposiciones de los tratados por parte de los Estados signatarios, desempeñan un papel crucial en la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, los autores destacan cómo muchos Estados muestran una fuerte resistencia a dar plena y concreta aplicación a las medidas emitidas por dichos Comités. El artículo también se centra en la evolución de la jurisprudencia en algunos países, como España, que ha reconocido progresivamente el carácter vinculante y ejecutivo de las decisiones de los Comités, consolidando una doctrina que legitima su autoridad y aplicabilidad en el ordenamiento nacional.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; tratados internacionales; comités; organismos de supervisión; dictámenes; eficacia; discapacidad.

ABSTRACT: In this article, the authors delve into the creation and functioning of one of the key human rights oversight mechanisms within the United Nations system, specifically the Committees established by Human Rights Treaties. These Committees, tasked with interpreting and monitoring the implementation and compliance with treaty provisions by signatory States, play a critical role in safeguarding fundamental rights. However, the authors highlight the significant resistance shown by many States in effectively enforcing the measures issued by these Committees. Furthermore, the article examines the evolution of jurisprudence in countries like Spain, which has progressively recognized the binding and enforceable nature of the Committees' decisions, thereby solidifying a legal doctrine that legitimizes their authority and applicability within national legal frameworks.

KEY WORDS: Human rights; international treaties; committees; oversight bodies; rulings; effectiveness; disability.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- III. REGULACIÓN Y FUNCIONES DEL COMITÉ.- IV. VALOR JURÍDICO DE LOS DIFERENTES DICTÁMENES EMITIDOS POR EL COMITÉ.- I. Valor jurídico de las Observaciones Finales y de las Observaciones Generales.- 2. Carácter vinculante de los Dictámenes derivados de las comunicaciones.- V. COMUNICACIONES, DICTÁMENES Y RECOMENDACIONES DEL COMITÉ AL ESTADO ITALIANO.- 1. Los dictámenes del Comité en el sistema de fuentes italiano.- 2. Ejecución de los dictámenes del Comité en Italia.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad existen dos tipos de mecanismos de supervisión de derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas: los órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos¹, denominados normalmente Comités, y los órganos creados en virtud de la Carta Internacional de Derechos Humanos². En este artículo queremos centrarnos en los primeros de ellos y, particularmente, en el organismo supervisor y de interpretación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Para poder ejercer su competencia, es necesario que los Estados Parte del tratado en cuestión, además de estar comprometidos con el catálogo de derechos que se recogen en él, reconozcan y acepten expresamente la competencia del Comité correspondiente como mecanismo de garantía de cumplimiento. Pese a la vinculación mostrada por los Estados a través de la ratificación de los propios tratados o de sus protocolos facultativos, en numerosas ocasiones el carácter vinculante de los dictámenes emitidos por los organismos supervisores es más que cuestionado (cuando no

1 Actualmente son diez: el Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (SPT), el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) y el Comité contra la Desaparición Forzada (CED). Vid. <https://www.ohchr.org/es/instruments-and-mechanisms> [Última consulta: 15/08/2024].

2 Los recientes órganos basados en la Carta son el Consejo de Derechos Humanos y sus subsidiarios, incluidos el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal y el Comité Consultivo. Vid. <https://research.un.org/es/docs/humanrights/charter> [última consulta: 2/09/2024].

• Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad La Sapienza de Roma. Responsable de numerosos proyectos de investigación nacionales e internacionales y director del Grupo de investigación Internacional *Tandem Obtinet Iustitia*. Profesor distinguido de la Universidad de la Habana; Miembro pleno de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones; Miembro del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it.

• María Eugenia Torres Costas

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Ex investigadora postdoctoral y docente de Derecho Civil de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla. Premio Ángel Olavarría en su XII edición y Mención Especial en su IX otorgados por la Fundación de Cultura Andaluza. Miembro del Observatorio de Jurisprudencia sobre sistemas apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Correo electrónico: martor19@ucm.es.

directamente negado) por los propios firmantes y su ejecución efectiva no deja de ser, en la mayoría de los casos, una absoluta quimera. La razón principal de esta negativa tiene mucho que ver con el carácter no jurisdiccional del propio ente supervisor. Aunque esto es cierto, en nuestra opinión no es suficiente para desvirtuar sus resoluciones. Consideramos que el rechazo generado por estos dictámenes obedece probablemente al desconocimiento del sistema de creación del propio organismo supervisor, de nombramiento de sus miembros, de adopción de sus dictámenes, y de ignorancia del propio sistema de fuentes de los Estados firmantes, particularmente de Italia. El desprecio sistemático hacia los dictados de los Comités perpetua la violación de los derechos humanos infringidos no solo de quienes denuncian a nivel particular, sino de todas las personas que pueden, en un momento u otro, encontrarse ante situaciones similares a la resuelta en el dictamen concreto en cuestión.

Preocupa especialmente esta situación cuando ello afecta a colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas con discapacidad y, particularmente aquellas con discapacidad intelectual o psicosocial, porque es el propio ordenamiento jurídico interno el que de manera tozuda les niega el ejercicio de los derechos fundamentales que los tratados internacionales y, particularmente la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, les reconoce especialmente desde el año 2008, fecha en la que entró en vigor³.

Con el fin de reconducir esta situación en aras a la consecución del cumplimiento de la CDPD, resulta imprescindible realizar una aproximación a su Comité. Para ello, nos adentraremos en su creación, composición, sistema de elección de sus miembros, principios, modo de deliberación y toma de decisiones y emisión de dictámenes. Solo de esta manera y, poniendo todo ello en relación con el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico italiano, alcanzaremos a comprender la autoridad que corresponde atribuir al organismo supervisor de la CDPD y, en consecuencia, el valor vinculante de los informes y dictámenes emanados del mismo.

II. ORIGEN DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El 19 de diciembre de 2001 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 56/168⁴ mediante la cual se acordaba crear el Comité especial para que examinase propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Se invitaba además a los Estados, en cooperación con los

³ Italia la ratificó en 2009, como veremos más adelante.

⁴ Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm> [Última consulta: 27/06/2024]

órganos y organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas, a celebrar reuniones o seminarios regionales para que aportasen su contribución a la labor encomendada al Comité especial formulando recomendaciones sobre el contenido de la convención internacional y las medidas prácticas que habría que tener en cuenta en ella.

Tomando el testigo de esta invitación, México convocó una reunión de Expertos⁵ de la que resultó el levantamiento de un acta⁶ que recogía, entre otras cosas, un borrador que contenía los “Elementos para una futura Convención de las Naciones Unidas Amplia e Integral para promover y proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”⁷. El art. 20 de ese borrador preveía la constitución de un Comité de Expertos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con el fin de dar seguimiento a la aplicación de la futura Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Siguiendo este boceto inicial el Comité *ad hoc* para la negociación de la Convención, que finalmente se aprobó el 12 de diciembre de 2006, redactó el actual art. 34 CDPD, que se corresponde en parte con las propuestas que figuraban en los arts. 20 a 23 de aquel borrador.

III. REGULACIÓN Y FUNCIONES DEL COMITÉ.

El art. 34 CDPD regula el “Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad” (en adelante: el Comité). Sus funciones se concretan principalmente en el párrafo 10 de este artículo⁸. De forma global, su función consiste en el seguimiento y control de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud de la firma y ratificación de la CDPD. La labor de seguimiento tiene como fin prevenir de futuras violaciones de derechos humanos; la de control, determinar la existencia de responsabilidad estatal por el incumplimiento de las obligaciones convencionales⁹.

Los arts. 35 a 39 CDPD establecen como funciones específicas las de recibir y analizar los informes que le presentan los Estados parte periódicamente¹⁰ sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la CDPD.

5 México fue el Estado promotor de la que terminó siendo la actual Convención de Derechos de las Personas Con Discapacidad. La reunión de Expertos tuvo lugar en ese Estado del 11 al 14 de junio de 2002.

6 A/57/212

7 El borrador recogido en ese acta también fue propuesto por el Estado mexicano.

8 Siguiendo lo ordenado en el párrafo 10 del art. 34 CDPD, el Comité aprobó su reglamento en el año 2010 (CRPD/C/4/2), que fue revisado posteriormente en el año 2016 (CRPD/C/1/Rev.1), donde, de forma pormenorizada y más detallada se regulan todos los aspectos relativos a su composición y funcionamiento.

9 Ambas funciones se desarrollan a través de diferentes actuaciones que dan lugar a diversos tipos de documentos o decisiones y se concretan en otras más específicas.

10 CRPD/C/ITA/1, informe inicial presentado por el Estado italiano; CRPD/C/ITA/CO/1/Add.1, informe de seguimiento.

Respecto a cada uno de estos informes emite sus Observaciones finales¹¹ con el fin de orientar al Estado correspondiente para la posterior implementación de las disposiciones de la CDPD¹².

Otra de sus funciones es la de informar a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y la de emitir Observaciones Generales¹³ para clarificar el contenido de las obligaciones establecidas en la CDPD¹⁴. Basadas en la idea de que la Convención es un documento vivo cuya aplicación debe ser objeto de un seguimiento constante, estas Observaciones pretenden contribuir a abordar aquellos aspectos que el Comité considera que no han recibido la debida atención, o que han sido objeto de una interpretación insatisfactoria.

El Protocolo Facultativo de la CDPD, ratificado por Italia en 2009¹⁵, regula específicamente las funciones respecto a los procedimientos de quejas y denuncias, a las que denomina “comunicaciones”, abiertos contra los Estados por supuestas vulneraciones individuales de derechos reconocidos en la CDPD. Pero también se contempla en este Protocolo la función investigadora del Comité (arts. 6 y 7) cuando reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas con carácter general por un Estado Parte de los derechos recogidos

11 Estas Observaciones finales son adoptadas tras un diálogo interactivo plasmado en las diferentes sesiones de debate. Vid. Sesiones celebradas el 24 y 25 de agosto de 2016 entre Italia y el Comité para la toma en consideración de su informe inicial (CRPD/C/SR.283 y CRPD/C/SR.284 en las que se analiza y profundiza sobre las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a la CDPD que figuran en el informe presentado por el Estado que dio lugar a las correspondientes Observaciones Finales por parte del Comité (CRPD/C/ITA/CO/I).

12 En ellas, el Comité suele incluir, en primer lugar, el reconocimiento de actuaciones positivas adoptadas por el Estado para cumplir sus obligaciones; en segundo lugar, la identificación de áreas problemáticas que requieran la adopción de más medidas por parte del Estado; y, en tercer lugar, la identificación de medidas que el Estado puede adoptar para mejorar la implementación de los estándares de derechos humanos de la CDPD, como cambios en las leyes, políticas y programas o el establecimiento de órganos o instituciones, así como previsiones relacionadas con el seguimiento de la implementación de las observaciones. De ahí que Italia se viese obligada a tener que presentar su informe de seguimiento. CRPD/C/ITA/CO/I.

13 Vid. art. 39 CDPD. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes.

14 Normalmente estas Observaciones Generales, dirigidas a todos los Estados parte, se formulan en relación con artículos y temas concretos en los que se observan -usualmente a partir del examen de los informes periódicos- especiales dificultades para su comprensión, malentendidos o interpretaciones contradictorias. Esto fue lo que motivó la Observación General Primera emitida por el Comité al percatarse, en el momento de ir recibiendo los primeros informes presentados por los Estados Parte, de que había una confusión generalizada en torno al espíritu y alcance del art. 12 CDPD, sobre el que versa, justamente esa primera Observación General. Al respecto, TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, B.O.E., Ed., Madrid, 2020-I, p. 50, indicaba que «El examen de los informes presentados por los diferentes Estados tras la entrada en vigor de la CDPD evidenció, en palabras del Comité, la existencia de un “malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados parte en virtud del artículo 12 de la Convención”.

15 A tenor de lo previsto en el art. 8 del Protocolo Facultativo, éste sólo será de aplicación respecto de aquellos Estados Parte que lo hayan ratificado; por tanto, Italia queda sometida por haber ratificado, junto con la CDPD, este instrumento internacional. Vid. Legge, 3 marzo 2009, n. 18, Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e Istituzione dell'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, en G.U. Repubblica Italiana, de 14 de marzo de 2009.

en la Convención¹⁶. Se trata de la principal manifestación de la función de control del Comité. Estos procedimientos de investigación suelen finalizar con la emisión de un Dictamen por parte del Comité.

IV. VALOR JURÍDICO DE LOS DIFERENTES DICTÁMENES EMITIDOS POR EL COMITÉ.

Llegados a este punto y, a la vista de las diferentes actuaciones derivadas de la diversidad de funciones atribuidas al Comité, conviene preguntarse qué valor jurídico tiene cada una de ellas, especialmente, los dictámenes emitidos tras la tramitación de los procedimientos de investigación¹⁷. Se trata de aclarar si su carácter ha de ser considerado vinculante para el Estado parte o no, pues de la respuesta que se dé a esta cuestión dependerá, en buena medida, la decisión sobre si esos mismos Estados, muchas veces complacientes con su propia actuación al respecto, están o no respetando los dictados de la propia Convención.

I. Valor jurídico de las Observaciones Finales y de las Observaciones Generales.

En general, la doctrina no plantea problemas respecto al carácter interpretativo de las Observaciones Finales y de las Observaciones Generales¹⁸ de los Tratados Internacionales, aunque existen discrepancias respecto a la calificación de esta interpretación. Así, para algunos autores debe ser calificada como “autorizada”¹⁹, otros la consideran “cualificada”²⁰ y otros “auténtica”²¹.

16 El trámite realizado según los cauces previstos en este Instrumento facultativo será siempre contradictorio, esto es, con la intervención del Estado, al que se dará traslado de la información fidedigna recibida y plazo para la formulación de sus alegaciones y presentación de prueba. Finalmente, el procedimiento admitido a trámite finalizará con la emisión del referido dictamen.

17 Sobre los efectos de los dictámenes de los Comités, léase TORRECUDRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “Legal issues related to the reports of the United Nations Committees. Legal effects in Spain”, *Ordine Internationale e diritti umani*, núm. 2, 2024, pp. 204-216 y FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA, 2023.

18 Cuya finalidad, recordamos, sería la de servir de guía respecto del contenido normativo de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos establecidas en los Tratados.

19 En sentido contrario *Vid.* CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2021, p. 357; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, vol.2, 2018, p. 845; SANZ RUBIALES, I.: “Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos (comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 27 de abril de 2022)”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 80, 2022, p. 269.

20 CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2021, p. 335, con cita a ESCOBAR FERNÁNDEZ, C.: “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la sts 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, núm. 71, vol. 1, 2019, pp. 241-250 y 246-250.

21 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, C.: “La observación general primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad. ¿Interpretar o corregir?” en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (coord. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, L., PÉREZ GALLARDO, Y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2021, pp. 85-112, afirma “la interpretación realizada por el Comité en la Observación General Primera no es una interpretación auténtica (realizada por el propio autor de la norma), ni una *authoritative interpretation*, entendida como una interpretación relativamente indiscutible: se trataría de una interpretación especialmente cualificada, pero en todo caso no vinculante”, pp. 90 y 91. De la misma opinión CUENCA GÓMEZ, P.: “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012,

En nuestra opinión, debe descartarse que puedan ser consideradas actos de interpretación auténtica porque efectivamente no se realiza por el mismo órgano que aprobó la Convención. Sin embargo, no cabe duda de que no sólo tienen valor político, sino que expresan una importante pauta interpretativa con vistas a lograr una aplicación uniforme de los Convenios y Tratados y marcan las directrices que los Estados han de seguir para ello. Las Observaciones Generales son, por tanto, documentos de valor interpretativo de especial importancia por el organismo que las emite²² y por el grado de compromiso y delegación de competencias que los Estados han depositado en él. Su función será la de explicar el tratado, con la posibilidad de complementarlos. Son, por tanto, actos interpretativos-integrativos²³ que deben ser tomados en la máxima consideración por el aplicador del texto convencional, que no puede prescindir responsablemente de ellas²⁴.

Tampoco plantea entre la doctrina mayor discusión al carácter recomendatorio de los mecanismos de seguimiento de los Estados²⁵.

pp.1-21. TRINIDAD NÚÑEZ, P.: "La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas", en AA.VV. *La aplicación de los Derechos Humanos en el Derecho Español* (coord. por F. MARINO MENÉNDEZ), Universidad Carlos III, Madrid, 2009, pp. 329-349, literalmente se plantea: "Y si estos Comités no pueden interpretar "auténticamente" dichos tratados. ¿a quién correspondería entonces esa facultad?". Este valor interpretativo ha sido reivindicado también, entre otros, por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 33. Lo mismo ha hecho la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que en su hoja informativa sobre Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas también incide en que "constituyen una interpretación autorizada de los tratados respectivos". Incluso la Corte Internacional de Justicia, asunto República de Guinea c. República Democrática del Congo, Sentencia de 30 de noviembre de 2010, ICJ Reports 2010, párr. 66, pp. 663-664, a la que alude el CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2021, p. 336, ha destacado que, aunque debe darle mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente no está sometida a seguir los criterios interpretativos de ese mismo Comité en la aplicación del Tratado en cuestión.

22 TORRES COSTAS M. E., *La capacidad jurídica*, cit., p. 108 y ss.

23 BARBA, V.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por J.VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2020, pp. 25

24 Vid. STS 2747/2018 de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2747). TORRES COSTAS M. E.: *La capacidad jurídica*, cit., p. 117, afirma: "A la luz de esta última decisión del Tribunal Supremo que venimos comentando, cabe concluir que el carácter de los informes de los Comités de los Tratados es hermenéutico, pero también vinculante, y además ejecutivo, con independencia de que en el Estado Parte que hubiera firmado el Tratado y, en su caso, el Protocolo facultativo, exista o no un procedimiento autónomo y específico para reclamar la ejecución de los Dictámenes que, a su favor, hubiese dictado el Comité. Además, los Dictámenes emitidos por estos órganos que declaren la vulneración de derechos fundamentales pueden constituir el presupuesto necesario para apoyar e interponer una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia".

25 Así, el Comité de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI), órgano independiente de monitoreo de la CDPD en España, considera, igual que CARDONA LLORENS, J.: "The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies", *Spanish yearbook of international law*, 2019, núm. 23, p.148, que las Observaciones Finales que el Comité realiza tras la lectura y discusión de los informes periódicos presentados por los Estados, no tendrían un valor jurídico obligatorio, sino que serían más bien sugerencias en relación con la efectiva implementación de las obligaciones convencionales. CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2021, p. 334.

En enero de 2013 Italia presentó, con cierto retraso²⁶ su informe inicial²⁷. En él debía explicarle exhaustivamente al Comité las medidas adoptadas para cumplir sus obligaciones conforme a la CDPD desde su entrada en vigor y los progresos alcanzados (art. 35 CDPD). Al respecto, el Comité aprobó sus Observaciones finales en fecha 1 de septiembre de 2016, efectuando una serie de recomendaciones al Estado italiano. La lectura del escrito inicial presentado es suficiente para concluir que Italia no había asumido los principios que fundamentaron el cambio de paradigma de la discapacidad impulsado por la CDPD. Por ello, además, de las recomendaciones, el Comité efectuó, entre otros, un requerimiento para que, en el plazo de doce meses emitiese nuevo informe de seguimiento al Comité, a fin de que éste valorase los avances que, de acuerdo con las recomendaciones efectuadas, hubiese logrado Italia. Posteriormente, en octubre de 2017, Italia emitió el informe de seguimiento del que, nuevamente, se desprende que continúa sin asimilar el paradigma social de la Discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos y el nuevo sistema de provisión de apoyos impulsados por la CDPD. No profundizaremos ahora sobre el contenido de estos informes de seguimiento ni de las Observaciones emitidas en este caso concreto por el Comité.

2. Carácter vinculante de los Dictámenes derivados de las comunicaciones.

Distinta es, sin embargo, la naturaleza jurídica y el carácter de los dictámenes emitidos como consecuencia de las comunicaciones, eso es quejas y denuncias, presentadas por personas o grupos de personas contra el Estado supuestamente infractor. Tramitados los expedientes derivados de estas quejas o denuncias, si el Comité considera acreditada la vulneración de derechos denunciada emitirá un dictamen mediante el cual formulará al Estado incumplidor una serie de “recomendaciones” para que, por un lado, adopte las medidas individualizadas de carácter indemnizatorio, resarcitorio y aquellas otras que procedan *ad hoc*, para garantizar en el futuro los derechos vulnerados a los comunicantes en el caso concreto. Por otro lado, suele formular también otro tipo de recomendaciones más genéricas para que el Estado adopte las medidas generales consistentes en la modificación de la legislación interna para garantizar los derechos de la diversa variedad de personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

En realidad, tras la fórmula “recomendaciones”, el Comité impone al Estado infractor verdaderas “obligaciones”. Luego no parece descabellado plantear que este tipo de decisiones no tiene un valor meramente recomendatorio, sino que su

26 El párrafo 1 del art. 35 CDPD obliga a los Estados Parte a presentar su informe inicial en el plazo de dos años desde la fecha de entrada en vigor de la CDPD en el Estado de que se trate, lo que en Italia tuvo lugar el 30 de septiembre de 2009, fecha de ratificación del Tratado.

27 CRPD/C/ITA/1.

finalidad resulta imperativa y de obligado cumplimiento para los Estados parte que hayan ratificado o se hayan adherido también el Protocolo facultativo²⁸.

Es cierto que ni la CDPD, que crea el Comité, ni el Protocolo, que lo habilita para recibir quejas individuales, ni tampoco su reglamento interno, se pronuncian expresamente sobre el valor jurídico de sus dictámenes²⁹ en cuanto al fondo, por lo que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se inclinan por negar su valor vinculante, reconociéndole, a lo sumo, cierto valor interpretativo³⁰. Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en el Derecho comparado, defienden justamente lo contrario, esto es, su carácter interpretativo, vinculante y ejecutivo, incluso, aunque el Estado carezca de un procedimiento *ad hoc*, previsto para hacer cumplir los dictámenes del Comité³¹.

La cuestión no es baladí pues, aparte de la constatación del incumplimiento por el Estado de las obligaciones asumidas, según se defienda una u otra postura, así se resolverá la duda respecto a si la parte reclamante puede exigir el cumplimiento del dictamen al Estado infractor, ver así reconocidos sus derechos y ser resarcida e indemnizada de forma real y efectiva por los daños sufridos como consecuencia de la violación de tales derechos, según lo dictaminado por el Comité, o no. Dicho de otra manera, la cuestión es si puede el Estado infractor negarse a cumplir el dictamen del Comité.

Para la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia italiana³², los dictámenes de los órganos supervisores de los Tratados internacionales carecen de valor

28 Vid. art. 8 Protocolo Facultativo.

29 SANZ RUBIALES, I.: "Sobre el carácter vinculante", cit., p. 269

30 En este sentido, MARTIN, y otros, p. 57 (disponible en: <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/EAP-3J-Final-Report-2016.pdf> [última consulta: 18/04/2023]): "To summarise, while states that ratified a treaty and entrusted a UN Committee with certain functions regarding the interpretation and application of the treaty provisions have an obligation to engage with the UN Committee's views and interpretation in good faith and give it important weight, states are not bound by General Comments or their applications in concluding observations or individual complaints procedures and will not necessarily be in breach of their treaty obligations if they reject an interpretation adopted by a UN Committee". Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La observación general primera", cit., p. 257, coincidiendo con *Dport on the implementation of international human rights treaties in domestic laws and the role of courts*, los dictámenes son más que meras recomendaciones que puedan ser fácilmente ignoradas por los Estados parte, y no reaccionar en absoluto frente a su contenido equivaldría a una violación del Tratado en cuestión.

31 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: "La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités", en AA.VV. *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dirigido por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, & A. PASTOR PALOMAR), Madrid, España: Colección Escuela Diplomática. 2009, Vol. 2, pp. 179-198; TRINIDAD NUÑEZ, P.: "La aplicación judicial", cit., pp. 329-349; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "La aplicación en España", cit., pp. 836-851; PORXAS ROIG, M.: "Análisis de la conformidad de la "nueva curatela" al modelo de apoyo a las decisiones", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (coord. por M. FLORES, A. MARTÍNEZ-PUJALTE & J. MIRANDA ERRO), 2019, p. 447. En la jurisprudencia señalamos en esta misma línea las Sentencias del Tribunal Supremo español, STS 2747/2018, de 17 de julio, cit., y STS 5520/2023, de 29 de noviembre, (Roj STS 5520/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5520) y STC 61/2024, de 9 de abril. Recurso de amparo 1186-2019. («BOE» núm. 118, de 15 de mayo de 2024, pp. 55762-55799) sobre las que volveremos más adelante.

32 En Italia se cuestiona incluso el carácter directamente aplicable de todos los preceptos de la propia CDPD. En este sentido, LAMBERTI, A.: "Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel", *Rivista giuridica scientifica di fascia*, Fascículo III, 2022, pp. 1187-1188, habla de una mera "función

vinculante para los Estados parte, aunque se hubiesen adherido a su Protocolo facultativo, porque consideran que los Comités no son órganos jurisdiccionales sino políticos. Por ello, sus dictámenes no pueden ser equiparados a resoluciones judiciales ni vincular las decisiones de los jueces internos³³. En relación directa con lo anterior, porque los miembros del Comité tampoco son jueces, sino expertos directamente elegidos por los Estados, por lo tanto, la legitimidad institucional no es equiparable.

Sin embargo, no faltan autores que han llegado a la conclusión justamente contraria respecto a esta última afirmación³⁴, tras comparar tanto el sistema de elección de los miembros de estos Comités³⁵ como el procedimiento para la toma de decisiones³⁶, el respeto a los métodos de trabajo del Comité, y las normas de aplicación para garantizar la imparcialidad de sus miembros; y tras ahondar en los

interpretativa” de la CDPD, cuando indica expresamente: “Infine, va sottolineata anche l'importante funzione interpretativa da riconoscersi alla Convenzione ONU123 con l'impegno dell'Unione europea a proseguire l'attuazione anche attraverso la presentazione, nel 2021, di una strategia rafforzata sulla disabilità124, che non potrà non tener conto anche della rinnovata sensibilità delle Istituzioni europee al tema della disabilità, come testimonia il principio 17 del Pilastro europeo dei diritti sociali dedicato all'”inclusione delle persone con disabilità”.

- 33 Ya que sólo son vinculantes las resoluciones judiciales. En España ha habido una jurisprudencia vacilante en las últimas décadas, con resoluciones como la STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2ª de lo Penal, respecto del Comité de Derechos Humanos, que ha visto en él un órgano “político”, “no jurisdiccional”. Por ello, afirmaba que: “el mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. Otras sentencias que niegan el carácter vinculante de este tipo de informes son STS 953/2011, de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:953, de la Sala Segunda de 25 de julio de 2002 (recurso de revisión 69/2001), y STS 8722/2001, de 9 de noviembre 2001, ECLI:ES:TS:2001:8722. En la misma línea, la STC 116/2006 de 24 de abril, donde el Tribunal Constitucional español negó al Comité la facultad de interpretar el Pacto porque, según afirmaba, la norma internacional no le otorga tal competencia. En sentido absolutamente contrario, la STS 2747/2018, de 17 de julio, cit., en la que el Alto Tribunal declaraba que estos informes no son solo interpretativos, sino también vinculantes y directamente ejecutables, aunque no exista procedimiento *ad hoc* para ello en el Ordenamiento jurídico español. Esta misma línea argumental fue posteriormente seguida por la Audiencia Nacional en su SAN 1804/2022, de 27 de abril, ECLI:ES:AN:2022:1804 y más recientemente por el Tribunal Supremo de nuevo y el Tribunal Constitucional en sus sentencias STS 5520/2023, de 29 de noviembre, cit., y STC 61/2024, de 9 de abril, cit.
- 34 Vid. Informe Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2020, elaborado por la Delegación del CERMI para los Derechos Humanos y para la Convención de la ONU Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI del 18 marzo de 2021 y por del Comité de Apoyo de la Convención del 25 de febrero de 2021, CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2021.
- 35 Han de tratarse de personas de gran integridad moral y reconocida competencia en la materia objeto del Tratado en cuestión. Se trata de expertos no remunerados y que, pese a ser designados por los Estados, actúan a nivel personal. Su imparcialidad a la hora de intervenir debe estar garantizada; por ello le son de aplicación las Normas de Addis Abeba (A/67/222) y están obligados a respetar los métodos de trabajo del Comité (CRPD/C/5/4), que igualmente contienen normas específicas para garantizar dicha imparcialidad. *Ibidem*, p. 338.
- 36 El Informe Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2020, cit., señala que, al procedimiento de toma de decisiones del Comité seguido ante las denuncias individuales se concibe como un procedimiento contradictorio equiparable a un proceso judicial; por lo tanto, la diferencia con el seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es esencialmente formal y no sustantiva. Por tanto, la legitimidad de los Comités y el TEDH es la misma; ambos actúan como mecanismos de control de los Tratados con el mismo fin. Por ello, los Estados deben cumplir los dictámenes de los Comités igual que las sentencias del TEDH. *Ibidem*.

principios que rigen el Derecho internacional, destacando entre ellos, el de buena fe³⁷ y el de *pacta sunt servanda*, que refuerza el anterior³⁸.

Además de los principios ya expuestos, el art. 31 de la Convención de Viena de 1969 impone el respeto al principio de no contravenir el objetivo y fin del tratado, y el principio de efecto útil. Y eso es justamente lo que ocurre cuando un Estado se niega a cumplir lo dispuesto en los dictámenes que han declarado la violación de los derechos de los tratados en cuestión. Si no se corrige esa violación, carece de sentido el procedimiento de denuncias individuales consentido.

Siguiendo toda esta argumentación precedente, nosotros concluimos que el valor jurídico de los dictámenes de los Comités no es meramente recomendatorio, sino que, desde la perspectiva de los principios del Derecho internacional, debe ser considerado, además, jurídicamente vinculante³⁹.

V. COMUNICACIONES, DICTÁMENES Y RECOMENDACIONES DEL COMITÉ AL ESTADO ITALIANO.

En el año 2022, el Comité aprobó un dictamen en relación con la comunicación núm. 51/2018 presentada por una ciudadana que actuaba en su propio nombre, pero también en representación de su esposo e hija, ambos con discapacidad, contra el Estado Italiano⁴⁰. Entonces, el Comité declaró que Italia había vulnerado los derechos de los denunciantes y “recomendó” al Estado infractor que adoptase medidas individuales y generales para garantizar el cumplimiento de los derechos

37 Consolidado en el art. 37-I CDPD.

38 Consagrado en la Convención de Viena de 1969, siendo ambos principios normas consuetudinarias. Según la *International Law Association*, bajo el principio de *pacta sunt servanda* los Estados deben respetar los dictámenes de los órganos de Tratados que declaran violaciones de derechos humanos. *Vid. Interim Report. National compliance with decisions of International Tribunals in matters involving Human Rights, ILA, Committee on International Human Rights and Practice*, 2012, p. 4. Si los Estados tienen la obligación de aplicar de buena fe los Tratados a los que se vinculan y si han ratificado sus protocolos facultativos la determinación de esa vulneración debería ser tomada en consideración por los Estados. No en vano, la ratificación de los Protocolos que regulan los procedimientos de quejas individuales requiere de una voluntad más intensa, que supone aceptar conscientemente el traslado de competencias a los Comités, lo que implica acatar sus decisiones al respecto, esto es, sus dictámenes.

39 El Tribunal Supremo de España ha llegado, a la conclusión, de que, aunque ni la CDPD ni su Protocolo Facultativo regulan el carácter ejecutivo de los dictámenes del Comité, su carácter es vinculante/obligatorio para el Estado; el dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que forma parte del ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 96 CE) y las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE). Además, la vulneración de derechos de la Convención declarada por el Comité viene referida a la no adopción por los órganos del Estado español de las medidas necesarias y eficaces que eviten la discriminación de los recurrentes, según ordena el art. 2 de la CDPD. Por esto mismo España resultó condenada por diferentes Comités de Derechos Humanos (SSTS 2747/2018, de 17 de julio y 5520/2023, de 29 de noviembre, entre otras).

40 CRPD/C/27/D/51/2018. Dictamen aprobado por el Comité en fecha 22 de agosto de 2022, publicado el 27 de enero de 2023, en relación con la Comunicación n. 51/2018 presentada contra Italia por una ciudadana de este país que actuaba en su propio nombre y en el de su hija y su esposo, ambos con discapacidad y necesidades intensas de apoyo, cuya fórmula es similar a la seguida en la mayor parte de los dictámenes dictados por el Comité.

vulnerados y el resarcimiento por los daños causados, así como el cambio de su legislación para adaptarla a la CDPD. Al día de la fecha no consta que se haya dado cumplimiento a las recomendaciones del Comité, por lo que nos preguntamos si sería posible ejecutar en dicho Estado el Dictamen mencionado.

I. Los dictámenes del Comité en el sistema de fuentes italiano.

A tenor de lo previsto en el art. 4-a) CDPD, Italia debe asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad y adoptar todas las medidas pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Para ello deberá tomar en consideración las Observaciones Generales, las Finales y los dictámenes emitidos por el Comité. Además deberá garantizar remedios eficaces para reparar el daño derivado de las violaciones de derechos reconocidos en el Tratado⁴¹.

A la vista de lo que está sucediendo con la ejecución del Dictamen derivado de la comunicación núm. 51/2018, no parece que el Estado italiano tenga intención de asumir las obligaciones impuestas por el Comité; de lo que se desprende que Italia no ha terminado de reconocer de manera adecuada el valor jurídico de estos dictámenes⁴². Esto en la práctica supone que las recomendaciones del Comité se queden en “papel mojado”. Si no existe un procedimiento legalmente establecido para ello, la víctima puede ver cerrada la puerta al cumplimiento de las recomendaciones (obligaciones) impuestas a Italia. No solo eso, sino que la violación del derecho continuará *sine die*, lo que va en contra de los principios básicos del Derecho internacional. Por ello, al igual que en otros Estados⁴³ de nuestro entorno, urge la adopción de medidas legislativas para superar de una vez esta barrera y establecer los mecanismos idóneos que garanticen el cumplimiento de los derechos reconocidos en la CDPD y las decisiones obrantes en los dictámenes emitidos por su Comité. En tanto en cuanto eso no ocurra, debemos indagar en el ordenamiento jurídico italiano actual para ver si es *posible* mantener el carácter vinculante de los dictámenes de los Comités de los Tratados de Derechos Humanos.

41 Sin que sirva de excusa para no hacerlo la existencia de una norma de Derecho interno que impida el cumplimiento del aquél, pues el principio general recogido en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 impide justamente invocar las normas de derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado.

42 Quizá por este motivo no ha articulado hasta ahora mecanismos apropiados para asegurar su cumplimiento y para dotarles de efectividad en su Derecho interno. Tampoco parece que se enmarque en ninguno de los objetivos de los Planes Nacionales o Políticas sobre Derechos Humanos de Italia el interés por abordar una modificación legislativa que sirva para establecer dichos mecanismos; y desde el punto de vista procesal tampoco se han aprobado medidas legislativas para articular procedimientos especiales o adaptar los ya existentes con el fin de garantizar la efectividad de los dictámenes de los Comités.

43 Vid. nota 33.

Acudimos, en primer lugar, al sistema de fuentes, iniciando nuestro estudio por la Constitución Italiana (CI).

El art. 10 CI establece que el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. De este modo viene a aceptar la primacía del Derecho Internacional general (principios generales y costumbres internacionales), asumiendo las tesis monistas, defensoras de la pertenencia del Derecho internacional y del Derecho interno a un mismo orden jurídico y de la aplicación automática de aquél dentro de los Estados, reconociendo que las normas generales del Derecho internacional público son parte integrante del ordenamiento italiano⁴⁴. Por su parte, el art. 72 CI en su párrafo final informa de que se adoptará siempre el procedimiento normal de examen y aprobación directa por el Pleno para las propuestas de Ley en materia constitucional y electoral y para las de delegación legislativa, de autorización para ratificar tratados internacionales de aprobación de presupuestos y cuentas de ingresos y gastos.

Aunque las cartas y declaraciones de derechos son ratificadas en un estado por una ley ordinaria y, por tanto, son desde un punto de vista formal una ley ordinaria, no cabe duda de que desde un punto de vista sustantivo tienen un valor superior; precisamente por el reconocimiento, explícito o implícito, que las constituciones hacen al derecho supranacional y en relación con las limitaciones que cada estado permite a su soberanía. Aunque en Italia no existe, como en cambio sí ocurre en España⁴⁵, una norma en la Constitución que especifique de forma expresa el lugar que ocupan los Tratados internacionales de derechos humanos que hayan sido válidamente ratificados por el Estado, entendemos que, en virtud de lo previsto en el art. 10 CI y de los principios de derecho internacional antes aludidos, el rango de aquellos debe ser de orden supralegal⁴⁶. Por tanto, rige la primacía del Derecho internacional sobre el interno.

Una vez ratificado el tratado por el Estado italiano, este pasa a formar parte de su ordenamiento jurídico directamente y, por lo tanto, de su sistema de fuentes. La aplicación directa de estos tratados crea obligaciones para Italia, vincula a todos los poderes públicos y abre la posibilidad de que las normas internas contradictorias con aquellos dejen de ser aplicadas, no sólo en virtud del principio cronológico,

44 De este modo, el precepto se inserta en la corriente de la mayoría de las Constituciones de Europa occidental, que adoptaron desde el primer momento o se reformaron, para introducir cláusulas de transferencia de derechos y competencias soberanas a entes supranacionales.

45 Cfr. art. 10.2 CE, que dice textualmente: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

46 Sin embargo, esta laguna se ha interpretado por algunos autores, como SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: "Los Tratados como fuente del Derecho en la Constitución", *Jornadas de estudio sobre la Constitución española y las fuentes del Derecho, Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1979, pp. 10-11, en el sentido de reconocer valor de ley ordinaria a los acuerdos y convenios internacionales, por lo que el conflicto entre una ley interna y uno de estos convenios se resuelve conforme al axioma *lex posterior derogat anterior*.

por el que la ley posterior deroga a la anterior, sino, especialmente, en virtud de lo previsto en el repetido art. 27 de la Convención de Viena de 1969.

Llegados a este punto, conviene recordar que los dictámenes a los que nos estamos refiriendo emanan de los órganos establecidos en una normativa internacional de obligado cumplimiento, en este caso, la CDPD, que forma parte del sistema jurídico italiano con una posición privilegiada y que vincula a todos los poderes públicos. Ciertamente resulta complicado admitir que, en un sistema como el italiano, las decisiones que declaran la violación de un derecho humano reconocido en el Tratado Internacional procedentes del Comité, órgano cuya competencia ha sido aceptada por Italia tras la ratificación del Protocolo Facultativo, no tienen ningún valor ni despliegan efectos jurídicos. Por ello, la pasividad del Estado en el cumplimiento de estos instrumentos supone violar las obligaciones internacionales derivadas de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* que, además, formarían parte del Derecho italiano tanto en su carácter de normas consuetudinarias, como por la recepción en Italia de la Convención de Viena de 1969.

Ciertamente se echa de menos en la Constitución Italiana un precepto similar al art. 10.2 de la Constitución española (CE), que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁴⁷ pero aun así, consideramos que la redacción del art. 10 CI basta para defender el carácter obligatorio y vinculante de dichos dictámenes. La ausencia de una norma expresa no excluye que este principio deba considerarse plenamente vigente también en el ordenamiento jurídico italiano, ya que la mejor doctrina viene advirtiendo desde hace años que el cambiante sistema de fuentes exige una nueva teoría hermenéutica, a saber, una hermenéutica sistemática y axiológica⁴⁸.

Por ello, volviendo nuevamente al Dictamen derivado de la comunicación núm. 51/2018, nuestra opinión es que Italia tiene que cumplir con las medidas “recomendadas” por el Comité el 22 de agosto de 2022.

47 Y, por lo tanto, refuerza la legitimidad de los dictámenes emitidos por los Comités de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

48 Por todos: PERLINGIERI, P.: “Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa”. *Diritto e giurisprudenza*, 1975, pp. 826 y ss.; PERLINGIERI, P.: “L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art.12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 4, 1985, p. 990. Ahora, PERLINGIERI, P.: “Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti”, *Fonti e interpretazione*, núm. 1, 2020, p. 330.

2. Ejecución de los dictámenes del Comité en Italia.

Ante la pasividad del Estado italiano para hacer efectivas las recomendaciones del Comité la autora de la comunicación núm. 51/2018 tendrá que presentar la correspondiente demanda ante los Tribunales italianos. La cuestión ahora es determinar cuál será el cauce procesal que deberá seguir. Italia, al igual que otros Estados de su entorno⁴⁹ no tiene un procedimiento *ad hoc* para ello, así que habrá que indagar cuál de todos los existentes puede ser el procedente⁵⁰. Serán los tribunales italianos quienes deberán dar soluciones más o menos ingeniosas o imaginativas a esta cuestión.

Casos similares al de nuestro repetido ejemplo italiano han sido resueltos en España por el Tribunal Supremo en las SSTS 2747/2018, de 17 de julio⁵¹ y 5520/2023, de 29 de noviembre⁵². En el mismo sentido se había posicionado también la Audiencia Nacional en SAN 1804/2022, de 27 de abril; y más recientemente, el Tribunal Constitucional en STC 61/2024, de 9 de abril⁵³. En el primero de los casos, el Tribunal Supremo español entendió que el dictamen del Comité -en ese caso del CEDAW- tenía un carácter interpretativo, vinculante y ejecutivo incluso aunque no existiese un procedimiento *ad hoc* específicamente establecido a tal fin, y admitió el dictamen como presupuesto jurídico suficiente para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la justicia, que consideró procedente para ejecutar la condena del Comité al Estado español⁵⁴.

49 Por ejemplo, España.

50 Pues, como hemos dicho anteriormente, no es posible que el Estado justifique la inejecutabilidad del dictamen en la inexistencia de tal procedimiento. Esto sería lo mismo que negarse a cumplir una obligación internacional.

51 El caso tratado entonces era el de una mujer que había presentado denuncia contra España pues, en su día había solicitado en reiteradas ocasiones que el régimen de visitas acordado para que su expareja pudiese estar con la hija que tenía con la denunciante en común se llevase a cabo en un punto de encuentro, pues temía que aquél pudiera hacerle daño a la niña. La petición fue reiteradamente denegada y, en una de esas visitas, el padre mató a la niña. Agotadas todas las vías internas en España, acudió al Comité CEDAW que apreció vulneración de los derechos de la reclamante por discriminación por cuestión de género. Se trataba ahora de dar cumplimiento al dictamen condenatorio del Comité del CEDAW y que España se abstuvo de ejecutar. La reclamante inició diferentes procedimientos judiciales que fueron archivados por diferentes razones. Finalmente, instó un procedimiento de reclamación patrimonial por funcionamiento anormal de la justicia, alegando que el dictamen del Comité constituía un elemento nuevo y suficiente para promoverlo. En esta ocasión el Tribunal Supremo estimó sus pretensiones.

52 Vid. nota 31.

53 *Ibidem*.

54 Argumentaba entonces el Tribunal Supremo español que “no hay obstáculo para que la lesión de diversos derechos reconocidos por la Convención y que declara el Dictamen del Comité de la CEDAW pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de estos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2”. Nos remitimos a TORRES COSTAS M. E., *La capacidad jurídica*, cit., p. 71-76.

Estos mismos argumentos fueron reiterados posteriormente por la Audiencia Nacional española en su SAN 1804/2022, de 27 de abril, que resolvía un procedimiento de la misma naturaleza si bien, en este caso, el dictamen en cuestión provenía del Comité de la Convención sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)⁵⁵.

Con la misma fundamentación jurídica e invocación expresa de la STS 1263/2018 ha resuelto también el Alto Tribunal español en la STS 5520/2023, dictada en el procedimiento instado en relación con el incumplimiento dictamen de 18 de septiembre de 2020 del Comité sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad (CDPD), consagrando así su actual doctrina jurisprudencial⁵⁶.

Por último, recientemente el Tribunal Constitucional español ha reiterado el valor vinculante de los dictámenes emitidos por los comités de la ONU, declarando que el Estado no puede quedar exento de la obligación de cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados e incorporados al ordenamiento español, obligación esta derivada de una correcta intelección del art. 96.I CE. Este compromiso de cumplimiento lleva aparejada la exigencia de respeto a los mecanismos internacionales de garantía de tratados cuando exista, como es aquí el caso, una voluntad estatal expresa de sumisión a dichos mecanismos⁵⁷.

En nuestra opinión, una solución similar debería aplicarse también a Italia, ya que es inconcebible, a la luz de la norma establecida en el art. 10 CI y de la teoría hermenéutica imperante⁵⁸, que pueda eludir la aplicación de la Convención o que no existan medios para evitar la reiteración de una violación constatada de los derechos humanos. Insistimos en que corresponde a los tribunales, como poderes públicos que son y, en tanto en cuanto el legislador italiano no establezca ese necesario y urgente procedimiento *ad hoc*, llevar a cabo una interpretación integradora de los tratados internacionales que, recordemos, forman parte también del ordenamiento jurídico interno, y aplicar medidas que garanticen el cumplimiento de las decisiones de los Comités. No hacerlo así supone la

55 Esta interesante y novedosa doctrina jurisprudencial que, en parte podría ser asumida por Italia no fue, sin embargo, seguida inicialmente por el Tribunal Supremo español que, posteriormente, dictó la STS 401/2020, si bien en este caso el procedimiento era de distinta naturaleza y los argumentos de denegación tampoco eran exactamente opuestos a los admitidos en las primeras.

56 En este caso, se trataba de hacer cumplir el Dictamen del Comité dictado ante la comunicación de los padres de un menor con discapacidad al que el Estado español negó la posibilidad de continuar sus estudios en un centro de educación ordinaria poniendo a su disposición los ajustes necesarios para garantizar el acceso a la educación inclusiva del menor. El dictamen del Comité también fue considerado presupuesto suficiente para la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración.

57 STC 9/04/2024 en Pleno, FJI, párrafo 4° *in fine*. Se cuestionaba en este caso el carácter vinculante de un Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en un caso en el que España no accedió a la petición de denegación de extradición a Marruecos efectuada reiteradamente por el procesado ante el temor de sufrir torturas en este país; lo que finalmente ocurrió.

58 Vid. nota⁴⁸.

perpetuación de la violación de los derechos humanos y la revictimización de quienes la sufren, obligándoles a pasar por un interminable e inexplicable calvario judicial que desatiende su función de dar respuesta con justicia material.

Queremos creer que si otros Estados han sido capaces de resolver esta cuestión Italia también podrá dar respuesta, entre otros, a la ciudadana y familiares que presentaron la comunicación n. 51/2018 y que siguen esperando que el Estado cumpla y adopte las medidas “recomendadas” en el Dictamen del Comité. No puede descartarse, y de hecho podría ser una perspectiva interesante, que pudieran aplicarse los mismos principios que se aplican a la responsabilidad del Estado italiano por incumplimiento del Derecho de la UE⁵⁹, dado que no puede atribuirse a ambos fenómenos un significado diferente en absoluto. La aplicación de estos principios podría constituir, por una parte, un mecanismo, si bien compensatorio a favor de la víctima y, por otra, un importante incentivo para que el Estado adapte su legislación.

59 TESAURO, G.: “The effectiveness of judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and National Courts”, *Yearbook of European Law*,. XIII, 1993, vol pp. 1-17; TESAURO, G.: “Responsabilité des Etats membres pour la violation du droit communautaire”, *Revue du Marché unique européen*, núm. 3, 1996, p. 15; TIZZANO, A.: “La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea”, *Foro italiano*, núm. 118, vol. I, 1995, pp.13/14-31/32.

BIBLIOGRAFÍA

BARBA, V.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (coordinado por J. VERDA Y BEAMONTE) Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2020.

CARDONA LLORENS, J.: "The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies", *Spanish yearbook of international law*, núm. 23, 2019.

CUENCA GÓMEZ, P.: "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012.

ESCOBAR FERNÁNDEZ, C.: "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la sts 1263/2018, de 17 de julio", *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, núm. 71, vol. 1, 2019.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: "La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités", en AA.VV.: *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dirigido por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, & A. PASTOR PALOMAR), Madrid, España: Colección Escuela Diplomática, vol. 2, 2009.

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, vol. 2, 2018.

LAMBERTI, A.: "Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel", *Rivista giuridica scientifica di fascia*, Fascículo III, 2022.

MARTÍN y otros (s.f.). *The essex autonomy project three jurisdictions report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity. Legislation across the UK*. <https://autonomy.essex.ac.uk/wpcontent/uploads/2017/01/EAP-3J-FinalReport-2016.pdf>.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La observación general primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad. ¿Interpretar o corregir?" en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (coord. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, L., PÉREZ GALLARDO, Y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2021.

PERLINGIERI, P.:

- "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", *Fonti e interpretazione*, 2020, núm. I, p. 330.
- "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa". *Diritto e giurisprudenza*, 1975.
- "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il uolo dell'art.12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi". *Rassegna di diritto civile*, núm.4, 1985,.

PORXAS ROIG, M.: "Análisis de la conformidad de la 'nueva curatela' al modelo de apoyo a las decisiones", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (coord. por M. FLORES, A. MARTÍNEZ-PUJALTE & J. MIRANDA ERRO), 2019.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: "Los Tratados como fuente del Derecho en la Constitución", *Jornadas de estudio sobre la Constitución española y las fuentes del Derecho, Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1979, pp. 7-32.

SANZ RUBIALES, I.: "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos (comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 27 de abril de 2022)", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 80, 2022.

TESAURO, G.: "The effectiveness of judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and National Courts", *Yearbook of European Law*, vol.XIII, 1993.

TESAURO, G.: "Responsabilité des Etats membres pour la violation du droit communautaire", *Revue du Marché unique européen*, núm. 3, 1996.

TIZZANO, A.: "La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea", *Foro italiano*, núm. 118, vol. I, 1995.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "Legal issues related to the reports of the United Nations Committees. Legal effects in Spain", *Ordine Internazionale e diritti umani*, núm. 2, 2024.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, B.O.E., Ed., Madrid, 2020-I.

TRINIDAD NÚÑEZ, P.: "La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados

en el seno de Naciones Unidas”, en AA.VV.: *La aplicación de los Derechos Humanos en el Derecho Español* (coord. por F. MARIÑO MENÉNDEZ), Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

DOCUMENTOS

CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. (2021).

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD INFORME ESPAÑA 2020. CERMI. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030 (consulta en: <https://back.cermi.es/catalog/document/file/636120daa9ce5.pdf>).

FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA. (2023). *Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. Guía práctica para la abogacía*. Madrid, Madrid, España: Fundación Abogacía Española (consulta en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/09/WEB-GUIA-EFECTOS-DE-LOS-DI%CC%81CTAMENES-DE-LOS-COMITE%CC%81S-INTERNACIONALES-DE-DERECHOS-HUMANOS-003.pdf>).

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. (2012). *Interim Report. National compliance with decisions of International Tribunals in matters involving Human Rights*, ILA, Committee on International Human Rights and Practice, 2012, p. 4 (consulta en: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sofia-2012-12).



LOS DEEPFAKES SATÍRICOS O PARÓDICOS: ANÁLISIS
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO

*SATIRICAL OR PARODIC DEEPFAKES: AN ANALYSIS FROM THE
PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 36-67

Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2024

RESUMEN: Mediante el presente artículo pretendemos analizar la regulación jurídica europea de las ultrasuplantaciones satíricas o paródicas. Hemos focalizado nuestro estudio en los dos principios básicos en los que se fundamenta dicha normativa: el deber de transparencia y el de respetar los DDHH. Así mismo, hemos hecho referencia a la jurisprudencia del TEDH y del TJUE acerca de las caricaturas, por resultarnos esta útil a fin de poder prever cuál podría ser el sentido de sus sentencias cuando tengan que resolver un asunto sobre *deepfakes* satíricos o paródicos.

PALABRAS CLAVE: Ultrasuplantación; Inteligencia Artificial; transparencia; Derechos Humanos; sátira; parodia.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the European legal regulation of satirical or parodic deepfakes. We have focused our study on the two basic principles on which this regulation is based: the duty of transparency and the duty to respect human rights. We have also referred to the case law of the ECHR and the CJEU on caricatures, as this is useful for us to be able to foresee what the reasoning of their judgments might be when they have to resolve a case on satirical or parodic deepfakes.*

KEY WORDS: Deepfake; Artificial Intelligence; transparency; Human Rights; satire; parody.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LOS DEEPFAKES.- 1. ¿Deepfake o ultrasuplantación?.- 2. Regulación normativa de las ultrasuplantaciones.- A) UE.- B) CdE.- 3. Concepto de ultrasuplantación.- III. ¿CÓMO SE CREA UNA ULTRASUPLANTACIÓN?.- IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS ULTRASUPLANTACIONES COMO OBRAS ARTÍSTICAS.- V. LA LIBERTAD ARTÍSTICA: EL DERECHO QUE AMPARA LA CREACIÓN DE DEEPFAKES.- 1. Reconocimiento jurídico.- A) *Textos jurídicos universales.*- B) *La Carta y el CEDH.*- 2. La libertad artística.- A) *Definición.*- B) *Límites a la libertad artística.*- C) *Definición de artista.*- D) *Sujetos legitimados para el ejercicio de la libertad artística.*- E) *¿Quién es el autor del deepfake?*- VI. LAS DOS OBLIGACIONES BÁSICAS EN RELACIÓN CON LOS DEEPFAKES.- 1. La obligación de transparencia.- A) *RIA.*- B) *CIA.*- 2. El deber de respetar los DDHH.- A) *UE.*- B) *CdE.*- VII. ¿QUÉ BIENES JURÍDICOS PERSONALÍSIMOS PROTEGIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS QUEDARÍAN AFECTADOS POR LOS DEEPFAKES?.- VIII. ESPECIFICIDADES RESPECTO DE LOS DEEPFAKES SATÍRICOS O PARÓDICOS.- 1. ¿Qué es la sátira? Diferencia con la parodia.- 2. ¿Qué es un deepfake satírico o paródico?.- 3. El deber de transparencia en relación con los deepfakes satíricos o paródicos.- 4. Antecedentes de los deepfakes satíricos o paródicos.- A) *Las caricaturas.*- B) *Los imitadores y los dobles.*- C) *¿Estos antecedentes nos pueden resultar útiles para los deepfakes satíricos o paródicos?*- IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

A nadie se le escapa que la inteligencia artificial (IA) ha dejado de ser fruto de la imaginación de novelistas o guionistas de cine¹ para convertirse en la tecnología más disruptiva² de los últimos años. Ya ha pasado a formar parte de nuestra vida diaria³, sin que seamos aún capaces de vislumbrar sus enormes potencialidades.

De hecho, dada la importancia que ha adquirido actualmente, la doctrina jurídica se ha visto obligada a prestarle especial y urgente atención. Solo hay que comprobar el creciente número de publicaciones al respecto⁴.

No obstante, nuestro propósito es mucho más humilde, limitándose este a exponer cuál ha sido la regulación a nivel europeo, tanto de la Unión Europea

1 Respecto de las obras literarias distópicas, citamos, como ejemplo, “Yo, robot”, de Isaac Asimov, publicada allá por 1950. En relación con los films, cabe destacar “Terminator”, con Skynet como paradigma de la inteligencia artificial.

2 MALACARNE A.: “Profundamente falso” y “profundamente incierto”: el deepfake como automated evidence en el proceso penal. Consideraciones generales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023, p. 2: “Como es sabido, el concepto de tecnologías disruptivas describe todas aquellas innovaciones capaces de revolucionar un modelo de negocio anterior, trastocando así la forma en que los consumidores y usuarios están acostumbrados a utilizar determinados bienes o servicios”.

3 La inteligencia artificial se manifiesta de múltiples maneras en nuestro día a día. Pensemos en el reconocimiento facial de los móviles, en los asistentes virtuales (tipo Siri o Alexa), o en las recomendaciones que hacen las plataformas de video o las tiendas online, solo como algunos ejemplos.

4 Con una simple búsqueda utilizando las palabras “inteligencia artificial” en <https://dialnet.unirioja.es> lo podemos comprobar.

• Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor Permanente Laboral de Derecho Internacional Público de la Universitat de València. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es.

(UE) como del Consejo de Europa (CdE), acerca de los *deepfakes* paródicos y satíricos. En todo caso, a lo largo de este texto también haremos mención a otros textos internacionales de carácter mundial, puesto que el Derecho Europeo no opera en el vacío, sino que se enmarca en una realidad más amplia, de cuya regulación jurídica también bebe.

Por último, podemos adelantar que, de momento, no disponemos de ninguna sentencia del TEDH ni del TJUE que recoja una mención expresa a los *deepfakes*. Sin embargo, sí que las hay en relación con la sátira y la parodia. Consecuentemente, esta jurisprudencia nos podrá servir de referencia para poder tener una visión anticipatoria sobre cómo se podrán pronunciar el TEDH y el TJUE acerca de esta cuestión en el futuro.

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LOS DEEPFAKES.

I. ¿Deepfake o ultrasuplantación?

Con carácter previo al desarrollo del tema, cabe advertir que a lo largo del texto utilizaremos indistintamente los términos *deepfake* o ultrasuplantación, por ser esta la terminología por la que se ha optado en la publicación oficial en español del Reglamento de Inteligencia Artificial (IA) aprobado por la Unión Europea (UE)⁵.

2. Regulación normativa de las ultrasuplantaciones.

A) UE.

Lo primero que debemos destacar es que la normativa específica sobre *deepfakes* tiene origen principalmente en la UE. Así pues, el texto más reciente y que regula de modo más detallado esta cuestión es el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (RIA)⁶.

Cabe señalar que la elección del tipo de norma por la que se ha inclinado el legislador europeo a la hora de regular la IA no es baladí. Como bien sabemos, el Reglamento es una norma que tiene alcance general, resulta obligatoria en todos

5 Con carácter previo a la adopción del RIA, la FundeuRAE, ya se pronunció sobre esta cuestión y nos aconsejó el uso de *ultrafalso*, por ser la alternativa castellana más acertada frente al *deepfake*. Disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/ultrafalso-alternativa-a-deep-fake/>

6 Reglamento (UE) n° 2024/1689 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, Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L, de 12 de julio de 2024.

sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro⁷. Además, ha intentado ser, en cuanto al desarrollo de su contenido, lo más prolijo posible. No obstante, ello no nos debe llevar a engaño, puesto que precisamente el precio a pagar por su aprobación ha sido que determinadas cuestiones han quedado relegadas a un desarrollo normativo posterior.

Con carácter previo al RIA, la UE ya venía mostrando su preocupación por este tema, lo cual se reflejaba en los diferentes textos que iba aprobando en su seno. Así pues, con el mismo rango normativo que el anterior, merece ser destacado el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales)⁸. También el Parlamento Europeo se había pronunciado sobre este tema, a través de sendas resoluciones⁹.

Por último, aunque carece de carácter normativo, sí que resulta necesario mencionar el documento de la Unidad de Prospectiva Científica del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, titulado “La lucha contra los *deepfakes* en la política europea”¹⁰. En este texto, se analiza con profundidad, las implicaciones que pueden tener los *deepfakes* en distintos ámbitos.

B) CdE.

La otra organización internacional de carácter europeo que ha tratado la cuestión de la IA, pero sin regular expresamente los *deepfakes*, ha sido el Consejo de Europa (CdE). Así pues, en su seno se han aprobado, este mismo año, el

7 Art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), versión consolidada, DOUE C 83/49, de 30 de marzo de 2010.

8 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE L, núm. 277, de 27 de octubre de 2022. En su art. 35.1 k) se establece que “Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aplicarán medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados de conformidad con el art. 34, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales. Dichas medidas podrán incluir, cuando proceda: (...) k) garantizar que un elemento de información, ya se trate de imagen, audio o vídeo generado o manipulado que se asemeja notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes y que puede inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos, se distinga mediante indicaciones destacadas cuando se presente en sus interfaces en línea y, además, proporcionar una funcionalidad fácil de utilizar que permita a los destinatarios del servicio señalar dicha información”.

9 Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, 2018/2088(INI), párrafo 178: “(El Parlamento) pide a la Comisión que garantice que quienes produzcan materiales falsos o vídeos sintéticos, o cualquier otro tipo de vídeos modificados realistas, indiquen explícitamente que no se trata de vídeos originales”. Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 19 de mayo de 2021, sobre la IA en la educación, la cultura, y el sector audiovisual, 2020/2017(INI), párrafo 91: “(...) pide a la Comisión que evalúe el impacto de la IA en la creación de *deepfakes*, que establezca marcos jurídicos adecuados que regulen su creación, producción o distribución con fines maliciosos, y que proponga, entre otras iniciativas, recomendaciones para actuar contra cualquier amenaza basada en la IA a la democracia y las elecciones libres y justas”.

10 La lucha contra los *deepfakes* en la política europea. Unidad de Prospectiva Científica del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, julio de 2021.

Convenio Marco sobre IA, Derechos Humanos y Estado de Derecho (CIA)¹¹ y su Informe Explicativo¹², que nos ayuda a comprender mejor el contenido del texto.

3. Concepto de ultrasuplantación.

De conformidad con la definición que da el art. 3.60) del RIA, se entenderá por ultrasuplantación, “un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos”.

De la definición, merecen ser destacadas las dos características esenciales que se han de dar en cualquier *deepfake*: Primero, que nos encontremos ante un contenido audiovisual generado o manipulado por una IA¹³; y segundo, que dicho contenido alcance tal grado de verosimilitud comparándolo con el original, que ni el ojo ni el oído humano sean capaces de poder distinguirlos.

III. ¿CÓMO SE CREA UNA ULTRASUPLANTACIÓN?

Para entender cómo se crea un *deepfake*, creemos conveniente comenzar haciendo referencia a la definición de sistema de IA que dan el RIA y el CIA.

Así pues, el RIA, en su art. 3.1, nos define por sistema de IA: “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”. La definición que nos ofrece el art. 2 del CIA es similar, al conceptualizarlo como “un sistema basado en una máquina que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de los datos de entrada que recibe, cómo generar resultados tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de inteligencia artificial varían en sus niveles de autonomía y adaptabilidad tras su despliegue”.

De la lectura de ambos artículos, podemos concluir que los dos conceptos básicos de la definición son los de autonomía e inferencia. Así pues, es la máquina

11 Convenio Marco sobre IA, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, Consejo de Europa, CETS N° 225, 17 de mayo de 2024. Acerca de este convenio cabe destacar, por ser el primer autor que trata el mismo de modo integral, a COTINO HUESO, L.: “El Convenio sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa”, Valencia, 2024.

12 Informe Explicativo del Convenio Marco sobre IA, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, Consejo de Europa, 17 de mayo de 2024.

13 Más concretamente, por un sistema de inteligencia artificial generativa.

la que, en virtud de los datos a los que tiene acceso, infiere autónomamente cómo generar unos resultados, atendiendo a lo que nosotros pretendamos.

Teniendo ya, al menos, una referencia genérica al concepto de sistema de IA, ahora vamos a centrarnos en los tipos de aprendizaje de la IA. Primero analizaremos el automático (*machine learning*). Como señala TRUJILLO CABRERA, responderán a dicho calificativo “aquellos conformados por procesos informáticos capaces de aprender de los datos para tomar decisiones y hacer predicciones más precisas”¹⁴. La idea fundamental es que, en estos casos, el algoritmo aprende, a partir de los datos que nosotros le suministramos, a identificar y distinguir entre diversas realidades¹⁵. Así pues, para que el algoritmo pueda diferenciar entre, por ejemplo, peras y manzanas, primero habremos de referirle las características de las peras y de las manzanas y después le daremos acceso a multitud de imágenes previamente etiquetadas de estas frutas. Gracias a los procesos anteriores, el algoritmo ya habrá aprendido a identificar y distinguir entre peras y manzanas autónomamente.

Un modelo más evolucionado del aprendizaje automático es el aprendizaje profundo (*deep learning*). Como señala el mismo autor, este sistema “funciona como una red neuronal, esto es, mediante arquitecturas de procesamiento inspiradas en las neuronas biológicas (...) Mientras que los algoritmos de aprendizaje automático requieren que las características que buscan en los datos estén preestablecidas, las redes neuronales de aprendizaje profundo pueden determinar y detectar características destacadas por sí mismas”¹⁶. El funcionamiento interno del aprendizaje profundo resulta bastante complejo, pero fundamentalmente lo podríamos describir como un sistema de redes neuronales artificiales organizadas por capas que se comunican entre ellas. La capa de entrada será la del acceso de los datos, los cuales serán transmitidos a las posteriores. En cada una de ellas se realizarán, de manera autónoma, las diferentes operaciones y cálculos. Sus resultados se transmitirán a la posterior. Así hasta llegar a la última capa, la de salida, que será la que nos dé la solución que deseamos. Gracias a este sistema, se consiguen respuestas mucho más precisas y depuradas que con el *machine learning*.

14 TRUJILLO CABRERA, C.: “El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial”, *InDret*, I, 2024, p.81.

15 *Ibidem*: “En estos sistemas, se parte de un conjunto de características determinadas a las que atender (por ejemplo, las que permiten distinguir entre una imagen de un gato y una de un perro) y de una masa de datos con los que entrenarse (por ejemplo, un buen número de imágenes de gatos y perros en los que se indique claramente a qué pertenece cada imagen), para que un algoritmo de aprendizaje automático pueda llegar a reconocer esas características en datos nuevos (por ejemplo, una imagen sin etiquetar de un animal doméstico de cuatro patas) y pueda sacar conclusiones relevantes (si dada una imagen determinada, distinta de las utilizadas para su entrenamiento, se está ante una imagen de un gato o ante una imagen de un perro)”

16 *Ibidem*.

En el aprendizaje profundo, a diferencia del automático, la máquina ya no necesitará que se le indiquen previamente las características de una realidad para poderla identificar, sino que las deducirá por sí misma, a partir del reconocimiento automático de características similares. Ello le permitirá, a su vez, distinguirla de otras realidades. Siguiendo el ejemplo de antes, aquí simplemente le daremos acceso a diversas fotografías de peras y de manzanas etiquetadas como tales. A partir de ahí, el sistema de aprendizaje profundo inferirá, per se, cuáles son las características de cada categoría frutal y será capaz de identificarlas y distinguirlas en el futuro.

Y ya, por último, llegamos a lo que se conoce como IA generativa¹⁷. Este tipo de IA tiene como función crear un nuevo contenido (textos, imágenes, videos, sonidos o voces) utilizando el modelo de aprendizaje profundo.

No podemos entender la IA generativa sin hacer referencia a las redes generativas adversativas (o antagónicas), denominadas GAN en inglés (por su acrónimo, *Generative Adversarial Networks*). Este es el modelo que nos explica cómo se crean los deepfakes¹⁸. Los sistemas GAN se componen de dos redes neuronales (generativa y discriminadora)¹⁹. Cada una de ellas va a tener un papel. Se trata de una especie de juego del ratón y el gato, en el que la red generativa se dedica a

17 Sobre la IA generativa y los riesgos que comporta, cabe leer a JIMÉNEZ LINARES, M^a. J.: "Riesgos de los sistemas de inteligencia artificial generativa", *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 9, núm. 34, 2024.

18 BELLO SAN JUAN, P.: "La inteligencia artificial al servicio del crimen: Una revolución del deepfake desde una perspectiva criminológica", en AA.VV.: *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI* (dir. FONTSTADT PORTALES, L.), Colex, 2023, A Coruña, p. 230: "Tal y como ha sido expuesto someramente en líneas previas, la tecnología deepfake se imbrica en el ámbito de la IA en tanto que muestra una estrecha vinculación con los sistemas de DL. En este sentido, la terminología deepfake surge como un producto de la combinación de los términos *deep learning* y *fake*. Sin embargo, esta conexión trasciende de cuestiones meramente etimológicas o semánticas en la medida en que los sistemas de DL se articulan como el eje vertebrador de la configuración de la tecnología deepfake – en adelante, DF. Así, de forma sintética, los mecanismos de DF se basan en las redes neuronales del DL – *Deep neural networks*– para el procesamiento de información, dado que les permite analizar y almacenar grandes cantidades de datos con el objetivo de aprehender las expresiones faciales, el timbre de voz o sus gestos. Posteriormente, los algoritmos de DL – especialmente, la tecnología de mapeo facial – interpretan las características de los datos analizados y las relaciones existentes entre ellas, evaluando la información relevante y consiguiendo, por tanto, intercambiar la cara o voz de una persona – en video, fundamentalmente - por otra con elevado grado de verosimilitud".

19 *Ibidem*: "Así mismo, cabe resaltar que las tecnologías de DF se presentan como un producto de las Redes generativas adversariales – *generative adversarial networks*, GAN en sus siglas en inglés-. Esta tipología de redes se configura en pareja en tanto que dos redes neuronales trabajan juntas con el objetivo de crear medios de apariencia real, denominándose una de ellas como "generadora"- *generator*- y la respuesta "discriminadora" – *discriminator*-, las cuales se entran a su vez en el mismo conjunto de imágenes, videos o sonidos. El funcionamiento de sendas categorías consiste en que la primera debe generar muestras lo suficientemente verosímiles como para engañar a la segunda red, cuya función consiste en determinar si el contenido que recibe es real. Por tanto, la red "discriminadora" puede desechar aquellas imágenes que no resulten lo suficientemente buenas, circunstancia que provoca que progresivamente vayan obteniéndose mejores resultados, lo que se traduce no solo en el "engaño" de esta máquina, sino también del ojo humano en la percepción de estas imágenes. Así las cosas, las GAN pueden visualizar un vasto número de imágenes de un sujeto y reproducir un nuevo retrato que no constituya ninguna de las fotografías que ha visto previamente. Por consiguiente, dado que precisa de un elevado número de material para producir este contenido suelen constituir el objetivo de estas manipulaciones aquellos sujetos que cuentan con un mayor contenido".

crear una nueva imagen y/o voz²⁰ a partir de los originales²¹, mientras que la otra, la discriminativa, tiene como misión detectar las imperfecciones que se puedan dar en comparación con el original. A partir de ahí, se da un proceso en espiral, en el que la primera red va generando un nuevo contenido audiovisual corrigiendo dichas imperfecciones, y la segunda intenta detectar, a su vez, las nuevas impurezas que se puedan dar. Así, hasta conseguir que la red discriminativa ya no encuentre ninguna diferencia entre la imagen o la voz generada y la original. De este modo, se logra una creación de contenidos audiovisuales hiperrealistas. Así es como se generan los *deepfakes*.

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS ULTRASUPLANTACIONES COMO OBRAS ARTÍSTICAS.

Tras comprender el significado de los *deepfakes*, ahora nos corresponde saber si jurídicamente podrían ser calificados como obras artísticas.

Lo primero que debemos señalar es que a nivel internacional no tenemos una definición jurídica cerrada de lo que debe entenderse por arte. Esto es así porque la propia concepción del arte no es objetiva, sino subjetiva. Si lo encerrásemos en un concepto normativo, estaríamos fijando lo que debe ser considerado como obra artística, y ello no encajaría con la propia naturaleza libre, dinámica, evolutiva y expansiva del arte.

No obstante, de la lectura de los textos normativos habidos hasta el momento²² podemos llegar a vislumbrar, aunque sea de manera intuitiva, qué

20 Cabe destacar que son múltiples las posibilidades de creación de contenidos a través de esta tecnología. Nos relata varias de ellas, SIMÓ SOLER, E.: "Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. *Deepfakes* contra las mujeres como supuesto de hecho", *InDret*, núm. 2, 2023, p. 496: "síntesis de imágenes de cara nuevas (no preexistentes), suplantaciones de identidad (intercambiando la cara de una persona por otra); manipulación de atributos (edición de cara o retoques: color de piel, pelo, ojos, edad, género...), cambios de expresión (recreación facial), sincronización del movimiento de los labios con un discurso, reproducción de movimientos o adición de filtros en tiempo real en videoconferencia".

21 GARCÍA ULL, F.J.: "*Deepfakes*: el próximo reto en la detección de noticias falsas", *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, núm. 64, 2021, pp. 108 y 109: "En un futuro cercano, las RGA (GAN) se capacitarán con menos información y podrán intercambiar cabezas, cuerpos enteros y voces. Aunque los *deepfakes* suelen requerir una gran cantidad de imágenes para crear una falsificación realista, los investigadores de la materia están desarrollando técnicas que permiten generar un vídeo falso a partir de una sola fotografía, por ejemplo, una autofoto". Esto significa que, conforme evolucione la tecnología de las RGA, la cuantía de recursos gráficos y sonoros de los que nutrirse resultará cada vez menor.

22 Sobre protección de las obras artísticas hay múltiple legislación internacional, europea y nacional. En el ámbito puramente internacional, haré referencia al Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, de 9 de septiembre de 1886, el cual ha sido enmendado en diversas ocasiones. En el art. 2.1 se señala que: "Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias". A nivel europeo, son múltiples las directivas

podría entenderse por obra artística. Así pues, sería toda aquella producción que se da en el campo artístico, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. Como vemos, se trata de una definición abierta, que respetaría la naturaleza del arte, no encorsetándola en concepciones restrictivas.

En virtud de todo lo anterior, podremos concluir que un *deepfake* podría ser categorizado perfectamente como obra artística.

V. LA LIBERTAD ARTÍSTICA: EL DERECHO QUE AMPARA LA CREACIÓN DE DEEPFAKES.

I. Reconocimiento jurídico.

A) Textos jurídicos universales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) no recoge explícitamente el derecho a la libertad artística, pero sí que hace dos referencias indirectas a la misma. Ambas se sitúan en el art. 27. En el primer párrafo se indica que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. El segundo manifiesta que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²³ recoge en su art. 15 que toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural. Además, manifiesta que los Estados Parte se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁴ sitúa la libertad artística dentro de la libertad de expresión, como una forma de ejercer esta²⁵. Podríamos denominarla “libertad de expresión artística”.

que se han aprobado sobre propiedad intelectual, las cuales se pueden consultar aquí: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/copyright-legislation>

23 PIDESC, Resolución 2200 A (XXI), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

24 PIDCP, Resolución 2200 A(XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

25 Art. 19.2 PIDC: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

En la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales²⁶ se hace un reconocimiento implícito de este derecho al entender que solo se podrá proteger la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales²⁷.

B) La Carta y el CEDH.

De una primera lectura, tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta)²⁸ como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁹, lo primero que podemos observar es que en la Carta sí que hay una referencia explícita a la libertad artística, mientras que en el CEDH, no.

Así pues, la Carta, en su art. 13, titulado “libertad de las artes y de las ciencias”, reconoce que las artes y la investigación científica son libres, señalando también que se respeta la libertad de Cátedra.

En el CEDH, a pesar de que no venga reconocida la libertad artística como tal, ello no debe confundirnos, ya que ha sido el propio TEDH el que, mediante una labor interpretativa expansiva, le ha dado cobijo bajo el paraguas del más amplio derecho a la libertad de expresión, que viene recogido en el art. 10 CEDH³⁰. Podemos decir, en consecuencia, que, para la Corte de Estrasburgo, la libertad artística supone una manifestación del más amplio derecho a la libertad de

26 Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005, 20 de octubre de 2005.

27 *Ibidem*, art. 2.1.

28 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 364/I, 18 de diciembre de 2000.

29 Convención para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, Consejo de Europa, CETS N° 005, 4 de noviembre de 1950.

30 Art. 10 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

expresión³¹. De hecho, el TEDH utiliza en diversas ocasiones el término “libertad de expresión artística”³².

2. La libertad artística.

A) Definición.

El derecho a la libertad artística³³, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, se podría definir como la facultad reconocida al propio autor de la obra artística para crearla, publicarla, exhibirla o difundirla³⁴, sin tener que sufrir injerencia ilegítima alguna por parte del Estado ni de terceras personas. Además, de este derecho también gozarán aquellos que, sin haber intervenido directamente en el proceso de creación artística, faciliten su exhibición, proyección o publicación³⁵. Por último, cabe señalar que esta libertad se complementaría, a su vez, con el derecho de los demás a poder disfrutar de dicha obra³⁶. No olvidemos que mediante el ejercicio de la libertad artística se contribuye al intercambio público de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de todo tipo esenciales en una sociedad democrática³⁷.

Es por todo lo anterior por lo que nosotros hemos creído más oportuno utilizar el término genérico de libertad artística al de libertad de creación artística o de expresión artística, ya que el primero englobaría de un modo más preciso todo el proceso artístico, desde su creación hasta su exhibición.

B) Límites a la libertad artística.

La libertad artística está sometida a los mismos límites que la libertad de expresión. El propio CEDH los recoge en el art. 10.2 CEDH: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por

31 TIMÓN HERRERO, M.: “La libertad de creación artística como derecho fundamental autónomo. Su contenido y límites”, en AA.VV.: *El marco legal de la cultura y la creación artística (un estudio interdisciplinar)* (coord. DESDENTADO DAROCA, E), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 70: “No existe una referencia concreta a la libertad de creación artística en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) lo que no ha impedido su reconocimiento y su protección al amparo de la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 CEH y con la aplicación de la jurisprudencia del TEDH referida al contenido y los límites del ejercicio de este”.

32 STEDH (Sección Segunda), caso Consejo Nacional de la Juventud de Moldavia c. República de Moldavia, de 25 junio de 2024, párrafo 54.

33 Sobre el alcance y contenido de la libertad artística, cabe leer a RUIZ PALAZUELOS, N.: “La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (*L’oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 215, 2021.

34 STEDH (Sección Segunda), caso Consejo, *cit.*, párrafo 54.

35 STEDH (Sección Primera), caso *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007, párrafo 26.

36 STEDH (Sección Segunda), caso Consejo, *cit.*, párrafo 54.

37 *Ibidem*.

la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” De hecho, este es el artículo en virtud del cual el TEDH realiza la tarea de ponderación entre el derecho a la libertad artística y los demás bienes jurídicos necesitados de protección. La mayoría de los supuestos sobre los que se ha pronunciado la Corte venían referidos a restricciones a la libertad artística basadas en la protección de la reputación³⁸ y de los derechos de los demás (fundamentalmente, a la protección de los sentimientos religiosos³⁹), así como de la moral⁴⁰. No obstante, en relación con estos últimos, cabe señalar que la jurisprudencia ha sido vacilante⁴¹, siendo que la Corte de Estrasburgo le ha reconocido un peso considerable al margen de apreciación nacional que tiene cada Estado⁴² a la hora de ponderar los derechos e intereses en conflicto⁴³.

C) Definición de artista.

Podemos encontrar una definición internacional de artista en la Recomendación relativa a la Condición del Artista⁴⁴ aprobado en el seno de la Organización de

38 STEDH (Sección Primera), caso *Vereinigung*, cit.

39 STEDH, caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994.

40 STEDH, caso *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988.

41 Referido exclusivamente al conflicto entre la libertad creativa y la moral o los sentimientos religiosos, cabe citar a LAZKANO BROTONS, L.: “Artículo 10. Libertad de expresión”, en AA.VV.: *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (dir. LAGASABASTER HERRARTE, I.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 591: “Este conjunto dispar de sentencias se explica en base a que, ante la ausencia de una concepción uniforme de las exigencias relativas a la protección de derechos de terceros, tratándose de ataques contra las convicciones religiosas, el TEDH amplía el margen de apreciación de los Estados cuando regulan la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas sobre la moral o la religión.”

42 *Ibidem*, p. 594: “Pero ni el artista, ni los que promueven sus obras, están libres de las posibles limitaciones que regula el art. 10.2 CEDH. Dada la amplitud que ha otorgado el TEDH a conceptos como la moralidad, la obscenidad, las buenas costumbres, etc. (valores con los que más frecuentemente suele entrar en colisión la libertad artística), permitiendo con relación a los mismos un elevado margen nacional de apreciación para establecer limitaciones, la consecuencia a la que se había llegado en la jurisprudencia era que la libertad de expresión artística, aunque protegida por el art. 10 CEDH, lo estaba en un menor grado”.

43 Críticos con el amplio reconocimiento del TEDH hacia el margen de apreciación nacional como justificación para avalar las restricciones a la libertad de artística se han mostrado BUSTOS GISBERT, R. y HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática” en: AA.VV.: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA, P. y PÉREZ MONEO, M.), Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 757 y 758: “El progreso y la creatividad se fundan en una comunicación libre de las personales aportaciones que pueden ser discutibles o, incluso rechazables, pero no prohibidas y menos aún censuradas. La práctica jurisprudencial ha sido reconocer la conformidad de las injerencias con el CEDH sobre todo cuando era la moral, y en especial, los sentimientos religiosos el límite afectado. Si bien esa posición puede ser razonable cuando los destinatarios de las creaciones son menores de edad, o no pueden prever los contenidos a los que se van a ver expuestos, no parece que lo sea cuando el contenido es conocido por los potenciales receptores, ni que el conflicto pueda saldarse con la prohibición absoluta de proyección o exhibición de las obras así creadas. Nos encontramos, pues, ante una jurisprudencia excesivamente restrictiva, en especial si la comparamos con la gran tolerancia mostrada con algunos excesos de los medios periodísticos avalados por el TEDH”.

44 Recomendación relativa a la Condición del Artista, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), reunida en Belgrado del 23

las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)⁴⁵. En su art. I, titulado “Definiciones” nos indica que el término artista viene referido a “toda persona que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación”.

A partir de la definición anterior podremos entender la diferencia entre un simple autor de una obra artística y un artista. Así pues, para que a un autor le podamos reconocer la condición de artista será necesario que aquel sea creador; que la creación sea parte nuclear de su vida; que, con sus obras, contribuya al desarrollo del arte y de la cultura, y por último que, además, que reclame ser reconocido como artista. Solo si se dan estas condiciones, podremos estar en presencia, sin lugar a equívocos, de un verdadero artista.

D) Sujetos legitimados para el ejercicio de la libertad artística.

Debemos hacer referencia ahora al sujeto legitimado para ejercer la libertad artística. Ni en la normativa internacional⁴⁶ ni en la europea se restringe la titularidad de este derecho a los artistas. En consecuencia, toda persona natural, sea o no artista, gozará del mismo⁴⁷.

Ello no obsta para que a los artistas sí que se les reconozca un plus en la cobertura jurídica de su libertad artística⁴⁸, del mismo modo que ocurre con los periodistas y la libertad de prensa. Igualmente sucede con los galeristas, a los cuales se les reconoce esa protección reforzada por ser precisamente los profesionales que exhiben las obras⁴⁹.

E) ¿Quién es el autor del deepfake?

Esta es una cuestión controvertida. Como ya hemos visto, el *deepfake* es un contenido consistente en una imagen, audio o vídeo generado o manipulado por

de septiembre al 28 de octubre de 1980, en su vigésimo primera reunión, 27 de octubre de 1980.

45 Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Londres, 16 de noviembre de 1945.

46 Así lo recoge el informe de la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos culturales, titulado “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, de 14 de marzo de 2013, A/HRC/23/34, párrafo 85: “Toda persona goza del derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, que incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones”.

47 STEDH caso Consejo, *cit.*, párrafo 74.

48 *Ibidem*.

49 STEDH (Sección Primera), caso *Vereinigung*, *cit.*, párrafo 26.

una IA. Por otra parte, hasta el momento, se ha venido atribuyendo legalmente la condición de creador de la obra artística a una persona natural, es decir, una persona física.

Con carácter previo a la aparición de la IA no había dudas: la autoría correspondía siempre a la persona física que creaba la obra. El problema que ahora se da es que con la IA quien genera esa obra es, en realidad, la propia IA. El humano se limita a introducirle un *prompt* indicándole a la máquina el resultado deseado. En todo caso, y mientras no cambie la normativa vigente, al único al que puede seguir reconociéndosele la condición de autor es al individuo, a la persona física. En consecuencia, en estos casos, se le tendrá por autor por el mero hecho de introducir el *prompt*. Ahora bien, la impronta personal que supone toda obra artística aquí se deduciría tanto de lo que la persona solicita concretamente a la máquina, como del modo en que lo solicita.

VI. LAS DOS OBLIGACIONES BÁSICAS EN RELACIÓN CON LOS DEEPFAKES.

I. La obligación de transparencia.

A) RIA.

A la vista de la definición de ultrasuplantación que nos da el RIA, podemos ya adivinar que son numerosos los riesgos que puede conllevar esta técnica. Uno de estos es que el ciudadano que pueda estar viendo un video o escuchando un audio, sea incapaz de poder distinguir si lo que está viendo y/o escuchando es real o está generado o manipulado por la IA.

Lo anterior puede comportar, a su vez, la aparición de multitud de peligros, tal y como recoge el Considerando 133 del RIA, y ello porque “estos sistemas tienen importantes repercusiones en la integridad del ecosistema de la información y en la confianza en este, haciendo surgir nuevos riesgos de desinformación y manipulación a escala, fraude, suplantación de identidad y engaño a los consumidores”.

Precisamente para evitar que los anteriores riesgos se concreten en una lamentable realidad, resulta fundamental que se respete el deber de transparencia. El art. 50.4 RIA no deja lugar a dudas, al señalar que “los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación, harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando la ley autorice su uso para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. Cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, las obligaciones de transparencia establecidas en el presente apartado

se limitarán a la obligación de hacer pública la existencia de dicho contenido generado o manipulado artificialmente de una manera adecuada que no dificulte la exhibición o el disfrute de la obra”.

Si uno lee atentamente el artículo, se percatará, en primer lugar, que quienes deben cumplir con el deber de transparencia, en el caso de las ultrasuplantaciones, son los responsables del despliegue del sistema de IA que permite generar las mismas. Según el art. 3.4 del RIA, dichos responsables podrán ser “una persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional”. Serán ellos, por tanto, a quienes se les podrá exigir dicho cumplimiento.

Por otra parte, también podemos concluir que en el mismo art. 50.4 se establece un triple régimen en relación con la obligación de transparencia, atendiendo a la finalidad de cada *deepfake* en concreto:

El primero, vendrá referido a aquellas situaciones en las que la ultrasuplantación se utilice para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. En estos casos, el deber de transparencia no será exigible.

El segundo tiene como objeto los *deepfakes* con carácter general. En este caso, sí que será necesario cumplir con la obligación de transparencia.

Y el último supuesto viene referido a aquellas situaciones en las que la ultrasuplantación forme parte de una obra o programa manifiestamente creativo, satírico, artístico, de ficción o análogos. Aquí la obligación de transparencia vendrá matizada, pues se deberá informar de que dicho contenido ha sido generado o manipulado artificialmente, pero al mismo tiempo, dicha advertencia no podrá afectar a la utilidad y la calidad de la obra, ni tampoco dificultar su exhibición o disfrute⁵⁰. La intención del legislador europeo, al introducir este matiz, no es

50 En el mismo sentido se expresa el Considerando 134 RIA: “Además de las soluciones técnicas utilizadas por los proveedores del sistema de IA, los responsables del despliegue que utilicen un sistema de IA para generar o manipular un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos (ultrasuplantaciones) deben también hacer público, de manera clara y distinguible, que este contenido ha sido creado o manipulado de manera artificial etiquetando los resultados de salida generados por la IA en consecuencia e indicando su origen artificial. El cumplimiento de esta obligación de transparencia no debe interpretarse como un indicador de que la utilización del sistema de IA o de sus resultados de salida obstaculiza el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de las artes y de las ciencias, garantizados por la Carta, en particular cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, con sujeción a unas garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros. En tales casos, la obligación de transparencia en relación con las ultrasuplantaciones establecida en el presente Reglamento se limita a revelar la existencia de tales contenidos generados o manipulados de una manera adecuada que no obstaculice la presentación y el disfrute de la obra, también su explotación y uso normales, al tiempo que se conservan la utilidad y la calidad de la obra. Además, también conviene prever una obligación de divulgación similar en relación con el texto generado o manipulado por una IA en la medida en que se publique con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público, a menos que

otra que compatibilizar la obligación de informar, consecuencia del deber de transparencia, con el ejercicio de los otros dos derechos en juego: el derecho del creador a poder exhibir su obra sin entorpecimientos y el derecho del público a gozar de la misma sin dificultades ni molestias.

La pregunta clave que nos debemos hacer en estos momentos es la de cómo llevar a la práctica esta obligación de transparencia. El Considerando 133 del RIA nos ofrece un listado de posibles técnicas para poder cumplir con ese deber, las cuales se pueden implementar de modo único o combinado: marcas de agua, identificación de metadatos, métodos criptográficos para demostrar la procedencia y la autenticidad del contenido, métodos de registro, impresiones dactilares u otras técnicas, según proceda.

Para la determinación, en cada caso concreto, de cuál o cuáles técnicas serán las exigibles a fin de cumplir con este mandato, deberemos esperar, pues el RIA establece en su art. 96.I d) que será la Comisión la que elaborará las directrices sobre la aplicación práctica de las obligaciones de transparencia establecidas en el art. 50. Además, dichas directrices, como sigue señalando el art. 96.I, tercer párrafo, deberán tener debidamente en cuenta el estado de la técnica generalmente reconocido en materia de IA.

Es decir, que mientras no se aprueben dichas directrices, vamos a desconocer cómo poder implementar la obligación de transparencia en cada caso concreto (fotografías, películas, vídeos o audios que reproduzcan imágenes y voces artificiales), aunque ya hemos visto que el Considerando 133 sí que apunta a algunas posibles técnicas que podrían ser útiles ya en este momento.

B) CIA.

El otro texto europeo que hace referencia a la obligación de cumplir con el deber de transparencia es el Convenio Marco sobre inteligencia artificial y DDHH, democracia y Estado de Derecho (CIA). Lo primero que cabe destacar del mismo es que, a diferencia del RIA, no contiene una regulación específica de los *deepfakes*. No obstante, sí que hace referencias que les son plenamente aplicables.

En este sentido, merece ser destacado que el art. 8, titulado “transparencia y supervisión”, establece que “Cada Parte adoptará o mantendrá medidas para velar por que se establezcan requisitos adecuados de transparencia y supervisión adaptados a los contextos y riesgos específicos en relación con las actividades comprendidas en el ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial, en particular con respecto a la identificación de los contenidos generados por dichos

el contenido generado por la IA haya sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial y que una persona física o jurídica ejerza la responsabilidad editorial de la publicación del contenido”.

sistemas". Vemos que, en este artículo, aunque no se una haga referencia explícita a los *deepfakes*, sí que se introduce ese deber de identificación propio de los mismos. Cabe complementar esta norma con lo dispuesto en el Informe Explicativo, el cual señala que con esta obligación se pretende "evitar el riesgo de engaño y permitir la distinción entre contenidos auténticos generados por humanos y contenidos generados por IA, ya que cada vez es más difícil para las personas identificarlos. Dichas medidas podrían incluir técnicas como el etiquetado y la marca de agua"⁵¹.

2. El deber de respetar los DDHH.

Un punto clave en la regulación de toda la normativa sobre IA (incluidos los *deepfakes*, como manifestación de esta) es el deber de respeto a los DDHH, y esto es observable tanto en la UE como en el CdE.

A) UE.

En el ámbito de la UE, en primer lugar, debemos citar la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (la Declaración)⁵² de 2023, por haber puesto al ser humano y sus derechos fundamentales en el centro del desarrollo normativo de la cuestión digital. Así lo recoge el art. 1, al señalar que "Las personas constituyen el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea. La tecnología debe servir y beneficiar a todas las personas que viven en la UE y empoderarlas para que cumplan sus aspiraciones, en total seguridad y respetando plenamente sus derechos fundamentales".

En la misma línea se manifiesta el RIA, en cuyo art. 1.1 se establece como premisa principal situar al ser humano en el centro de toda la regulación normativa, garantizando para ello, entre otros, un elevado nivel de protección de los DDHH reconocidos en la Carta frente a los posibles efectos perjudiciales de la IA⁵³. En todo caso, debe quedarnos claro que, en realidad, el RIA no introduce, como tal, nuevos DDHH, sino que hace referencia a la Carta como eje vertebrador sobre el que descansa toda la regulación comunitaria.

⁵¹ Informe Explicativo, párrafo 59.

⁵² Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, DOUE C 23/I, de 23 de enero de 2023.

⁵³ En el mismo sentido se expresa el Considerando I del RIA: "El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial (en lo sucesivo, «sistemas de IA») en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación".

B) CdE.

En el ámbito del CdE contamos con el primer tratado internacional que se ha adoptado sobre IA. Se trata del CIA, al que ya hemos hecho referencia previamente. En su art. 1.1 se recoge el objeto del tratado: “garantizar que las actividades realizadas dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial sean plenamente compatibles con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho”.

Más adelante, en el art. 4, titulado “Protección de los DDHH”, situado en el Capítulo IV, denominado “Obligaciones Generales” también podremos observar que este mandato se repite: “Cada Parte adoptará o mantendrá medidas para garantizar que las actividades dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial sean compatibles con las obligaciones de protección de los derechos humanos, consagradas en el derecho internacional aplicable y en su derecho interno”⁵⁴.

Cabe destacar que, al igual que ocurría con el RIA, con el CIA no se pretenden crear nuevos DDHH ni nuevos deberes en relación con estos. En realidad, con las obligaciones que recoge este tratado se intenta facilitar la aplicación efectiva de los deberes ya existentes en materia de DDHH, centrada, en este caso, en el contexto de los nuevos retos que plantea la IA⁵⁵.

54 Siguiendo lo dispuesto en dicho artículo, el párrafo 38 del Informe explicativo nos recuerda que: “En virtud del Derecho Internacional, las Partes tienen el deber de garantizar que su legislación interna esté en conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales, lo que incluye las obligaciones en virtud de los tratados internacionales que les son vinculantes. El derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de cada Parte de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Cada Parte tiene obligación de velar por que su legislación interna esté en conformidad con sus obligaciones internacionales aplicables en materia de derechos humanos. Al mismo tiempo, las Partes son libres de elegir los medios para cumplir sus obligaciones jurídicas internacionales, siempre que el resultado esté en conformidad con esas obligaciones. Se trata de una obligación de resultado y no de una obligación de medios. A este respecto, es esencial el principio de subsidiariedad, que impone a las Partes la responsabilidad primordial de garantizar el respeto de los derechos humanos y de reparar las violaciones de los derechos humanos”.

55 Informe Explicativo, párrafo 13: “El Convenio Marco garantiza que las obligaciones vigentes de cada Parte en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho también se apliquen a las actividades dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial. En este sentido, el Convenio Marco está alineado con los sistemas y mecanismos de protección de los derechos humanos aplicables de cada Parte, incluyendo sus obligaciones en materia de Derecho internacional y otros compromisos internacionales y su legislación interna aplicable. Como tal, ninguna disposición del presente Convenio Marco tiene por objeto crear nuevos derechos humanos u obligaciones en materia de derechos humanos ni socavar el alcance y el contenido de las protecciones aplicables existentes, sino más bien, mediante el establecimiento de diversas obligaciones jurídicamente vinculantes contenidas en sus capítulos II a VI, facilitar la aplicación efectiva de las obligaciones aplicables en materia de derechos humanos de cada Parte en el contexto de los nuevos retos que plantea la inteligencia artificial. Al mismo tiempo, el Convenio Marco refuerza el papel del derecho internacional de los derechos humanos y los aspectos pertinentes de los marcos jurídicos nacionales en relación con las actividades dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial que tienen el potencial de interferir con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho”.

VII. ¿QUÉ BIENES JURÍDICOS PERSONALÍSIMOS PROTEGIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS QUEDARÍAN AFECTADOS POR LOS DEEPFAKES?

Los tres principales bienes jurídicos que entendemos que quedarían afectados por las ultrasuplantaciones serían, en primer lugar, la imagen⁵⁶, y en segundo, el honor y la intimidad, dependiendo estos de la escena concreta que se represente a través del *deepfake*.

Estos tres bienes jurídicos personalísimos han gozado de amparo internacional. En el ámbito mundial, deben ser destacadas la DUDH y el PIDPCP. En la primera se reconocen expresamente el derecho a la protección de la honra o de la reputación frente a ataques externos y el derecho a la protección de la vida privada y familiar⁵⁷, pero no se recogen, como tales, los derechos a la intimidad o a la propia imagen. El PIDCP reproduce un contenido⁵⁸ similar al de la DUDH.

En el ámbito europeo cabe citar, de nuevo, la Carta y el CEDH. La primera no hace mención a ninguno de los tres derechos en cuestión, reconociendo únicamente el derecho al respeto a la vida privada y familiar⁵⁹. El CEDH reproduce un esquema semejante⁶⁰, con una pequeña salvedad, y es que sí que recoge la protección de la reputación como restricción legítima de la libertad de expresión⁶¹, y, por extensión, de la artística. No obstante, el TEDH, que es el órgano encargado de interpretar el CEDH⁶², ha llevado a cabo una exégesis expansiva del derecho a

56 Cabría hacer una mención específica a la voz como tal, ya que, como hemos visto, esta también puede ser objeto de manipulación mediante IA. Al fin y al cabo, tanto la imagen como la voz pueden ser considerados como elementos propios de la identidad personal y que sirven para identificarnos, singularizarnos y diferenciarnos de los demás.

57 Art. 12 CEDH: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

58 Art. 17 PIDCP: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

59 Art. 7 Carta: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".

60 Art. 8.1 CEDH: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

61 Art. 10.2 CEDH: "El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para (...) la protección de la reputación".

62 Art. 32.1 CEDH: "La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47".

la protección de la vida privada⁶³ y ha reconocido, bajo su amparo, los derechos al honor⁶⁴, a la intimidad⁶⁵ y a la propia imagen⁶⁶.

Para finalizar, debemos hacer mención a uno de los artículos más importantes de la Carta, por lo que respecta a la interpretación de los DDHH. Me refiero al 52.3, según el cual, todos aquellos derechos de la Carta que coincidan con los reconocidos en el CEDH, deberán tener un sentido y alcance iguales a estos últimos. Esto significa que la interpretación expansiva que le ha dado el TEDH al derecho a la protección de la vida privada y familiar, recogido en el art. 8 CEDH, cubriendo los tres derechos previamente referidos (propia imagen, honor e intimidad) también deberá ser tenida en cuenta en el momento de aplicar la Carta.

VIII. ESPECIFICIDADES RESPECTO DE LOS DEEPFAKES SATÍRICOS O PARÓDICOS.

I. ¿Qué es la sátira? Diferencia con la parodia.

En esta última parte, vamos a intentar explicar cómo se aplica todo lo anterior a los casos específicos de las ultrasuplantaciones satíricas o paródicas.

- 63 SANTOLAYA, P. y REDONDO, L., “El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en AA.VV.: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA, P. y PÉREZ MONEO, M.), Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, p. 601 y 602: “En su amplísima jurisprudencia sobre el artículo 8 CEDH, el Tribunal Europeo ha establecido que la vida privada es un concepto de gran amplitud sobre el que es incapaz de intentar llegar a una definición exhaustiva (...) Esta falta de definición exhaustiva ha dado lugar a una jurisprudencia casuística, en la que el TEDH ha ido identificando caso por caso qué supuestos pueden encuadrarse en el concepto de vida privada. Una dinámica que da lugar a la articulación de un concepto vago y, en cierta medida, inseguro, caracterizado por la ambigüedad. Pero también esta dinámica da lugar a un enfoque ciertamente generoso por parte del TEDH, desarrollando una jurisprudencia acorde con la evolución de la sociedad europea”.
- 64 STEDH (Sección Primera) caso *Pfeifer* contra Austria, de 15 de noviembre de 2007, párrafo 35: “El derecho de una persona a la protección de su reputación está incluido en el artículo 8, como parte del derecho al respeto de la vida privada (...) El Tribunal considera que la reputación de una persona, aunque sea criticada en el contexto de un debate público, forma parte de su identidad personal y de su integridad psicológica y, por tanto, también entra en el ámbito de su «vida privada. Por lo tanto, se aplica el artículo 8”.
- 65 STEDH (Sección Tercera), caso *Rubio Dosamantes c. España*, de 21 de febrero de 2017, párrafo 26: “Existe una zona de interacción entre el individuo y otros que, incluso en un contexto público, puede entrar en el ámbito de la vida privada. De esta manera, la publicación de una fotografía, así como la emisión de imágenes de televisión en el marco de programas televisivos que se acompañan, como en este caso, de opiniones, críticas o comentarios sobre aspectos de la vida estrictamente privada de una persona (...) interfieren en la vida privada de esta última, aunque sea una persona pública (...) En algunas circunstancias, una persona, incluso conocida del público, puede invocar una “esperanza legítima” de protección y respeto de su vida privada”.
- 66 STEDH (Sección Cuarta), caso *Bild GmbH & Co. KG c. Alemania*, de 31 de octubre de 2023, párrafo 29: “El concepto de vida privada incluye elementos relativos al derecho de una persona a su imagen, y la publicación de una fotografía entra en el ámbito de la vida privada. La imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela sus características únicas y la distingue de sus semejantes. El derecho de cada persona a la protección de su imagen es, por tanto, uno de los componentes esenciales del desarrollo personal y presupone el derecho a controlar el uso de dicha imagen. Aunque en la mayoría de los casos el derecho a controlar dicho uso comporta la posibilidad de que una persona rechace la publicación de su imagen, también abarca el derecho de la persona a oponerse a la grabación, conservación y reproducción de la imagen por parte de otra persona”.

Consecuentemente, lo primero que deberemos tener claro es qué se entiende por sátira y por parodia, ya que, aunque sean términos parecidos, no son iguales. Si acudimos al Diccionario de la Lengua Española de la RAE, también observaremos esa diferencia. En la acepción segunda de la palabra sátira, se indica que es un “discurso o dicho agudo, picante y mordaz, dirigido a este mismo fin (censurar acremente o poner en ridículo a alguien o algo)”. Sin embargo, la parodia viene definida como una “imitación burlesca” sin que haya ninguna otra intención más allá de provocar la risa.

Para comprender qué considera el Derecho Europeo como sátira⁶⁷, deberemos acudir a la jurisprudencia del TEDH. Así pues, de manera constante, ha entendido por tal una forma de expresión artística y de comentario social que, por la exageración y distorsión de la realidad que la caracteriza, tiene naturalmente como objetivo provocar y agitar (al público)⁶⁸. Por esta razón, cualquier injerencia en el derecho de un artista, o de cualquier otra persona, a expresarse de este modo debe examinarse con especial cuidado, ya que la sátira contribuye al debate público⁶⁹.

Vemos, por tanto, que es precisamente esa intención de provocar y agitar a través de la ironía, mordacidad o sarcasmo, lo que diferencia la sátira de otros registros también humorísticos, como pueda ser la parodia. De todos modos, en la práctica judicial, dicha diferencia no se aprecia de una manera tan clara, diluyéndose los límites entre los conceptos parodia y sátira. Además, tanto en un caso como en el otro, para que el *deepfake* merezca amparo jurídico por el derecho de libertad de creación artística será necesario que venga referido a un personaje público⁷⁰ y que mediante el mismo se trate un tema de relevancia pública⁷¹.

67 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013, Caso EON c. Francia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 356: “La sátira supone un tipo de discurso crítico, caracterizado por la exageración, en la que, de modo burlesco, se deforma la realidad, suscitándose la sonrisa del público. Esta exageración de la realidad hace que lo que se narra no sea percibido como totalmente exacto por el receptor del mensaje. Por otro lado, el tono irónico crea un contexto que justifica el uso de expresiones alejadas de los habituales parámetros de corrección, las cuales han de enjuiciarse con mayor grado de tolerancia.”

68 STEDH (Sección Segunda), caso *Alves Da Silva* c. Portugal, de 20 de octubre de 2009.

69 *Ibidem*.

70 Tan es así, que la mayoría de las sentencias del TEDH se han referido a sátiras de cargos políticos. A títulos de ejemplo, traemos a colación la STEDH (Sección Cuarta), caso *Patrício Monteiro Telo de Abreu* c. Portugal, de 7 de junio de 2022, párrafo 44: “cualquier representante electo está necesariamente expuesto a este tipo de sátira y caricatura y, por tanto, debe mostrar una mayor tolerancia al respecto, especialmente porque, en el presente caso a pesar de los estereotipos utilizados, las caricaturas se mantuvieron dentro de los límites de exageración y provocación característicos de la sátira”.

71 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la ley”, en AA.VV.: *El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista* (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.): *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, 2011, p. 109: “La utilización de la caricatura dejará de estar autorizada cuando la crítica que se realiza a través de ella no tenga interés público, ya que, en este caso, no podrá ser considerada una forma legítima del ejercicio de la libertad de expresión al servicio de la formación de una opinión pública plural, que justifique el sacrificio del derecho a la imagen de la persona caricaturizada”.

2. ¿Qué es un *deepfake* satírico o paródico?

Teniendo en cuenta todo lo anterior, vamos ahora a distinguir entre el *deepfake* que presenta características satíricas y el que muestra rasgos paródicos.

La ultrasuplantación será satírica en aquel caso en que resulte manifiesta la intención del autor de provocar y agitar al público mediante un registro comunicativo humorístico mordaz. En la paródica, simplemente se requerirá una voluntad jocosa por parte del creador, sin más pretensiones.

3. El deber de transparencia en relación con los *deepfakes* satíricos o paródicos.

Como hemos visto al analizar el deber de transparencia, el RIA establecía, en su art. 50.4, una especificidad en relación con las ultrasuplantaciones que formen parte de una obra o programa manifiestamente creativo, satírico, artístico, de ficción o análogos. En estos casos se deberá informar que el contenido ha sido generado o manipulado artificialmente, pero, al mismo tiempo, dicha advertencia no podrá afectar a la utilidad y la calidad del *deepfake*, ni tampoco dificultar su exhibición o disfrute.

Ello comportaría que dicho aviso sobre la naturaleza artificial del contenido debería ser indicado antes o después de la reproducción del mismo. De este modo se lograría compatibilizar el deber de informar con los otros dos derechos en juego: el del creador a poder exhibir su obra sin entorpecimientos y el del público a gozar de la misma sin dificultades ni molestias.

4. Antecedentes de los *deepfakes* satíricos o paródicos.

Podemos afirmar que los antecedentes más próximos a los *deepfakes* satíricos o paródicos serían las caricaturas y los imitadores. En todos estos casos se utiliza la imagen de un personaje público, diciendo o haciendo algo que no es real, con una finalidad humorística (*animus iocandi*). Insistimos en dicha finalidad porque, evidentemente, es la que los va a distinguir de aquellos supuestos en los que dicha obra o interpretación tenga como único o principal motivo el *animus iniuriandi* o la promoción del discurso del odio. Estos dos últimos quedan al margen del presente estudio, por resultar ilegítimos.

A) Las caricaturas.

En primer lugar, abordaremos la regulación jurídica de las caricaturas, por ser el precedente más importante. Según DE VERDA Y BEAMONTE, se entiende por tal “una representación (...) artística (...), en el que, de modo exagerado, se deforma la imagen de una persona, en clave humorística, y con carácter crítico, en uso de

la libertad de expresión”⁷². Esa representación artística puede adoptar múltiples formas (dibujo, fotografía, vídeo, marioneta, collage, etc.).

El TEDH se ha pronunciado en bastantes ocasiones sobre las caricaturas⁷³ y además en el mismo sentido, es decir, amparando al autor, a quien las publica o a quien las exhibe. Así pues, la razón principal de dicha estimación suele venir referida a la falta de contextualización de la caricatura a la hora de ponderar los derechos (libertad de expresión artística *versus* derecho al honor) por parte de las autoridades judiciales nacionales, especialmente porque no han tenido en cuenta que la caricatura venía referida a un personaje público y trataba sobre un tema de relevancia pública.

También el TJUE ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto. En consecuencia, primero analizaremos una STEDH y luego otra del TJUE. Ambas nos servirán de ejemplo, por resultar paradigmáticas en relación con la cuestión de las caricaturas.

De todas las sentencias dictadas por el TEDH, nosotros nos vamos a centrar en la que resuelve el caso *Dickinson c. Turquía*⁷⁴, por ser paradigmática de cuanto estamos tratando.

El demandante, el Sr. *Dickinson*, era un ciudadano británico que vivía en Turquía y se dedicaba a la enseñanza universitaria, siendo además un artista en la técnica del collage⁷⁵. En el año 2006, este hombre expuso un trabajo en una carpa de una feria dedicada a la paz⁷⁶. Se trataba de una obra compuesta por fotografías pegadas en un cartón de casi un metro por un metro, que representaba un personaje mitad hombre, mitad animal. Así, el cuerpo era el de un perro y la cabeza correspondía a la del primer ministro turco de entonces. Además, se hallaba sujeto por el cuello a una bandera estadounidense que hacía las funciones de correa. Esta figura se encontraba sobre un suelo cubierto de dólares norteamericanos. En la boca, tenía un billete de 20 dólares. En frente suyo, estaba lleno de fajos de billetes de liras turcas, y por detrás, un misil sustituía la cola. Una manta cubría parte de su cuerpo con la siguiente frase escrita en ella: “No seremos el perro de Bush”⁷⁷.

72 *Ibidem*, p. 107.

73 A título de ejemplo, estas son algunas de las sentencias dictadas al respecto: caso *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007; STEDH (Sección Segunda), caso *Alves Da Silva c. Portugal*, de 20 de octubre de 2009; STEDH (Sección Segunda) caso *Dickinson c. Turquía*, de 02 de febrero de 2021; STEDH (Sección Cuarta), caso *Patricio Monteiro Telo de Abreu c. Portugal*, de 7 de junio de 2022.

74 STEDH (Sección Segunda), caso *Dickinson c. Turquía*, cit.

75 *Ibidem*, párrafo 6.

76 *Ibidem*, párrafo 7.

77 *Ibidem*, párrafo 8.

A la vista de ello, las autoridades otomanas decidieron abrir contra él un procedimiento penal por difamación. Tras el correspondiente periplo judicial, fue condenado finalmente al pago de una multa⁷⁸, aunque dicha condena se suspendió⁷⁹.

El TEDH, al entrar a conocer el caso, comienza recordándonos que la libertad de expresión del art. 10 CEDH comprende la libertad de creación artística⁸⁰. No obstante, la misma no es absoluta. Se podrá hallar limitada en virtud de las causas recogidas en el párrafo segundo del art. 10 CEDH, encontrándose entre ellas, la protección de la reputación de terceros⁸¹. Así mismo, nos recuerda que el amparo del honor no solo es una causa legítima de restricción de la libertad de expresión, sino que, además, también se encuentra reconocido jurisprudencialmente como un derecho humano autónomo encuadrable bajo el art. 8 CEDH⁸².

En este caso, tras realizar la correspondiente ponderación de derechos, el TEDH se decanta por la libertad de expresión artística en virtud de los siguientes argumentos: El collage del demandante tenía como objetivo fundamental formular una crítica pública dirigida al primer ministro turco por su política internacional, habida cuenta del apoyo de Turquía a la ocupación de Iraq por parte de las tropas militares estadounidenses. Ello, desde luego, podía ser enmarcado en un debate de interés general, como era el de la política exterior del país⁸³. Además, el TEDH tiene en cuenta especialmente que la persona afectada era el primer ministro, siendo constante su jurisprudencia en la que reconoce que los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a los políticos que en relación con los simples particulares, ya que, en el primer caso, se exponen inevitable y conscientemente al escrutinio de la población a la que representan. Por ello, deben mostrar una mayor tolerancia hacia la crítica, especialmente cuando se trata de una sátira política⁸⁴. Además, esta no se hallaba carente de fundamento, pues contaba con una buena base fáctica. De hecho, el propio TEDH nos recuerda lo cuestionada que fue la ocupación de Irak por parte de la opinión pública mundial⁸⁵. En otro orden de cosas, merece destacarse que el collage objeto de la polémica supone un ejemplo de sátira, la cual se caracteriza por la exageración y la distorsión de la realidad mediante el uso de un tono irónico y sarcástico que tiene como finalidad provocar y agitar. Esto no significa que bajo la libertad de creación artística se deba amparar el insulto gratuito, el cual se daría cuando el único objetivo de su autor fuese

78 *Ibidem*, párrafo 15.

79 *Ibidem*, párrafo 17.

80 *Ibidem*, párrafo 43.

81 *Ibidem*.

82 *Ibidem*, párrafo 45.

83 *Ibidem*, párrafo 50.

84 *Ibidem*, párrafo 51.

85 *Ibidem*, párrafo 53.

denigrar a la persona afectada⁸⁶. Sin embargo, ello no es lo que aquí ocurre, pues la elección de la imagen y de las palabras, en realidad, responde a un fin puramente estilístico encuadrado en la crítica política⁸⁷. Por último, nos recuerda el TEDH el indeseable efecto disuasorio que tiene para el ejercicio de la libertad de expresión el recurso a la sanción penal como instrumento de protección del honor y ello con independencia de que suponga condenas de prisión o de multa⁸⁸.

Por todo lo anterior, el TEDH acaba considerando que el Estado otomano vulneró el derecho a la libertad de creación artística del demandante del art. 10 CEDH.

En relación con la respuesta que da el TJUE a las caricaturas, lo primero que debemos hacer es acudir, con carácter previo, a la regulación de la UE sobre las mismas. Estas aparecen recogidas en la normativa relativa a los derechos de autor. En primer lugar, debemos citar la derogada Directiva 2001/29/CE⁸⁹, en cuyo art. 5.3 k), ya se recogía, como límite de los derechos del autor, el uso de la obra con una finalidad humorística, a través de la caricatura, la parodia o el pastiche. En el mismo sentido se manifiesta el art. 17.2 de la actual Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁹⁰.

En ninguna de las normas antedichas, la UE ha definido qué debe entenderse por caricatura, parodia o pastiche⁹¹, ni cuáles son sus características. Esta indeterminación nos lleva a concluir que deberá ser el TJUE el que, llevando a cabo su labor interpretativa, termine definiendo, o al menos caracterizando, cada uno

86 *Ibidem*, párrafo 54.

87 *Ibidem*, párrafo 55.

88 *Ibidem*, párrafo 58.

89 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

90 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, art. 17.2: "(...) Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea: (...) b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche".

91 El término pastiche resulta un tanto complejo de definir y caracterizar. Así lo relata magníficamente PERDICES HUETOS, A.: "El pastiche, ¿más acá o más allá de la parodia? A propósito del artículo 70 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre y su subsunción en el artículo 39 de la Ley de Propiedad Intelectual" en AA.VV.: *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (coord. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. No obstante, a pesar de lo anterior y expensas de una futura definición o caracterización por parte del TJUE, nos vemos obligados a acudir a lo que recoge la RAE como pastiche. Así pues, según esta institución, se entenderá por tal aquella "imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente". El hecho de que el legislador europeo lo haya situado al mismo nivel que la parodia o la caricatura, nos puede llevar a pensar que la finalidad del pastiche debe ser humorística, con lo cual, el pastiche sería el término jurídico de lo que comúnmente conocemos como "meme".

de estos términos. De hecho, en el caso *Deckym*⁹², que es del que vamos a tratar, el Tribunal de Luxemburgo se limitó a catalogar el concepto parodia y concretar cuáles serían sus características.

Así pues, el origen de este asunto se sitúa en una petición de decisión prejudicial por parte de las autoridades jurisdiccionales belgas, la cual versaba sobre la interpretación que debía darse al concepto parodia en relación con los derechos de autor.

El litigio se centraba en el hecho de que el Sr. *Deckym*, miembro de un partido político, había editado y distribuido unos calendarios en los que aparecía un dibujo que guardaba cierto parecido con el de la portada de un tebeo publicado en 1961 por el Sr. *Vandersteen* (sus herederos fueron los demandantes ante las autoridades nacionales, por vulneración de los derechos de autor). El dibujo original representaba uno de los personajes principales del álbum, cubierto por una túnica blanca y lanzando monedas, que una muchedumbre se afana por recoger. En el dibujo controvertido, el personaje principal aparece representado por una cacicatura del alcalde de la ciudad de Gante y quienes recogen las monedas llevan burka o son personas de color⁹³.

El Tribunal de Luxemburgo al resolver la cuestión prejudicial, entendió que el término parodia era un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea, que debía interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta⁹⁴. Por otra parte, señaló que “la parodia tiene, por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca”⁹⁵. Por tanto, podemos afirmar que los elementos básicos de la parodia son dos: el primero, que la obra sea, a los ojos del espectador, diferenciable de la que toma como referencia, y el segundo, que, además, haya una manifestación humorística o burlesca en dicha obra.

En la medida en que hemos tenido que esperar hasta que el TJUE nos ha indicado en qué supuestos nos encontramos ante una parodia, podríamos deducir que cabrá hacer lo mismo respecto del pastiche y de la caricatura. No obstante, si uno estudia detenidamente los antecedentes de hecho de la sentencia que resuelve el asunto *Deckmyn*, puede llegar a la conclusión que, aunque el TJUE utilice término parodia, en realidad, nos encontraríamos más ante una sátira. Recordemos que se trataba de una caricatura del alcalde de la ciudad de Gante regalando dinero entre determinados colectivos. A través de la misma, el autor

92 STJUE (Gran Sala), caso *Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen y otros* (C-201/13), de fecha 3 de septiembre de 2014, párrafo 33.

93 *Ibidem* párrafo 9.

94 *Ibidem*, punto 1 de la parte dispositiva.

95 *Ibidem*, punto 2 de la parte dispositiva.

intentaba transmitir una crítica política, utilizando un registro humorístico mordaz, para provocar y agitar a quienes viesan el calendario.

En resumen, si bien es cierto que, por seguridad jurídica, los tribunales deben ser lo más precisos posibles a la hora de determinar los conceptos y sus características, también lo es que cuando estos presentan límites difusos que los hacen difíciles de distinguir entre sí, quizás es mejor centrarnos en las características fundamentales que los asemejan y los hacen merecedores de protección jurídica, que intentar diferenciarlos, cuando la consecuencia práctica es estéril. Es más, en el intento de distinguirlos se puede introducir una mayor confusión, con lo cual, no solo nos encontraríamos ante un intento infructuoso, sino también contraproducente.

B) Los imitadores y los dobles.

Los otros antecedentes más recientes que tenemos de los *deepfakes* satíricos o paródicos y que se pueden asemejar más a estos, es el de los dobles y los imitadores en los programas de humor de la televisión. Siguiendo a DE VERDA Y BEAMONTE⁹⁶, la diferencia fundamental entre los dobles y los imitadores será el nivel de parecido con su referente. Así pues, en el caso del doble, la persona que hace de tal deberá mostrar una similitud física casi indistinguible respecto del personaje público doblado, mientras que en las imitaciones no es requisito que su parecido sea tan elevado, centrándose más aquí en la exageración humorística de determinadas características físicas o comportamentales de la persona imitada. Si bien es cierto que los dobles pueden ser utilizados o no con finalidad paródica o sarcástica, obviamente, a los efectos del presente trabajo, a nosotros solo nos interesarán aquellos en que sí concurra esta circunstancia.

C) ¿Estos antecedentes nos pueden resultar útiles para los deepfakes satíricos o paródicos?

Del análisis de las figuras previas a los *deepfakes* satíricos o paródicos, podemos concluir afirmando que, al igual que en estos, lo fundamental es que el público pueda ser consciente de que el personaje representado no es el original, sino una caricatura⁹⁷, un imitador⁹⁸ o un doble⁹⁹. En el caso del imitador o la caricatura, dicha distinción quedará patente por la propia deformación física y/o comportamental

⁹⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Intromisiones legítimas", *cit.*, pp. 113-116.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 107 y 108: "Por lo tanto, no habrá caricatura cuando estemos ante una reproducción gráfica en la que la figura de la persona no aparezca deformada o la deformación no sea fácilmente reconocible".

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 113 y 114: "Tendrán que ser imitaciones que no induzcan a la confusión, en el sentido de que quien las contemple sea consciente de que se trata de una parodia de un personaje famoso, y no del personaje mismo (se cumpliría, así, el requisito característico de la caricatura, al que antes nos hemos referido, de la deformación de la imagen)".

⁹⁹ *Ibidem*, p. 115: "Al igual que lo dicho respecto de las imitaciones, tampoco creo que deba haber dudas respecto del uso de dobles de personajes públicos en parodias de carácter artístico o satírico, siempre —claro está— que quien los vea no tenga duda de que no es la persona que aparenta".

del personaje. Es decir, la exageración de sus rasgos físicos o su histrionismo deben ser tales, que no deben dejar lugar a dudas sobre que es un simple personaje y no la persona imitada o caricaturizada. En el caso del doble, y dependiendo del grado de similitud con el original, sí que podría ser necesario advertirlo, a fin de ser transparentes y no conducir a engaño al público.

Además, y para que puedan ser considerados como antecedentes de los *deepfakes* satíricos o paródicos, será necesario que tengan dicha finalidad, y que no se trate de un ardid con el que se pretenda única o principalmente socavar el honor de una persona o promover el discurso del odio.

Estas dos ideas, transparencia y finalidad satírica o paródica, son las que nos permiten entender que la jurisprudencia del TEDH y del TJUE sobre estos antecedentes van a poder resultar aplicables cuando, en el futuro, estos tribunales deban resolver asuntos referidos a los *deepfakes* satíricos o paródicos.

IX. CONCLUSIONES.

1. Una ultrasuplantación es un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos.

2. El autor de un *deepfake* vendría amparado por el derecho a la libertad de creación artística.

3. Los dos riesgos principales que se pueden dar con las ultrasuplantaciones son, por un lado, que el espectador u oyente sea incapaz de distinguir si aquello que está viendo u oyendo es real o artificial, y, por otro, que se puedan lesionar los bienes jurídicos imagen, honor e intimidad de la persona representada mediante el *deepfake*.

4. Para combatir el primer riesgo, el RIA ha establecido el deber de transparencia. El mismo supone que los responsables del despliegue de un sistema de IA mediante el que se genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación, tienen la obligación de informar que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial.

5. En el caso concreto en que el *deepfake* forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, la obligación de transparencia se limitará a que deba hacerse pública la existencia de dicho contenido artificial de una manera adecuada que no dificulte la exhibición o el

disfrute de la obra. Las ultrasuplantaciones satíricas o paródicas entrarían dentro de este último supuesto.

6. Para minimizar el segundo riesgo, el legislador europeo ha optado por establecer la obligación de respetar los DDHH por parte de todos los que intervienen en el proceso de generación de una ultrasuplantación. Los principales DDHH que estarían en peligro aquí serían los derechos a la propia imagen, al honor y a la intimidad de la persona representada mediante el *deepfake*.

7. Los *deepfakes* satíricos o paródicos se caracterizarán por ser el resultado de un verdadero *animus iocandi* del autor. No cabe ni el *animus iniuriandi*, ni la promoción del discurso del odio, por resultar ilegítimos.

8. Los *deepfakes* satíricos y paródicos se diferencian entre sí porque en el caso de los primeros se utiliza un registro humorístico mordaz con la intención de provocar y agitar al público, mientras que en los segundos, el humor se utiliza con un propósito simplemente jocoso, sin ninguna otra pretensión.

9. Los *deepfakes* satíricos o paródicos, especialmente cuando mediante los mismos se esté haciendo referencia a personajes públicos y traten de temas de interés público, deberán merecer la máxima protección jurídica, habida cuenta de la jurisprudencia previa del TEDH y del TJUE sobre las caricaturas.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos de la personalidad e internet”, en AA.VV.: *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BELLO SAN JUAN, P.: “La inteligencia artificial al servicio del crimen: Una revolución del *deepfake* desde una perspectiva criminológica”, en AA.VV.: *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI* (dir. FONTESTAD PORTALES, L.), Colex, A Coruña, 2023.

BUSTOS GISBERT, R. y HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en: AA.VV.: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA, P. y PÉREZ MONEO, M.), Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023.

COTINO HUESO, L.: “El Convenio sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa”, Valencia, 2024.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

“Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013, Caso EON c. Francia”, *Revista Boliviana de Derecho* núm. 18, 2014.

“Intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la ley”, en AA.VV.: *El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista* (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.): *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, 2011.

GARCÍA ULL, F.J.: “*Deepfakes*: el próximo reto en la detección de noticias falsas”, *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, núm. 64, 2021.

JIMÉNEZ LINARES, M^a. J.: “Riesgos de los sistemas de inteligencia artificial generativa”, *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 9, núm. 34, 2024.

LAZKANO BROTONS, L.: “Artículo 10. Libertad de expresión”, en AA. VV.: *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (dir. LAGASABASTER HERRARTE, I.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021.

MALACARNE, A., “Profundamente falso” y “profundamente incierto”: el *deepfake* como automated evidence en el proceso penal. Consideraciones generales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023.

PERDICES HUETOS, A.: "El pastiche, ¿más acá o más allá de la parodia? A propósito del artículo 70 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre y su subsunción en el artículo 39 de la Ley de Propiedad Intelectual" en AA.VV.: *De lure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (coord. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

QUIRÓS FONTS, A. y GARCÍA ULL, J.: "La Inteligencia Artificial como herramienta de la desinformación: deepfakes y regulación europea", en AA.VV.: *Los Derechos Humanos en la Inteligencia Artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

RUÍZ PALAZUELOS, N.: "La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (*L'oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional)", *Revista de Administración Pública*, núm. 215, 2021.

SANTOLAYA, P. y REDONDO, L., "El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)", en AA.VV.: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA, P. y PÉREZ MONEO, M.), Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023.

SIMÓ SOLER, E.: "Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. Deepfakes contra las mujeres como supuesto de hecho", *InDret*, núm. 2, 2023.

TIMÓN HERRERO, M.: "La libertad de creación artística como derecho fundamental autónomo. Su contenido y límites", en AA.VV.: *El marco legal de la cultura y la creación artística (un estudio interdisciplinar)* (coord. DESDENTADO DAROCA, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

TRUJILLO CABRERA, C.: "El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2024.

ANTICIPO DEL ALQUILER CON BIENES RAÍCES.
SUSCEPTIBLE LIMITACIÓN DEL PLENO DOMINIO

*ADVANCE ON RENT WITH REAL ESTATE. SUSCEPTIBLE
LIMITATION OF FULL OWNERSHIP*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 68-83

Antonio
ALAEJOS
ANDRÉS

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Se obtiene autofinanciación y liquidez inmediata con bienes raíces para arrendadores, propietarios de inmuebles y/o grandes superficies con el "Anticipo del Alquiler". Se aborda su naturaleza jurídica desde la perspectiva del derecho de crédito con examen de las consecuencias del reintegro asumidas, así como la cesión posesoria a favor del anticipante dando lugar a una susceptible limitación del pleno dominio.

PALABRAS CLAVE: Contratos; arrendamiento; alquiler; anticipo del alquiler.

ABSTRACT: *Self-financing and immediate liquidity is achieved with real estate for landlords, property owners and/or department stores with the 'Rent Advance'. Its legal nature is discussed from the perspective of credit law with an examination of the assumed consequences of repayment, as well as the transfer of possession in favour of the Advancer giving rise to a possible limitation of full ownership.*

KEY WORDS: *Contracts; lease; rent; rent-advance.*

SUMARIO.- I. ANTICIPO DEL ALQUILER CON BIENES RAÍCES.- II. NATURALEZA JURÍDICA DEL “ANTICIPO”. III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO.- I. Reintegro del anticipo del perceptor.- 2. Cesión del inmueble a favor del anticipante.- A) Vigencia y subsistencia del contrato de arrendamiento.- B) Contrato de arrendamiento incorriente, vencido por expiración del plazo, desistido por el arrendatario o arrendatario precarista.- C) Inseguridad jurídica al anticipante.- 3. Susceptible limitación del pleno dominio.- IV. ACCIONES JUDICIALES DEL ANTICIPANTE.- I. Como titular de un subderecho arrendaticio.- 2. Como cesionario del anticipo.- V. CONCLUSIONES.

I. ANTICIPO DEL ALQUILER CON BIENES RAÍCES.

Siendo la financiación y liquidez necesaria para el desenvolvimiento de la economía empresarial, así como con mayor incidencia incluso para la familiar. Con tal finalidad se han utilizado opciones financieras para obtener la ansiada liquidez inmediata acudiendo, en primer lugar, a las tradicionales entidades financieras enfrentándose a regulaciones específicas y rigurosas para su concesión crediticia. En ocasiones el interesado se olvida de la disponibilidad de sus propios recursos como los derivados de sus activos inmobiliarios o también conocidos como “Bienes Raíces”¹.

Ante esta necesidad en la obtención de liquidez inmediata y financiera surgen ideas afines que las promotoras² ponen en mercado con sugerentes anuncios para atraer a propietarios, arrendadores, conjuntos inmobiliarios o grandes superficies. Se facilitan los anticipos, incluso a través de plataformas digitales especializadas, ágiles e intuitivas, así como con condiciones de descuento según perfiles, inmuebles e importe interesado.

La negativa crediticia de los medios tradicionales facilita el desarrollo de este modelo de negocio pues el interesado puede llegar a cobrar un número determinado de rentas mensuales futuras para solucionar sus inmediatos problemas de liquidez, sin perjuicio de acudir a los medios tradicionales financieros al no aparecer los anticipos en la Central de Información de Riesgos del Banco de España³.

1 Son propiedades o bienes inmuebles como edificios, terrenos y otras construcciones que están permanentemente unidas al suelo. Reciben este nombre porque no se pueden mover de un lugar a otro.

2 (Anticipo de Alquiler); (Adelanta tu alquiler); (Rental Advance | Anticipo Renta); (Adelanto de Rentas Alquiler Seguro - hasta 60 meses); (Garantiza y cobra el alquiler como tu elijas - Advancing); (Adelanto de Alquileres En 24h - Recibe Hasta 5 Años Adelantados).

3 (Banco España); Central de Información de Riesgos – Catálogo de trámites.

• Antonio Alaejos Andrés

Ph. D. Derecho Privado Patrimonial. Universidad de Salamanca. Correo electrónico: aalaejos@usal.es ORCID: 0009-0002-5781-8105.

Con estos antecedentes surge el “Anticipo del Alquiler” donde se obtiene liquidez sin necesidad de acudir a créditos bancarios, incluso para los que no pueden optar a estas vías tradicionales, constituyéndose en una autofinanciación con bienes raíces. Se utilizan diferentes expresiones como “anticipo o adelanto de alquileres, rentas o alquiler inverso” en medios publicitarios. Su finalidad es favorecer la obtención de un equivalente a las rentas que percibiría el propietario o arrendador en concepto de alquiler como adelanto bien si el inmueble fuere arrendado durante un periodo o bien si estando arrendado y vigente el contrato, el equivalente a un cierto número de rentas futuras.

Aunque esta relación contractual se pudiera estructurar jurídicamente desde el punto de vista del anticipante como un contrato de descuento o anticipo en el ámbito mercantil, como recoge ARNAU RAVENTÓS⁴, al no tener una específica regulación como “acto de comercio” y a pesar de la “presunción legal de su existencia⁵, salvo el reseñado para las letras u otros documentos de cambio en el Código de Comercio (CCom.)⁶, como contrato atípico considero mejor criterio posicionar su naturaleza jurídica para abundar en este estudio en los perfiles contractuales enmarcable del Código Civil (CC.) como el contrato de arrendamiento⁷, efectos derivados del de anticipo, de la cesión de créditos⁸ e incluso del préstamo⁹, aunque nos refiramos a él como “Anticipo del Alquiler”.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL “ANTICIPO”.

La relación contractual arrendaticia entre arrendador y arrendatario con los derechos y obligaciones derivadas sobre inmuebles de naturaleza urbana, especialmente en este modelo de negocio¹⁰, se genera por voluntad unilateral del propietario o arrendador una nueva relación jurídica subyacente al introducir a un tercero ajeno, calificado como anticipante, en la anterior relación contractual para conformar el calificado “Anticipo de Alquiler”. De este modo, el arrendador percibe del anticipante un adelanto de unas obligaciones futuras, o en su caso de

4 ARNAU RAVENTÓS, L.: “Anticipo de alquileres y estrategias jurídicas subyacentes”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2024, p. 2. “Jurídicamente, esta idea de adelanto de alquileres se canaliza a través de un contrato (llamémosle, de anticipo) en virtud del cual quien se obliga a anticipar la renta asume una obligación dineraria cuyo cumplimiento supone, económicamente, para quien recibe el adelanto, obtener ahora lo que, de otro modo, exigiría esperar el nacimiento, exigibilidad y cumplimiento de aquellas obligaciones periódicas”.

5 Art. 2 C.Com.: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”, en relación con el art.3: “Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil”.

6 Arts. 175, 177, 178 a 183 C.Com.

7 Art. 1542 y ss. CC.

8 Art. 1526 CC.: “La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los arts.1.218 y 1.227 del CC.”.

9 Art. 1740 y ss. CC.

10 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

un importe calculado según exista un arrendamiento sobre un inmueble, o si no lo hubiera sobre el importe que generaría si se arrendara.

En un modelo tipo contractual basado en la existencia de un arrendamiento vigente el arrendador ve anticipado por el anticipante su capital con un descuento. El arrendatario abona el importe mensual de la renta al anticipante que se subroga en la posición del arrendador por mandato para extinguir su derecho de crédito según se devengan y satisfacen las rentas futuras a cargo del arrendatario derivadas del arrendamiento. Extinguido el derecho de crédito existe la opción de prorrogar el “Anticipo del Alquiler”.

A pesar de esta relación contractual subyacente, se generan posibles perspectivas jurídicas:

Desde la perspectiva del contrato de arrendamiento:

- Si el pago implica satisfacción anticipada de rentas futuras al actuar el anticipante a modo de tercero que satisface deuda ajena, esto es del arrendatario;
- Si del pago realizado por el arrendatario, el satisfecho por el anticipante despliega una eficacia extintiva del crédito del arrendador frente al arrendatario.
- Si frente a éste, se activa el mecanismo de reintegro del solvens por la vía de la acción de repetición¹¹, ya sea subrogándose como acreedor que ocupa el arrendador en la obligación al pago o satisfacción de la deuda¹².

Desde el mencionado contrato del anticipo:

- Si la obligación del pago del adelanto sería exigible de forma inmediata, salvo pacto en contrario¹³.
- Si la obligación asumida por el anticipante, el pago no implica satisfacción anticipada de la deuda, sino tan sólo un mero cumplimiento.

Desde la perspectiva de la Cesión de Créditos¹⁴:

¹¹ Arts. 1158 y 1159 CC.

¹² Arts. 1209 y 1210 CC.

¹³ Arts. 1255 y 1258 CC.

¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, A.: “Cesión de créditos”, *Anuario de derecho civil*, núm. 41, Vol. 4, 1988, pp. 1033-1132. ORTÍ VALLEJO, A.: “Cesión de créditos futuros y factoring: A propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los principios del derecho europeo de contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 2-41.

- Necesariedad de inscripción registral de la cesión al derivarse el crédito de un inmueble para surtir efecto contra tercero y tenerse como cierta su fecha¹⁵.

- La responsabilidad del cedente de buena fe -arrendador- de su existencia y legitimidad, salvo haberse vendido como dudoso, pero no de la solvencia del deudor -arrendatario-, salvo que la insolvencia fuese anterior y pública¹⁶.

- Si al carecer el arrendador de legitimidad sobre el derecho de crédito cedido, el anticipante como titular podrá reclamar, cobrar y apropiarse de lo obtenido para satisfacer el crédito anticipado al perceptor.

- Si puede transmitirse por analogía el derecho de crédito a un tercero al haberse subrogado el anticipante en la posición del cedente-arrendador.

- Por último, el riesgo que puede generarse si se adquiere sólo la pretensión o expectativa del devengo de rentas futuras de un inmueble no arrendado, sin perjuicio de la responsabilidad asumida por el cedente -arrendador- de dificultar la finalidad de la adquisición¹⁷.

Desde la perspectiva del contrato de préstamo.

- Si se considera que el anticipante presta el importe anticipado de la renta futura al arrendador¹⁸.

- Si se deriva la obligación del arrendador de devolver al anticipante otro tanto con el devengo de unos intereses que son cobrados de forma anticipada¹⁹.

- Si al constituirse la deuda en dinero, ésta deberá ser cancelada en la misma u otra especie a la pactada²⁰.

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO.

Si se reúnen los requisitos para concertar esta opción que tiene el arrendador como perceptor a ceder el crédito arrendaticio al anticipante, se pueden llegar a desplegar diversos efectos jurídicos, entre ellos:

I. Reintegro del anticipo por el perceptor.

15 Art. 1526 CC.

16 Art. 1530 CC.

17 Condonando la deuda o renunciando al derecho de crédito.

18 Art. 1740 CC.

19 Art. 1753 CC.

20 Art. 1170 CC.

Al concertar el Anticipo el perceptor obtiene liquidez al ponerse a su disposición un importe concreto a modo de crédito devengado bien sobre rentas futuras o sobre un porcentaje de las mismas como parámetro objetivo. A su vez, el perceptor también asume la obligación de restituir el crédito para satisfacer al anticipante con las rentas futuras que se fueren percibiendo en el arrendamiento.

De esta forma, confluyen conceptos jurídicos tanto del contrato de anticipo, de la cesión de créditos según se ha mencionado, e incluso tanto del préstamo. El perceptor asume la obligación del reintegro con su íntegra responsabilidad patrimonial en caso de no llegar a satisfacerse el anticipo con las rentas que abone el inquilino o que se deriven del arrendamiento del inmueble.

Por su carácter oneroso el perceptor debe satisfacer el crédito al anticipante con todos sus bienes presentes y futuros²¹, sin verse limitado éste a saldar la deuda con las rentas futuras para recuperar el importe entregado. De esta forma, el reintegro económico al anticipante se articula cediendo bien el derecho de crédito del que son objeto o bien sólo la facultad de exigir el anticipo a cargo de las rentas futuras que se devenguen. En cualquier caso, se tratará de una cesión de facultades periódicas futuras.

2. Cesión del inmueble a favor del anticipante.

Si se bajara la opción de la cesión inmobiliaria del activo sobre el que se anticipan las rentas futuras en base a la inicial relación arrendaticia, para que el anticipante pueda recuperar el anticipo deberá buscarse y articularse una forma jurídica para aprovechar la pronta liquidación del saldo deudor. De tal suerte, derivado del inicial arrendamiento el adelanto puede regular como relación contractual subyacente a través de la cesión del inmueble mediante la suscripción de la opción a suscribir un contrato de arrendamiento a favor de quien lo adelantó, o en su caso incluso legitimándolo para subarrendarlo.

De esta forma, se posibilita la posible restitución del anticipo que asume el perceptor articulable mediante la cesión a favor del anticipante de los créditos periódicos frente al arrendatario con fórmulas que transmitan al acreedor la posesión del inmueble y le legitiman para concertar el arrendamiento, o incluso subarrendarlo, y así posicionar las rentas suficientes para saldar la deuda a reintegrar.

A mayor abundamiento, concluye CARRASCO PERERA²² que “según la interpretación más rigurosa del art. 1571 CC, un tercero, incluso conocedor de

²¹ Art. 1911 CC.

²² CARRASCO PERERA, Á.: *Cesión de rentas en arrendamientos para parques de energías renovables*, GAP, Madrid, 2019, p. 2. “Si el adquirente ignora la existencia de la cesión, adquiere el derecho del arrendador libre de

la cesión, puede poner fin al contrato de arrendamiento, acabar con los efectos de la cesión y luego volver a arrendar al mismo”, ya que el anticipante detenta un derecho real sobre las rentas arrendaticias presentes y futuras.

En este supuesto, se pueden derivar varias posibilidades derivadas de la inicial relación contractual:

A) Vigencia y subsistencia del contrato de arrendamiento.

Mientras exista el contrato de arrendamiento en vigor, el arrendador siempre podrá ceder el inmueble al anticipante involucrando directamente al arrendatario al que le debe bastar una notificación formal de la cesión del derecho de crédito a favor del anticipante y en su caso, de la cesión del inmueble arrendado, sin necesidad de que tenga que consentir en la suscripción de esta relación jurídica²³. Incluso arrendador y anticipante podrán articular otras figuras jurídicas para otorgar la cesión del inmueble que sirva para la recuperación económica del derecho de crédito anticipado y que, a su vez, le permita arrendar o subarrendar el inmueble como a través del usufructo²⁴ o la anticresis²⁵.

De tal suerte, y como resumen:

- El arrendador anticipa su capital con sus propios recursos.
- Se produce un descuento por el anticipo.
- El arrendatario abona la renta directamente al anticipante.
- Se extingue el derecho de crédito según vencen las mensualidades.
- Existe la posibilidad de prorrogar el anticipo del alquiler.

la carga de la cesión de las rentas futuras anteriormente perfeccionada. ... No ha adquirido especialmente el derecho arrendaticio. El derecho contractual sigue perteneciendo al enajenante y los frutos civiles de la cosa (rentas) pertenecen al nuevo poseedor mediató (adquirente) merced al art. 451 del CC.; pero sólo en la relación de sucesión posesoria entre antiguo y nuevo propietario de la finca, y no respecto de terceros que tienen adquirido un derecho real sobre las rentas arrendaticias presentes y futuras”.

23 ARNAU RAVENTOS, L.: “Anticipo de alquileres”, cit. p. 6: “Si ya hay contrato en vigor, siempre cabe cederlo al anticipante pero la operación involucrará entonces, y de manera determinante, al arrendatario, que deberá consentir. Otra estrategia pasa por ceder de otro modo el uso y disfrute del bien al anticipante (ensayando, tal vez, fórmulas usufructuarias o anticréticas) que le permitan igualmente arrendar el inmueble”.

24 Art. 467 y ss. CC.: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.

25 Art. 1881 CC.: “Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”. ALBIEZ DOHRMANN, K.: “La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. 99, núm. 799, 2023.

B) Contrato de arrendamiento incorriente, vencido por expiración del plazo, desistido por el arrendatario o arrendatario precarista.

Efectuada la cesión de los derechos de crédito de las rentas arrendaticias por el arrendador, el anticipante se subroga en la posición del anterior. De tal forma, el anticipante se puede enfrentar a consecuencias ajenas a su voluntad, difíciles de predecir, así como de encajar en un marco jurídico para la defensa de su propio y principal interés, esto es la satisfacción del reembolso del derecho de crédito anticipado.

- El arrendatario no abona las rentas mensuales²⁶, en cuyo caso sólo el arrendador tiene competencia para exigir su cumplimiento.

- El arrendatario decida desistir del contrato²⁷ con la única obligación legal de comunicarlo al arrendador al no tener otra obligación, y éste a su vez no lo notifique al anticipante por voluntad propia o ajena.

- El contrato finaliza según la duración legal, la pactada o sus respectivas prórrogas²⁸ con obligación legal de notificarlo sólo también al arrendador.

- Previa extinción del contrato de arrendamiento y por expresa voluntad del arrendador, el arrendatario se transforma en precarista²⁹ sin que el anticipante tenga capacidad para impedirlo.

Como anteriormente, y a modo de resumen:

- Al arrendador le anticiparon el capital derivado de sus bienes raíces.

- Se produjo el descuento por su anticipo de las rentas futuras.

- El ahora precarista no abona renta alguna.

26 Art. 27.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU): “Incumplimiento de obligaciones. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas: a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario”.

27 Art. II de la LAU: “Desistimiento del contrato. El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días”.

28 Art. 9 y ss. de la LAU: “Plazo mínimo. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a cinco años, o inferior a siete años si el arrendador fuese persona jurídica, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo”.

29 Art. 1741 CC: “El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”.

- No se extingue el derecho de crédito a favor del anticipante.
- No hay opción de prorrogar el anticipo.
- Persiste la obligación de reintegro del arrendador para saldar el crédito.

C) Inseguridad jurídica al anticipante.

Con todo lo expuesto, se genera una situación de inseguridad jurídica al anticipante a la hora de satisfacer su derecho de crédito derivado de la inicial relación contractual arrendaticia y consecuente reembolso por parte del arrendador.

Por su parte, ante el conocimiento del arrendatario de la cesión del derecho de crédito éste puede posicionarse para de *motu proprio* generar una mayor complejidad a la relación jurídica descrita y llegar a provocar:

- Eludir el pago de la renta mensual para que el arrendador no tenga capacidad económica para satisfacer el anticipo.

- Permanecer sin pagar la renta para que el anticipante ejercite la acción judicial de desahucio por falta de pago en la posición del arrendador al creerse subrogado ante la cesión del derecho de crédito, salvo que actúe como mandatario expreso del arrendador³⁰.

- No pagar la renta para que el anticipante exija al arrendador la satisfacción de su derecho de crédito por su responsabilidad de los bienes presentes y futuros, incluso frente al inmueble sobre el que se constituyó el anticipo.

3. Susceptible limitación del pleno dominio.

De anticiparse las rentas futuras y ante una inexistente relación contractual, derivada o provocada por el anticipante para lograr la compensación de los derechos de créditos a reintegrar, se podría incluso limitar el derecho de disposición del pleno dominio del cedente, arrendador y propietario. Este efecto se deriva de la libertad contractual de pactos entre particulares³¹ al ser susceptible de hacerse valer frente a terceros mediante la posible inscripción registral del derecho de crédito en el inmueble.

30 Art. 1709 CC.: "Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra".

31 Art. 1255 CC.: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

De igual forma, la cesión de estos derechos de crédito puede derivar en otra posesoria a favor del anticipante quien, en caso de que el arrendador inicial haya delegado esta posición, se consolidará como “subarrendador”. Se genera una limitación indirecta de la propiedad transformado al propietario arrendador en nudo propietario del inmueble sobre el que se concertó el anticipo, así como un potencial gravamen inmobiliario que limitará al propietario la plena disposición a favor del anticipante.

Aunque la cesión del derecho del crédito derivados de rentas no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, se puede inscribir si a la par se cede con aquel el derecho arrendaticio inscrito como relación contractual subyacente. Otra opción para que el anticipante pueda consolidar su derecho frente a terceros ajenos a la relación contractual arrendaticia es constituir un derecho real de coja ajena sobre el inmueble³². Entre las posibles figuras se puede constituir un usufructo con un plazo máximo de treinta años³³, una anticresis³⁴, o el propio arrendamiento³⁵.

Como recoge CARRASCO PERERA sobre el arrendamiento, “es una relación jurídico-contractual de tracto sucesivo y de naturaleza sinalagmática, no una simple *res incorporalis*, que sintetiza en su tráfico ordinario un conjunto de posiciones pasivas y activas conglomeradas en el título. Si la normativa imagina el subarriendo desde la posición del arrendatario como subcesión del derecho de uso, igualmente puede estructurarse desde la figura del arrendador como subcesión del derecho de posesión mediata más la cesión del derecho a las rentas como otro derecho activo que corresponden al arrendador por contrato. Si arrendador y arrendatario pueden subarrendar sus respectivos derechos, el subderecho de la posición activa, esto es el derecho de crédito de la renta, no comporta el subderecho recíproco de la posición pasiva en cuanto a la deuda de la renta³⁶”.

32 Art. 2.2° y 5° de la Ley Hipotecaria. “En los Registros ... se inscribirán: Los títulos que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales. ... Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”. CORDERO LOBATO, E.: “Tratado de los derechos de garantía”, *Anuario de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1087.

33 El usufructuario es titular natural de los frutos civiles devengados, aunque no se los haya hecho ceder singularmente, así como otorga al financiador resistencia registral absoluta frente a terceros. REPRESA POLO, M.: “Usufructo de garantía”, en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1017-1026.

34 El derecho real de anticresis sólo admite la figura con función de garantía ex art. 1881 del CC sin que el inversor en créditos sea el prestamista del arrendador.

35 Art. 1551 CC., art. 8 y 32 de la LAU y art. 23 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

36 CARRASCO PERERA, Á.: *Cesión de rentas*, cit., p. 3.: “No veo ninguna objeción, entonces, a que el inversor, habiéndose asegurado de que el derecho de arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad, se haga constituir en su favor un subarriendo de los derechos arrendaticios del arrendador e inscriba el subderecho en el Registro, con la garantía que éste les aporta frente a estrategias futuras de tercero”.

IV. ACCIONES JUDICIALES DEL ANTICIPANTE.

Con estos antecedentes el anticipante podrá ejercitar en defensa de sus derechos e intereses las correspondientes acciones judiciales en defensa de sus derechos e intereses frente al cedente – arrendador de los derechos de crédito de aquellas rentas devengadas, no satisfechas y no reintegradas al tratarse de cantidades líquidas, vencidas y exigibles³⁷.

1. Como titular de un subderecho arrendaticio.

Desde la perspectiva del contrato de arrendamiento como titular de un subderecho por cesión de los derechos arrendaticios del arrendador mediante el mando conferido expresamente o por subrogación en la figura del arrendador podrá:

- Ejercitar la acción de repetición frente al arrendatario³⁸.
- Recabar la satisfacción de la renta adeudada del arrendatario³⁹.
- Ejercitar la acción de desahucio del arrendatario por falta de pago⁴⁰.

2. Como cesionario del anticipo.

Desde la perspectiva del anticipo con la cesión de los derechos de crédito del arrendador derivados de la relación arrendaticia, podrá:

- Exigir tempestivamente el anticipo al arrendador⁴¹.
- Instar el desahucio del inmueble por impago por el mandato conferido⁴².
- Suscribir otros arrendamientos para recuperar el crédito anticipado.
- Constituir derechos reales de garantía sobre el inmueble⁴³.

Pudiendo estar diluida la legitimación activa del anticipante en el ejercicio de sus derechos e intereses para lograr el reintegro del reembolso y consecuente

37 Art. 1125 CC. "Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue".

38 Art. 1158 y 1159 CC.

39 Art. 1208 y 1210 CC.

40 Art. 1709 CC. en relación con el art. 27.2 de la LAU.

41 Art. 1258 CC.

42 Art. 1709 CC. en relación con el art. 27.2 de la LAU.

43 Arts. 2.2° y 5° de la Ley Hipotecaria en relación con los arts. 467 y ss. CC, art. 1881 CC, art. 1151 CC, arts. 8 y 32 de la LAU y art. 23 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

satisfacción de su crédito principalmente frente al arrendatario, recogiendo reiterada Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la percepción de rentas devengadas y no satisfechas, ésta recoge en su reciente Auto de 13 de junio de 2024⁴⁴ que “la percepción de la renta corresponde en cada momento a quien resulte ser el arrendador – propietario del bien arrendado”, así como que “siendo el pago de la renta y cantidades asimiladas la contraprestación propia a la que tiene derecho el arrendador por razón de la cesión de uso que comporta el arrendamiento, el derecho a cobrar las rentas arrendaticias es un derecho de crédito personal que el arrendador tiene por su condición de parte del contrato mientras se mantenga como tal⁴⁵”.

Con lo que resulta claro que el anticipante no puede reclamar frente al arrendatario como subrogado en la condición del arrendador por la cesión del derecho de crédito de las rentas al no ser arrendador-propietario, salvo que actúe por mandato expreso de éste para reclamar las rentas devengadas, vencidas y no satisfechas.

V. CONCLUSIONES.

1. Al partir de la libertad contractual el anticipo se estructura como un contrato atípico de cesión de derechos de créditos derivados de rentas futuras, en el que se aúnan e intercalan conceptos y principios jurídicos de los contratos de arrendamiento, del descuento, así como del préstamo.

2. Los efectos derivados del acuerdo del anticipo de alquileres pueden dar lugar a múltiples opciones de desprotección jurídica tanto al arrendador inicial, arrendatario y anticipante en el ejercicio de sus respectivos derechos e intereses.

3. El anticipante por delegación y expreso mandato del arrendador se subroga en su posición para el ejercicio de sus derechos al tener éste legitimación activa para el ejercicio de la acción de desahucio por falta de pago de las rentas, así como para la suscripción de ulteriores contratos de arrendamiento.

4. El anticipo es susceptible de inscripción registral siempre y cuando se inscriba a la par con el derecho arrendaticio como relación contractual subyacente, dando lugar a una susceptible limitación del pleno dominio de la propiedad al ser objeto de inscripción registral por parte del anticipante.

5. En consecuencia, se genera cierta inseguridad jurídica al no haber un marco legal que lo regule, así como al confundirse los intereses y derechos de cada parte en

44 AAP 206/2024 Barcelona 13 junio de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:5995A).

45 SAP Barcelona 20 enero 2020 (ROJ 419, 2020) y SAP Barcelona (ROJ 3373, 2019).

la relación contractual subyacente al inicial contrato de arrendamiento, haciéndose necesaria la misma por el auge en el actual mercado negocial inmobiliario.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K.: "La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 99, núm. 799, 2023.

ARNAU RAVENTÓS, L.: "Anticipo de alquileres y estrategias jurídicas subyacentes", *Actualidad civil*, núm. 2, 2024.

CARRASCO PERERA, Á.: *Cesión de rentas en arrendamientos para parques de energías renovables*, GAP, Madrid, 2019.

CORDERO LOBATO, E.: "Tratado de los derechos de garantía", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 2002.

ORTÍ VALLEJO, A.: "Cesión de créditos futuros y factoring: A propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los principios del derecho europeo de contratos", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Cesión de créditos", *Anuario de derecho civil*, vol. 41, núm. 4, 1988.

REPRESA POLO, M.: "Usufructo de garantía", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.



EL PAPEL DE LA CULPA EN LOS DISTINTOS REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*

THE ROLE OF FAULT IN THE DIFFERENT REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 84-123

* Este trabajo es resultado del proyecto de investigación PID2020-114919GB-I00, «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y se enmarca en la red de investigación "Contratos Civiles y Desarrollo Social"(PPRP-D5-2024_02), financiada por la Universidad de Málaga.

Alejandro
ARAQUE
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Para abordar el incumplimiento contractual en el derecho español, es imprescindible acudir a las vías o remedios que el ordenamiento regula, según se busque el cumplimiento, la desvinculación o el resarcimiento de daños. El papel de la culpa parece haber pasado de la centralidad hasta casi la marginación, por lo que se hace necesario estudiar cada uno de estas herramientas desde su misma base -la obligación- para cerciorarnos de si es esa la realidad jurídica del Código civil.

PALABRAS CLAVE: Remedios; incumplimiento; cumplimiento; resolución; daños y perjuicios; culpa; dolo.

ABSTRACT: *To address breach of contract in Spanish law, it is essential to resort to the channels or remedies that the legal system regulates, depending on whether fulfilment, termination or compensation for damages is sought. The role of fault seems to have gone from centrality to almost marginalization, so it is necessary to study each of these tools from its very basis -obligation- to be sure if this is the legal reality of the Civil Code.*

KEY WORDS: *Remedies; non-performance; breach of contract; fulfillment; termination; damages; fault; fraud.*

SUMARIO.- I.- INTRODUCCIÓN.- II. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.- 1. El cumplimiento obligacional.- 2. Distintos conceptos de incumplimiento en el ámbito comparado.- A) *Breach of contract* del *Common Law*.- B) *Distinción francesa de obligaciones de medios y resultados. La utilidad de su importación*.- C) *Textos de soft law: PECL, DCFR y Principios Unidroit*.- 3. Carencia de un concepto de incumplimiento en el Código civil.- III. LOS LLAMADOS REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO.- 1. Acción de cumplimiento.- 2. Acción resolutoria.- 3. Acción de daños y perjuicios.- IV. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ALEMANA TRAS LA REFORMA DE 2002.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde hace unos años, dentro del estudio del derecho de obligaciones constituye un tema recurrente el de los llamados remedios al incumplimiento (*remedies*), es decir, las herramientas o vías legales para que el acreedor tutele su interés en el contrato. Me refiero, concretamente, a las acciones de cumplimiento, resolución y daños y perjuicios.

En este trabajo, pretendo analizar el papel de la culpa en cada una de ellas, pues se advierte una cierta tendencia objetivadora, a partir de una concepción de contrato más coincidente con la de *Common Law*, que ha cristalizado en tratados como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980), además de en textos normativos de gran fuerza interpretativa como los Principios Europeos de Derecho de los contratos (PECL, 2002), el Marco Común de Referencia (DCFR, 2009) y los Principios Unidroit (2016).

La culpa existe en nuestro Código civil y se menciona -en su bipartición dolo o culpa- casi un centenar de veces a lo largo de su articulado. Respecto a la pretensión de cumplimiento y resolutoria, no aparece mencionada más que en cuestiones relativas a la compatibilidad con el tercero de esos remedios, la indemnización de daños y perjuicios, remitiendo, entonces, al art.1101 CC, en general, y a los arts. 1102, 1103 y 1104 CC, como desarrollo.

Un cambio legislativo puede efectivamente optar por suprimir este elemento, pero la interpretación actual que se haga no puede obviar la existencia de *lege lata* del elemento subjetivo de la culpa. De lo contrario, podríamos preguntarnos, ¿qué papel juegan dichos artículos? ¿deben entenderse tácitamente derogados?

Para tratar de responder a estos interrogantes, deben delimitarse adecuadamente los tres principales caminos de que dispone el acreedor con

• Alejandro Araque García

Contratado predoctoral FPU de la Universidad de Málaga en el área de Derecho civil. Su área de investigación se centra en el derecho de obligaciones y contratos, además del derecho sucesorio. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Münster (Alemania). <https://orcid.org/0009-0008-6808-4673>. Correo electrónico: aaraque@uma.es.

motivo del incumplimiento y en esa autonomía se descubrirá su diferente función, es decir, lo que el acreedor puede tutelar. Antes, sin embargo, me referiré a los conceptos de cumplimiento e incumplimiento en nuestro ordenamiento, base necesaria para avanzar hasta los remedios, sumando una visión comparada con el ordenamiento inglés y francés. Por último, no puede obviarse la ya relativamente reciente reforma del derecho alemán y su relevancia en el estudio comparado, por lo que daré algunas pinceladas del sistema de incumplimiento y sus remedios, que cuenta con particularidades, ciertamente; pero, a la vez, con aspectos que considero son perfectamente trasladables a nuestro ordenamiento, como el de la culpa.

II. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.

Una aproximación al concepto de cumplimiento e incumplimiento, tanto en nuestro ordenamiento, como en los países de nuestro entorno, así como en los textos de *soft law*, resume el propósito de este apartado.

Comenzaré por referirme pormenorizadamente a la concepción del cumplimiento obligacional como un derecho-deber en nuestro ordenamiento. Resulta de vital importancia este punto de partida porque, de lo contrario, se pueden extraer consecuencias que difícilmente casan con el texto vigente del Código. Me refiero, en particular, a la concepción de la obligación como una verdadera garantía de cumplir, que difiere de la perspectiva de considerar garantizado el cumplimiento de la obligación, como trataré de demostrar.

Seguidamente, abordaré el tema del incumplimiento, materia que ha concitado muchos estudios doctrinales, en paralelo a su gran importancia práctica en el día a día del tráfico jurídico y económico. Asimismo, incluyo la visión inglesa, francesa, así como de los textos de *soft law*, por la utilidad que la perspectiva comparada puede aportar, tratando de no caer en la tentación del “Derecho mezclado”, contra el que advierte con razón el profesor MIQUEL¹.

I. El cumplimiento obligacional.

El concepto de cumplimiento depende de la noción de obligación que se maneje². En nuestro ordenamiento se concibe como vínculo jurídico relativo y

1 MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.: “Lección: La naturaleza jurídica de la donación”, Almacén de Derecho, 2021, disponible en <https://almacendederecho.org/leccion-la-naturaleza-juridica-de-la-donacion>, distingue entre el Derecho Comparado, el Derecho Mezclado y el Derecho Importado. Frente a la importancia que tiene el primero, el segundo lo considera verdaderamente nefasto y a evitarse, al consistir en la cita de opiniones doctrinales relativas a ordenamientos ajenos como si los datos normativos fueran los mismos. El tercero, finalmente, dice que “puede tener también buenos efectos si aporta soluciones subsumibles y contrastadas en desarrollo de los principios del propio sistema”.

2 VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pp. 26, NP 17.

correlativo, es decir, como enlace entre dos partes, en la que el deber de una se corresponde con el derecho de la otra³. Además, por la interrelación de ambos, el art.1911 CC prevé que del cumplimiento responda el deudor con todos sus bienes presentes y futuros⁴. Surgen así los dos ingredientes de la obligación, deuda y responsabilidad, siendo el primero el fundamento y justificación del segundo⁵. Con los alemanes, puede expresarse así: *keine Schuld ohne Haftung* (ninguna obligación sin responsabilidad)⁶.

La deuda consiste, en su dimensión objetiva, en la prestación, entendida como comportamiento del deudor (art.1088 CC). Para que podamos hablar de cumplimiento, tres son las notas que, según la mayoría de la doctrina, deben concurrir: identidad, integridad e indivisibilidad⁷. Se cumple, por tanto, cuando coincide lo pactado con lo realizado⁸.

Ahora bien, ¿debe este cumplimiento quedar reducido estrictamente a lo debido? Con la doctrina, considero que no, por cuanto dentro del objeto obligacional pueden encontrarse distintos deberes que demuestran que el cumplimiento no se agota con la mera prestación a la que hace referencia la obligación⁹. Diferenciamos, así, fijándonos en la ya común clasificación alemana entre los deberes de prestación (*Leistungspflichten*) y los de protección (*Schutzpflichten*)¹⁰.

3 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial: Las relaciones obligatorias*, Vol.2, Madrid, Tecnos, 1993, p.49; y SANCHO REBULLIDA, F. A.: "IV. El objeto de la obligación (§8)", en *Derecho de Obligaciones. Parte general: delito y cuasidelito*, vol. 1, Librería Bosch, Barcelona, 1985, p. 12.

4 CAPILLA RONCERO, F.S.: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, 1989, p. 7.

5 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del*, cit., p. 82. En un trabajo previo, "El contenido de la relación obligatoria", *Anuario de derecho civil*, vol. 17, núm. 2, 1964, pp. 349-350, este profesor desglosa la que prefiere denominar "relación obligatoria" en los elementos subjetivo -los sujetos de la relación (acreedor y deudor)-, objetivo -objeto de la relación (prestación)- y vínculo jurídico entre los sujetos, por el que el deudor queda ligado al acreedor. A pesar del indudable interés que el segundo de los elementos concentra, además de sus consecuencias sobre la relación obligatoria -por ejemplo, el pago de terceros omitiré su desarrollo, por no ser propiamente el objeto del estudio.

6 JAUERNIG, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2023, sec. §241.

7 Concuero, sin embargo, con BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 32, en subsumir la nota de indivisibilidad en la de integridad al resultar reiterativa su mención separada, a pesar de recogerse en artículos distintos del Código civil (arts. 1169 y 1157 CC, respectivamente).

8 MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp.153-156, entiende también el concepto de conformidad en esta línea de adecuación de la prestación con lo efectivamente pactado, "siempre y cuando lo consideremos desde una perspectiva amplia o doble, que incluiría, tanto una dimensión referida a lo expresamente pactado, como otra referida a lo que razonablemente se pueda esperar atendida la naturaleza del contrato y demás circunstancias que rodeen la contratación". Más adelante veremos el protagonismo que está tomando este concepto, especialmente en materia de consumo. Para VAQUER ALOY, A.: "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *Anuario de derecho civil*, vol. 64, núm. 1, 2011, pp. 38-39, la noción de conformidad debe concebirse como elemento determinante de la existencia de cumplimiento.

9 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 114.

10 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo S.A., Madrid, 1988, pp. 46-47.

Los deberes de prestación pueden subdividirse, a su vez, en principales (*Hauptleistungspflichten*) y accesorios (*Nebenleistungspflichten*), sin perjuicio de satisfacer conjuntamente el interés del acreedor¹¹. La función de los primeros radica en caracterizar la relación obligatoria (componentes esenciales); mientras que la de los segundos es apoyar el cumplimiento de los principales. Además, parece que estos últimos dependerán de la interpretación contractual¹². En la jurisprudencia la mayoría de veces la cuestión litigiosa se basa en el cumplimiento del deber de prestación principal, aunque el debate puede también recaer sobre los accesorios¹³.

Los deberes de protección, por su parte, buscan proteger el interés de conservación o de integridad del otro contratante y, ante el silencio legal del Código, doctrina y jurisprudencia optan por el fundamento de la buena fe ex art. 1258 CC¹⁴. De naturaleza autónoma, el que el deudor viole alguno de estos deberes no prejuzga el exacto cumplimiento de la prestación principal, algo ciertamente relevante a efectos de los remedios ejercitables por el acreedor¹⁵.

Volviendo a la caracterización de la obligación en nuestro ordenamiento como deuda-responsabilidad, debemos ahora referirnos al segundo término, que garantiza el cumplimiento de toda obligación por el llamado principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Responsabilidad, respecto del cumplimiento, implica un apoyo accesorio a lo debido, pero sin concretar *a priori* su forma. En España, como ya he anunciado en la introducción, son fundamentalmente tres las vías que encontramos en el Código civil: cumplimiento, resolución y la indemnización de daños y perjuicios.

11 JAUERNIG, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., sec. §241.

12 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "El contenido", cit., pp. 362 y ss., afirma que la sistematización de estos deberes resulta difícil, pero los clasifica, según su origen o fundamento, en las categorías de legales, convencionales, usuales o impuestos por la buena fe. En Alemania, según LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones. Parte general* (trad. E. Gómez Calle), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, sec. §4.IV.1, la importancia práctica del §242 BGB, que recoge el principio de buena fe, reside en concretar los deberes accesorios del deudor referidos a la prestación y, dado el silencio de la ley y el contrato respecto a su previsión, considera que puede hablarse de una función integradora del citado parágrafo.

13 La STS 26 de marzo 1988 (RJ 1988, 2478) desgrana la relación contractual entre un dueño de obra y el arquitecto y puede constatarse lo desarrollado en el texto. Se incluyen, en particular, "tanto la obligación de redactar un proyecto susceptible de ejecución por definir de modo preciso las características de la obra con adopción y justificación de soluciones, sin haber de ser complementado o sea bastante para llevarse a efecto con el resultado de una edificación que satisfaga el fin que el dueño se haya propuesto, ofreciendo la determinación completa de detalles y especificaciones [...], como, en la fase de ejecución de la obra, la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al Proyecto y según la «lex artis»". La STS 26 diciembre 2001 (RJ 2002, 417), por su parte, en un caso sobre contratos de agencia entre sociedades recoge una cláusula que obligaba al agente a realizar inmediatamente transferencia de lo percibido que correspondiera a la empresa. El Tribunal Supremo declara que esto "no es sino una prestación accesoria o complementaria", por lo que el retraso en su cumplimiento no constituye un incumplimiento que rompa el sinalagma contractual, al no constituir una contraprestación causa de las obligaciones asumidas.

14 Por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Los deberes", cit., pp.127-128, quien, sin embargo, apunta a una gran cautela y notable justificación en la admisión por la jurisprudencia española de la ampliación de lo estrictamente convenido al amparo del art.1258 CC, al deber tener en cuenta también el art. 1283 CC.

15 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas*, cit., pp. 263 y ss.

Resulta, sin embargo, bastante común encontrar una comprensión mezclada de la causa (principio de responsabilidad) con una o varias de sus consecuencias (responsabilidad contractual, exclusiva, o conjuntamente, con el resto de remedios)¹⁶. Por responsabilidad contractual debe entenderse, en la línea de la doctrina mayoritaria, sola y exclusivamente la acción de daños y perjuicios¹⁷. Empezar a equiparar una consecuencia a la causa puede llevarnos al peligro último de la “transformación fatal de la relación obligatoria en una relación de garantía”, contra el que advertía Jordano Fraga, siguiendo a la doctrina italiana¹⁸. En nuestro ordenamiento, al menos, la realidad es que la responsabilidad del art.1101 CC no es contrapartida necesaria del derecho de crédito¹⁹. Desde la perspectiva particular de este precepto sustantivo, con Carrasco, podríamos decir que esta pretensión, “no es, ni pretende ser la norma general que regule la tutela del crédito”²⁰.

En suma, deben distinguirse las dos dimensiones de las obligaciones. La deuda, como hecho objetivo que corresponde, en principio, al deudor prestar y al acreedor recibir y exigir; y como causa de la responsabilidad, en tanto garantía patrimonial del acreedor, para cuya concreción recurrimos a otros preceptos²¹.

2. Distintos conceptos de incumplimiento en el ámbito comparado.

Avanzando en el análisis, debemos ahora centrarnos en el incumplimiento. Más allá del mero “no cumplimiento”, es decir, de un estricto sentido gramatical contrario, pueden identificarse distintas perspectivas que dependen de la concepción misma de obligación.

Me referiré así al caso inglés del *breach of contract* y a la clasificación francesa de las obligaciones en las de resultado y de medios. Ambas han sido importadas a nuestro ordenamiento no tanto como legislación positiva, sino como lecturas doctrinales que van permeando en la interpretación de los preceptos sustantivos del Código civil. En la misma línea, abordaré también los tres textos de *soft law* más difundidos en Europa y a los que nuestra jurisprudencia a veces recurre como fuente interpretativa.

16 Por ejemplo, CAPILLA RONCERO, F.S.: *La responsabilidad*, cit., pp. 10-13, por considerar que “la responsabilidad patrimonial universal entendida estrictamente [...] no es la única secuela provocada o provocable por el incumplimiento”.

17 En la línea de profesores como CAPILLA, CABANILLAS, CARRASCO, DEL OLMO, DIEZ-PICAZO, LLAMAS POMBO, MIQUEL, PANTALEÓN, RODRÍGUEZ-ROSADO y SOLER PRESAS.

18 JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp.39-40.

19 BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento*, cit., p. 26 y ss.

20 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art. 1101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989, p.393.

21 VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento*, cit., pp. 163-164.

La comparación entre ordenamientos es muy útil para el jurista, pero es y debe ser limitada a su fin: ayudar a una mejor comprensión de las instituciones propias y extranjeras -aún más si comparten su origen- y analizar las lagunas o dificultades interpretativas que puedan encontrarse. En consecuencia, y sin perjuicio del innegable origen e influencia del *Code* francés sobre nuestro Código civil, no debemos olvidar, como bien dejó expresado la profesora NAVAS NAVARRO, que estos derechos foráneos “no pueden ser el eje del sistema, puesto que no lo fueron en ningún momento de la etapa codificadora”²². Tampoco, por ello, sus consecuencias y desarrollos legislativos y doctrinales posteriores. Me remito nuevamente a la advertencia del profesor MIQUEL: “el Derecho mezclado es un agente subrepticio de la confusión, la ignorancia y el desprecio de nuestras propias leyes”²³.

A) *Breach of contract* del *Common Law*.

La concepción anglosajona de contrato es la de una promesa que engendra expectativas en el acreedor. La satisfacción de dicha promesa se hace, primeramente, mediante la prestación y, en su defecto, mediante indemnización²⁴. Lo relevante es la falta objetiva de cumplimiento. El incumplimiento se entiende como quebrantamiento del contrato (*breach of contract*), no como inejecución²⁵.

Dado el carácter principal de los *damages*, en este sistema jurídico puede constatar, un sesgo favorable a los llamados remedios monetarios²⁶. En caso de que el deudor no cumpla *in natura*, se reconoce una obligación sustitutiva o secundaria concreta: la indemnización²⁷.

22 NAVAS NAVARRO, S.: *El incumplimiento no esencial de la obligación: análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Madrid, 2004, p.59.

23 MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.: “Lección: La naturaleza”, cit.

24 MALO VALENZUELA, M. Á.: *Remedios frente al incumplimiento contractual*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p.66.

25 LLAMAS POMBO, E.: “La pretensión de cumplimiento y sus límites”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 600.

26 CLEMENTE MEORO, M. E.: *La resolución de los contratos por incumplimiento: (estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho inglés y del derecho español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p.26; y GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.3, 2007, p.14, NP 23.

27 CARTWRIGHT, J.: *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 373. Dirá más adelante este autor: “las normas [legales de *Common Law*] hacen hincapié no en el cumplimiento literal, sino en la equivalencia económica del cumplimiento” (p.404). En nuestro ordenamiento, sin embargo, a pesar de que la causación de un daño provoca el nacimiento de una nueva obligación -la de indemnizar-, en nada influye respecto de la prestación debida, salvo que concurra imposibilidad sobrevenida (vid. CARRASCO PERERA, Á., “Comentario art. 1104 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. 1, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989, p.605; que remite a BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p.831).

El Derecho inglés no parte del equilibrio que supone la correlación derecho-deuda de la obligación en el *Civil law*²⁸. Bien lo dejó plasmado el jurista y juez estadounidense HOLMES, a través de su muy conocida -y, posteriormente, repetidacita: “the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it-and nothing else”²⁹.

El cumplimiento en forma específica es posible, pero no en el sentido de los ordenamientos continentales, pues se parte de una cierta excepcionalidad. El motivo lo encontramos en el origen de este remedio en los tribunales de *Equity*, que también podían conceder la *injunction* (mandar hacer o abstenerse de hacer un acto determinado), frente a las jurisdicciones del *Common law* que solo admitían la indemnización.

Actualmente es posible extraer de las sentencias de los tribunales ingleses límites para conceder el cumplimiento específico. Por ejemplo, el carácter personal de la prestación o el que las promesas sean gratuitas. El más importante, sin embargo, es que la indemnización de daños y perjuicios resulte adecuada. CARTWRIGHT señala los casos de entrega de una cosa para la que no hay mercado disponible o viable como aquellos en los que más probablemente se adoptará el remedio del cumplimiento específico, aunque identifica el contrato de venta de una vivienda como el supuesto más habitual para decretarlo³⁰.

B) *Distinción francesa de obligaciones de medios y resultados. La utilidad de su importación.*

La tripartición del comportamiento prestacional -dar, hacer o no hacer alguna cosa- de nuestro art. 1088 CC procede del art.1101 CC fr., antes de la reforma de 2016: *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*³¹. A comienzos del siglo pasado, sin embargo, el jurista francés Demogue introdujo un enfoque basado en la bipartición de obligaciones de medios y de resultado. Sería el posterior apoyo de los hermanos Mazeaud el que hiciera que ganara en popularidad entre la doctrina y la jurisprudencia francesas.

28 CARTWRIGHT, J.: *Introducción al*, cit., p. 372.

29 “El deber de cumplir un contrato en el *Common Law* significa una predicción de que tienes que pagar daños y perjuicios si no lo cumples, y nada más” (traducción propia). Vid. HOLMES JR.: O. W.: “The Path of the Law”, *10 Harvard Law Review* 457, 1897, p. 5.

30 CARTWRIGHT, J.: *Introducción al*, cit., pp. 374-379.

31 “El contrato es una convención por la que una o más personas se obligan, frente a otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (traducción propia). La redacción actual del 1101 CC fr., sin embargo, reza así: “*le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*” (el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones).

Mucho se ha discutido sobre esta clasificación, pero hay acuerdo en señalar que su fundamento se encuentra en la naturaleza de la prestación obligacional. Por la obligación de medios, el deudor se obliga a desplegar una actividad diligente, sin asegurar resultado alguno; mientras que por la de resultado, sí tiene que alcanzar un logro concreto³².

En nuestro país, sin perjuicio de que la jurisprudencia ha recurrido a ella desde hace un tiempo, la doctrina duda dónde situar su utilidad³³. Una gran parte considera que está en el contenido de la obligación. Autores como CABANILLAS SÁNCHEZ, JORDANO FRAGA, LOBATO GÓMEZ, SANCHO REBULLIDA, SOLÉ RESINA, VELASCO PERDIGONES creen así que no deben confundirse aquellas obligaciones en las que el resultado está *in obligatione*, porque la prestación consiste en un resultado cierto y determinado; de aquellas en las que las partes esperan un resultado (fin fáctico) del cumplimiento de la prestación, esto es, un resultado material derivado de un comportamiento diligente del deudor que puede producirse, o no, de forma aleatoria³⁴.

Dando un paso más, podría referirse a la responsabilidad derivada de incumplimiento, especialmente en lo que a la definición y prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual se refiere. En las obligaciones de resultado, sería el acreedor quien debe probar que no se ha alcanzado el resultado prometido; mientras que en las de medios, debe demostrar la falta de diligencia del deudor³⁵. De ahí que, más recientemente, BLANCO PÉREZ-RUBIO prefiera referir la utilidad de la división respecto al régimen de la prueba. En concreto, “en la manera de repartir la carga de la prueba del incumplimiento”³⁶.

32 LÓPEZ SUÁREZ, C.: “La interpretación de la regulación del Código civil por la jurisprudencia”, en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023, pp.84-85.

33 VELASCO PERDIGONES, J. C.: *La responsabilidad civil del Compliance officer*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, p.225, recoge sentencias hasta el año 2022.

34 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 29-30; 123 y ss.; JORDANO FRAGA, F.: “Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm.1, p. 7; LOBATO GÓMEZ, J. M.: “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *Anuario de derecho civil*, vol. 45, núm. 2, 1992, pp. 668-669; SANCHO REBULLIDA, F. A.: “IV. El objeto”, cit., p. 80; y SOLÉ RESINA, J.: “La obligación de hacer: del código civil al derecho actual”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p.1264; y VELASCO PERDIGONES, J. C.: *La responsabilidad*, cit. p.228.

35 VELASCO PERDIGONES, J. C.: “La regulación en el código civil: arrendamiento de servicios”, en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023, p.64, apunta al uso por la jurisprudencia de esta clasificación para la determinación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento en materia, sobre todo, de responsabilidad profesional. LÓPEZ SUÁREZ, C.: “La interpretación”, cit., pp.86-87, precisa, respecto a las llamadas obligaciones de medios, que los tribunales no han negado la posibilidad de pactar la exigibilidad la responsabilidad, a pesar de la aleatoriedad de su resultado.

36 BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 63 y ss.

Esta clasificación y sus beneficios han sido asimismo objeto de bastantes críticas. En Francia, se han fundamentado en una triple justificación: criterio incierto de la distinción, frecuente confusión entre ambos tipos de obligaciones y gradación dentro de la clasificación³⁷. En consecuencia, consideran limitada su utilidad al carácter pedagógico³⁸.

En nuestro país, JORDANO FRAGA ya señalaba la dificultad práctica de adscribir a una categoría concreta algunas obligaciones de hacer, fuera de los casos arquetípicos³⁹. En ese sentido, CABANILLAS cuestionaba la reducción de la heterogeneidad de las obligaciones a dos compartimentos estanco⁴⁰. Por su parte, NAVAS NAVARRO ha advertido sobre la confusión a la que conduce asumir esta bipartición ajena a la legislación, al parecer entrañar un sistema dual de responsabilidad (objetivo y subjetivo)⁴¹; y, finalmente, LOBATO GÓMEZ, alude a la distinta distribución de la carga de la prueba a la que parece conducir la distinción; y a la consecuencia práctica de confundir, en las obligaciones de medios, el incumplimiento de la prestación y la culpa⁴².

Respecto a este relevante último punto, siguiendo a JORDANO FRAGA, creo que efectivamente se ha confundido “el plano del incumplimiento material o incumplimiento como hecho (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), y el del juicio de responsabilidad contractual, que presupone el anterior”⁴³. Como apunta RODRÍGUEZ-ROSADO, debe distinguirse el incumplimiento, de la culpa y del daño, porque “en sentido objetivo tanto incumple el médico (obligación de medios) como el pintor (obligación de resultados) que sin su culpa no acuden a realizar la prestación prometida”⁴⁴. El problema parece provenir de extraer las

37 MALAURIE, P.; AYNÉS, L.; STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, LGDJ, Issy les Moulineaux, 2017, pp. 538-540.

38 Siguiendo a la doctrina de la nota anterior, en nuestro país, RODRÍGUEZ ROSADO, B.: “Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la “strict liability” y la responsabilidad por culpa”, *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 4, 2014, p. 175. En contra, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones*, cit., p. 37, que considera, precisamente por esta razón, que la distinción no debe ser rechazada.

39 JORDANO FRAGA, F.: “Obligaciones de medios”, cit., p. 9.

40 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones*, cit., pp. 33-35, acertadamente afirma que “es utópico pretender aislar el resultado de los medios que deben conducir a él” o que “la buena ejecución de una obligación de actividad supone, a veces, la obtención de algunos resultados intermedios”. Dándole la vuelta, sigue diciendo, “toda obligación de resultado supone el desarrollo de una actividad. El resultado contemplado sólo puede ser logrado si el deudor lleva a cabo una determinada conducta”. En definitiva, demuestra que cualquier obligación puede ser considerada tanto de medios como de resultado, según el punto desde el que se contemple.

41 NAVAS NAVARRO, S.: *El incumplimiento*, cit., p. 257.

42 LOBATO GÓMEZ, J. M.: “Contribución al estudio”, cit., pp. 721 y 729; y 714.

43 JORDANO FRAGA, F.: “Obligaciones de medios”, cit., p. 91.

44 RODRÍGUEZ ROSADO, B.: “Los sistemas”, cit., pp. 172-173. En la NP 54 sigue el ejemplo: “en esos casos, si demuestran que efectivamente incumplieron sin su culpa (de camino sufrieron un accidente de tráfico), no se les podrá exigir daños y perjuicios, aunque sí podrá la otra parte resolver o exigir el cumplimiento: no tendría sentido decir que el médico ha cumplido por el mero hecho de haber obrado diligentemente. Y en caso de que ese mismo médico o pintor hayan cumplido defectuosamente (porque no aplicaron una técnica usual según su *lex artis*), corresponderá probar esa deficiencia a la otra parte, pero no la culpa, pues esta se presumirá con el incumplimiento, de forma que recaerá de nuevo sobre el deudor la prueba de su propia diligencia.”

consecuencias de las obligaciones de medios y de resultado solo desde la categoría del incumplimiento defectuoso. Sin embargo, las normas sustantivas y adjetivas son idénticas para todos los tipos de obligaciones y, por tanto, también para esta bipartición ajena al Código civil. En definitiva, lo único que parece facilitar es analizar el distinto contenido de la prestación.

C) *Textos de soft law: PECL, DCFR y Principios Unidroit.*

Desde finales del siglo pasado el esfuerzo internacional para armonizar el Derecho contractual europeo ha cristalizado, entre otros, en los textos PECL, DCFR y Principios Unidroit⁴⁵. No es Derecho vigente en nuestro país, pero se tienen muy en cuenta como elementos de interpretación, tanto doctrinal, como jurisprudencialmente.

Los PECL conciben el incumplimiento como una situación objetiva, justificada o no, y abarcan los casos de cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos (art. I:301 (4) PECL). Como afirma MORALES MORENO, las notas de su amplitud y, desde el punto de vista de la imputación subjetivo, neutralidad, describen el concepto de incumplimiento que, además, contempla, sobre todo, la falta de satisfacción del acreedor⁴⁶.

Su capítulo noveno regula los distintos remedios específicos para solventar el incumplimiento, encargándose la sección primera de la demanda del cumplimiento en particular (“derecho a exigir el cumplimiento”), según el carácter pecuniario o no de la obligación. En el primer caso, se reconoce el derecho del acreedor a percibir el dinero que se le debe, aunque con una serie de excepciones, según si se hubiera podido haber hecho un negocio sustitutivo razonable o si no fuera razonable llevar a cabo la prestación en esas circunstancias (art. 9:101). En el segundo, el cumplimiento *in natura* o reparación se supeditará a que resulte lícito o posible, no conlleve esfuerzos o gastos irrazonables, no sea personalísimo y que no pueda obtenerse razonablemente la prestación por otras vías (art.9:102). Finalmente, se prevé la posibilidad de pérdida de este derecho si el perjudicado no lo ejerce prudencialmente desde que supiera o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento.

El art.III.-I:102 (3) DCFR define el incumplimiento como “falta de ejecución de la obligación, sea o no por causa justificada, lo que incluye las demoras en el

45 Para su consulta he recurrido, respectivamente a: <https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>; JEREZ DELGADO, C.: *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el marco común de referencia (DCFR)*, Madrid, Boletín oficial del Estado, 2015; y <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> [Última consulta 30/10/2024].

46 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010, pp.29-30.

cumplimiento y aquellos casos en que el incumplimiento no se ajuste a los términos que regulan la obligación”. El art.III.-3:101 permite acudir a cualquier remedio de dicho capítulo, salvo si se ha exonerado de cumplir al deudor ex art. III.-3:104, en cuyo caso se veda el cumplimiento específico y la indemnización de daños.

Se reconoce el derecho a exigir el cumplimiento (sección tercera), distinguiendo según si la prestación sea dineraria o no, como sucedía con los PECL. El límite del derecho es triple: ilicitud o imposibilidad de cumplimiento, irrazonabilidad por excesiva onerosidad o resultar caro y naturaleza tan personal del cumplimiento que sería poco razonable reclamarlo. No obstante, no se cierra la vía de reclamación de daños (III.-3:303).

Por último, el art. 7.1.1 Principios Unidroit define el incumplimiento como falta de ejecución de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el defectuoso y el retardado⁴⁷. En cuanto a la pretensión de cumplimiento, también se diferencia según si la obligación sea o no dineraria (arts. 7.2.1 y 7.2.2). En este segundo caso, los límites se encuentran en la imposibilidad física o jurídica, la excesiva onerosidad de la prestación, la posibilidad razonable de obtenerla por otra vía, carácter personalísimo de la prestación y la falta de reclamación dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del cumplimiento.

Los tres textos coinciden, por tanto, en definir el incumplimiento como un hecho objetivo, desterrando el elemento de la imputabilidad. Destaca, además, la limitación del derecho a reclamar el cumplimiento específico en las obligaciones no dinerarias, de manera que el acreedor lo perderá si no lo solicita en un plazo de tiempo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber del incumplimiento (arts. 9:102 (3) PECL, III.-3:302 (4) DCFR y 7.2.2.e) Principios Unidroit).

3. Carencia de un concepto de incumplimiento en el Código civil.

Una vez analizado nuestro entorno legal y doctrinal más cercano -sin perjuicio del último epígrafe, referido a Alemania- llegamos a la situación de nuestro país. Resumidamente, puede decirse que no tenemos en el Código civil definición alguna de incumplimiento, con la excepción de la contravención del tenor de la obligación (art. 1101 CC *in fine*)⁴⁸. Como consecuencia, resulta notable el esfuerzo de nuestra doctrina para definir este punto de partida de lo que desarrollo en el epígrafe siguiente.

47 Añade el comentario del art.7.1.1, que se incluye en el concepto tanto el incumplimiento no excusable como el excusable. Sigue, por tanto, la línea de los otros dos textos de *soft law*.

48 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art.”, cit., p.383; y SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentarios arts. 1101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.1295. Para un desarrollo histórico del precepto, vid. NAVAS NAVARRO, S.: *El incumplimiento*, cit., pp.30-41.

Actualmente, el incumplimiento se concibe, mayoritaria -si no unánimemente-, como un hecho objetivo, independiente de su causa. De forma concisa, y no por ello menos acertada, el profesor PANTALEÓN lo concebía como “toda desviación del programa contractual”⁴⁹; o, en palabras de la profesora NAVAS NAVARRO, una “irregularidad en el período de cumplimiento”⁵⁰. Por eso, recordando lo que dije respecto a los caracteres del cumplimiento, deben coincidir identidad e integridad de la prestación con lo pactado. No puede, por el contrario, reducirse el cumplir a un mero esfuerzo⁵¹.

Incumplir, propiamente, solo puede hacerlo el deudor, en cuanto que la prestación consiste en un cierto comportamiento suyo. Al acreedor, por su parte, le corresponden una serie de cargas, que podrían llegar a confundirse con el concepto de obligación. Se diferencian, sin embargo, en que las cargas no son jurídicamente exigibles, aunque su inobservancia conlleva efectos perjudiciales⁵². En concreto, apunta CABANILLAS, una desventaja procesal o una sentencia desfavorable⁵³.

El estudio de Díez-Pícazo ha hecho que en España se vire hacia una visión del incumplimiento centrada en el del interés del acreedor: la lesión del crédito o, más en general, “las perturbaciones del proyecto de prestación”⁵⁴. Profundizando en ella, en una obligación contractual puede ocurrir que no se realice la prestación puntualmente o que, pese a hacerla, se hace de forma defectuosa. En consecuencia, surgen las categorías doctrinales de retardo, cumplimiento defectuoso e incumplimiento definitivo⁵⁵.

Por último, debemos hacer referencia a la concepción de incumplimiento desde la perspectiva de la normativa de consumo. En la Directiva 1999/44/CE y en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo se asume el concepto de “falta de conformidad” para condensar las categorías de vicios, falta de cualidades, *aliud pro alio* y prestación defectuosa. Se parte, para

49 PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de derecho civil*, vol. 46, núm. 4, 1993, p. 1720.

50 NAVAS NAVARRO, S.: *El incumplimiento*, cit., p.43.

51 De ahí que, acertadamente, LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones*, cit., sec. 17.1, deduzca que no “hay cumplimiento si el deudor ha ejecutado todas las actividades de prestación necesarias de su parte, pero el resultado de la prestación no se da”.

52 LAMARCA MARQUÉS, A.: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Real Colegio de España, Bolonia, 2001, p. 65.

53 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas*, cit., p. 38. Díez-Pícazo Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., p.110; y, contraponiendo la carga a un deber *stricto sensu*, “El contenido de”, cit., p. 358.

54 ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Comentario art. 1101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.8062; y Díez-Pícazo Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 568-571.

55 SÁNCHEZ, R.: “Comentarios art.”, cit., p.1296. El autor menciona también la imposibilidad sobrevenida, que ha pretendido colocarse como centro del sistema español de responsabilidad por una parte minoritaria de la doctrina. Sin embargo, no es más que una modalidad del incumplimiento definitivo.

ello, de la existencia de un modelo o muestra que determina las características de la mercadería (cualidades), aunque también puede hacer referencia a su uso, bien especial concreto, bien ordinario⁵⁶. Actualmente, con la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, la conformidad se entiende desde una triple perspectiva: material, jurídica y digital⁵⁷.

Ha nacido, en consecuencia, un doble esquema en nuestro ordenamiento: el del incumplimiento contractual y el de la falta de conformidad, aparentemente igual, en cuanto a las notas de identidad e integridad, pero con la diferencia de que la conformidad incluye no solo lo expresamente pactado, sino también “lo razonablemente esperable en relación con unos parámetros”⁵⁸. En estos casos en que concurren las circunstancias de los vicios ocultos -que desencadenarán el régimen de saneamiento-, y las del incumplimiento contractual, la jurisprudencia, “en un ejercicio de justicia material ha desarrollado la teoría del *aliud pro alio*, según la cual la entrega de una cosa con defectos tan graves que la hagan inservible para el uso a que se la destina se equiparará a la entrega de cosa distinta de lo pactado (incumplimiento contractual). Se introduce así el criterio funcional de incumplimiento, con el objeto de poder beneficiarse de un plazo de prescripción de ahora 5 años (art.1964.2 CC), en contraposición del nefasto plazo de 6 meses que existe en el saneamiento por vicios ocultos (art.1490 CC)”⁵⁹.

III. LOS LLAMADOS REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO.

El concepto de “remedios” procede del ámbito anglosajón y ha sido adoptado por nuestra doctrina para describir las vías que el ordenamiento arbitra para que el acreedor pueda defender un aspecto de su interés contractual; o, más en general, como afirman algunos autores, para proteger su derecho de crédito⁶⁰. No se trata propiamente de sanciones, sino de instrumentos jurídicos para encauzar el incumplimiento y sus consecuencias⁶¹. Encuentran acomodo en la vía de las

56 NAVAS NAVARRO, S.: *El incumplimiento*, cit., pp. 157 y ss.

57 Me remito a MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta*, cit., pp. 189-264; y VAQUER ALOY, A.: “El principio”, cit. pp.11 y ss., para un análisis detallado.

58 MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta*, cit., p.140. Sobre el tratamiento de esta superposición de regímenes, me remito a los trabajos de DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Incumplimiento contractual. Venta por el Estado de la totalidad de las acciones de Industrias Tauro, S. A”, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 54, 2000, pp.1346-1358, que acaba por proponer “restringir la aplicación de las acciones edilicias al ámbito de la venta del *corpus certum*”; y ESPLUGUES GARCÍA, J.: “Las fronteras de la tutela indemnizatoria entre el incumplimiento contractual y el dolo como vicio del consentimiento”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 2, 2024, p.135.

59 MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta*, cit., pp.143-144.

60 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Comentario art.1101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p.5049; GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento” cit., p.13; y MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 21-22.

61 MORALES MORENO, en el prólogo de MALO VALENZUELA, M. Á.: *Remedios frente*, cit., p. 22.

pretensiones, con un plazo de prescripción de cinco años (art.1964.2 CC), de ahí que también se les suela nombrar con ese término o el de “acción”; sinónimos, al fin y al cabo, al menos en el derecho sustantivo⁶².

Dentro de las diferentes clasificaciones que se encuentran, he optado por seguir la del profesor PANTALEÓN. Distingue así entre la pretensión de cumplimiento, que incluye la reparación o sustitución, así como, en general, cualquier otra forma de corregir el carácter defectuoso de la prestación; los remedios sinalagmáticos, que abarcan la resolución del contrato, la reducción del precio y la *exceptio inadimpleti contractus*; los remedios indemnizatorios y la pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado⁶³.

En el desarrollo que sigue me centraré en los tres más comunes, que buscan, respectivamente, exigir el cumplimiento, desvincular a las partes del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios causados⁶⁴. Omitiré, por tanto, a pesar de su indudable interés, los remedios “secundarios” -no en importancia, sino en protagonismo- como el *commodum representationis* o la suspensión del cumplimiento, así como el llamado cumplimiento por equivalente, que parece querer extraerse a medio camino del cumplimiento y resarcimiento⁶⁵.

Una cuestión clave, desde la que se debe partir, es la autonomía de cada una de las tres figuras, precisamente porque el Código las regula de forma independiente y, además, prevé su compatibilidad o incompatibilidad (arts. 1096 y 1124 CC). Su ejercicio dependerá, por tanto, de la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles, pero también, del interés que el acreedor prefiera proteger⁶⁶.

62 Sobre esta cuestión tuve ocasión de profundizar en “La tensión de la pretensión”, *Almacén de Derecho*, 2022 (disponible en <https://almacendederecho.org/la-tension-de-la-pretension>, última consulta 6/ noviembre/2024).

63 PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Las nuevas”, cit., pp.1727-1728. Podrían añadirse, dice el autor, la resolución anticipada del contrato y la “excepción de riesgo de incumplimiento”. Por su parte, GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento”, cit., p.13, opta por la siguiente clasificación: remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica), monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); y de ineficacia (resolución). Las demás figuras, afirma este autor, no serían sino variantes de los tres grandes tipos de remedios.

64 Respecto al último, omito el análisis de los llamados regímenes jurídicos especiales de responsabilidad como podrían ser el de los fondistas, mesoneros, depositarios, comodatarios, etc., remitiéndome al estudio de DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 579-586; así como sus aplicaciones actuales, como encontramos, por ejemplo, en LÓPEZ SUÁREZ, C.: “La responsabilidad por incumplimiento en los contratos de cesión de viviendas con fines turísticos. Especial mención a la contratación por medio de OTAS”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp.1532-1553.

65 Respecto al llamado cumplimiento por equivalente, me limitaré a señalar las dos posiciones que actualmente encontramos en la interpretación doctrinal de las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (art.1182 CC). Por un lado, autores como Badosa, Gandía y Llamas Pombo, defienden la autonomía de esta figura frente al resto de remedios, de manera que sería compatible con el resarcitorio. Por otro, Pantaleón y Sánchez Castro, entre otros, sostienen la unidad del sistema indemnizatorio en nuestro ordenamiento, negando la utilidad de la figura romana de la *perpetuatio obligationis*.

66 FENOY PICÓN, N.: “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento”, *Anuario de derecho civil*, vol. 64, núm. 4, 2011, p. 1490.

I. Acción de cumplimiento.

El principio *pacta sunt servanda* expresa la obligatoriedad de los contratos (art.1091 CC)⁶⁷. Los contratos nacen para cumplirse. Puede sostenerse, en consecuencia, que en la delimitación de los remedios frente al incumplimiento, la exigencia de la prestación específica o *in natura* -tal y como se pactó- es la primera opción a la que acudir. Así se colige de la regulación del Código, de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁸. Ahora bien, considero que esto podría matizarse, como dice SOLER PRESAS, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, para sostener que “la pretensión de cumplimiento es, en nuestro derecho, la continuación de la vinculación contractual y no tanto un remedio que surja del incumplimiento”⁶⁹.

Su función, se dice, es reintegradora del derecho de crédito lesionado por el incumplimiento⁷⁰. Estrictamente, sin embargo, quizá debería denominarse “integradora”, por cuanto la prestación no ha formado parte -idéntica o íntegramente- del patrimonio del acreedor, respecto a lo que se pactó⁷¹. Todo depende de la perspectiva desde la que se contemple el incumplimiento: interés del acreedor o el objeto de la obligación, respectivamente.

El Código canaliza este remedio mediante una pretensión judicial (arts. 1096 y 1124 CC). El único requisito para su viabilidad es que sea posible cumplir, excluyéndose, en consecuencia, la necesidad de imputabilidad⁷². La imposibilidad sobrevenida (arts. 1182 y ss. CC) marca, por tanto, el límite de la pretensión de cumplimiento: la entrega de una cosa determinada, el hacer o no hacer algo deviene imposible, bien en un sentido físico, bien jurídico, y de forma definitiva⁷³.

67 PINTÓ RUIZ, J. J.: “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1964, pp. 985-986.

68 DEL OLMO GARCÍA, P.: “Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 860; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del*, cit., p.678; y PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, sec. I.2.3. En cuanto a la jurisprudencia, vid. SSTS 21 noviembre 1990 (RJ 1990, 9012) y 25 marzo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1088). En contra de considerar este supuesto con carácter general y preferente, sin embargo, se pronuncia GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento”, cit., p.16.

69 SOLER PRESAS, A.: “La pretensión de cumplimiento específico”, *Almacén de Derecho*, 2022.

70 DEL OLMO GARCÍA, P.: “Remedios por”, cit., p. 861; y PANTALEÓN PRIETO, Á.: “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991, p. 1047.

71 Como afirma Verdura, su finalidad primordial es “dar efectividad al contenido de la relación obligatoria y satisfacción al acreedor” (VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento*, cit., p. 138).

72 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art.”, cit., p.397; LLAMAS POMBO, E.: “La pretensión”, cit., p. 608; y MORALES MORENO, A. M.: *La modernización*, cit., pp.19-20; PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Las nuevas”, cit., p. 1728; y VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento*, cit., pp. 138-139. Respecto a la jurisprudencia, vid. SSTS 2 julio 2003 (RJ 2003, 5075), 13 junio 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3792) y 10 julio 2012 (RJ 2012, 8357).

73 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art. 1105 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989, p.654. LLAMAS POMBO, E.: “La pretensión”, cit., p. 615-618, diferencia a título de explicación: la imposibilidad sobrevenida, la inidoneidad, la excesiva onerosidad, los servicios u obra de carácter personal y la obtención

No obstante, no han faltado autores o sentencias aisladas que aboguen por añadir ese elemento adicional, a pesar de que la regulación positiva no lo exija⁷⁴.

La acción de cumplimiento no es para casos excepcionales, como sucedía en el *Common Law*, como puede comprobarse. Si el deudor de una obligación no da, no hace lo que debe o hace lo que no debe, el acreedor podrá exigirselo. Demandado el deudor y transcurrido el juicio, se le podrá condenar a la ejecución de la prestación debida y surgirá un segundo “cumplimiento” posible, el forzoso, canalizado a través de los arts. 701 y ss. Ley de enjuiciamiento civil (LEC)⁷⁵.

La otra perspectiva del cumplimiento es la del deudor, a veces algo olvidada cuando el foco se pone en el punto de vista del acreedor. El deudor debe cumplir, pero ¿podría decirse que tiene derecho a cumplir? Me parece que sí. Así, por ejemplo, se desprende de los artículos que regulan la liberación del deudor a través de la consignación (arts. 1176 y ss. CC); o, durante la constitución en mora del deudor. Si no hay un impedimento definitivo para el cumplimiento, el deudor puede cumplir, aunque impuntualmente, sin perjuicio del interés del acreedor en la prestación y matizándolo por el análisis de la acción resolutoria, además de los daños. No puede configurarse la prestación de cumplimiento, en definitiva, como un derecho de garantía que permita liquidar la prestación *in natura* a conveniencia del acreedor.

No querría dejar de señalar el peligro de identificar el incumplimiento con un *daño*. Más allá de la posibilidad lingüística, no creo que pueda coincidir el término con la significación jurídica del art. 1101 CC, es decir, con el *daño* resarcible. Sin embargo, esta confusión, junto con la falta de delimitación de remedios y su compatibilidad (art. 1124.2 CC), ha hecho extraer a la doctrina consecuencias que difícilmente se ajustan a la regulación positiva, de ahí que debamos seguir con el desarrollo de la naturaleza, presupuestos y consecuencias de los demás.

2. Acción resolutoria.

Recogida en el art. 1124.1 CC como facultad del obligado recíprocamente, la resolución permite la desvinculación contractual de las partes. Es incompatible, por ello, con la acción de cumplimiento, sin perjuicio del *ius variandi* del acreedor

de la prestación por otras vías. Por su parte, DEL OLMO GARCÍA, P.: “Remedios por”, cit., p. 865, añade como límite general el no incurrir en abuso de derecho.

74 Así, por ejemplo, BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., pp. 263-264; GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento”, cit., p. 6; y PINTÓ RUIZ, J. J.: “Incumplimiento”, cit., pp. 948 y 950. En la jurisprudencia pueden citarse la STS 3 julio 1989 (RJ 1989, 5281) que concibe la acción de cumplimiento como la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable; y la más explícita STS 11 mayo 1991 (RJ 1991, 3658), que condiciona la exigibilidad de las consecuencias del incumplimiento a su reprochabilidad, en el sentido de conducta dolosa o culposa del deudor.

75 Me remito a la obra de NIEVA FENOLL, J.: *Derecho Procesal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 443 y ss., para un análisis detallado de las distintas opciones ejecutivas.

(art. 1124.2 CC *in fine*). No obstante, ambos remedios comparten la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción de daños y perjuicios⁷⁶. En consecuencia, se renueva la necesidad de distinción para la mejor comprensión de cada remedio⁷⁷.

En nuestro país, la concepción de la resolución ha evolucionado a lo largo del tiempo, debido también al influjo de tendencias internacionales⁷⁸. Actualmente, se define como una acción de ejercicio extrajudicial que exige los siguientes requisitos: vínculo contractual recíproco y exigible, incumplimiento grave por una parte y que la otra no haya inobservado lo que le correspondía⁷⁹.

El aspecto problemático es el segundo, pues puede deducirse que no todo incumplimiento permitirá seguir este remedio⁸⁰. Al contrario, será solo el jurisprudencialmente denominado “incumplimiento esencial” el que permitirá resolver, aunque, desgraciadamente, debe casi seguirse un criterio casuístico para los incumplimientos retrasados u objetivamente defectuosos, que son las dos modalidades más frecuentes que se dan en los supuestos de la vida cotidiana⁸¹. No obstante, parece que el elemento en el que la jurisprudencia fundamenta la esencialidad del incumplimiento y, por tanto, admite la resolución, es la frustración del interés del acreedor⁸².

76 La doctrina es especialmente crítica respecto a la concepción de la naturaleza de la resolución como condición tácita, pues esta acción “opera por voluntad del interesado manifestada con posterioridad a la conclusión del contrato y, además, mientras la verdadera condición resolutoria produce *ipso iure* la resolución, la llamada condición resolutoria tácita no produce automáticamente la resolución del contrato, sino que faculta para pedir que se declare la resolución, si el perjudicado no prefiere solicitar el cumplimiento” (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Comentario art. 1124 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.96).

77 Para un desarrollo profundo de este remedio, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004, pp. 369 y ss.

78 CLEMENTE MEORO, M. E.: “Comentario art. 1124 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5164-5179; y SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: *Resolución*, cit., pp. 64-76. Por su parte, RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 115 y ss., afirma que pueden encontrarse hasta cuatro concepciones de la resolución en nuestro ámbito jurídico cercano: la francesa, la suiza (BGB 1900), la alemana (2002) y la inglesa.

79 RODRÍGUEZ ROSADO, B.: “La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil: una relectura actual”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 1003 y ss. En el mismo sentido, STS 16 septiembre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4392): “Conforme a jurisprudencia constante de esta sala (por todas, sentencias 100/2007 y 112/2007, ambas de 14 de febrero), los requisitos de la resolución del contrato por incumplimiento son: (i) un vínculo contractual recíproco y exigible entre las partes; (ii) que quien la ejerce no sea, a su vez, incumplidor; y (iii) un incumplimiento grave de la otra parte. Y respecto de este último requisito, para que el incumplimiento pueda considerarse suficiente para producir el efecto resolutorio, deberá privar “sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato”, produciendo “la frustración del fin práctico perseguido por el contrato” (sentencia 736/2015, de 30 de diciembre; y en similares términos, sentencias 325/2017, de 24 de mayo, y 247/2018, de 25 de abril)”.

80 CLEMENTE MEORO, M. E.: *La resolución*, cit., p.132.

81 DEL OLMO GARCÍA, P.: “Remedios por”, cit., p.870.

82 RODRÍGUEZ ROSADO, B.: “La facultad”, cit., pp. 1016 y ss.

Esta situación supone lógicamente una cierta incertidumbre en el sentido de inseguridad jurídica, no solo para los operadores jurídicos, sino para los contratantes. En consecuencia, cada vez más voces en la doctrina defienden el sistema alemán el plazo adicional o *Nachfrist*, presidido por el principio de razonabilidad⁸³.

Como en la acción de cumplimiento, sucede que no es requisito la imputación subjetiva⁸⁴. No se necesita la imputabilidad del incumplimiento a su causante, sino la relevancia del incumplimiento. Lo más parecido a este elemento, como afirma CLEMENTE MEORO, fue la doctrina de la llamada “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, criterio del que se sirvió durante años nuestro Tribunal Supremo para admitir la resolución “o, alternatively, un hecho obstativo que, de un modo absoluto, definitivo e irreformable, lo impida- ; sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, que impone una interpretación restrictiva del art. 1124 CC”⁸⁵. Ahora bien, además de que dicha doctrina ya está superada, el propio autor recién citado ya señaló que sirvió más para fundar la improcedencia de la resolución que para admitirla, a pesar de que, en realidad, se fundamentase en circunstancias distintas como la ausencia de incumplimiento, el previo incumplimiento del resolvente, la inimputabilidad del incumplimiento al demandado, la falta de requerimiento resolutorio en compraventa de inmuebles, la escasa gravedad del incumplimiento y el abuso de la facultad resolutoria.

La eficacia de la resolución es extintiva y retroactiva respecto a los deberes de prestación, provocando, en consecuencia, la restitución de lo ya realizado⁸⁶. El tenor del 1124 CC admite, además, la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido producirse al acreedor, sin perjuicio de probar específicamente sus requisitos adicionales (existencia de un daño e imputabilidad del deudor)⁸⁷. No es, por tanto, un efecto automático de la resolución (STS 20 febrero 2012⁸⁸). Deben así distinguirse las figuras de la restitución -efecto natural de la resolución-, y del resarcimiento -efecto complementario y contingente⁸⁹. Como afirma el profesor

83 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del*, cit., p. 722, aunque sin hacer referencia a la figura alemana; FENOY PICÓN, N.: “La Modernización”, cit., p. 1577; PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Las nuevas”, cit., p. 1733; RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma*, cit., pp. 229-232; y SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: *Resolución*, cit., pp. 479 y 480, que propone una doble notificación: en un primer momento, para que el deudor cumpla; y, posteriormente, para declarar la resolución una vez transcurrido aquel de forma infructuosa. Sin embargo, reconoce que, por razones de economía procedimental, es preferible que se unifiquen en una condición resolutoria dependiente del cumplimiento en el plazo adicional.

84 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Comentario art.”, cit., pp. 97-98; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 15-16; y MALO VALENZUELA, M. Á.: *Remedios frente*, cit., p. 127.

85 CLEMENTE MEORO, M. E.: “Comentario art.”, cit., pp. 5169-5170.

86 PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Las nuevas”, cit., p. 1734. Para CLEMENTE MEORO, M. E.: *La resolución*, cit., pp. 243-244, dicha eficacia “es el resultado de consideraciones de equidad: si la resolución sólo produjera efectos *ex nunc* y la parte incumplidora no tuviera que reintegrar lo recibido, se enriquecería injustamente a la otra parte”.

87 VELASCO PERDIGONES, J. C.: “La regulación”, cit., p. 73.

88 STS 20 febrero 2012 (RJ 2012, 4044).

89 En este sentido, *vid.* STS 30 abril 2013 (RJ 2013, 8001). Un reciente y muy detallado estudio sobre la restitución y sus causas puede encontrarse en RUIZ ARRANZ, A. I.: *La estructura de la restitución contractual*,

Pantaleón, “pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias [...] es, en mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos”⁹⁰. Por ello, podría decirse, en palabras del profesor RODRÍGUEZ-ROSADO, que la eficacia contractual es alternativa: en caso de incumplimiento culpable, la resolución sumada a los daños y perjuicios tratará por una vía paralela de poner al acreedor en la misma posición que si el contrato hubiera sido regularmente cumplido⁹¹.

3. Acción de daños y perjuicios.

El difícil art. 1101 CC fundamenta esta opción, aparte de las ya analizadas, para afrontar la situación de incumplimiento. O, mejor, para solventar el daño o perjuicio provocado en el cumplimiento de las obligaciones, tal y como afirma el tenor del artículo. En consecuencia, puede decirse que la causa de esta acción no es el incumplimiento, sino el daño, aunque la existencia de algún tipo de incumplimiento -del deber de prestación o de alguno de los deberes accesorios- será necesario⁹².

La base legal de esta acción resulta discutida, defendiéndose o bien el contrato mismo (art.1091 CC) o la ley (art.1093 CC). A mi juicio, la segunda alternativa es mejor fundamento, ya que permite distinguir los dos sistemas de responsabilidad de nuestro ordenamiento, el contractual y extracontractual, con elementos comunes, pero, también, con diferencias notables. En particular, la existencia misma de contrato⁹³.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

90 PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de derecho civil*, vol. 42, núm. 4, 1989, p.1153. Más adelante, continúa diciendo: “el contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada” (p.1165).

91 RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma*, cit., pp. 158-159.

92 Comparto con Jordano Fraga la consideración específica de que la responsabilidad dimanante del art.1101 CC tiene, por tanto, una conexión indirecta con el hecho del incumplimiento. Sin embargo, difiero de su comprensión homogénea del hecho extintivo de la obligación y del hecho liberador de responsabilidad contractual. Llega así a afirmar que “todo lo que no sea extinción de la obligación en defecto de su exacto cumplimiento (como la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor) es incumplimiento, y como tal da origen a responsabilidad” (JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad*, cit., p.227). En contra de este punto se pronuncia también LAMARCA MARQUÉS, A.: *El hecho*, cit., p.147, para quien situar la imposibilidad de la prestación como base del sistema de responsabilidad contractual -posición especialmente defendida en nuestro país por el profesor Cristóbal Montes- supone la generalización de un supuesto de hecho muy concreto que no tiene tanto que ver con la responsabilidad sino con la existencia de la concreta obligación de la relación objeto de estudio, además de que la imposibilidad imputable no es el único caso en el que puede identificarse un incumplimiento para determinar la responsabilidad contractual.

93 ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Comentario art.”, cit., p. 8059; y DEL OLMO GARCÍA, P.: “¿Tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual?, *Almacén de Derecho*, disponible en <https://almacendederecho.org/tres-o-cuatro-requisitos-de-la-responsabilidad-extracontractual> [Última consulta 4/11/2024].

Aunque un análisis exegético del art.1101 CC sobrepasa el objetivo de este trabajo, no pueden obviarse siquiera algunas notas para su caracterización *grosso modo*. Mucho se ha escrito sobre el sentido y contenido de este artículo, incluso respecto a su denominación. A mi juicio, como ya dije en el apartado primero, en la línea de la mayoría de la doctrina, la indemnización contractual de daños y perjuicios o acción indemnizatoria o resarcitoria es equivalente a la (acción de) responsabilidad contractual, por su mejor adecuación al desarrollo histórico y concepción legal vigente, ajena a las distintas visiones extranjeras respecto a la configuración de nuestro Código.

Las explicaciones que se dan del art.1101 CC son variadas. Carrasco considera que “se recogen tanto las *causas materiales* de la obligación de indemnizar como los *criterios de imputación* de esta obligación resarcitoria”⁹⁴. Díez-PICAZO prefiere la distinción de dos formas de incumplimiento (morosidad y contravención del tenor de la obligación), frente a dos títulos de imputación (dolo y negligencia)⁹⁵. BADOSA, por su parte, sostiene la existencia de cuatro fuentes de indemnización de daños y perjuicios en el art.1101 CC, fundadas en la actuación del deudor, y que “pueden enfocarse desde el plano objetivo de la causa de los daños y entonces pondremos en primer término la infracción obligacional o desde el plano subjetivo subrayando el dolo y la culpa como fundamento de la indemnización”⁹⁶. En parecido sentido, JORDANO FRAGA cree que el 1101 CC aparece como la regla general de responsabilidad válida para todas las obligaciones que establece que el deudor que incumple su obligación resulta responsable en el sentido de tener que indemnizar. Dolo, negligencia y morosidad, para este autor, “son una enumeración ejemplificativa de hipótesis singulares de incumplimiento”⁹⁷.

De estas últimas posturas doctrinales a veces se extrae que el art. 1101 CC constituye el centro del sistema español ante un incumplimiento contractual, algo con lo que no estoy de acuerdo. La vía resarcitoria es una más entre las disponibles. El problema aquí, por tanto, es ver lo que pretende abordar esta vía resarcitoria, cuyo núcleo efectivamente contiene el 1101 CC, pero que se desarrolla en los artículos siguientes, que aportan elementos esenciales en su configuración⁹⁸.

94 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art”, cit., p.377.

95 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del*, cit., pp.576-577. Por su parte, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Comentario art.”, cit., p.5046, prefiere referirse al segundo término como “tipos de comportamiento del deudor”.

96 BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., pp.1 y 251-252. Una de las conclusiones es que la relación los cuatro elementos del art.1101 CC viene dada por su relación con los daños a indemnizar. Distingue, además, dos planos en dicho precepto: “el de las causas de los daños, constituido por la mora y la contravención y el de los fundamentos de responsabilidad, que son el dolo y la culpa, rompiendo de este modo el principio histórico de la uniformidad, según el cual todos los fundamentos de responsabilidad son también causas materiales de daños”.

97 JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad*, cit., pp.100-101.

98 BUENO BIOT, Á.: “La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 18, 2023, pp.1453 y ss.; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., sec.III.2.3; y ZURITA MARTÍN, I.: “Duty of mitigation, buena

Para ejercitar esta acción se requiere una obligación contractual incumplida por causa imputable al deudor y un daño causalmente unido al incumplimiento⁹⁹. A partir de este enunciado, suelen extraerse los siguientes elementos. Primero, el ámbito en el que nos encontramos debe ser el contractual. Segundo, se requiere un incumplimiento, normalmente referido a la prestación, bien porque se cumple mal -cuantitativa o cualitativamente-, tarde, o no se cumple. En consecuencia, podrá ejercitarse esta acción junto con la de cumplimiento, puesto que protegen aspectos distintos dentro del interés del acreedor. Por el contrario, si se cumple la prestación tal y como se pactó, pero se incumple un deber accesorio o de protección que causa un daño, considero que el acreedor no dispondrá del recurso a la acción de cumplimiento, pero sí la vía resarcitoria. En tercer lugar, debe haberse producido un daño, que debe probarse concretamente; y, por último, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, de forma que este no se entiende producido sin aquel¹⁰⁰.

Considero necesario matizar algunos puntos, a partir de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de los últimos años. En cuanto al daño, no puede fundarse la pretensión indemnizatoria “en consideraciones especulativas, conjeturas o meras posibilidades” (STS 26 julio 2001)¹⁰¹. Debe de tratarse “de un acontecimiento que tiene lugar en la realidad demostrable”, de forma que no se puede identificar con el incumplimiento contractual (STS 1 marzo 2011)¹⁰². Concretamente, la más reciente jurisprudencia, relativa a la comercialización de productos financieros, define los daños y perjuicios como “todo menoscabo económico sufrido por el perjudicado [...], siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo” (STS 14 noviembre 2016)¹⁰³. En consecuencia, debe demostrarse la existencia real de los daños y perjuicios cuya reparación se reclama, siendo esta una cuestión de hecho, a apreciar, por tanto, en instancia (STS 10 julio 2003)¹⁰⁴. En definitiva, no se indemniza el incumplimiento, sino el daño causado “en el cumplimiento” de las obligaciones, ya sea incumplimiento

fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, p.17.

99 Entre otras, SSTS 5 octubre 2002 (RJ 2002, 9264) y 14 febrero 2007 (ECLI:ES:TS2007:666).

100 ZURITA MARTIN, I.: “Duty of mitigation”, cit., pp.5 y 18, en relación con el deber (carga) de mitigación.

101 STS 26 julio 2001 (RJ 2001, 8428).

102 STS 1 marzo 2011 (RJ 2011, 2615).

103 STS 14 noviembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5108). Por ejemplo, el caso de la STS 31 enero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:170), también referido a la comercialización de productos financieros, en concreto, unos bonos, determina que el daño “es la pérdida parcial del capital invertido, [...] determinada con sus respectivas liquidaciones”. Para un detallado análisis de esta jurisprudencia y algunos aspectos problemáticos, vid. ESPLUGUES GARCÍA, J.: “Algunas notas sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en la comercialización defectuosa de productos financieros”, en AA.VV.: *Contratación Empresarial y Derecho Privado* (coord. por J. MARTÍ MIRAVALLS; dir. por F. GONZÁLEZ CASTILLA), 2023, pp.791-804; y, del mismo autor, “Algunos criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los remedios contractuales frente a la incorrecta comercialización de productos financieros”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 60.

104 STS 10 julio 2003 (RJ 2003, 4622).

prestacional o de deberes accesorios, con los matices del análisis siguiente de la causalidad e imputabilidad¹⁰⁵.

Respecto a la relación de causalidad, siguiendo a la doctrina alemana, pueden distinguirse dos fases¹⁰⁶. Por un lado, la causalidad complementaria, que es la que se suele mencionar entre los requisitos de esta pretensión indemnizatoria para describir la relación necesaria entre el daño y el incumplimiento. Dentro de ella, diferenciamos, a su vez, una relación fáctica y otra jurídica, según introdujo en su día el profesor Pantaleón en nuestro país¹⁰⁷. La primera es susceptible de un análisis objetivo porque es una cuestión de hecho. Es la causalidad misma, que describe la relación empírica entre el incumplimiento y el daño. La segunda se denomina imputación objetiva y responde a la pregunta de si un resultado dañoso puede ponerse a cargo de la conducta de su autor. Como cuestión jurídica que es, podrá revisarse en casación, a diferencia de la primera.

Por otro lado, encontramos la llamada causalidad fundamentadora, que describe la relación entre el incumplimiento y el comportamiento -acción u omisión- del deudor. También puede denominarse imputación subjetiva y resulta un elemento clave en nuestro sistema indemnizatorio tal y como demuestran los arts. 1101, 1102, 1103, 1104 y 1105 CC¹⁰⁸. En este punto solo cabe afirmar la imputación a través del dolo o la culpa o negligencia, o negarla mediante el caso fortuito o fuerza mayor¹⁰⁹.

La culpa o negligencia se define en el art. 1104 CC como la omisión del estándar de diligencia del deudor, bien de acuerdo a las exigencias de la naturaleza de la obligación y circunstancias de las personas, tiempo y lugar (párrafo primero); bien de acuerdo a la que le correspondería a un buen padre de familia (párrafo segundo), si nada se expresa en la obligación¹¹⁰. No se trata de que el deudor

105 CARRASCO PERERA, Á.: "Comentario art.", cit., p.402; y CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado", *Actualidad civil*, 2003, p.1085. Por su parte, PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., sec. III.2.4.2, afirma que se extraen de la jurisprudencia que analiza tres principios: "no todo incumplimiento genera necesariamente la producción de daños; los daños nunca se presumen, sino que deben ser ciertos, reales; y que tanto el incumplimiento como los daños deben ser siempre probados por el acreedor que los padece".

106 LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones*, cit., §45.I.2.

107 PANTALEÓN PRIETO, Á.: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", AA.VV.: *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, pp. 1561-1592.

108 En Alemania, como comentaré en el último apartado, también el principio de la culpa se ha mantenido tras la reforma de 2002 en el §276 BGB (JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, K.: "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *Anuario de derecho civil*, vol. 55, núm. 3, 2002, p.1168).

109 CARRASCO PERERA, Á.: "Comentario art.", cit., p.587, sin embargo, considera la culpa irrelevante por cuanto ninguna decisión de fondo se ha visto seriamente condicionada por una concepción concreta de los criterios de imputación.

110 BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., p.294, introdujo la interpretación por la que debe entenderse este artículo desde el segundo párrafo, que se concretará de acuerdo a las circunstancias del primero. CARRASCO PERERA, Á.: "Comentario art.", cit., pp. 607-608, explica que, con este artículo ha cristalizado el último momento de una evolución expresada a lo largo del Derecho común desde la culpa prestable o la diligencia exigible. Así, "es desterrada la clásica *tripartición de culpas* en función de la *utilidad* que el contrato presta

se esfuerce por cumplir, sino que en su cumplimiento debido no ha actuado de acuerdo con el estándar que le correspondía, produciendo un daño.

La culpa no es una modalidad de incumplimiento, como pudiera entenderse a partir del tenor del art. 1101 CC, sino que establece un estándar objetivo para el deudor¹¹¹. Normalmente la falta de diligencia se traducirá también en un incumplimiento del deber de prestación, pero no tiene por qué¹¹². Se puede incumplir y causar daños, o no; pero también con el cumplimiento de la prestación (a pesar de ser negligente), causarlos (por ser negligente)¹¹³.

Respecto al dolo, parece haberse basado su construcción en el modelo extracontractual o en la doctrina penalista, en lugar de haberse estudiado aisladamente en el ámbito civil. Hay, sin embargo, un cierto acuerdo en la doctrina civilista para excluir en su apreciación la intencionalidad de perjudicar o dañar. Parece referirse, más bien, a la voluntariedad del deudor de contravenir el deber jurídico que sobre él pesa¹¹⁴.

Entre las distintas posiciones que encontramos, ASÚA GONZÁLEZ niega que la consciencia y voluntariedad sobre las conductas se refieran a la causación de daños, como sí ocurre en el ámbito extracontractual¹¹⁵. CARRASCO matiza en que no es voluntad de incumplimiento, sino de un hecho típico contrario al contrato que determina la insatisfacción del acreedor¹¹⁶. Gómez Pomar, por su parte, considera que “la simple conciencia y voluntariedad presentes en la conducta constitutiva de un incumplimiento contractual no reúne los requisitos que hacen a un incumplimiento merecedor de un trato diferente (bajo los arts. 1102 y 1107 CC) al que recibe un incumplimiento nada más culpable o negligente por parte

a cada una de las partes”. Ya no hay gradaciones (culpa levisima, culpa leve y culpa grave), sino que hay un modelo, el del padre de familia en su grado medio (buen), cuya negación es la culpa leve. Para el autor, la culpa levisima no se presta nunca y la grave, por el contrario, siempre.

111 SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentarios arts. 1104 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.1302.

112 Como dice BADOSA COLL, F.: “Comentario art.1104 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.42, “la culpa es irrelevante si la obligación la ha cumplido un tercero o la infracción no ha producido daños”.

113 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “El contenido”, cit., p. 358. Por su parte, BADOSA COLL, F.: “Comentario art.”, cit., p.41, califica la naturaleza de la diligencia como de carga, “puesto que tal deber no tiene como medio sancionador el directo de la ejecución forzosa (propia de la verdadera obligación) sino el indirecto de la responsabilidad por los daños”.

114 DIEZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “El caso fortuito: doctrina y jurisprudencia”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p.284.

115 ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Comentario art. 1102 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8073.

116 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art. 1102 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989, p.452.

de un contratante”¹¹⁷. Finalmente, y en la misma línea, MORALES MORENO apunta a que el “incumplimiento doloso no es cualquier incumplimiento voluntario [...], ni siquiera cuando media una «conducta deliberadamente rebelde del deudor»”¹¹⁸.

El límite de la acción indemnizatoria puede situarse en el caso fortuito o fuerza mayor (art.1105 CC)¹¹⁹. La doctrina, sirviéndose de la jurisprudencia, cita como supuestos más frecuentes: la actuación de los poderes públicos (*factum principis*), los fenómenos meteorológicos, incendios, conflictos bélicos y revueltas populares, averías, mal funcionamiento de instalaciones o infraestructuras y huelgas de trabajadores, así como las conductas de terceros ajenos al deudor¹²⁰. Según el tenor del art.1105 CC, este suceso no debe haber podido preverse o, si previstas, fueran inevitables. En definitiva, es una causa ajena al deudor la que provoca el incumplimiento, que, a su vez, causa el daño que se pretende resarcir¹²¹.

La función de esta acción, por tanto, como reiteradamente he indicado, es resarcitoria¹²². En palabras de la STS de 14 de febrero de 2018, “la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido en el acreedor; es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado”¹²³. Debe, por eso, concretarse el perjuicio que el demandante reclama para que se le compense¹²⁴.

El fin de esta acción explica el nacimiento de una nueva obligación, distinta, por un lado, de la original -que vincula a acreedor y deudor respecto de una prestación

117 GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento”, cit., pp.10-11. Para este autor, en contra de la jurisprudencia dominante, debe calificarse como incumplimiento doloso, con los efectos de los arts. 1102 y 1107 CC. “a los incumplimientos que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales”.

118 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., p.175.

119 ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Comentario art. 1105 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.8096; y CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art.”, cit., p.631.

120 ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Comentario art.”, cit., pp. 8097-8100. SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentarios art. 1105 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.1304, matiza el caso de los “meteroros” -fenómenos meteorológicos-, señalando que no siempre podrán considerarse como imprevisibles o inevitables, dado que a día de hoy muchos de estos fenómenos son susceptibles de medición estadística.

121 DÍEZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “El caso”, cit., p.270.

122 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art.”, cit., p.377, JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad*, cit., p. 29; LLAMAS POMBO, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la «aestimatio rei» y el «id quod interest»*, Trivium, Madrid, 1999, pp.271 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Á.: “El sistema”, cit., p.1044; MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., pp.18-19; y VELASCO PERDIGONES, J. C.: *La responsabilidad*, cit., pp. 252-253; y VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento*, cit., pp. 66-67.

123 STS 14 febrero 2018 (RJ 2018, 469).

124 Resulta acertada, por tanto, STS 14 febrero 2007 (ECLI:ES:TS2007:666), que afirma que “la acción de indemnización procedente del incumplimiento imputable de una obligación [...] no persigue el logro de la efectividad de la prestación, ni la finalización del vínculo obligacional, sino reequilibrar la economía del acreedor tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento”. En ese sentido también SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentarios art. 1101”, cit., p.1295.

concreta- y, por otro, de la pretensión de cumplimiento o resolutoria que se quiera y/o se pueda ejercitar¹²⁵. El daño, por eso, puede situarse como fundamento de la acción resarcitoria, y podría decirse, es condición el ejercicio del remedio resarcitorio. Sin daño, aun con incumplimiento, este camino no se puede seguir¹²⁶.

IV. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ALEMANA TRAS LA REFORMA DE 2002.

En Alemania hasta el mismo concepto de incumplimiento puede dar lugar a equívocos, dada la variedad de términos que pueden llegar a manejarse¹²⁷. Me limitaré a dar unas pinceladas para entender el panorama jurídico del Derecho alemán, especialmente desde la entrada en vigor en 2002 de la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Ley de modernización del derecho de obligaciones). Tal es su impacto cualitativo en la regulación civil, que voces de la relevancia del profesor Zimmermann, la califican como la reforma más radical que ha sufrido el BGB desde su nacimiento¹²⁸.

Antes de la reforma, solo estaban reguladas como formas de contravención de la obligación la imposibilidad y la mora. Desde 2002, el legislador adopta el término *Pflichtverletzung* para describir “todo comportamiento del deudor que objetivamente no se corresponde con el círculo de deberes y, con ello, la relación obligatoria”¹²⁹. Se trata, por tanto, de un supuesto de hecho unitario respecto de todos los deberes derivados de la obligación, que ha sido celebrado por parte de la doctrina alemana porque conlleva “la ventaja de abarcar sin lagunas todos los tipos de incumplimiento y con ello se gana tanto en sencillez como en claridad sistemática y dogmática”¹³⁰.

El acreedor puede exigir el cumplimiento debido a partir del §241 I BGB. Se eliminan las referencias al tipo de deber lesionado y a la imputabilidad del deudor; y

125 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario art.”, cit., p.605.

126 Muy interesante resulta la referencia jurisprudencial y análisis del profesor ESPLUGUES GARCÍA, J.: “Las fronteras”, cit., pp.144-145, sobre la indemnización sin incumplimiento en supuestos de dolo como vicio del consentimiento que no permiten doble calificación como vicio del consentimiento y como incumplimiento del contrato; o en los casos de incorrecta comercialización de productos financieros, en que pese a admitirse que no hay incumplimiento alguno de contrato a efectos de resolverlo, sí se hace para indemnizar.

127 EBERS, M.: “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002”, *Anuario de derecho civil*, vol. 23, núm. 4, 2003, pp. 1594-1595. Encontramos, así, como gramaticalmente opuesto al término de cumplimiento, *Nichterfüllung*, aunque no suele utilizarse en la teoría jurídica alemana, quizá por ser excesivamente reduccionista. El de *Leistungsstörung*, por el contrario, es el más extendido y alude a la lesión de la prestación. Con *Pflichtverletzung* se pretende abarcar toda infracción o lesión de los deberes obligacionales y aparece en el §280 BGB. Por último, *Vertragsverletzung* viene referido a la infracción o lesión del contrato y, como sucede con el primero, no se considera adecuado por la posibilidad de entenderlo referido solo al incumplimiento positivo o incluso asociarlo a la culpa.

128 ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la historia y el derecho comparado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2008, p.XXV.

129 LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones*, cit., sec. §22.

130 EBERS, M.: “La nueva”, cit., p. 1594.

se adopta un supuesto de hecho unitario respecto de todos los deberes derivados de la obligación¹³¹.

Contravenir la obligación no afecta a la existencia del deber primario de prestación. La posibilidad de cumplir es el límite para exigir el cumplimiento y se regula en el §275 I BGB (imposibilidad sobrevenida), aunque en los párrafos siguientes se recogen otros supuestos asimilados. Encontramos así impedimentos de la prestación que permiten al deudor demandado no cumplir, por la vía de la excepción propia, por resultar demasiado gravoso. Se trata de la falta de proporcionalidad y la inexigibilidad personal. No obstante, la consecuencia es idéntica para los tres párrafos: la exclusión de la pretensión primaria del acreedor, sin perjuicio de la responsabilidad por daños¹³².

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, encontramos tres tipos, en paralelo a los correspondientes párrafos del §280 BGB. El primero regula los llamados daños simples. El segundo se ocupa de los daños por mora; y el tercero, de los daños en lugar de la prestación, concepto nuevo, introducido en la reforma de 2002 ya mencionada.

El primer caso, a decir de la doctrina alemana, regula el supuesto base, cláusula general, de lesión de un deber obligacional, con la consecuencia de la indemnización de los daños producidos. Como los siguientes son casos más específicos, se entiende que su aplicación es subsidiaria. La clave aquí está en la frase segunda que niega el resarcimiento si el deudor no es responsable de la lesión del deber ("wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat"), de lo que la doctrina extrae el carácter necesario de la culpa en este sistema de responsabilidad, así como de su presunción general¹³³.

En cuanto a los daños por mora, el segundo párrafo del §280 remite al extenso §286 BGB. Se exige una intimación (*Mahnung*), como sucede en nuestro art.1100 CC, sin perjuicio de las excepciones: especificación de período de tiempo definido en el calendario, posibilidad de calcular el período de tiempo límite, oposición seria y definitiva del deudor para cumplir y especiales razones que lo justifiquen. Finalmente, el párrafo cuarto, recoge expresamente la necesidad de que el deudor sea responsable del incumplimiento de la prestación.

Respecto a la indemnización del daño en lugar de la prestación, debemos acudir a los §§281, 282 o 283 BGB, según los casos de cumplimiento retardado o

131 ZIMMERMANN, R.: *El nuevo*, cit., p. 55.

132 JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, K.: "Un nuevo", cit., p.1166.

133 El término empleado para este principio de culpa no es el de negligencia -*Fahrlässigkeit*- o dolo -*Vorsatz*- sino el más genérico de *vertreten haben*, que equivaldría a "deber de responder" y abarca a ambos. Según JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, K.: "Un nuevo", cit., p.1173, esto permite aglutinar en la responsabilidad del deudor aquellos daños causados sin su culpa (auxiliares en el cumplimiento, por ejemplo).

defectuoso, la infracción de deberes de protección y la imposibilidad sobrevenida, respectivamente¹³⁴.

El §281 BGB exige la concesión de un límite de tiempo razonable posterior, que se dispensa en caso de que el deudor seria y definitivamente rechace el cumplimiento o por circunstancias especiales, tras la ponderación de los intereses de ambas partes. Según el párrafo tercero podrá sustituirse por un requerimiento (*Abmahnung*) si la concesión de un plazo no es una opción viable¹³⁵. La pretensión de cumplimiento, por su parte, se excluirá en el momento en que se ejercite esta opción indemnizatoria (párrafo cuarto).

El §282 BGB se refiere, como ya he adelantado, a los casos de infracción de deberes de protección, regulados en el §241 (2) BGB. Únicamente exige, además de los requisitos del §280 (1), que no sea razonable exigirle al acreedor que acepte el cumplimiento por el deudor. Se trata de la inexigibilidad, por tanto.

Por último, el §283 BGB se remite a los presupuestos del §275 (1), (2) o (3), además de los requisitos del §280 (1) BGB, para demandar la indemnización en lugar de la prestación en caso de imposibilidad sobrevenida¹³⁶. Llama la atención que no se mencione realmente ningún requisito adicional, más allá de la remisión al precepto que regula el supuesto de hecho al que se refiere. Este párrafo *in fine* afirma la aplicación del §281 (1), frases 2 y 3, y (5), lo que, según explica LOOSCHELDERS, supone aceptar esta indemnización de daños en lugar de toda la prestación para los casos de omisión parcial de la prestación o prestación defectuosa irreparable¹³⁷.

En cuanto a la resolución, se ha adoptado la visión que defendiera HEINRICH STOLL en 1929, tras las carencias del sistema del BGB 1900, declarándose la compatibilidad de este remedio con la indemnización de daños y perjuicios (§325 BGB). Se configura como derecho potestativo, de ejercicio extrajudicial mediante declaración de voluntad recepticia (§349); y sus efectos son la extinción

134 Sigo la descripción de LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones*, cit., §27.I, pero, respecto al caso del §281 BGB, el texto no se refiere propiamente a un retraso en el cumplimiento. Literalmente dice: "*Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung*", es decir, indemnización de daños en lugar de la prestación no prestada o no como se debía" (la traducción inglesa disponible en la web misma de consulta del BGB utiliza los términos "*non-performance or failure to render performance as owed*"). Lógicamente, todo incumplimiento es, en cierta manera, cumplimiento retrasado, pero por el papel que la mora juega en el ordenamiento alemán, especialmente respecto a la indemnización de daños, creo conveniente distinguir los términos usados.

135 Como sucede, según, LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones*, cit., §27.I.6, en los casos de prohibiciones de competencia.

136 La imposibilidad originaria se ha regulado expresamente en el §311 a II BGB y permite al acreedor elegir entre exigir la indemnización de daños en lugar de la prestación o el reembolso de los llamados gastos inútiles del §284 BGB. Esto no se aplicará si el acreedor no era consciente del impedimento del cumplimiento al tiempo de celebración del contrato y no es responsable de su ignorancia. Hay una remisión, además, el §281 BGB, párrafo 1, frases 2 y 3, y párrafo 5.

137 LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones*, cit., §27.III.4.

del programa contractual previsto por las partes y la restitución, sin perjuicio de algunas otras particularidades concretas¹³⁸.

V. CONCLUSIONES.

En el ordenamiento español entendemos la obligación como una dualidad deuda-responsabilidad. El primer elemento se refiere tanto al acreedor, que puede exigir una prestación, como al deudor, que debe prestarla. Para que haya cumplimiento, lo prestado debe corresponderse con lo pactado. Ahora bien, cumplimiento no solo equivale a la prestación, puesto que pueden también identificarse deberes de prestación accesorios y de protección.

La deuda está garantizada por el principio de responsabilidad patrimonial universal (art.1911 CC), aunque la forma se estructura de manera diversa de acuerdo al ordenamiento al que nos refiramos. En España, una comprensión limitada de la responsabilidad como garantía de cumplimiento confunde el principio (causa) con uno de los medios de instrumentar dicha responsabilidad (consecuencia), provocando que el concepto mismo de obligación se altere. Una visión a la inglesa de la obligación no me parece factible, al menos en lo que se refiere a la concepción de cumplimiento y, como consecuencia, el ejercicio de los remedios que encontramos en el Código civil.

Respecto al incumplimiento, es posible encontrar diferentes ángulos en nuestro ámbito comparado desde el que contemplarlo. En derecho inglés, el *breach of contract* o quebrantamiento de contrato permite al acreedor exigir una obligación sustitutiva en forma de indemnización. El interés de cumplimiento se satisface *in natura* o pecuniariamente, mediante los *damages*. El cumplimiento en forma específica, sin embargo, se reserva para casos excepcionales entre los que destaca la inadecuación de la indemnización.

En Francia, pese a la reforma en 2016 que desdibuja en cierta medida el concepto de la obligación, destaca la distinción de DEMOGUE entre obligaciones de medios y de resultado, aunque su utilidad parece centrarse en el valor pedagógico de señalar determinadas características de la prestación debida. Más allá de su encaje en las distintas clasificaciones de las obligaciones que doctrinalmente pueden hacerse, por las múltiples críticas de las que ha sido objeto una clasificación ajena al tenor del *Code* y del Código civil, quizá debiera abandonarse definitivamente.

Aunque no forman parte de nuestro derecho positivo, los PECL, DCFR y Principios Unidroit constituyen guías interpretativas fundamentales para comprender la evolución del derecho europeo de contratos hacia una cierta

¹³⁸ Me remito, para su desarrollo, a la obra de RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma*, cit., pp.125-131.

concepción homogénea. Los tres entienden por incumplimiento un hecho objetivo representado por la inejecución de la prestación pactada.

En España carecemos de otro concepto distinto al de “contravención del tenor general de la obligación” (art.1101 CC *in fine*), sin perjuicio de las brillantes definiciones de profesores como PANTALEÓN o NAVAS NAVARRO. DíEZ-PICAZO importó la concepción alemana de lesión de crédito, que nos permite distinguir entre incumplimiento definitivo, cumplimiento retardado o defectuoso. No obstante, no debemos obviar la influencia, desde finales del siglo pasado, de la normativa de consumidores, que adopta el término de falta de conformidad, añadiendo a la necesaria identidad e integridad de la prestación, lo razonablemente esperable. La consecuencia es la acumulación de los regímenes de incumplimiento contractual y de saneamiento de vicios del Código civil, que debe distinguirse, según ha hecho nuestra jurisprudencia.

El análisis de las consecuencias del incumplimiento en nuestro ordenamiento se ha canalizado a través del concepto anglosajón de remedios, adoptado por la mayoría de nuestra doctrina a pesar de su ajenidad a nuestra tradición jurídica. Tres son los que se suelen diferenciar según el aspecto del interés del acreedor a tutelar: el cumplimiento, la desvinculación contractual o la compensación de los daños causados. Ahora bien, aquel interés del acreedor no es la clave del sistema, puesto que también deben concurrir los distintos presupuestos del remedio a ejercitar.

En primer lugar, tenemos la acción de cumplimiento, concebida -doctrinal y jurisprudencialmente- como la primera solución a la que se debe recurrir ante un incumplimiento. Su único requisito es la viabilidad -física y jurídica- de la prestación, sin que la culpa, o, imputabilidad, en sentido genérico, le afecten. El deudor debe cumplir cuando, pudiendo hacerlo, el acreedor se lo exige. Su falta de prestación es un incumplimiento, que no puede calificarse como daño a efectos de la indemnización de daños y perjuicios. La consecuencia va a ser la exigencia de la prestación *in natura*, pudiendo dar lugar a un nuevo cumplimiento debido, el forzoso, regulado en la LEC. Aparte es posible reclamar los daños y perjuicios causados, pero habrá que estar a sus requisitos correspondientes.

Alternativamente, por su incompatibilidad con la anterior, encontramos la acción resolutoria, que, básicamente, permite la desvinculación de las partes por la gravedad del incumplimiento. Resulta, sin embargo, algo incierto el criterio jurisprudencial para delimitar esta última circunstancia y, en ocasiones, se debe proceder casi casuísticamente. El efecto de su ejercicio extrajudicial -o su declaración o confirmación judicial- es la restitución de prestaciones realizadas y la extinción *ex nunc* de la obligación. Ahora bien, el ejercicio de esta acción resulta

asimismo compatible con la reclamación del resarcimiento de daños y perjuicios, siempre que concurran sus concretos presupuestos.

Finalmente, tenemos la acción de daños y perjuicios, que busca resarcir las consecuencias negativas derivadas del comportamiento del deudor durante su cumplimiento. Su fundamento, por tanto, no es el incumplimiento en sí, sino el daño. Sin daño, no puede haber resarcimiento; pero sin incumplimiento -de la prestación- sí que puede haberlo. No debemos perder de vista la autonomía de remedios, que es previa a su compatibilidad. El papel del incumplimiento en esta vía no es el de causa primera, sino de un elemento más, en gran medida necesario. De hecho, su elemento central es el daño, pues, sin él, no habrá indemnización, por mucho que haya incumplimiento.

Por último, respecto del régimen alemán del BGB posterior a la reforma de 2002, destaca la similitud de la regulación de los remedios con la de nuestro Código civil. Aspectos como la variedad de términos para la misma figura -el incumplimiento-, ciertamente suponen un reto para el jurista ajeno al sistema alemán, pero aspectos como el límite de la pretensión de cumplimiento (§275 BGB), la configuración de la resolución o la necesidad de la imputación subjetiva (§276 BGB) considero que pueden ayudar a la mejor comprensión de sus figuras paralelas en nuestro Código civil, apoyando la falta de claridad en la redacción legal y la interpretación que doctrinalmente se da. La utilidad del derecho comparado, nuevamente, queda demostrada.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Comentario art. 1124 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

ARAQUE GARCÍA, A.: "La tensión de la pretensión", *Almacén de Derecho*, 2022, disponible en <https://almacenederecho.org/la-tension-de-la-pretension>.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.:

- "Comentario art. 1101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "Comentario art. 1102 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "Comentario art. 1105 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BADOSA COLL, F.:

- "Comentario art. 1104 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014.

BUENO BIOT, Á.: "La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 18, 2023.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:

- *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo S.A., Madrid, 1988.

- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- “Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación universitaria de Jerez, 1989.

CARTWRIGHT, J.: *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, Aranzadi, Navarra, 2019.

CARRASCO PERERA, Á.:

- “Comentario art. 1101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989.
- “Comentario art. 1102 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989.
- “Comentario art. 1104 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989.
- “Comentario art. 1105 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, Madrid, 1989.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”, *Actualidad civil*, 2003.

CLEMENTE MEORO, M. E.:

- “Comentario art. 1124 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *La resolución de los contratos por incumplimiento: (estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho inglés y del derecho español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Incumplimiento contractual. Venta por el Estado de la totalidad de las acciones de Industrias Tauro, S. A", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 54, 2000.

DEL OLMO GARCÍA, P.:

- "Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- "¿Tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual?, *Almacén de Derecho*, 2024, disponible en <https://almacenederecho.org/tres-o-cuatro-requisitos-de-la-responsabilidad-extracontractual>.

DÍEZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: "El caso fortuito: doctrina y jurisprudencia", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: "Comentario art.1101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.:

- "El contenido de la relación obligatoria", *Anuario de derecho civil*, vol. 17, núm. 2, 1964.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I y 2, *Introducción y Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1993.

EBERS, M.: "La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002", *Anuario de derecho civil*, vol. 23, núm. 4, 2003.

ESPLUGUES GARCÍA, J.:

- "Algunas notas sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en la comercialización defectuosa de productos financieros", en AA.VV.: *Contratación Empresarial y Derecho Privado* (coord. por J. MARTÍ MIRAVALLS; dir. por F. GONZÁLEZ CASTILLA), 2023.
- "Algunos criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los remedios contractuales frente a la incorrecta comercialización de productos financieros", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 60, 2023.

- "Las fronteras de la tutela indemnizatoria entre el incumplimiento contractual y el dolo como vicio del consentimiento", *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 2, 2024.

FENOY PICÓN, N.: "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento", *Anuario de derecho civil*, vol. 64, núm. 4, 2011.

GÓMEZ POMAR, F.: "El incumplimiento contractual en Derecho español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.3, 2007.

HOLMES JR., O. W.: "The Path of the Law", *10 Harvard Law Review* 457, 1897.

JAUERNIG, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2023.

JEREZ DELGADO, C.: *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el marco común de referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, K.: "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *Anuario de derecho civil*, vol. 55, núm. 3, 2002.

JORDANO FRAGA, F.:

- *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm.1, 1991.

LAMARCA MARQUÉS, A.: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001.

LLAMAS POMBO, E.:

- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la «aestimatio rei» y el «id quod interest»*, Trivium, Madrid, 1999.
- "La pretensión de cumplimiento y sus límites", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

LOBATO GÓMEZ, J. M.: "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *Anuario de derecho civil*, vol. 45, núm. 2, 1992.

LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones. Parte general* (trad. por E. Gómez Calle), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

LÓPEZ SUÁREZ, C.:

- “La interpretación de la regulación del Código civil por la jurisprudencia”, en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023.
- “La responsabilidad por incumplimiento en los contratos de cesión de viviendas con fines turísticos. Especial mención a la contratación por medio de OTAS”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16, 2022.

MALAUURIE, P.; AYNÈS, L.; STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, LGDJ, Issy les Moulineaux, 2017.

MALO VALENZUELA, M. Á.: *Remedios frente al incumplimiento contractual*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.: “Lección: La naturaleza jurídica de la donación”, *Almacén de Derecho*, 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/leccion-la-naturaleza-juridica-de-la-donacion>.

MORALES MORENO, A. M.:

- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010.
- *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

NAVAS NAVARRO, S.: *El incumplimiento no esencial de la obligación: análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Madrid, 2004.

NIEVA FENOLL, J.: *Derecho Procesal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PANTALEÓN PRIETO, Á.:

- “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, AA.VV.: *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990.

- “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991.
- “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de derecho civil*, vol. 46, núm. 4, 1993.
- “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de derecho civil*, vol. 42, núm. 4, 1989.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

PINTÓ RUIZ, J. J.: “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1964.

RODRÍGUEZ ROSADO, B.:

- “La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil: una relectura actual”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- “Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la “strict liability” y la responsabilidad por culpa”, *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 4, 2014.
- *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RUIZ ARRANZ, A. I.: *La estructura de la restitución contractual*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

SÁNCHEZ ARISTI, R.:

- “Comentarios art. 1101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- “Comentarios art. 1104 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- “Comentarios art. 1105 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004.

SANCHO REBULLIDA, F. A.: "I. La obligación y el Derecho de obligaciones (§§1-3)", en *Derecho de Obligaciones. Parte general: delito y cuasidelito*, vol. I, Librería Bosch, Barcelona, 1985.

SOLÉ RESINA, J.: "La obligación de hacer: del código civil al derecho actual", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ y A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

SOLER PRESAS, A.: "La pretensión de cumplimiento específico", *Almacén de Derecho*, 2022, disponible en <https://almacenederecho.org/la-pretension-de-cumplimiento-especifico>.

VAQUER ALOY, A.: "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *Anuario de derecho civil*, vol. 64, núm. I, 2011.

VELASCO PERDIGONES, J. C.:

- "La regulación en el código civil: arrendamiento de servicios", en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios* (dir. por M^a. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023.
- *La responsabilidad civil del Compliance officer*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023.

VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la historia y el derecho comparado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2008.

ZURITA MARTÍN, I.: "Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016.



ENTRE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL Y LOS
DATOS PERSONALES: NUEVOS DILEMAS DE LA
DIGITALIZACIÓN

*BETWEEN CONTRACTUAL TERMINATION AND PERSONAL
DATA: NEW DILEMMAS OF DIGITALIZATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp.124-167

Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan los desafíos que presenta la resolución contractual en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales cuando la contraprestación consiste en la cesión de uso de los datos personales del consumidor. En especial, se abordan las distintas dificultades que se pueden plantear en la interacción entre la normativa de consumo y la normativa de protección de datos personales cuando se termina el contrato.

PALABRAS CLAVE: Resolución contractual; datos personales; contenidos y servicios digitales; consumidores y usuarios; Directiva 2019/770; TRLGDCU; RGPD.

ABSTRACT: *This paper analyses the challenges presented by contractual termination in the contract for the supply of digital content and digital services when the consideration consists of the transfer of the use of the consumer's personal data. In particular, it addresses the various difficulties that may arise in the interaction between consumer law and personal data protection law when the contract is terminated.*

KEY WORDS: *Contractual termination; personal data; digital content and digital services; consumers and users; Directive 2019/770; TRLGDCU; GDPR.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE SUMINISTRO.- 1. La regla general.- 2. Algunas excepciones a la regla general.- A) *El empresario rechaza o declara que no va a entregar o suministrar los contenidos o servicios digitales.*- B) *La esencialidad del plazo de entrega o suministro.*- III. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD.- 1. La resolución como medida subsidiaria.- 2. La resolución como medida directa.- IV. LOS DATOS PERSONALES ANTE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.- 1. Cuando los datos personales quiebran la regla de la “escasa importancia”.- 2. ¿Es posible la resolución parcial cuando la contraprestación consiste en datos personales?.- 3. ¿Qué ocurre con los datos personales del usuario tras la resolución del contrato?.- V. SUPUESTOS EN QUE LA RESOLUCIÓN PUEDE SER EJERCITADA POR PARTE DEL EMPRESARIO.- 1. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales por parte del consumidor.- 2. La facilitación de datos personales falsos por parte del consumidor.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El desarrollo de las nuevas tecnologías y el internet avanza muy rápidamente y, como puede observarse, ha transformado nuestra sociedad en todos sus ámbitos, desde la vida cotidiana de cualquier persona, hasta la economía en todos sus sectores. Prueba de ello, es el incremento del mercado de suministro de contenidos y servicios digitales, así como del mercado de bienes que los incorporan o están interconectados con ellos. Es evidente el aumento del consumo de contenidos y servicios digitales por parte de las personas consumidoras, no solo en ámbitos como el entretenimiento, sino también en los ámbitos de la educación, la comunicación o el comercio. Sin embargo, en ocasiones, los consumidores y usuarios experimentan problemas relacionados con la calidad y el acceso a los contenidos y servicios digitales.

Por todo ello, tanto en la Directiva 2019/770 (en adelante, DCSD)¹ como en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU)² se han establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los contenidos y servicios digitales para ser conformes con el contrato. De esta forma, los contenidos y servicios digitales serán conformes con el contrato, cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación, siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente (art. 115 TRLGDCU). Por el contrario, si los contenidos o servicios digitales no son conformes con dichos requisitos, el empresario habrá incumplido.

1 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>).

2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>).

• Álvaro Bueno Biot

Profesor Ayudante Dr. de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctor Internacional en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, donde se graduó y obtuvo la titulación del Máster de Acceso a la Abogacía y del Máster en Derecho de la Empresa. Correo electrónico: alvaro.bueno@uv.es.

Esa falta de conformidad provoca el surgimiento de una serie de medidas correctoras a favor del consumidor, que son la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. Por su parte, el remedio de la resolución contractual también puede surgir en aquellos casos en los que el empresario directamente no suministra el contenido o servicio digital al consumidor o usuario. En tal sentido, podemos comprobar como el remedio de la resolución contractual es una medida omnipresente en este tipo de contratos, pero que, no obstante, se constituye normalmente como un remedio subsidiario, aunque conviene advertir que dicha jerarquización, dependiendo de las circunstancias, puede verse modulada.

Al hilo de lo anterior, también es relevante tener presente que cada vez es más habitual que la contraprestación no consista en el pago de un precio en dinero, sino en la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor. Esta dinámica plantea serios desafíos cuando surge la necesidad de resolver el contrato. A diferencia de los acuerdos basados en transacciones económicas, la cesión de datos genera cuestiones complejas: ¿qué sucede con los datos personales una vez que se extingue el contrato? ¿Debe el proveedor eliminarlos, devolverlos o puede seguir utilizándolos bajo ciertas condiciones? Estas preguntas no solo afectan a los derechos de privacidad y autodeterminación informativa de los usuarios, sino que también exigen un equilibrio entre la normativa de consumo y la normativa de protección de datos.

II. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE SUMINISTRO.

El remedio de la resolución contractual del que puede hacer uso el consumidor tras el incumplimiento de suministro del contenido o servicio digital por parte del empresario se regula en los arts. 13 DCSD³ y 66 bis TRLGDCU. Sin embargo, la resolución contractual se constituye, generalmente, como un remedio subsidiario y, sólo excepcionalmente, aparece como un remedio primario.

3 Conviene precisar que el art. 13 de la versión inglesa de la DCSD hace referencia a “Remedy for the failure to supply”, por lo que la traducción a la versión oficial española “Medidas correctoras por incumplimiento de suministro” no es del todo exacta. En realidad, debería haberse traducido como “Medidas correctoras por falta de suministro”, pues el hecho de que se haya traducido como “incumplimiento de suministro”, como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, p. 49, podría dar lugar al equivoco de incluir en dicho incumplimiento -conforme a nuestra tradición jurídica- no sólo lo que es el incumplimiento total (falta absoluta de suministro) sino también el cumplimiento defectuoso como, por ejemplo, la falta de conformidad en la cantidad que, pese a ser también un “incumplimiento”, en la DCSD se considera como un cumplimiento no conforme ex arts. 7 y 8 DCSD que cuenta con sus propias reglas *ad hoc*. Por su parte, más acertada ha sido la versión italiana de la DCSD cuyo título del art. 13 hace referencia a “Rimedio per la mancata di fornitura”, o la francesa que se refiere a “Recours pour défaut de fourniture”.

I. La regla general.

En el caso de que los contenidos digitales se suministren a través de un soporte material, si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor o usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias (art. 66 bis.2 TRLGDCU)⁴. De esta forma, no se le permite al consumidor resolver directamente, sino que debe conceder un plazo adicional para que el empresario cumpla, salvo que el plazo de entrega tuviera carácter esencial en cuyo caso sí podría resolver directamente⁵. Se trata de un plazo adicional cuyo establecimiento obedece al principio de conservación de los contratos⁶. No obstante, la obligación del consumidor de otorgar al empresario un plazo adicional para que cumpla es una carga para el mismo, pues dicha obligación se constituye como un requisito previo a la resolución del contrato⁷. Ahora bien, no es una conducta que imperativamente deba observar el comprador; quien puede seguir esperando el cumplimiento mientras su acción no prescriba⁸. Sin embargo, es criticable esta solución, ya que el hecho de que se obligue al consumidor a conceder un plazo adicional al empresario para que cumpla beneficia, precisamente, a quien incumple, esto es, al empresario, el cual, tras su incumplimiento, aún va a tener la oportunidad de cumplir porque el consumidor, obligatoriamente, le va a tener que conceder dicho plazo⁹. Por tanto, hubiera sido más adecuado que, tras el incumplimiento del empresario en la entrega, el consumidor tuviese directamente derecho a resolver el contrato.

Por otro lado, si los contenidos o servicios digitales no se suministran en soporte material, sino en formato digital, ante el incumplimiento de la obligación de suministro por parte del empresario, el art. 66 bis.2, párrafo 2º TRLGDCU señala que “el consumidor o usuario podrá solicitar que le sean suministrados los

4 FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 228, señala que la solicitud del consumidor no requiere ninguna forma particular, por lo que podrá hacerse a través de un simple correo electrónico o, incluso, de forma verbal.

5 Art. 66 bis. 3, letra b) TRLGDCU.

6 FUENTESECA DEGENEFTE, C.: “Artículo 18. Entrega”, en AA.VV.: *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (dir. por S. DÍAZ ALABART), Reus, Madrid, 2014, p. 445.

7 En este mismo sentido lo expresa el Cdo. 52 Directiva 2011/83, el cual señala que el consumidor “antes de poder resolver el contrato, debe emplazar al comerciante a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tener derecho a resolver el contrato si el comerciante no ha hecho entrega de los bienes tampoco en dicho plazo adicional”.

8 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 42.

9 En consecuencia, como muy acertadamente señala LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 920, el empresario no va a tener ningún aliciente para cumplir en ese primer plazo, pues podría demorar la entrega y seguir incumpliendo porque el consumidor no podrá resolver en tanto que no le conceda el plazo adicional.

contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes”¹⁰. Como se puede apreciar, en tales casos, el empresario debe actuar sin demora indebida o dentro de un plazo adicional acordado expresamente por las partes. No obstante, considerando que los contenidos o servicios digitales se suministran en formato digital, el suministro no debe requerir, en la mayor parte de las situaciones, ningún plazo adicional para poner los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor¹¹. Ello supone que en estos casos donde el empresario debe suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida, lo haga de forma inmediata¹². De cualquier modo, el consumidor no tendrá derecho a resolver directamente el contrato, sino que tendrá que requerir previamente al empresario para que los suministre sin demora indebida o, en su caso, tendrá que acordar con el mismo un periodo de tiempo adicional para el cumplimiento del suministro.

Una vez que ha transcurrido el plazo adicional concedido por el consumidor (para los contenidos o servicios digitales en soporte material) o el que hayan pactado expresamente las partes (para los contenidos o servicios digitales en formato digital), el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato (art. 66 bis.2, párrafo 2º TRLGDCU)¹³. En este sentido, la resolución se configura como remedio subsidiario, pues no funciona desde un primer momento, sino que hay que esperar antes de proceder a ella¹⁴. Es decir, el consumidor no puede hacer uso de la resolución cuando se produzca el primer incumplimiento en la entrega o suministro, sino que tendrá derecho a resolver sólo cuando, transcurrido el plazo de tiempo adicional, no se cumpla con la entrega o suministro del contenido o servicio digital.

10 Al respecto, MARTÍN LÓPEZ, R.: *La protección del consumidor adquirente de contenidos y servicios digitales al amparo de la Directiva (UE) 2019/770*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2022, pp. 238-239, critica el hecho de que la norma no establezca el *modus operandi* que debe seguir el consumidor para pedir al empresario que proceda al suministro. Señala el autor que lo más razonable sería que la comunicación se realizara del mismo modo en que se hubiera llevado a cabo la contratación, aunque eso no supone una garantía para el consumidor. Por ello, el autor propone establecer un procedimiento que permita al consumidor notificar la solicitud de suministro desde la propia plataforma, aplicación o página web del empresario con un simple clic en el que se haga constar, por ejemplo, la referencia del pedido y la solicitud de suministro o, incluso, desde el propio correo electrónico de confirmación facilitar un enlace que permita realizar la solicitud.

11 Cdo. 61 DCSD.

12 Vid., en un sentido similar, FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 229, quien considera correcto que el empresario no disponga de demasiado tiempo para el segundo intento de suministro, más aún si se tiene en cuenta que el empresario ya se había comprometido a suministrar el contenido o servicio digital en una fecha determinada, por lo que no podrá alegar la necesidad de un tiempo adicional para el cumplimiento de su obligación.

13 Esta resolución configurada en el art. 66 bis TRLGDCU es una resolución distinta a la establecida en el art. 119 ter TRLGDCU. Mientras que en la primera el consumidor no dispone del contenido o servicio digital porque el empresario no se lo ha entregado o suministrado, en la segunda el consumidor o usuario ya tiene el contenido o servicio digital, pero se ha producido alguno de los supuestos del art. 119 o 119 ter.2 TRLGDCU.

14 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU”, cit., pp. 922-923.

Así pues, cuando se cumpla el plazo de tiempo adicional sin haberse producido la entrega o suministro del contenido o servicio digital, el consumidor tiene varias posibilidades. 1) En primer lugar, puede seguir esperando a que el empresario cumpla con su obligación de entrega o suministro, siempre y cuando no prescriba su acción¹⁵; 2) en segundo lugar, cabe la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación; y 3) en tercer lugar, podrá solicitar la resolución del contrato. Como, acertadamente se ha señalado¹⁶, para optar por la resolución no es necesario que el incumplimiento sea importante, sino que cabe resolver incluso aunque un nuevo plazo pueda seguir satisfaciendo los intereses del consumidor, pero, en cualquier caso, sí que será necesario que haya transcurrido el plazo de tiempo adicional, ya que ante el inicial incumplimiento del vendedor, el consumidor no dispone directamente del remedio de la resolución¹⁷.

Sin embargo, también se ha propuesto por la doctrina¹⁸ que la concesión de un plazo de tiempo adicional pueda ser, en sí mismo, de tipo resolutorio, condicionado este efecto al transcurso del plazo, sin necesidad de renovar la manifestación de resolución; igual que ocurre con el clásico requerimiento resolutorio del art. 1.504 CC. Por el contrario, hay quien está en desacuerdo con dicha interpretación¹⁹, ya que, entonces, de nada habría servido que el legislador hubiera incluido el art. 66 bis. 2 TRLGDCU, si hubiera querido que la resolución operara automáticamente desde el mismo momento del incumplimiento de la obligación de entrega. Sin embargo, consideramos que, tanto una como otra opción no son excluyentes, sino complementarias. Así, la regla general será que, si el empresario no ha cumplido con su obligación de entrega o suministro transcurrido el plazo de tiempo adicional concedido por el consumidor o acordado por las partes, el consumidor pueda optar por ejercitar la resolución, pero, nada impide que el consumidor pueda establecer que la concesión del tiempo adicional sea de carácter resolutorio, de manera que, transcurrido el cual, si el empresario no ha cumplido con su obligación, se produzca automáticamente la resolución.

2. Algunas excepciones a la regla general.

Como hemos visto, el art. 66 bis. 2 TRLGDCU, ante el incumplimiento de la obligación de entrega o suministro por parte del empresario, obliga al consumidor, con carácter previo a la resolución, a conceder un plazo de tiempo adicional al empresario para que cumpla con la entrega o pactar un plazo de tiempo con el

15 Vid., en este sentido, LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis", cit., p. 923 y CARRASCO PERERA, Á.: "Comentarios a la Ley 3/2014", cit., p. 42.

16 LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU", cit., p. 923

17 FENOY PICÓN, N.: "La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *Anuario de Derecho civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 768-769.

18 CARRASCO PERERA, Á.: "Comentarios a la Ley 3/2014", cit., p. 42.

19 LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU", cit., p. 923.

mismo para que cumpla con su obligación de suministrar el contenido o servicio digital. Sin embargo, esta regla cuenta con varias excepciones. Al respecto, el art. 66 bis. 3 TRLGDCU -cuyo origen, en parte, se encuentra en el art. 13.2 DCSD²⁰ señala que “No obstante lo anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato en el momento en el que se dé alguna de las siguientes situaciones”, las cuales se analizan seguidamente.

A) El empresario rechaza o declara que no va a entregar o suministrar los contenidos o servicios digitales.

Esta primera excepción se contiene en el art. 66 bis. 3, letra a) TRLGDCU, en el cual se establece que “El empresario haya rechazado entregar los bienes o haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales”. En esta situación lo que ocurre es que el empresario directamente manifiesta que no entregará o suministrará los contenidos o servicios digitales. Por tanto, no es que el incumplimiento sea esencial, sino que el empresario se niega a cumplir con su obligación manifestando claramente su intención²¹.

De esta forma, la negativa del empresario a cumplir puede manifestarse expresamente de dos formas: 1) que el empresario, durante el primer periodo de cumplimiento o en el plazo de tiempo adicional, así lo declare, sin necesidad de haber sido requerido por el consumidor; o 2) que el empresario, ante el requerimiento del consumidor, rechace cumplir con su obligación. Así, el rechazo del empresario deberá ser expreso y claro²², por lo que, si el consumidor le requiere la entrega o suministro, el silencio de aquel no hay que entenderlo como un rechazo²³. Ahora bien, será muy poco probable que el empresario advierta que no lo va a suministrar; más bien, dirá que no lo va a entregar inmediatamente porque existe algún fallo técnico u otra causa de disculpa²⁴. Sin embargo, habrá supuestos en los que no será necesario que el empresario rechace o declare expresamente que no va a entregar o suministrar los contenidos o servicios

20 El art. 66 bis. 3 TRLGDCU, cuyo contenido se encontraba anteriormente regulado en el antiguo art. 66 bis. 2 TRLGDCU, fue modificado por el art. 16.5 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, para adaptarlo a las nuevas exigencias establecidas por el art. 13.2 DCSD.

21 SILLERO CROVETTO, B.: “Art. 66 bis. Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material”, en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo I) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 996.

22 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis”, cit., p. 929.

23 En un sentido similar se pronuncia FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 231, quien expresa que es necesario que el empresario declare o que sea igualmente claro que no suministrará el contenido o servicio digital, no siendo suficiente que el empresario se limite a declarar que cabe la posibilidad de que no pueda suministrar el contenido o servicio digital.

24 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Contratación en el entorno digital* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 226.

digitales, sino que, de las circunstancias del caso, se infiera o deduzca claramente que el empresario no los suministrará.

B) La esencialidad del plazo de entrega o suministro.

El art. 66 bis. 3, letra b) TRLGDCU señala que el consumidor también tendrá derecho a resolver directamente el contrato cuando “Las partes hayan acordado o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor o usuario es esencial que la entrega o el suministro se produzca en una fecha determinada o anterior a esta. En el supuesto de tratarse de bienes, dicho acuerdo deberá haberse producido antes de la celebración del contrato”. Por tanto, para que se dé esta consecuencia jurídica, el plazo de entrega o suministro deberá ser esencial. El término esencial del plazo no admite un cumplimiento tardío y, en principio, no admite una ejecución diferida²⁵. Sin embargo, del tenor literal del precepto, la esencialidad del plazo se puede inferir, a su vez, de dos situaciones:

Por un lado, cuando las partes hayan acordado expresamente que la entrega o suministro deba realizarse en una fecha determinada o antes de una fecha determinada²⁶. En este caso, no basta con que el consumidor establezca una fecha para el cumplimiento, sino que será necesario que indique expresamente que la misma es esencial y que verdaderamente así sea²⁷. Por tanto, es necesario que el empresario tenga conocimiento de que la entrega es esencial hacerla un día en concreto o antes de una determinada fecha, para lo cual, el consumidor deberá hacérselo saber de forma expresa cuando ello no se pueda deducir de las circunstancias. Ahora bien, se ha matizado²⁸ que el hecho de que las partes asignen al plazo de cumplimiento el calificativo de “esencial”, no significa, sin más, que exista un término esencial, sino que se requiere, además, que el plazo sea realmente importante para la vida del contrato, esto es, que sea necesario que el incumplimiento del plazo frustre por completo el interés del acreedor²⁹. Por tanto, para interpretar si realmente el término “esencial” opera como tal, será necesario analizar las previsiones estipuladas en el contrato, así como la importancia que

25 INFANTE RUIZ, F. J.: *Contrato y término esencial*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 28.

26 Al respecto, como acertadamente ha observado ARROYO AMAYUELAS, E.: “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, p. 20, el art. 66 bis. 3, letra b) TRLGDCU *in fine* da a entender que un acuerdo posterior sobre el carácter esencial del momento de cumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales sí que es posible, a diferencia de lo que ocurre con los bienes de consumo.

27 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis”, cit., p. 930.

28 MARIN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 1125”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VI) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8277.

29 *Vid.*, en un sentido similar, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 225, quien defiende que para entender que se ha pactado un término esencial no basta con que se señale un tiempo determinado de cumplimiento, o, al menos, no es decisivo, si no va acompañado de otras “circunstancias”.

tiene para el consumidor el cumplimiento del mismo, es decir, hasta qué punto el incumplimiento del plazo frustra su interés. Sin embargo, consideramos que si en el contrato se prevé expresamente la resolución como el efecto principal del incumplimiento del plazo establecido como esencial, no tiene sentido entrar a valorar la frustración del interés del consumidor; pues las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, han querido prever, para el caso en cuestión, la facultad de resolución.

Por otro lado, el carácter esencial del plazo de entrega o suministro de los contenidos o servicios digitales puede que no se derive de su inclusión expresa en el contrato, sino que se infiera de las circunstancias que concurran en la celebración del mismo. Ello puede ocurrir porque la prestación deviene física o jurídicamente imposible (término esencial absoluto) o porque el cumplimiento tardío, aun siendo posible, no satisface en nada el interés del acreedor (término esencial relativo)³⁰. Para determinar si la esencialidad del plazo se puede inferir de las circunstancias del contrato, habrá que valorar, una vez se ha incumplido, si la naturaleza y características del contenido o servicio digital permiten concluir, junto a las circunstancias del contrato, que el plazo de cumplimiento revestía carácter esencial. Para ello será relevante, entre otras circunstancias, valorar principalmente que el consumidor no tenía interés en el cumplimiento más allá de este plazo, cuyo transcurso habrá frustrado las expectativas legítimas puestas en el contrato³¹.

III. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD.

Las medidas correctoras por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales se regulan en los arts. 14 a 18 DCSD y, como consecuencia de la transposición conjunta de ambas Directivas de consumo (DCSD y DCVB), se ha dedicado a la regulación de tales medidas el Capítulo II del Título IV del Libro II del TRLGDCU, bajo la rúbrica “Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario”, en concreto, los arts. 117 a 119 *quater* TRLGDCU.

Estas medidas correctoras a las que se refieren los arts. 14.1 DCSD y 117.1 TRLGDCU son la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. *Prima facie*, pudiera pensarse que dichos remedios se sitúan en pie de igualdad, ya que la norma no hace referencia a ningún tipo de subordinación entre ellos. El único matiz que cabría señalar es que el art. 117.1 TRLGDCU añade la posibilidad de que “En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede”³². Sin

30 MARIN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al art. 1125”, cit., p. 1276.

31 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentarios a la Ley 3/2014”, cit., p. 43.

32 En cambio, la DCSD no prevé tal posibilidad, cuya regulación, al amparo del art. 3.10 en relación con el Cdo. 76 DCSD, se deja en manos de los Estados miembros. Para el análisis de la indemnización por daños y perjuicios ante una falta de conformidad *vid.* BUENO BIOT, Á.: “La indemnización por daños y perjuicios

embargo, de una lectura de los apartados 4 y 6 del art. 14 DCSD y los arts. 118 y 119 ter. 2 TRLGDCU, se deduce claramente que la reducción del precio y la resolución del contrato se configuran como medidas correctoras subsidiarias de la puesta en conformidad. Por tanto, se establece una jerarquización de acciones³³, donde la puesta en conformidad se constituye como la primera opción, de forma preferente a la reducción proporcional del precio y a la resolución del contrato, ambas situadas en el mismo plano, pero como la segunda opción a la que puede recurrir el consumidor. Sin embargo, como más adelante se analizará, la DCSD y, por ende, el TRLGDCU matizan ese orden jerárquico, que no tiene carácter absoluto, y que admite excepciones en las que se permite que el consumidor pueda acudir directamente a los remedios subsidiarios, ya sea por las características de la falta de conformidad, por el tipo de contraprestación o porque la situación permite que el empresario imponga al consumidor tener que elegir entre alguna de estas opciones.

Esta jerarquización de remedios responde a la clara intención del legislador europeo de conservar el contrato siempre que ello sea posible³⁴ y, en definitiva, a la seguridad de las transacciones³⁵. Sin embargo, no se trata de la opción que más favorece a la protección de los intereses del consumidor³⁶. Una opción alternativa que hubiera garantizado de mejor forma los derechos e intereses del consumidor podría haber consistido en dejar a su libre elección optar por la medida más adecuada a sus intereses, pudiendo, incluso, acudir directamente a la resolución

derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023, pp. 1436-1477.

- 33 De esta forma, la DCSD se aparta de la solución que ofrecía el art. 106 CESL que permitía al consumidor optar entre la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato, salvo que en este último caso la falta de conformidad fuera insignificante. Sobre esta ausencia de jerarquía hay opiniones dispares en la doctrina. A favor, *vid.*, en este sentido, BECH SERRAT, J.M.: "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 39; y MANKO, R.: "Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive, In depth analysis", *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, Bruselas, 2016, pp. 27-28. En contra, *vid.*, SCHULTE-NÖLKE, H.: "El derecho de consumo en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa", en AA.VV.: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), ThomsonReuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 68-69; y MAK, V.: "The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Bruselas, 2016, p. 24, entre otros.
- 34 CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 188; y MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Comentario al artículo 118 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1727 y BECH SERRAT, J.M.: "Reparar y sustituir cosas", *cit.*, p. 38.
- 35 MARCO MOLINA, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, 2022, p. 2325.
- 36 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", *cit.*, p. 52.

contractual sin necesidad de reclamar previamente la puesta en conformidad³⁷, ya que de esta forma al consumidor se le hubiera dotado de un robusto instrumento de negociación que hubiera potenciado los estándares de calidad y una más activa competencia entre empresas³⁸.

I. La resolución como medida subsidiaria.

El art. 119 TRLGDCU³⁹ establece seis supuestos en los que el consumidor tendrá derecho a ejercitar la reducción del precio o la resolución del contrato⁴⁰. Se trata de seis supuestos alternativos y no cumulativos, de forma que será suficiente que se dé alguno de ellos para que surja el derecho del consumidor a ejercitar la reducción del precio o la resolución del contrato. Sin embargo, algunos de estos supuestos presuponen previamente el ejercicio de la puesta en conformidad, por lo que la resolución del contrato queda relegada como medida correctora subsidiaria. Estos supuestos son los siguientes:

a) El primer supuesto radica en que la medida correctora consistente en poner en conformidad los contenidos o servicios digitales resulta imposible o desproporcionada.

Este supuesto, contemplado en el art. 119, letra a) TRLGDCU⁴¹, parte de la base de que la puesta en conformidad resulta imposible o desproporcionada. En estas circunstancias, carecería de sentido que el consumidor debiese dar otra

37 Sin embargo, esto no significa que, tal y como se ha configurado el sistema de remedios en la DCSD, ello sea perjudicial para el consumidor, sino más bien lo que se ha pretendido ha sido establecer un marco jurídico que tutele los intereses del consumidor, pero también los intereses del empresario. Así, con el fin de que no se vean perjudicados los intereses del empresario, se ha optado por esta jerarquía de remedios que, en cierta forma, favorece la conservación de la operación comercial efectuada. En tal sentido, la Comisión Europea ha afirmado que si los consumidores pudieran optar directamente por la resolución de los contratos se incrementaría considerablemente el gasto para las empresas. Afirmación con la que IZQUIERDO GRAU, G.: "Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020, p. 1595, no está del todo de acuerdo, ya que, en ocasiones, el remedio primario puede resultar igual o más costoso. Sin embargo, no hay que olvidar que la DCSD no sólo pretende mejorar el acceso de los consumidores a los contenidos y servicios digitales, sino también facilitar que las empresas puedan suministrarlos con el fin de contribuir a impulsar la economía digital de la Unión y a estimular el crecimiento general (Cdo. 1 DCSD). De esta forma, no se trata únicamente de proteger al consumidor a cualquier precio, sino que el objetivo es lograr un equilibrio adecuado entre alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores y promover la competitividad de las empresas (Cdo. 2 DCSD).

38 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 55.

39 La rúbrica del precepto "Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato" induce a confusión, puesto que en el mismo no se establece propiamente el régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato -que lo encontramos en los arts. 119 bis y 119 ter TRLGDCU-, sino que tan solo se establecen los supuestos que originan el derecho a entablar estos remedios subsidiarios o secundarios.

40 Cfr. 14.4 DCSD donde se establecen cinco supuestos, es decir, uno menos que en el art. 119 TRLGDCU. La razón estriba en que el apartado b) del art. 119 TRLGDCU es fruto de la transposición de la DCVB referida a los bienes de consumo. Dicho apartado b) del art. 119 TRLGDCU se refiere a las reglas establecidas en los apartados 5 y 6 del art. 118 TRLGDCU, entre las cuales, el art. 118.5 TRLGDCU podría aplicarse analógicamente cuando los contenidos o servicios digitales suministrados en soporte material deban ser sustituidos, por lo que, aunque el apartado b) del art. 119 TRLGDCU no sea fruto de la transposición de la DCSD, también puede resultar de interés su análisis.

41 Vid., en el mismo sentido, 14.4, letra a) DCSD. Cfr. 13.4, letra a) in fine DCVB.

oportunidad al empresario para la puesta en conformidad, sino que la solución más recomendable para el mismo debería ser la de solicitar la reducción inmediata (y proporcionada) del precio o la resolución del contrato⁴². Ello se debe a que, dadas las circunstancias, es el propio empresario quien se niega a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad porque las circunstancias hacen que ello sea inviable por imposibilidad fáctica o jurídica o por su excesiva onerosidad. Por tanto, en este caso, será el suministrador el que informe al cliente de que puede optar entonces entre estos dos remedios⁴³, ya que el propio empresario es el que, a través de una declaración de voluntad, ha de poner de manifiesto que el remedio de la puesta en conformidad es imposible o desproporcionado, debiendo informar al consumidor de las únicas dos opciones viables que le quedan.

b) El segundo supuesto consiste en que el empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes o no la haya realizado de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 118 o no lo haya hecho en un plazo razonable siempre que el consumidor o usuario hubiese solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato.

Se trata de un supuesto regulado en el art. 119, letra b) TRLGDCU que, en principio, está diseñado para los bienes de consumo y no para los contenidos o servicios digitales⁴⁴. No obstante, si bien es cierto que los contenidos o servicios digitales, en la mayoría de los casos, se suministran en formato digital, también puede ocurrir que se suministren en soporte material (CD, DVD, USB, etc.) y, en consecuencia, que el soporte material (v.gr. la copia del CD), ante una falta de conformidad, deba ser sustituido. Por ello, consideramos que el art. 118.5 TRLGDCU que establece las reglas de la reparación o sustitución de un bien, también puede ser de aplicación a los contenidos o servicios digitales. En consecuencia, si se da esta hipótesis, el art. 119, letra b) TRLGDCU podría servirnos como presupuesto para conceder al consumidor la posibilidad de pedir la reducción del precio o la resolución del contrato ante una puesta en conformidad de un contenido o

42 LETE ACHIRICA, J.: "Artículo 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato", en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1738. En un sentido similar, se pronuncia GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Comentario al artículo 1124", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VI) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8227, quien señala que la resolución es, conforme a la buena fe, el remedio oportuno cuando no sea razonable pretender el cumplimiento forzoso porque los costes de su obtención serían demasiado gravosos o desproporcionados para el deudor.

43 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021, p. 67. Sin embargo, existe debate en la doctrina sobre si se trata de supuestos en los que el consumidor puede elegir entre la reducción del precio o la resolución del contrato -sin perjuicio, de acogerse a la puesta en conformidad- o si, por el contrario, necesariamente tendrá que acogerse a los remedios subsidiarios, ya que la puesta en conformidad no es una opción, pues deviene imposible o desproporcionada. A favor de la primera postura, vid., IZQUIERDO GRAU, G.: "Análisis de los remedios", cit., p. 1613. A favor de la segunda, vid. CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 233.

44 La incorporación de este apartado b) del art. 119 TRLGDCU tiene su origen en el art. 13.4, letra a) DCVB.

servicio digital suministrado en soporte material que no se ajuste a los términos previstos en el art. 118.5 TRLGDCU.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en la práctica, si se da este supuesto, ello implica que el empresario ha decidido poner el bien en conformidad. Cuestión distinta es que no la haya realizado ajustándose a las reglas previstas en el art. 118.5 TRLGDCU, esto es, recuperar el bien sustituido a sus expensas y de la forma que menos inconvenientes genere al consumidor; pero, si se ha llevado a cabo, no parece lógico que el consumidor pueda exigir la resolución del contrato; tiene más sentido que el consumidor pueda reclamar del empresario el importe de esos gastos, siquiera sea en forma de reducción del precio pactado.

c) El tercer supuesto estriba en que el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con las reglas recogidas en el apartado 4 del artículo 118.

Este supuesto está regulado en el art. 119, letra c) TRLGDCU⁴⁵. Se trata de un supuesto que se refiere a la forma en la que debe realizarse la puesta en conformidad, de manera que si esta no se lleva a cabo de forma gratuita, en un plazo de tiempo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste tendrá derecho a pedir la reducción del precio o la resolución del contrato. Por tanto, cuando el empresario no resuelva la falta de conformidad en los términos previstos en el art. 118.4 TRLGDCU, el consumidor podrá acudir a los remedios subsidiarios.

No obstante, tal como se ha puesto de manifiesto⁴⁶, siempre van a existir supuestos problemáticos en lo relativo a la interpretación de estos requisitos, pues es inevitable que, de alguna forma u otra, siempre surja algún inconveniente para el consumidor durante la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. Por tanto, para determinar si es o no posible acudir a la resolución, habría que plantearse si el inconveniente para el consumidor tiene o no un efecto prolongado y, en consecuencia, si afecta a la confianza que tenga el consumidor con el empresario.

Podría plantearse aquí el supuesto en que el empresario no pusiera los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo de tiempo razonable⁴⁷. Entonces surge la cuestión de cuándo el consumidor puede entablar la acción de

⁴⁵ Este precepto tiene su origen en el art. 14.4, letra b) DCSD puesto en relación con el art. 14.3 DCSD.

⁴⁶ GSELL, B.: "Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 259.

⁴⁷ Esta falta de cumplimiento en un plazo de tiempo razonable es lo que el Tribunal Supremo ha considerado en algunas ocasiones como "frustración del fin del contrato". *Vid.*, entre otras, SSTs 4 septiembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4607); o 10 noviembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7977).

reducción del precio o resolución del contrato. Una parte de la doctrina⁴⁸ expresa que no parece exigible mantener al consumidor en una espera indefinida, por lo que, transcurrido un periodo de tiempo razonable sin obtener respuesta ni satisfacción alguna, debe quedarle expedita la vía de la reducción del precio o de la resolución del contrato. En cambio, otra parte de la doctrina⁴⁹ defiende que para que exista incumplimiento por parte del empresario debe existir previamente un acuerdo entre las partes para remediar la falta de conformidad. A nuestro juicio, es más acertada la primera de las posturas, puesto que la ley no dice nada sobre pacto alguno, sino que se limita a señalar que el empresario deberá llevar a cabo la puesta en conformidad en un plazo de tiempo razonable a partir del momento en el que haya sido informado por el consumidor. Por tanto, desde nuestro punto de vista, no parece exigible la aceptación del empresario ni un previo acuerdo entre las partes, aunque, no obstante, en algunos casos, la mera inacción del empresario que adopta una actitud pasiva podría servir como presupuesto reconducible al art. 119, letra f) TRLGDCU.

d) El cuarto supuesto consiste en la aparición de cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad.

Este supuesto está regulado en el art. 119, letra d) TRLGDCU, cuyo origen se encuentra en el art. 14.4, letra c) DCSD. Se trata de la facultad que se otorga al consumidor de optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato tras el intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad⁵⁰. Sin embargo, entre uno y otro precepto se aprecia una notable diferencia. Mientras que el legislador español hace referencia a “cualquier falta de conformidad”, el legislador europeo previó lo siguiente: “subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad”⁵¹. Es decir, la redacción dada por el TRLGDCU es más amplia que la dada por la DCSD. Así, el TRLGDCU permite que se trate de “cualquier falta de conformidad”, aunque sea distinta de la que dio origen a la puesta en conformidad, mientras que la DCSD establece que debe ser la misma, es decir, que “subsista” la falta de conformidad que se ha pretendido reparar, de manera que si aparece otra distinta deberá exigirse de nuevo la puesta en

48 CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., pp. 231-232.

49 IZQUIERDO GRAU, G.: “Análisis de los remedios”, cit., p. 1612.

50 GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 260, señala que conceder un solo intento al empresario puede considerarse una imposición muy estricta para el mismo. Igualmente, LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119”, cit., p. 1740, advierte que “se trata de una disposición bastante estricta para el empresario, ya que solo le concede una única oportunidad para poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios digitales. Por tanto, deberá actuar con especial diligencia si desea evitar el ejercicio por el consumidor de la reducción del precio o de la resolución del contrato”.

51 Vid., en el mismo sentido, FERRER GUARDIOLA, J.A.: “Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021, p. 201.

conformidad. No obstante, como acertadamente se ha señalado por la doctrina⁵², parece ser que se trata de un error en la traducción de la DCSD al español, pues en su versión en inglés dice expresamente “*a lack of conformity appears despite the trader’s attempt to bring the digital content or digital service into conformity*”, donde tampoco se requiere que sea el mismo defecto. Por tanto, podemos interpretar que en aquellos casos en los que apareciese de nuevo una falta de conformidad, el legislador europeo quiso conceder al consumidor la reducción del precio o la resolución del contrato, y ello con independencia de que fuera la misma u otra distinta.

Por su parte, el TRLGDCU no deja lugar a dudas, de forma que, manifestada la primera falta de conformidad y subsanada por el empresario, si aparece otra distinta a la primera, será suficiente para otorgar al consumidor la posibilidad de optar por la reducción del precio o la resolución del contrato⁵³. Con ello se impide que el consumidor tenga que verse constreñido a sucesivos intentos de puesta en conformidad, permitiéndole que pueda hacer uso de los remedios subsidiarios cuando ya ha solicitado una primera vez la puesta en conformidad del contenido o servicio digital.

2. La resolución como medida directa.

A diferencia de los supuestos que acabamos de analizar donde la resolución aparece como una medida subsidiaria, el art. 119 TRLGDCU también contempla dos supuestos en los que el remedio de la resolución contractual puede utilizarse de forma directa, es decir, sin tener que solicitar previamente la puesta en conformidad. Estos dos supuestos son los siguientes:

a) Cuando la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique directamente la resolución del contrato.

Se trata del supuesto regulado en el art. 119, letra e) TRLGDCU, en el cual se justifica el ejercicio directo de la reducción del precio o la resolución del contrato debido a la gravedad de la falta de conformidad. En estos casos, ocurre que, dada la grave naturaleza de la falta de conformidad, es posible que el consumidor no pueda mantener la confianza en la capacidad del empresario de poner el contenido o servicio digital en conformidad⁵⁴. De la misma manera ocurre cuando la gravedad

52 SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 68.

53 En este mismo sentido lo entiende ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. por L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022, p. 143. Por su parte, en contra de esta interpretación se posiciona GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 233, quien defiende que el empresario tendrá la facultad de arreglar el nuevo defecto.

54 A este respecto, GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 261, señala que un caso de pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del empresario para resolver la falta de

de la falta de conformidad desnaturaliza el uso que pueda hacer el consumidor del contenido o servicio digital y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la puesta en conformidad resolverá el problema. El Cdo. 65 DCSD establece, por ejemplo, que el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (*software*) antivirus que esté infectado con un virus, ya que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave.

La configuración de los remedios secundarios como primera opción en estos casos es un acierto del legislador europeo en un doble sentido. Por un lado, porque de esta forma se corrige la diferencia de trato entre las ventas de consumo y el Derecho general de obligaciones y contratos, en el que la resolución ya está disponible como remedio directo ante incumplimientos graves en el programa prestacional⁵⁵; y, por otro lado, porque aumenta la protección del consumidor ante la presencia de los defectos más graves, los cuales pueden desvirtuar el uso para el que estaban destinados los contenidos o servicios digitales e, incluso, hacer que el consumidor pierda la confianza en el proveedor y ya no sea de su interés adquirir ningún producto suyo.

El problema consiste en determinar cuándo la falta de conformidad reviste ese carácter grave que se requiere para justificar directamente la reducción del precio o la resolución del contrato. En realidad, se trata de una cuestión que no parece admitir soluciones generales y absolutas, sino que más bien parece depender de valoraciones específicas de cada caso concreto y, por tanto, de criterios relativos⁵⁶. Por tanto, la gravedad de la falta de conformidad queda relegada a lo que las partes acuerden conforme a su criterio y, en defecto de acuerdo entre ellas, será el juez quién deba decidir al respecto. En este sentido, para valorar la importancia del defecto, el juez deberá tener en cuenta tanto los criterios subjetivos como objetivos. En consecuencia, no solo deberá valorar aquello que resulte del contenido contractual, sino también las cualidades y las características de funcionamiento que normalmente presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que los consumidores pueden razonablemente esperar dada la naturaleza de los contenidos y servicios digitales.

conformidad podría darse, respecto de los contenidos o servicios digitales, cuando el empresario hubiera ocultado de forma deliberada el defecto concreto al consumidor aun a sabiendas del riesgo que la existencia de dicho defecto pudiera provocar daños en el contenido o servicio digital.

- 55 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., p. 68. *Vid.*, en el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 55, quien critica que, si se mantuviera esa prelación de remedios ante incumplimientos graves, ello contrastaría con el Derecho general de obligaciones y contratos de muchos Estados miembros (incluida España).
- 56 Esta es la opinión de CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 226, en relación con el art. 13.4, letra c) DCVB, el cual está, junto al art. 14.4, letra d) DCSD, en el origen del art. 119, letra e) TRLGDCU y que, por tanto, es perfectamente trasladable para la valoración de la gravedad del defecto de los contenidos y servicios digitales.

Por su parte, este art. 119, letra e) TRLGDCU hay que interpretarlo conjuntamente con el art. 119 ter. 2 TRLGDCU, el cual señala que “La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario”⁵⁷. De esta interpretación conjunta o sistemática, se pueden extraer tres consideraciones:

i) En primer lugar, si la falta de conformidad es de escasa importancia, la opción por la resolución solo tendrá lugar cuando la contraprestación consista en el consentimiento para el tratamiento de datos personales, y no cuando se pague un precio en dinero, en cuyo caso se requiere que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Por tanto, la libertad de elección entre ambos remedios subsidiarios no es absoluta, sino que únicamente tendrá lugar cuando se pague un precio en dinero y la falta de conformidad no sea de escasa importancia.

ii) En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, podemos plantearnos lo siguiente: si el art. 119 ter. 2 TRLGDCU señala que la resolución no procede en los casos en que la falta de conformidad sea de “escasa importancia”, cabe preguntarse, *a sensu contrario*, si la resolución podría ejercitarse en todos aquellos casos en los que la falta de conformidad no sea de “escasa importancia”. Al respecto, pueden sostenerse dos tesis: 1) por un lado, considerar levedad -o escasa importancia- y gravedad⁵⁸ como dos antónimos absolutos que cubren toda la escala de importancia de los defectos, de forma que estos solo pueden calificarse de uno u otro modo, por entender que lo que no es leve es grave y viceversa⁵⁹. En este caso, deberíamos afirmar que el art. 119 ter. 2 TRLGDCU exige la gravedad de la falta de conformidad⁶⁰; 2) por otro lado, podemos considerar que entre lo leve y lo grave existen todo un conjunto de supuestos intermedios en los que el defecto ni es esencial, ni es tampoco absolutamente despreciable⁶¹. En este supuesto, el campo de aplicación de la resolución se amplía considerablemente respecto al caso anterior donde se exige expresamente la gravedad del defecto, pues aquí la resolución no será posible en aquellos casos en los que la falta de conformidad sea de “escasa importancia”, pero se podrá aplicar en cualquier otro

57 En cambio, en el art. 14.6 DCSD no se utiliza el término de la “escasa importancia”, sino que, en su lugar, se utiliza el término “leve”. Dicho precepto indica que “Cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve (...)”. Sin embargo, no creemos que ello deba generar debate, pues, bajo nuestro punto de vista, pueden considerarse términos equivalentes.

58 Según la RAE, “leve” significa “De poca importancia, venial”, mientras que “grave” significa “Grande, de mucha entidad o importancia”

59 CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 227.

60 En estos casos, como afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Saneamiento por vicios ocultos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 136, el requisito de la gravedad cumpliría la función de negar relevancia a aquellos defectos que no impiden al comprador extraer de la cosa las utilidades que razonablemente esperaba obtener de ella, por lo que carecería de sentido hacer responsable de ellos al vendedor (en nuestro caso, empresario).

61 *Ibidem*, cit., p. 228.

supuesto, incluso aunque no pueda estimarse que el defecto sea grave⁶². Esta segunda interpretación de la norma creemos que es la más adecuada en un doble sentido: en primer lugar, porque es la que más protege consumidor; dado que el conjunto de supuestos en los cuales es posible acudir a la resolución será más amplio; y, en segundo lugar, porque es la interpretación que parece adecuarse mejor a la intención del legislador europeo, de que ninguna falta de conformidad quede excluida de la salvaguardia legal.

iii) Por último, cabe resaltar que, en relación con la carga de la prueba, la norma es favorable al consumidor; pues establece expresamente que corresponde al empresario la carga de probar que la falta de conformidad es de escasa importancia y que, en consecuencia, no procede la resolución. No obstante, se ha afirmado por la doctrina⁶³ que si el empresario alega que el defecto es de “escasa importancia” sobre la base de ciertos hechos que le son evidentes, el consumidor deberá indicar las circunstancias específicas que impiden tal apreciación. Sin embargo, a ello hay que objetar que la circunstancia de que la falta de conformidad sea o no leve no es un hecho, sino una valoración que, en última instancia, corresponde al juez. Y sobre valoraciones no hay prueba, sino alegación y argumentación⁶⁴.

b) Cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario.

En este supuesto, regulado en el art. 119, letra f) TRLGDCU⁶⁵, la intención del legislador es clara: permitir que el consumidor pueda acudir a los remedios subsidiarios cuando se haya constatado que el empresario no llevará a cabo la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales en un plazo de tiempo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor; ya sea porque

62 Esta es la conclusión a la que llegan también CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 228; e IZQUIERDO GRAU, G.: “Análisis de los remedios”, cit., p. 1628. Este último autor afirma que “podría defenderse que cualquier incumplimiento que sea relevante y, por tanto, que frustre el interés del consumidor en el contrato podría dar lugar a la resolución del contrato”. Interpretamos que para el autor “relevante” engloba todo aquello que no sea de “escasa importancia”, siendo el concepto “relevante” más amplio que el término “grave” y que, por tanto, encaja con esta segunda tesis donde la resolución podrá ejercitarse en todos aquellos casos en los que la falta de conformidad no sea de “escasa importancia”. En esta misma línea, SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 69, afirma que, para que el consumidor pueda resolver el contrato directamente, no se requiere que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial y que sea grave. Por su parte, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 235, también defiende que existe un espacio entre grave y leve. Sin embargo, el autor señala que la razón es que, si no lo hubiera, podría acudirse primariamente a la resolución en todo caso en que el incumplimiento no fuera leve, con lo que no tendría efecto la consideración de la resolución como remedio secundario. De forma ilustrativa, el citado autor señala que, remedando el art. 13 CP, podemos decir que hay falta de conformidad grave, menos grave y leve. La grave permite la resolución automática, la menos grave obliga a exigir primero el cumplimiento y la leve no permite la resolución.

63 GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 265.

64 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 237.

65 Vid., en el mismo sentido, 14.4, letra e) DCSD. Cfr. art. 13.4, letra d) DCVB en relación con los bienes de consumo.

el propio empresario así lo haya declarado expresamente o porque así se deduzca de las circunstancias del caso⁶⁶. Se trata de agilizar la satisfacción del derecho del consumidor a través de una medida subsidiaria, sin necesidad de hacerle pasar por un intento previo de saneamiento primario que resultaría frustrante al requerir del consumidor sacrificios inexigibles, habida cuenta de la constatación *ex ante* de que la puesta en conformidad no puede abordarse sin una importante demora o sin ocasionar considerables inconvenientes al consumidor⁶⁷.

Por su parte, el Cdo. 65 DCSD exige que debe estar “claro” que el empresario no va a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, es decir, que exista un alto grado de probabilidad de que los contenidos o servicios digitales no van a ser puestos en conformidad⁶⁸. Por tanto, parece que esta posibilidad de acudir a los remedios subsidiarios estará reservada únicamente para aquellos supuestos en los que, sin ningún género de duda, no vaya a ser posible la puesta en conformidad en los términos expuestos. En consecuencia, la posibilidad de acudir a la reducción del precio o a la resolución del contrato quedaría vetada cuando aún no haya transcurrido lo que, conforme a la naturaleza y finalidad de los contenidos o servicios digitales y a las circunstancias del caso, se puede considerar un plazo razonable, sin perjuicio de aquellos casos en los que empresario de forma explícita se niega a la puesta en conformidad, en cuyo caso no será necesario esperar a que transcurra el plazo de tiempo razonable.

Sin embargo, este último presupuesto es criticable en el sentido de que el empresario puede rechazar injustificadamente la puesta en conformidad -porque así lo ha declarado de forma expresa-, aun en casos en que fuese razonable, posible, legal y proporcionado poner el contenido digital en conformidad⁶⁹. En este sentido, quedaría al arbitrio del empresario atender o no a la pretensión del consumidor de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, que se configura como su remedio primario en caso de falta de conformidad⁷⁰. En

66 Hay que tener en cuenta que la imposibilidad de llevar a cabo la puesta en conformidad en un plazo de tiempo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor no tiene por qué ser siempre imputable al empresario. Puede ocurrir que el suministro de un contenido o servicio digital dependa de derechos de terceros, en cuyo caso podría darse la hipótesis de que el tercero retire la licencia de uso al empresario por causa inimputable a este último y, en consecuencia, el consumidor no pueda acceder de ningún modo a los contenidos o servicios digitales.

67 *Vid.*, en este sentido, GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 261; y CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., pp. 236-237.

68 Al respecto, GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 261 señala que, en lo que respecta a la declaración del empresario, será necesario un grado suficiente de seriedad. Y, por tanto, el hecho de que el empresario dude o, incluso, niegue la falta de conformidad en un primer momento cuando se enfrenta a la demanda del consumidor no puede considerarse suficiente, al menos siempre y cuando el empresario se muestre dispuesto a examinar debidamente el asunto más a fondo.

69 CAMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, cit., p. 54.

70 *Ibidem*, p. 54. Sin embargo, el autor plantea la posibilidad de admitir el rechazo frontal e injustificado a subsanar, aunque realizando una interpretación estricta (muy forzada) del inciso: que el empresario no pueda rechazar la subsanación con carácter absoluto, sino solamente resistirse a subsanar en un plazo razonable. Aunque creemos que, al fin y al cabo, esta interpretación no conduce a una solución distinta, ya que el empresario podría alegar una “falsa” demora, lo cual no deja de ser arbitrario y abocaría igualmente

consecuencia, si el proveedor decide arbitrariamente no poner el contenido o servicio digital en conformidad, el TRLGDCU deja a elección del consumidor ex art. 119, letra f) TRLGDCU optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato, pero dado que, para que proceda la resolución, la falta de conformidad no debe ser de escasa importancia, puede darse la situación de que el consumidor se vea obligado a escoger necesariamente el remedio de la reducción del precio y, en consecuencia, se vea constreñido a quedarse el contenido o servicio digital con la rebaja proporcional del precio, lo cual no parece muy acertado.

Por su parte, si el consumidor ha facilitado sus datos personales como contraprestación del contrato, el requisito de la escasa importancia en relación con la falta de conformidad no se aplicará (art. 119 ter. 2 TRLGDCU). En consecuencia, la única opción que le queda al consumidor es la resolución contractual, dado que la rebaja proporcional del precio únicamente es posible cuando la contraprestación del contrato consiste en el pago de un precio en dinero.

De esta forma, lo que parecía ser un abanico de remedios a disposición del consumidor en favor de una mayor protección, se convierte en una situación en la que el consumidor no tiene la posibilidad de elegir entre las distintas opciones que el legislador, *a priori*, le ha querido conceder.

IV. LOS DATOS PERSONALES ANTE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

El régimen jurídico de la resolución del contrato se contiene en el art. 119 ter TRLGDCU⁷¹, en el cual se establece la forma de ejercicio, los supuestos en que procede o no ejecutar la resolución, las obligaciones y derechos, tanto del empresario como del consumidor; y el supuesto en el que la resolución podrá ser ejercitada, no por el consumidor, sino por parte del empresario. Este régimen jurídico de la resolución se aplica tanto a los supuestos de falta de conformidad como aquellos en los que existe un incumplimiento o retraso en la entrega o suministro del contenido o servicio digital.

Por lo que se refiere a los efectos, la resolución implica la extinción de la relación contractual, y provoca dos tipos de efectos: efectos liberatorios (las partes quedan liberadas de sus obligaciones contractuales futuras) y efectos restitutorios (las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones ya

al consumidor a optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato. Hay que tener en cuenta que el precepto no dice nada sobre la obligación del empresario de tener que demostrar la causa de la demora y, en consecuencia, lo que parece deducirse del mismo es que una simple declaración sería suficiente.

71 Este precepto tiene su origen en los arts. 15, 16 y 17 DCSD y 17 DCVB. Sin embargo, en lo que respecta al presente trabajo, interesan las reglas que tienen su origen en las disposiciones previstas por la DCSD relativas a los contenidos y servicios digitales.

ejecutadas)⁷². Además, tiene efectos retroactivos, ya que su consecuencia principal es la de destruir los efectos ya producidos⁷³. Sin embargo, como seguidamente se analizará, la diferente naturaleza de las contraprestaciones (precio en dinero o datos personales) obliga al legislador a diferenciar el tratamiento de la restitución. Es por ello por lo que, en el caso del precio, la restitución será *in natura* con efectos *ex tunc*, mientras que en el caso del consentimiento para el tratamiento de datos personales la obligación del proveedor consistirá en un no hacer con efectos *ex nunc*⁷⁴. Es, en este último supuesto, en el que nos vamos a centrar.

I. Cuando los datos personales quiebran la regla de la “escasa importancia”.

El art. 119 ter. 2 TRLGDCU establece que “La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario”⁷⁵. Por tanto, en aquellos casos en que se suministren contenidos o servicios digitales a cambio de un precio en dinero, la resolución no será posible cuando la falta de conformidad sea de “escasa importancia”⁷⁶. En cambio, si la contraprestación del contrato consiste en el consentimiento para el tratamiento de datos personales, no se tendrá en cuenta la gravedad o levedad de la falta de conformidad, sino que, con independencia de su importancia, podrá ejercitarse la resolución del contrato, dado que, en estos casos, el consumidor no dispone de una medida como la reducción del precio y, por tanto, ante una falta de conformidad de “escasa importancia”, no podría hacer uso de ninguno de los remedios subsidiarios.

72 MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007) (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1769. No obstante, CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 240, advierte que la mera intención del adquirente de dar por resuelto el contrato no producirá sin más este efecto, ya que habrá de constatar que concurren los presupuestos sobre los que descansa esta acción.

73 LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 ter. La resolución del contrato”, en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1756.

74 SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 72.

75 Esta es la transposición que el legislador español ha hecho del art. 14.6 DCSD, en cuyo precepto se aprecia una ligera diferencia. En lugar de hacer referencia a la expresión “escasa importancia”, se establece que el consumidor podrá resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es “leve”. Sin embargo, se trata de una simple diferencia terminológica que, a efectos prácticos, no debería crear mayores problemas, pues, como ya hemos señalado anteriormente, pueden considerarse términos equivalentes.

76 Como señala LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 ter”, cit., p. 1753, el hecho de que pueda ejercitarse la resolución del contrato solo con el límite de que la falta de conformidad no sea de escasa importancia y, por tanto, sin que sea necesario acreditar que se trate de un incumplimiento grave o relevante por parte del empresario, supone un cambio de paradigma en materia de resolución de obligaciones bilaterales. Al menos en lo que respecta a bienes de consumo y contenidos y servicios digitales. Hay que tener en cuenta que el TRLGDCU se aparta de esta forma del criterio que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico en el marco del art. 1.124 CC. Al respecto, para que prospere la resolución contractual, la jurisprudencia viene a exigir que se trate de un incumplimiento grave, esencial y que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes, o bien genere la frustración del fin del contrato. *Vid.*, en este sentido, SSTs 15 noviembre 1994 (Tol 199260), 20 septiembre 1994 (Tol 1666076), 23 febrero 1995 (Tol 1667269), 23 enero 1996 (Tol 1669434), 14 marzo 2008 (Tol 1294073), 12 abril 2011 (Tol 2092552).

Sin embargo, aquí se plantea la cuestión de qué sucede en aquellos casos en los que el consumidor paga un precio y, además, facilita datos personales como contraprestación del contrato. Ni el articulado de la DCSD ni el TRLGDCU contienen ninguna disposición al respecto. No obstante, el Cdo. 67 DCSD señala que “En los casos en que el consumidor pague un precio y facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad”. Por tanto, creemos que en este tipo de contratos de contraprestación mixta, la resolución podrá ejercitarse aunque la falta de conformidad sea de “escasa importancia”, pues hay que tener en cuenta que una parte de la contraprestación consiste en la cesión de datos personales, con lo cual, si vetáramos la resolución únicamente a los supuestos en que la falta de conformidad fuera de “escasa importancia”, cuando ello ocurriera, el consumidor vería restringidos sus derechos, pues la única solución viable sería la reducción del precio, pero solo respecto a una parte de la contraprestación (la que se pagó en dinero), pues a la otra parte de la contraprestación, que consistió en la cesión de sus datos personales, no se le podría aplicar la medida de la rebaja proporcional del precio.

2. ¿Es posible la resolución parcial cuando la contraprestación consiste en datos personales?

El art. 119 ter. 5, letra a) párrafo 2º TRLGDCU señala que “en los casos en los que el contrato establezca el suministro de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período de tiempo determinado, y los contenidos o servicios digitales hayan sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato, el empresario reembolsará al consumidor o usuario únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes (...)”⁷⁷.

A estos efectos, el precepto establece un régimen de resolución específico para aquellos casos en los que se hubiera pactado el suministro de un contenido o servicio digital a cambio del pago de un precio en dinero durante un período de tiempo⁷⁸ y, de forma sobrevenida, apareciera una falta de conformidad, de manera que los efectos restitutorios se limitasen al espacio temporal durante el

⁷⁷ Vid., en el mismo sentido, art. 16.1, párrafo 2º DCSD.

⁷⁸ El hecho de que se haga referencia al suministro de un contenido o servicio digital durante un período de tiempo excluye el suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un único acto o en una serie de actos individuales (v.gr. cuando se descarga un libro electrónico y se almacena en un dispositivo personal o cuando se adquiere un videojuego que solo se usa en el dispositivo del consumidor). No obstante, la mayoría de los servicios digitales sí que se suelen suministrar durante un período de tiempo, en cuyo caso sí que quedarían amparados por esta norma. Un ejemplo sería un contrato de almacenamiento en la nube o el acceso al uso de redes sociales.

cual el contenido o servicio digital no fuera conforme⁷⁹. Por ejemplo, cuando tras una actualización apareciese la falta de conformidad, o cuando apareciera una interrupción significativa o recurrente en el suministro del contenido o servicio digital. En estos casos, el consumidor podría reclamar el reembolso del precio pagado, pero únicamente por la parte proporcional correspondiente al periodo durante el cual el contenido o servicio digital fuera defectuoso⁸⁰.

Ahora bien, a pesar de que el precepto exige que una de las condiciones para que se produzca la resolución parcial sea el pago de un precio en dinero, cabe plantearse la cuestión de si este supuesto de resolución parcial sería posible en aquellos casos en los que la contraprestación consiste en la cesión de datos personales. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, dado que no es posible distribuir proporcionalmente una contraprestación no dineraria. Esta solución es coherente con el veto a la reducción del precio en aquellos casos en los que la contraprestación no es dineraria. Es decir, por las mismas razones que en estos casos no cabe la reducción proporcional del precio, tampoco tiene sentido que quepa la posibilidad de una restitución parcial de los datos personales, pues ello resulta, en la práctica, imposible⁸¹, por lo que, a fin de cuentas, la resolución parcial no

79 En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 75, afirma que el principio de conservación del contrato, junto con la consideración del carácter divisible de las prestaciones de este tipo de contratos (v.gr., piénsese en un servicio de suscripción a la visión de películas en *streaming*, que es plenamente conforme durante un tiempo), llevan al legislador a admitir una suerte de resolución *ex nunc*, cuyas consecuencias se producirán desde el momento en que aparece la falta de conformidad.

80 Sin embargo, en algunos casos, puede resultar difícil determinar si la falta de conformidad estaba presente desde el inicio, pero se materializa mucho más tarde. TWIGG-FLESNER, C.: "Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770", en *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 283-284, ofrece un ejemplo muy ilustrativo: Imaginemos un *software* que funcionaba en un sistema operativo común, pero resulta ser incompatible con un sistema operativo diferente a pesar de que el empresario declaró que el *software* sería compatible con cualquiera de los dos sistemas. De esta forma, el consumidor había podido usar el *software* sin dificultad en un sistema durante un periodo de tiempo y solo se dio cuenta de que había una falta de conformidad cuando se transfirió al otro sistema operativo. De esta forma, al existir la falta de conformidad desde el inicio del suministro, no parece que se aplicaría la regla del art. 119 ter. 5, letra a), párrafo 2º TRLGDCU, sino que se le deberían devolver todas las cantidades pagadas conforme al 1º párrafo del mismo precepto. Sin embargo, el autor considera que puede parecer desproporcionado exigir al empresario que reembolse al consumidor todas las sumas pagadas sobre la base de que la falta de conformidad estaba presente desde el principio. En cambio, nosotros no estamos de acuerdo con que ello resulte desproporcionado, pues se trata de una falta de conformidad que, desde luego, estaba ya presente al adquirir el contenido o servicio digital, y cuya característica afectada pudo ser uno de los motivos que impulsaron al consumidor a adquirir el producto. Además, tampoco creemos adecuado que la cantidad a restituir deba depender del momento en el que el consumidor se percate de la falta de conformidad, de forma que si queda debidamente acreditado que la falta de conformidad existe desde el inicio, el consumidor debería tener derecho a reclamar la totalidad del precio pagado. Ahora bien, si el defecto acontece de forma sobrevenida, es decir, que no existe desde el inicio, entonces la cantidad a restituir deberá ser la correspondiente al periodo durante el cual el contenido o servicio digital no fue conforme, ya que, de lo contrario, se estaría atacando a los intereses del empresario que se vería obligado a reembolsar al consumidor la totalidad del precio, de forma que el consumidor habría disfrutado del contenido o servicio digital gratuitamente durante un periodo de tiempo.

81 Quizás una solución alternativa podría ser la posibilidad de admitir en estos casos la resolución parcial, pero condicionado a que el proveedor tenga la obligación de abstenerse de utilizar los datos por él recabados durante el periodo en el que el contenido o servicio digital no fue conforme, no teniendo obligación de abstenerse, en cambio, de usar aquellos datos recabados durante el tiempo en el que se mantuvo la conformidad del contenido o servicio digital. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones, esta solución, en la práctica, no será viable, puesto que muchos de los datos personales que se ceden como contraprestación se recaban al inicio del contrato de suministro, por lo que nos veríamos en la obligación de tener que

resultará factible. Cuestión distinta es el supuesto en el que el consumidor hubiese acordado inicialmente proporcionar datos personales a cambio del contenido o servicio digital, pero, posteriormente, hubiese adquirido características adicionales de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio. En este caso, la doctrina ha considerado⁸² (a nuestro parecer, certeramente), que el consumidor sí podrá ejercitar el derecho de resolución parcial y que, en consecuencia, se le restituirán las cantidades pagadas con posterioridad, y ello con independencia de que no haya pagado un precio por el contenido o servicio digital básico.

3. ¿Qué ocurre con los datos personales del usuario tras la resolución del contrato?

En el caso de la resolución de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, surgen una serie de obligaciones y derechos tanto para el empresario como para el consumidor. Entre las primeras, que aparecen reguladas en el art. 119 ter. 5 TRLGDCU, aparece la restitución del precio, que es uno de los efectos típicos de la resolución de los contratos bilaterales y sinalagmáticos. En este sentido, el art. 119 ter. 5, letra a) TRLGDCU establece que “El empresario reembolsará al consumidor o usuario todos los importes pagados con arreglo al contrato”⁸³. Esta regla está pensada para todos aquellos supuestos en los que la contraprestación consiste en el pago de un precio en dinero⁸⁴. Sin embargo, en muchas ocasiones, los contenidos y servicios digitales se suministran a cambio de datos personales que son cedidos por el consumidor a modo de contraprestación.

En estos casos, cuando el consumidor haya proporcionado sus datos personales como contraprestación del contenido o servicio digital, el art. 119 ter. 5, letra b) TRLGDCU señala que, tras la resolución del contrato, “el empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, así como a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”⁸⁵. Este precepto pretende que el empresario cumpla, tras la resolución del contrato, con

distribuir proporcionalmente estos datos -pues a pesar de que se suministran al principio, se corresponden con todo o parte del contenido o servicio digital suministrado con posterioridad durante un determinado periodo de tiempo-, lo cual, como ya hemos dicho, no es posible.

82 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., pp. 282-283.

83 Este precepto se corresponde con el art. 16.1 DCSD.

84 El TRLGDCU no establece qué debe entenderse por “precio”. Sin embargo, el art. 2.7 DCSD define el “precio” como “el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales”.

85 Vid., en el mismo sentido, art. 16.2 DCSD, el cual señala que el empresario cumplirá, como es lógico, únicamente con las obligaciones establecidas en el RGPD. No obstante, la PropDCSD contenía reglas detalladas sobre las obligaciones del empresario con respecto a todos los tipos de datos -personales y no personales- proporcionados por el consumidor. Sin embargo, en la DCSD se optó finalmente por dejar esa regulación detallada para los datos no personales, ya que el RGPD establece un marco jurídico suficiente para proteger los datos personales del consumidor, por lo que se decidió adoptar una disposición de estas características, es decir, con una remisión total a lo establecido en el RGPD.

las disposiciones del RGPD y la LOPDGDD⁸⁶. De esta forma, si el consumidor proporciona datos personales al proveedor de contenidos o servicios digitales, el empresario deberá cumplir, una vez resuelto el contrato, con las obligaciones del RGPD y la LOPDGDD, y ello con independencia de si, además, se ha pagado o no un precio. Como puede apreciarse, el TRLGDCU -siguiendo el esquema de la DCSD- respeta la política de la normativa de protección de datos y, por tanto, evita interferir en las obligaciones a las cuales se debe atener el empresario tras la resolución del contrato.

El empresario al que un consumidor le proporciona sus datos personales puede ostentar la condición tanto de “responsable del tratamiento” o “responsable”⁸⁷, como de “encargado del tratamiento” o “encargado”⁸⁸. Así, si el empresario simplemente recibe los datos personales y los transfiere a un tercero para su tratamiento, el empresario será el “responsable del tratamiento o “responsable”. No obstante, si el empresario también procesa o trata los datos personales, entonces ostentará la condición de “encargado del tratamiento” o “encargado”⁸⁹. Las obligaciones que debe asumir cada una de estas dos figuras se encuentran en el capítulo IV del RGPD y en el Título V de la LOPDGDD.

Los datos personales deberán ser tratados de acuerdo con los principios de licitud, lealtad y transparencia⁹⁰. Además, solo deben recopilarse para fines determinados, explícitos y legítimos⁹¹; y deberán ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (principio de “minimización de datos”)⁹².

Por su parte, los datos personales solo podrán ser tratados cuando sea lícito hacerlo. El tratamiento deberá, pues, ajustarse a los criterios establecidos en el art.

86 El establecimiento de una política de protección de los datos personales de las personas residentes en la UE encuentra su fundamento jurídico en el art. 8.1 de la CDFUE, así como en el art. 16.1 TFUE. En ambos se garantiza el derecho de toda persona a “la protección de los datos de carácter personal que la conciernen”.

87 El “responsable del tratamiento” o “responsable” se define en el art. 4.7 RGPD como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

88 El “encargado del tratamiento” o “encargado” se define en el art. 7.8 RGPD como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

89 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 286; y LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 ter”, cit., p. 1760. Para un análisis más exhaustivo sobre quién y en qué casos se considera responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, vid., WENDEHORST, C.: “Personal Data in Data Value Chains-Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 197-199.

90 Art. 5.1, letra a) RGPD.

91 Art. 5.1, letra b) RGPD.

92 Art. 5.1, letra c) RGPD.

6.1 RGPD. Como ha señalado acertadamente la doctrina⁹³, en la mayoría de casos, la base para el tratamiento lícito de los datos personales será el consentimiento del interesado⁹⁴, aunque otros criterios de especial relevancia para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales podrían ser que el tratamiento fuera “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”⁹⁵ y que el tratamiento fuese “necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”⁹⁶. No obstante, si los datos personales proporcionados por el consumidor son tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin, no será de aplicación el Libro II “Contratos y Garantías”⁹⁷, aunque el RGPD continuaría aplicándose a estos datos.

Por último, hay que tener en cuenta que el consumidor tiene derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento y que debe ser tan fácil retirar el consentimiento como darlo. Surge aquí la cuestión de si la declaración por la que el consumidor expresa su intención de resolver el contrato ex art. 119 *ter* TRLGDCU debe considerarse como una manifestación para retirar el consentimiento. A ello, cabe responder afirmativamente, porque los consumidores esperarían que los efectos de la resolución del contrato supusieran poner fin a todos los aspectos de la relación jurídica con el empresario. Por tanto, el ejercicio de la resolución contractual debe tener como efecto la retirada del consentimiento⁹⁸, aunque, como matiza la mejor doctrina⁹⁹, en realidad, los principios vigentes del RGPD llevarían al mismo resultado. Es decir, si los datos ya no fueran necesarios para la finalidad negocial para la que fueron recogidos, en virtud de los principios de limitación del plazo de conservación y minimización (art. 5.1 RGPD) y, dado que el tratamiento ya no sería necesario para la ejecución del contrato [art. 6.1, letra b) RGPD], el empresario debería abstenerse de continuar en el tratamiento.

De esta forma, la resolución obliga al prestador a un no hacer, consistente en dejar de usar todos los datos facilitados por el consumidor, tanto aquellos que fueron necesarios para la ejecución del contrato, como aquellos otros usados por el proveedor para otros fines (como enviar publicidad). Es indiferente la forma en que se hayan obtenido dichos datos y si el consumidor los cedió como

93 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 286.

94 Art. 6.1, letra a) RGPD.

95 Art. 6.1, letra b) RGPD.

96 Art. 6.1, letra c) RGPD.

97 Cfr. art. 3.1, párrafo 2º DCSD.

98 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 287.

99 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 845.

contraprestación o no (es decir, si además de ceder datos pagó un precio en dinero)¹⁰⁰. En consecuencia, una vez resuelto el contrato, el empresario no podrá continuar en el tratamiento de los datos personales del interesado y, además, deberá garantizar una serie de derechos a favor del consumidor. Estos derechos del consumidor -respecto a sus datos personales- implicados en la resolución contractual son, principalmente, tres: a) el derecho de acceso; b) el derecho de portabilidad; y c) el derecho de supresión o "derecho al olvido".

a) El derecho de acceso.

El derecho de acceso, regulado en el art. 15 RGPD¹⁰¹, implica que "el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen" y, además, tendrá derecho a acceder a esos datos y a recibir información sobre ocho categorías distintas (fines, categorías de datos, destinatarios, origen de la información, plazo de conservación, etc.)¹⁰², así como el derecho a obtener una copia de los datos personales objeto de tratamiento¹⁰³. El derecho de acceso se entenderá otorgado si el responsable del tratamiento facilita al afectado un sistema de acceso remoto, directo y seguro a los datos personales que garantice, de modo permanente, el acceso a su totalidad. A tales efectos, la comunicación por el responsable al afectado del modo en que este podrá acceder a dicho sistema bastará para tener por atendida la solicitud de ejercicio del derecho (art. 13.2 LOPDGDD). De esta forma, en el ejercicio del derecho de acceso podemos distinguir dos fases: por un lado, el acceso al tratamiento y a los datos que contiene el responsable y, por otro, la entrega de la información prevista en el RGPD.

Se trata de un derecho que está más relacionado con la información, la transparencia y el conocimiento que con la disponibilidad o control de los datos¹⁰⁴. Al fin y al cabo, a través del derecho de acceso se pretende que el interesado conozca y verifique la licitud del tratamiento, para lo cual se le ofrece la posibilidad de obtener una copia de sus datos.

100 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., p. 72.

101 Cfr. art. 13 LOPDGDD.

102 En tal sentido, SERRANO PÉREZ, M^a.M.: "Derechos de las personas", en AA.VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (coord. por A. TURNES VILLANUEVA), Dilex, Madrid, 2020, p. 62, advierte que la falta de comunicación sobre alguno de estos elementos que señala el precepto provocaría un ejercicio incompleto del derecho de acceso y, por tanto, ocasionarían una lesión en el derecho mismo y en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

103 Sin embargo, de acuerdo con el art. 13.1, párrafo 2º LOPDGDD "Cuando el responsable trate una gran cantidad de datos relativos al afectado y este ejercite su derecho de acceso sin especificar si se refiere a todos o a una parte de los datos, el responsable podrá solicitarle, antes de facilitar la información, que el afectado especifique los datos o actividades de tratamiento a los que se refiere la solicitud". No obstante, en opinión de SERRANO PÉREZ, M^a.M.: "Derechos de las personas", cit., p. 62, cuando el interesado realice tal petición sin especificar los datos sobre los que desea ejercitar el derecho de acceso, el responsable podrá desatender de forma justificada su solicitud.

104 CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos", cit., p. 843.

b) El derecho de portabilidad.

El derecho a la portabilidad de los datos, regulado en el art. 20 RGPD¹⁰⁵, supone que el interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento¹⁰⁶, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado. Además, este derecho también permite al interesado solicitar que sus datos se transmitan directamente de responsable a responsable, aunque supeditado a la condición de que la transmisión sea técnicamente posible¹⁰⁷. Por ello, los responsables deben crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de los datos¹⁰⁸. Así, se mejora la capacidad de los interesados para trasladar, copiar o transmitir datos personales fácilmente de un entorno informático a otros (ya sea a sus propios sistemas, a los sistemas de terceros de confianza o a los de otros responsables del tratamiento)¹⁰⁹.

Por tanto, el derecho a la portabilidad se puede desgranar, a su vez, en tres derechos: 1) el derecho a recibir los datos personales que le incumban; 2) el derecho a transmitirlos a otro responsable sin que el anterior se lo impida; y 3) el derecho a que se transmitan los datos directamente de responsable a responsable en los casos en que sea técnicamente posible. Con todo ello, se persiguen dos objetivos: por un lado, fortalecer el control de la persona sobre los datos personales que le conciernen; y, de otro lado, mejorar la competencia al facilitar el cambio de un proveedor de servicios a otro¹¹⁰.

Sin embargo, este derecho solo se aplicará cuando el interesado haya facilitado los datos personales dando su consentimiento o cuando el tratamiento sea

105 Cfr. art. 17 LOPDGDD. Aunque, en la normativa nacional, el derecho a la portabilidad en el ámbito digital se encuentra regulado específicamente en el art. 95 LOPDGDD.

106 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "El derecho a la portabilidad de los datos personales", en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.685-686, señala que la expresión datos que "incumban" al interesado significa también que la portabilidad no podrá pedirse si los datos han sido suministrados por parte de terceros o es información relativa a terceros, salvo que, naturalmente y en este último caso, se cuente con su previo consentimiento o se actúe en representación suya. Por tanto, la portabilidad solo podrá ejercitarse frente a aquél responsable a quien el propio interesado haya proporcionado los datos; y lo que recibirá no será cualquier información que el responsable tenga o gestione sobre su persona, sino solamente los datos "facilitados" por el solicitante.

107 La finalidad de este derecho es reforzar aún más el control de los interesados sobre sus propios datos. Como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos", cit., p. 843, se puede concebir como una mera extensión del derecho de acceso o una suerte de versión "premium" de aquél, aunque es evidente que existen claras diferencias entre ambos.

108 En tal sentido, SERRANO PÉREZ, M^a.M.: "Derechos de las personas", cit., p. 75, señala que es obligación de los responsables del tratamiento establecer los mecanismos que aseguren que los datos transmitidos son los que efectivamente el sujeto desea portar, de manera que los medios utilizados por los responsables del tratamiento sean aptos para evitar la comisión de errores.

109 *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, GT29, 13 de diciembre de 2016 (revisada el 5 de abril de 2017), WP 242 rev.01, p. 4.

110 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "El derecho a la portabilidad", cit., p.671.

necesario para la ejecución de un contrato. De ahí que no debe aplicarse cuando el tratamiento tenga una base jurídica distinta del consentimiento o el contrato.

c) El derecho de supresión o “derecho al olvido”.

El derecho de supresión o “derecho al olvido”, regulado en el art. 17 RGPD¹¹¹, implica que el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan. De esta forma, el responsable del tratamiento estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurren determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando los datos personales ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos¹¹²; el interesado retire el consentimiento¹¹³; el interesado se oponga al tratamiento; los datos personales se hayan tratado ilícitamente, etc.). En tal sentido, el derecho al olvido resulta esencial para poder ejercer el control sobre los datos personales del sujeto¹¹⁴. Además, como afirma el Tribunal Constitucional¹¹⁵, el reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y, por tanto, como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales.

Por otro lado, con el fin de reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales¹¹⁶.

Sin embargo, aunque, *a priori*, pueda parecer que para que se produzca la supresión de los datos del interesado es necesaria la solicitud expresa de este, los principios del RGPD pueden llevar al mismo resultado sin necesidad de dicha

111 Cfr. art. 15 LOPDGD.

112 La justificación de esta circunstancia reside en la falta de conexión entre la finalidad del tratamiento y los datos recabados para dicho tratamiento. Es por ello que, si tras desaparecer la finalidad que justificó el tratamiento de los datos, estos se mantienen, el tratamiento se convertiría en un tratamiento ilegal por pérdida de la finalidad.

113 En el ámbito de los contenidos y servicios digitales, esta circunstancia puede cobrar especial relevancia, en concreto, cuando el interesado retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, en cuyo caso desaparecería la base legítima que lo justifica, esto es, el consentimiento previsto en el art. 6.1, letra a) RGPD.

114 SERRANO PÉREZ, M^a.M.: “Derechos de las personas”, cit., p. 69.

115 STC 58/2018, de 4 de junio de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:58).

116 Cdo. 66 RGPD.

solicitud. Esto se debe a que, si los datos ya no fueran necesarios para los fines negociales para los que fueron recogidos, por aplicación de los principios de limitación y minimización de datos¹¹⁷, el tratamiento ya no sería necesario para la ejecución del contrato [art. 6.1, letra b) RGPD]¹¹⁸.

El derecho a la supresión de los datos es un derecho independiente del derecho a la portabilidad¹¹⁹. Es decir, si el interesado ejerce el derecho a la portabilidad, ello no implica que el responsable deba suprimir los datos una vez los ha trasladado al otro responsable, sino que, si el interesado quiere que los eliminen, deberá solicitar, además de la portabilidad, la supresión de los datos de forma expresa.

También es conveniente tener en cuenta que existen excepciones o límites al ejercicio del derecho de supresión. En este sentido, el responsable del tratamiento no estará obligado a suprimir los datos del interesado cuando se de alguno de los cinco presupuestos establecidos en el art. 17.3 RGPD. Entre ellos, hay dos que pueden ser aplicados con más frecuencia en el supuesto de resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Por un lado, cuando el tratamiento sea necesario “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información” [art. 17.3, letra a) RGPD], lo cual tendrá lugar, por ejemplo, cuando el consumidor revele voluntariamente datos personales a todo el público en redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram*, etc.) y sobre los que se ha hecho algún tipo de réplica o comentario en ejercicio de la libertad de expresión, o también cuando los medios de comunicación se han hecho eco de ello al amparo de la libertad de información; y, por otro lado, cuando el tratamiento sea necesario para “la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”, lo cual sucederá cuando las partes no estén de acuerdo acerca del incumplimiento de las obligaciones que dieron lugar a la resolución del contrato¹²⁰.

Por último, en relación con el derecho al olvido, existen dos preceptos específicos a nivel nacional que no encontramos en el RGPD. Se trata de los arts. 93 y 94 LOPDGDD¹²¹.

117 Vid., art. 5.1, letra a) y b) RGPD.

118 En esta línea, vid., CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos”, cit., p. 845.

119 De hecho, así lo expresa el art. 20.3 RGPD el cual señala que el derecho a la portabilidad de los datos se entiende sin perjuicio del artículo 17 (derecho de supresión). Y, en este mismo sentido, el Cdo. 68 RGPD establece que el derecho a la portabilidad no debe menoscabar el derecho del interesado a obtener la supresión de los datos personales y las limitaciones de ese derecho recogidas en el presente Reglamento, y en particular no debe implicar la supresión de los datos personales concernientes al interesado que este haya facilitado para la ejecución de un contrato, en la medida y durante el tiempo en que los datos personales sean necesarios para la ejecución de dicho contrato.

120 Vid., a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos”, cit., pp. 853-854; y MORALES BARCELÓ, J.: “El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 59, 2022, RR-6.7.

121 Esta regulación específica de los arts. 93 y 94 LOPDGDD ha sido objeto de crítica por parte de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La regulación del ‘derecho al olvido’ en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDGDD”, en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo

El primero de ellos (art. 93 LOPDGDD) se refiere al derecho al olvido en búsquedas de internet. Se trata del derecho que tiene toda persona a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

El segundo de ellos (art. 94 LOPDGDD) se refiere al derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes. Se trata del derecho que tiene toda persona a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como el derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

V. SUPUESTOS EN QUE LA RESOLUCIÓN PUEDE SER EJERCITADA POR PARTE DEL EMPRESARIO.

La resolución del contrato también puede ser ejercitada por el empresario ante un incumplimiento del consumidor. Al respecto, consideramos que existen dos supuestos en los que el empresario estará facultado para resolver el contrato. El primero de ellos, previsto en el art. 119 *ter*. 7 TRLGDCU, es aquel en el que el consumidor retira su consentimiento al tratamiento de los datos personales cedidos como contraprestación. El segundo supuesto, no previsto expresamente por la ley, se refiere a aquellos casos en los que los datos personales facilitados por el consumidor como contraprestación son falsos. A continuación, se analizan, por separado, ambos supuestos.

Blanch, Valencia, 2020, pp. 393-395. El autor lo critica en un doble sentido: por un lado, señala que cabe dudar de si el legislador español ha acertado al regular el derecho al olvido en búsquedas de Internet en el art. 93 LOPDGDD, ya que los arts. 17 y 21 RGPD abordan esta misma cuestión desde una perspectiva más general dentro de un Reglamento que tiene como objetivo garantizar un nivel de protección uniforme en toda la UE. En consecuencia, cuestiona si un Estado miembro puede establecer un régimen específico para el derecho al olvido en búsquedas de Internet. Y, por otro lado, el autor también discute el hecho de que se haya regulado por separado el derecho a la retirada de enlaces por parte de los buscadores en el art. 93 y el derecho de supresión en el entorno *on-line* para el caso específico de las redes sociales y "servicios equivalentes" en el art. 94 LOPDGDD, dejando sin regulación el otro supuesto paradigmático del "derecho al olvido", que es la supresión de contenidos en páginas o sitios web, que seguirá estando sometido a las reglas generales del art. 17 RGPD.

I. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales por parte del consumidor.

El art. 119 *ter*. 7 TRLGDCU establece una regla en virtud de la cual se faculta al empresario para resolver el contrato si el consumidor retira su consentimiento o se opone al tratamiento de sus datos personales. En este sentido, el precepto señala que “El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo”. Se trata de una norma que no tiene su origen en el texto normativo de la DCSD, sino que su origen lo encontramos en el Cdo. 40 DCSD, en el cual se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de regular las consecuencias del contrato en aquellos casos en que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales¹²².

De esta forma, para que el empresario pueda resolver el contrato se tienen que dar tres presupuestos de forma cumulativa: 1) que el consumidor retire su consentimiento o se oponga al tratamiento de sus datos personales; 2) que el suministro de contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales; y 3) que el contrato se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte¹²³. Por tanto, el supuesto de hecho que se contempla en este apartado 7 del art. 119 *ter* TRLGDCU no se aplicará a los contratos de contenidos o servicios digitales suministrados a cambio de un precio en dinero, sino únicamente a aquellos en que la contraprestación consista en la cesión de uso de datos personales. Además, quedan excluidos aquellos supuestos en los que el contenido o servicio digital se suministra en un único acto; y, por último, el empresario tampoco podrá resolver el contrato en aquellos casos en que el contenido o servicio digital ya esté completamente suministrado.

122 Por tanto, la DCSD no se ha ocupado de establecer un régimen jurídico para el caso de que el consumidor decida retirar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales, sino que se trata de una cuestión que se ha dejado al arbitrio del Derecho nacional. Esta decisión del legislador europeo es criticable en el sentido de que nos vamos a encontrar en este punto con diferentes regulaciones, de forma que, dependiendo del Estado miembro, el nivel de protección del consumidor será distinto. Justo lo contrario al propósito perseguido por la DCSD (*vid.*, Cdos. 3, 6, 7, 8 y 86 DCSD). Por ejemplo, en Italia no se ha introducido ninguna norma específica sobre las consecuencias contractuales de la retirada del consentimiento para el tratamiento de datos personales. En tal caso, como ha señalado, DE FRANCESCHI, A.: “Italy”, en AA.VV.: *Harmonizing Digital Contract Law: The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms* (dir. por A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE), Nomos-Hart, Oxford (Inglaterra), 2023, p. 394, se aplicarán las normas del Derecho contractual general italiano.

123 En tal sentido, LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 *ter*”, cit., p. 1768, afirma que se cumple, de esta manera, una exigencia imprescindible en materia de resolución de obligaciones bilaterales, según la cual, el que pretenda ejercitar la resolución, en este caso, el empresario, debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir su obligación. En cambio, la otra parte debe haber incumplido la suya al retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de los datos personales.

Si se dan estos tres presupuestos, se “permitirá que el empresario resuelva el contrato”. Es decir, se trata de una opción que, en estos casos, la ley pone a disposición del empresario, pero de la que este no tiene por qué necesariamente hacer uso¹²⁴. Por lo tanto, la resolución no opera automáticamente, sino que queda al arbitrio del empresario hacer o no uso de ella¹²⁵. En caso de que el empresario decida resolver, se aplicarán las normas que regulan los efectos de la resolución contractual previstas en el art. 119 *ter*. 5 TRLGDCU¹²⁶.

Con carácter general, el tratamiento de datos personales en relación con un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales será lícito si se ajusta a lo establecido por el RGPD. Sin embargo, existe una clara contradicción entre la obligación de ceder los datos personales y la aceptación del tratamiento de los mismos, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD¹²⁷. Este artículo señala que “El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento” y que “Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo”. Por tanto, debemos plantearnos qué ocurre cuando el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es la contraprestación

124 En contra de esta solución, se muestra ARROYO AMAYUELAS, E.: “Entra en vigor el Real Decreto Ley”, cit., p. 9, quien afirma que el equilibrio de intereses justifica que, en estos casos, el empresario deje de continuar ofreciendo los contenidos y servicios digitales, pero la solución correcta no era concederle la facultad de resolver, sino otorgarle un derecho de denuncia, desistimiento o rescisión. La razón reside en que si se permite la resolución, se da a entender que el fundamento de la terminación es el incumplimiento del consumidor, lo cual no es así porque sería incompatible con que este tenga derecho a ejercer libremente el derecho a retirar su consentimiento (Cdo 42 RGPD, art. 4.11, 7.3 y 7.4, 21 RGPD).

125 Sin embargo, como acertadamente afirma MILÀ RAFEL, R.: “Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 440, si el empresario ya ha “monetizado” los datos, no tiene sentido que conserve su facultad de resolver. En un sentido similar, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 259, afirma que, una vez los datos personales ya se han “monetizado” por el empresario, éstos estarán en poder de terceros y, por tanto, la resolución no sirve para nada desde el punto de vista reparatorio.

126 En concreto, el empresario cumplirá con las obligaciones aplicables con arreglo al RGPD. Así, deberá abstenerse de utilizar cualquier contenido -distinto de los datos personales- proporcionado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales. Además, deberá poner tales contenidos a disposición del empresario, y podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales. Por su parte, el consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos que haya creado al utilizar los contenidos o servicios digitales y deberá abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y ponerlos a disposición de terceros.

127 En esta situación en la que los datos son la contraprestación del contrato y la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos está exenta de todo perjuicio económico, DE FRANCESCO, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 120, advierte que la estabilidad del contrato estará constantemente en juego y puede conllevar el riesgo de un enriquecimiento sin causa para el titular de los datos. En este mismo sentido, AGUILERA RUIZ, L.: “La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (dir. por M.T. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SAINZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 122, ya advertía que la revocación del consentimiento plantea la imposibilidad de continuar en el tratamiento, lo que sí impacta de pleno en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales ya que priva al empresario de la contraprestación pactada y obtenida.

del contrato y el consumidor decide retirarlo¹²⁸. Al respecto, podemos hacer las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, hay que tener en cuenta que se trata de un derecho que la normativa de protección de datos confiere al interesado y que prevalece sobre cualquier disposición de la DCSD y el TRLGDCU¹²⁹. Además, se trata de un derecho concedido por una norma legal imperativa, lo cual implica que no podría excluirse a través de una cláusula contractual, que sería nula¹³⁰. Así pues, el consumidor tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento; y, en consecuencia, el ejercicio de esta facultad por parte del consumidor supone que, a partir de ese momento, el tratamiento no será lícito y, por tanto, el empresario deberá cesar en el mismo, haciéndose extensible esta obligación a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor.

2) En segundo lugar, ante la revocación del consentimiento al tratamiento de datos personales, el legislador español ha adoptado una solución: otorgar al empresario la facultad de resolver el contrato¹³¹. Sin embargo, la doctrina¹³² se ha planteado si los Derechos nacionales pueden adoptar un precepto de estas características. En concreto, se cuestiona si esta norma afecta a la libertad del interesado de revocar su consentimiento, es decir, se plantea la cuestión de si el interesado es realmente libre de revocar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales cuando sabe que ello faculta al empresario a resolver el contrato, sobre todo, si se tiene presente que el rasgo del consentimiento “libre” es esencial

128 En este sentido, el Cdo. 39 DCSD señala que “El derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva”.

129 Así se dispone expresamente en el art. 114.1, párrafo 2º TRLGDCU y en el art. 2.8 DCSD.

130 GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, p.190. En este punto, podríamos plantearnos si sería posible limitar su ejercicio conforme a la buena fe de acuerdo con el art. 7 CC, de forma que, si los datos personales cedidos por el consumidor constituyen la contraprestación del contenido o servicio digital, el consumidor no pudiera revocar su consentimiento hasta que no hubiese finalizado el plazo establecido en el contrato o durante un plazo de tiempo razonable. Sin embargo, como acertadamente ha señalado SÁNCHEZ LERÍA, R.: “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 45, 2018, p. 21, limitar temporalmente este derecho podría plantear determinados problemas. En especial, si bien es cierto que el ejercicio de los derechos ha de ajustarse siempre a la buena fe, ello no puede implicar una limitación *contra legem* del mismo.

131 Vid., en un sentido similar, el art. § 327q (2) y (3) de la norma de transposición alemana (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen). En cambio, el legislador italiano no ha previsto una norma de características similares.

132 Vid., en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Diario La Ley*, núm. 9887, 2021, p. 23; y SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, pp. 8-9.

en la autorización al tratamiento de datos [arts. 6.1, letra b), 4.11 y 7 RGPD]¹³³. La respuesta a esta cuestión dependerá de la interpretación que se le dé a la noción de perjuicio.

Por un lado, si nos atenemos a una interpretación amplia de la noción de perjuicio, podemos entender que la facultad que se le otorga al empresario para resolver el contrato es un perjuicio derivado para el consumidor, ya que es la consecuencia de la retirada de su consentimiento. En este mismo sentido, parece que apunta la OEPD¹³⁴, para quien habrá perjuicio si, después de que el interesado retire el consentimiento, se produce una consecuencia negativa como, por ejemplo, que disminuya el nivel en la prestación del servicio en detrimento del usuario. Por tanto, atendiendo a esta interpretación, el art. 119 ter. 7 TRLGDCU infringiría lo establecido en los arts. 7 y 4.11 RGPD, de manera que el empresario no podría resolver el contrato por tratarse de un perjuicio derivado de la retirada del consentimiento por parte del consumidor al tratamiento de sus datos personales.

Por otro lado, se ha defendido una interpretación estricta -a la que nos adherimos- conforme a la cual se diferencia entre perjuicio y consecuencias de la retirada del consentimiento¹³⁵. De esta forma, podemos considerar un perjuicio el hecho de que se le imponga al consumidor una penalización o que se le imponga algún tipo de indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar al empresario por la retirada del consentimiento¹³⁶. La legislación española no condena al consumidor en estos casos, dado que el consumidor/interesado no se ve perjudicado, pues no se le impone penalización ni indemnización por los daños y perjuicios. De hecho, el propio art. 119 ter. 7 TRLGDCU *in fine* señala que “En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo”. Por su parte, tampoco entendemos que se pueda considerar un perjuicio el hecho de otorgarle al empresario la

133 En este sentido, el Cdo. 42 RGPD *in fine* dispone que “El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”.

134 *Vid.*, en este sentido, las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, de 4 de mayo de 2020, p. 12.

135 *Vid.*, en este sentido, SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 9; y CASTILLO PARRILLA, J. A.: “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021, p. 15.

136 En este mismo sentido, las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, de 4 de mayo de 2020, p. 12, señalan que también puede considerarse un perjuicio el engaño, la intimidación, la coerción o consecuencias negativas importantes si un interesado no da su consentimiento o no le era posible retirarlos sin sufrir alguno de estos perjuicios. Por su parte, SCHMIDT-KESSEL, M.: “Right to withdraw consent to data processing -the effect on the contract” en AA.VV.: *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?* (dir. por R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER Y S. LOHSSE), Nomos/Hart, Baden-Baden, 2020, p.143, propone que una solución alternativa a la facultad del empresario a resolver el contrato sea sustituir la cesión de datos personales por otro tipo de obligación a cargo del consumidor como, por ejemplo, una obligación de pago. Sin embargo, consideramos que esta solución es contraria al art. 7.3 RGPD, ya que imponerle al consumidor el pago de un precio puede entenderse como una penalización que mermaría sin duda la libertad del consumidor a retirar su consentimiento.

facultad de resolver el contrato ante la retirada del consentimiento por parte del consumidor¹³⁷, ya que consideramos que, simplemente, es una consecuencia contractual ligada a la retirada del consentimiento que el consumidor debe asumir bajo su responsabilidad.

Es necesario traer a colación el binomio “libertad” / “responsabilidad”. Así, el consentimiento se considerará libre si el sujeto lo ha prestado sin amenaza o coacción y puede retirarlo en cualquier momento. Sin embargo, la libertad de retirar el consentimiento conlleva asumir una responsabilidad. Por tanto, el hecho de que el consumidor -libremente- retire su consentimiento, no excluye que se asignen unas consecuencias, de la misma forma que ocurriría si retirara un pago en dinero¹³⁸. Estas consecuencias son distintas de la noción de “perjuicio”, entendida ésta como algo que va más allá de las consecuencias contractuales derivadas de la retirada del consentimiento¹³⁹. Con esta interpretación donde el concepto de “perjuicio” se desliga de las “consecuencias contractuales” se permite que las características del consentimiento en el ámbito contractual y la normativa de protección de datos puedan conciliarse¹⁴⁰, toda vez que se establece una solución que permite equilibrar los intereses del consumidor y del empresario, evitando además el enriquecimiento injusto que se produciría a favor del consumidor.

3) Sin embargo, la libre revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales por parte del consumidor presenta un problema respecto al derecho de desistimiento. En concreto, el carácter revocable del consentimiento supone dejar sin efecto la excepción al desistimiento en los contratos de suministro

137 De hecho, como acertadamente ha afirmado AGUILERA RUIZ, L.: “La revocación del consentimiento”, cit., p. 127, nos encontramos en presencia de un incumplimiento esencial en el sentido establecido por el Tribunal Supremo. Vid., a este respecto, SSTs 29 enero 2014 (Tol 4100891) y 23 mayo 2014 (Tol 4364890). Es decir, que el incumplimiento afecta a un elemento fundamental de la relación contractual, que ha llevado precisamente a una de las partes a su celebración. En este caso, afecta a la totalidad de las prestaciones contractuales, de manera que afecta directamente a la satisfacción del acreedor. En concreto, la cesión de los datos personales por el consumidor para su tratamiento por su contratante conlleva para este unas expectativas claras de prolongación en el tiempo, durante el que podría tratar los datos de manera lícita con la finalidad específica que ha llevado inicialmente al consumidor a aceptar el pacto. Esta frustración de tal expectativa afecta de manera esencial a la “valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabría esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado”. Vid., en este sentido, STS 23 mayo 2014 (Tol 4259380).

138 CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 16.

139 Sería el caso, como hemos visto anteriormente, el hecho de que se le imponga al consumidor una penalización o que se le imponga algún tipo de indemnización por los daños y perjuicios.

140 De esta forma, conviene precisar que la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales no implica la revocación del consentimiento contractual por parte del consumidor, pero sí se faculta al empresario a resolver el contrato. En este sentido, como acertadamente ha señalado SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 8, si el consumidor retira el consentimiento y, por tanto, los datos personales ya no constituyen la contraprestación del contenido o servicio digital, el TRLGDCU no sería aplicable y, en consecuencia, los remedios contractuales no estarían a disposición del consumidor. Argumento que creemos que sirve para reforzar esta tesis que aboga por la separación entre revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales y revocación del consentimiento contractual.

de contenidos y servicios digitales prevista en el art. 103, letra m) TRLGDCU¹⁴¹, dado que el consumidor titular de los datos siempre podría desvincularse del contrato revocando su consentimiento al tratamiento, por lo que gozaría de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum sine die* respecto del propio vínculo contractual que no tendría el consumidor que ha abonado una contraprestación dineraria¹⁴². Además, se advierte que la revocación del consentimiento confronta claramente con el artículo 1.256 CC, según el cual la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, en la medida en que el cumplimiento de una parte del contrato queda al arbitrio de uno de los contratantes (el titular de los datos)¹⁴³; pero, en realidad, este obstáculo también puede salvarse si mantenemos la tesis en virtud de la cual el consentimiento para el tratamiento de datos y el consentimiento contractual son dos consentimientos separados. De esta forma, que el consumidor retire su consentimiento al tratamiento de datos, no significa que desista del contrato, aunque, eso sí, siempre le quedará al empresario la facultad de resolver el contrato ex art. 119 *ter*. 7 TRLGDCU.

2. La facilitación de datos personales falsos por parte del consumidor.

Acabamos de analizar cómo la retirada del consentimiento para el tratamiento de datos personales por parte del consumidor es un presupuesto previsto por la ley que puede servir para que el empresario ejecute la resolución del contrato. Sin embargo, podemos plantearnos otro supuesto similar, que podría servir también como presupuesto de la resolución contractual por parte del empresario. Esto es, ¿podría el empresario resolver el contrato si los datos personales facilitados por el consumidor son falsos? Es previsible la posibilidad de que el consumidor pueda utilizar un correo electrónico o un número de teléfono que haya creado *ad hoc*, e incluso una identidad personal falsa, habiendo creado una identidad

141 Este artículo establece que el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a "El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones: 1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento; 2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y 3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.". Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S.: "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual* (coord. por M.J. SANTOS MORÓN y M.N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022, p. 290, indica que la pérdida del desistimiento es una consecuencia directamente aparejada por la ley al inicio de la ejecución del contrato, por lo que aquello que se pretende garantizar es que el consumidor cuando consiente para la ejecución sea consciente de la consecuencia que lleva aparejada: la pérdida del derecho a desistir.

142 GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección", cit., p.190.

143 *Ibidem*. p. 191. *Vid.*, En el mismo sentido, SÁNCHEZ LERÍA, R.: "El contrato de suministro de contenidos", cit., p. 20.

digital no correspondiente con la analógica¹⁴⁴. Se trata de un supuesto que no está expresamente contemplado ni en la DCSD ni en el TRLGDCU.

A nuestro entender, consideramos que el suministro de datos falsos por parte del consumidor sería equiparable a un supuesto en el que el consumidor no facilitase sus datos personales cuando los mismos constituyeran la contraprestación del contrato. La razón reside en que el empresario tiene la expectativa de tratar unos datos personales verdaderos que son los que realmente le resultan útiles, de manera que, si se le facilitan unos datos personales falsos, verá frustradas sus expectativas en cuanto a los resultados o beneficios que esperaba; de la misma forma que sucedería si se acordara un precio en dinero como contraprestación, y el mismo no se entregara, en cuyo caso acudiríamos al art. 1.124 CC. Por tanto, ante el incumplimiento del consumidor de su obligación principal de facilitar datos personales verdaderos, el empresario podría optar por la resolución del contrato, ya que se trata de una facultad que se entiende implícita en las obligaciones recíprocas¹⁴⁵; y, lo mismo, ocurriría si el consumidor hubiera aceptado una cláusula en virtud de la cual se comprometiera a actualizar sus datos personales. En este caso, si el consumidor, en principio, hubiera facilitado sus datos personales, pero, al cabo de un determinado periodo de tiempo, no los actualizara, tal y como se había previsto en el contrato, el empresario también podría optar por la resolución del contrato.

144 GARCÍA HERRERA, V.: “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020, p. 8.

145 *Ibidem*, cit., p. 8. No obstante, la autora señala que, como opción alternativa, el empresario también podría escoger la opción de exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación de hacer (cesión de datos). Y que, tanto en el caso de resolución contractual como de cumplimiento de la obligación, podría exigir además el resarcimiento de daños y abono de intereses. La razón por la cual la autora considera que el empresario puede exigir una indemnización por daños y perjuicios reside en que desde el inicio de la ejecución del contrato hasta el momento en que el empresario descubre que los datos cedidos son falsos, el consumidor ha estado disfrutando del contenido o servicio digital sin derecho a ello, de forma que ha visto satisfecho su interés en perjuicio del empresario que no ha recibido su contraprestación. Sin embargo, MARTÍNEZ CALVO, J.: “Dualidad normativa en la regulación...”, cit., pp. 1178 y 1182, afirma -y a cuya opinión nos adherimos-, que la opción de exigir el cumplimiento forzoso al consumidor de ceder sus datos personales no podría ser aplicada a este tipo de contratos, pues ello resultaría contrario tanto al art. 4.11 RGPD como al art. 6.1 LOPDGD, los cuales exigen que el consentimiento ha de prestarse libremente, de manera que no se puede obligar al consumidor, contra su voluntad, a prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L.: "La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *Servicios digitales, condicionales generales y transparencia* (dir. por M.T. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SAINZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

ÁLVAREZ MORENO, M.T.: "Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. por L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022.

BECH SERRAT, J. M.: "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010.

BUENO BIOT, Á.: "La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023.

CÁMARA LAPUENTE, S.:

- "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual* (coord. por M.J. SANTOS MORÓN y M.N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022.
- "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016.
- "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020.
- "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, núm. 9887, 2021.

CARRASCO PERERA, Á.: "Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014.

CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

CASTILLO PARRILLA, J. A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021.

DE FRANCESCHI, A.: "Italy", en AA.VV.: *Harmonizing Digital Contract Law: The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms* (dir. por A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE), Nomos-Hart, Oxford (Inglaterra), 2023.

DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Saneamiento por vicios ocultos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

FENOY PICÓN, N.: "La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *Anuario de Derecho civil*, vol. 66, núm. 2, 2013.

FERRER GUARDIOLA, J.A.: "Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021.

FERVERS, M.: "Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

FUENTESECA DEGENEFTE, C.: "Artículo 18. Entrega", en AA.VV.: *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (dir. por S. DÍAZ ALABART), Reus, Madrid, 2014.

GARCÍA HERRERA, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020.

GARCÍA PÉREZ, R. M.: "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y

conformidad de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: "La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Contratación en el entorno digital* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "La regulación del 'derecho al olvido' en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDGDD", en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.:

- "Comentario al artículo 1124", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VI) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "El derecho a la portabilidad de los datos personales", en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GSELL, B.: "Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

IZQUIERDO GRAU, G.: "Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020.

LETE ACHIRICA, J.:

- "Artículo 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato", en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- "Artículo 119 ter. La resolución del contrato", en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MAK, V.: "The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Bruselas, 2016.

MANKO, R.: "Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive, In depth analysis", *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, Bruselas, 2016.

MARCO MOLINA, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, 2022.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

- "Comentario al artículo 118 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- "Comentario al artículo 121 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- "Comentario al artículo 1125", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil (Tomo VI)* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍN LÓPEZ, R.: *La protección del consumidor adquirente de contenidos y servicios digitales al amparo de la Directiva (UE) 2019/770*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2022.

MILÀ RAFEL, R.: "Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MORALES BARCELÓ, J.: "El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 59, 2022.

SÁNCHEZ LERÍA, R.:

- "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 45, 2018.
- "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022.
- "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021.

SCHMIDT-KESSEL, M.: "Right to withdraw consent to data processing-the effect on the contract" en AA.VV.: *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?* (dir. por R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER Y S. LOHSSE), Nomos/Hart, Baden-Baden, 2020.

SCHULTE-NÖLKE, H.: "El derecho de consumo en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa", en AA.VV.: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), ThomsonReuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

SERRANO PÉREZ, M^a. M.: "Derechos de las personas", en AA.VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (coord. por A. TURNES VILLANUEVA), Dilex, Madrid, 2020.

SILLERO CROVETTO, B.: "Art. 66 bis. Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material", en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo I) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

TWIGG-FLESNER, C.: "Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770", en *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

WENDEHORST, C.: "Personal Data in Data Value Chains-Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?", en AA.VV.: *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020.

LA FORMA DE LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS:
LA FRONTERA ENTRE LAS OBLIGACIONES EXIGIBLES Y
LOS DEBERES DE CONCIENCIA

*THE FORM OF ATYPICAL GRATUITOUS CONTRACTS: THE
BORDERLINE BETWEEN ENFORCEABLE OBLIGATIONS AND
DUTIES TO FOLLOW CONSCIENCE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 168-199

José María
CARDÓS
ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Existen múltiples contratos gratuitos atípicos. El principal problema que plantean es su distinción respecto de las liberalidades de uso y las prestaciones de cortesía. Si se solicita el cumplimiento forzoso de tales compromisos gratuitos, el promitente siempre podrá argumentar que no tuvo ninguna voluntad de obligarse jurídicamente, debido a la ausencia de contraprestación. La resolución al problema planteado pasa por constatar que todos los contratos gratuitos típicos que comportan una transmisión de propiedad o de posesión son contratos formales o contratos reales. La aplicación de dicho principio general del derecho permite concluir que la forma escrita es el criterio que delimita cuándo existe una simple promesa inexigible y cuándo se ha perfeccionado un contrato atípico gratuito, siempre vinculante y coercible.

PALABRAS CLAVE: Contratos gratuitos atípicos; obligaciones gratuitas; características de los contratos gratuitos; forma de los contratos gratuitos; liberalidades de uso; prestaciones de cortesía; obligaciones naturales.

ABSTRACT: *There are many atypical gratuitous contracts. The main problem they pose is their distinction from customary gifts and courteous services. If the compulsory performance of such gratuitous commitments is requested, the promisor can always defend that there was no intention to be legally bound, due to the absence of consideration. The solution to the problem raised is to recognize that all typical gratuitous contracts involving a transfer of ownership or possession are either formal contracts or real contracts. The application of this general principle of law leads to the conclusion that the written form is the criterion that delimits when there is a simple unenforceable promise, and when an atypical gratuitous contract -which is always binding and coercive- has been performed.*

KEY WORDS: *Atypical gratuitous contracts; gratuitous obligations; characteristics of gratuitous contracts; form of gratuitous contracts; customary gifts; courteous services; natural obligations.*

SUMARIO.- I. LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.- I. Planteamiento de la cuestión.- 2. Ausencia de regulación general.- II. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS CONTRATOS GRATUITOS.- 1. Moderación de responsabilidad.- 2. Menor firmeza.- 3. Presunción de fraude.- 4. Menor protección registral.- 5. Necesidad de colación y de computación.- 6. Tratamiento distinto constante la sociedad de gananciales.- 7. Mayor dificultad para la transmisión.- III. LA FORMA COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS QUE COMPORTAN TRANSMISIÓN DE DOMINIO O ENTREGA POSESORIA.- 1. Antecedentes históricos.- A) *Donación*.- B) *Mutuo y comodato*.- C) *Depósito*.- D) *Mandato*.- E) *Recapitulación*.- 2. Regulación vigente.- A) *Donación*.- B) *Mutuo y comodato*.- C) *Depósito*.- D) *Mandato*.- E) *Recapitulación*.- IV. LA DIFICULTAD PARA APRECIAR LA VOLUNTAD DE CONTRAER UNA OBLIGACIÓN SIN CONTRAPRESTACIÓN.- 1. Planteamiento de la problemática.- 2. Liberalidades de uso.- 3. Prestaciones de cortesía.- 4. Obligaciones naturales.- V. LA FORMA COMO REQUISITO QUE DETERMINA EL NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.- 1. El deslinde entre liberalidades de uso y prestaciones de cortesía, de un lado, y obligaciones civiles, de otro.- 2. Conclusiones.- 3. Reflexiones de *lege ferenda*.

I. LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.

I. Planteamiento de la cuestión.

Como es de sobra conocido, el CC español regula diversos contratos gratuitos, a semejanza de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Algunos de esos contratos son esencialmente gratuitos. Así, el art. 618 CC afirma que “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”¹. La donación modal

¹ Sabido es de sobra que el Código Civil se ocupa de la donación en el Título II del Libro III, como un modo de adquirir, entre la ocupación y las sucesiones. De hecho, el art. 609 CC menciona a la donación separadamente de “ciertos contratos” que “mediante la tradición” transmiten la propiedad y los demás derechos reales. Sin embargo, no parece existir inconveniente alguno en calificar a la donación como contrato, como hizo durante muchísimos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, la STS 31 julio 1999 (RJ 1999, 6221) dijo que “el contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código civil como un modo de adquirir la propiedad -artículo 609- no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato”. La donación también fue denominada contrato en la STS 11 noviembre 2010 (RJ 2010, 8044), en la STS 17 junio 2011 (RJ 2011, 4640) y en la STS 28 septiembre 2011 (RJ 2011, 6586). Con todo, aunque la donación sea considerada un contrato, siempre hay que tener presente que transmite los derechos reales con su mera perfección, sin necesidad de entrega o tradición, como ha señalado la jurisprudencia de los últimos cuarenta años, cada vez de manera más decidida: STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437), STS 22 diciembre 1986 (RJ 1986, 7795), STS 25 septiembre 1993 (RJ 1993, 7654), STS 14 octubre 2002 (RJ 2002, 10171), STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4530) y STS 24 marzo 2023 (RJ 2023, 2130). No está de más resaltar que dos de los primeros comentaristas del Código Civil ya manifestaron la escasa trascendencia práctica de tildar a la donación como modo de adquirir o como contrato, siempre que se tenga en cuenta su especial mecánica transmisiva, distinta de la compraventa. Según APALATEGUI OCEJO y OYUELOS PÉREZ, la calificación de la donación como contrato o como modo de adquirir constituía una “discusión académica (...) por completo indiferente desde el punto de vista del derecho positivo”, ya que “cualquiera que sea la naturaleza de la donación, lo que importa es reconocer en ella un modo adquisitivo del dominio cualificado y diferenciado de los demás modos inter-vivos” (APALATEGUI OCEJO, P.,

• José María Cardós Elena

Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctor en Derecho Civil y abogado. Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es.

o con carga siempre seguirá siendo gratuita, pues conforme al art. 619 CC, “es también donación (...) aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”. En cuanto al comodato, su esencial gratuidad se desprende del párrafo segundo del art. 1740 CC, que dice que “el comodato es esencialmente gratuito”.

Otros contratos regulados en el CC son naturalmente gratuitos, en la medida en que la ley presupone la ausencia de contraprestación, aunque los particulares pueden concertarlos con carácter oneroso. Así, el art. 1711 CC enuncia que “a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito”. El párrafo tercero del art. 1740 CC señala que “el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”. Y el art. 1760 CC dice que “el depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario”.

Sin embargo, existen otros contratos gratuitos atípicos, no regulados en el CC. Los ejemplos más sobresalientes son los siguientes:

- Una donación obligacional o promisorias, en virtud de la cual el donante se obliga a entregar un bien al donatario. La entrega o tradición del bien donado produce la transmisión de un derecho real sobre la cosa donada. Su mecánica transmisiva es distinta a la de la donación regulada en el CC, que transmite los derechos reales sin necesidad de entrega o tradición.
- Un comodato consensual, en virtud del cual el comodante se obliga a entregar la cosa al comodatario².
- Un simple préstamo o mutuo consensual, en virtud del cual el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una cantidad de dinero u otra cosa consumible, sin percibir intereses³.

y OYUELOS PÉREZ, R.: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896, pp. 385-386). Y para MANRESA Y NAVARRO, “al efecto de aplicar la doctrina de los artículos 618 al 656 que se ocupan de las donaciones, es indiferente que éstas constituyan un modo especial de adquirir ó deban incluirse entre los contratos” (MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, p. 58).

- 2 Según RABANETE MARTÍNEZ, “no existe norma jurídica alguna que impida la configuración del comodato como contrato consensual, sino al contrario, a falta de norma expresa que lo establezca lo más lógico será entender que se trata de un contrato incluido en la norma general de los contratos consensuales” (RABANETE MARTÍNEZ, I.: “La pretendida “realidad” del comodato”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 extra, 2022, p. 2288).
- 3 La jurisprudencia admite la figura del préstamo consensual. La STS 22 diciembre 1997 (RJ 1997, 9113) dijo que “en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos”. La STS 26 marzo 2007 (RJ 2007, 2343) afirmó que “esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código Civil y la falta de toda regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad (artículo 1255 del Código Civil), una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo”. Por su parte, la STS 11 julio 2018 (RJ 2018, 2793) señaló que “al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció esta sala, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal

- Un depósito consensual, en virtud del cual el depositante se obliga a entregar la cosa depositada al depositario, que no percibe ninguna remuneración.
- Un contrato de obra gratuito, en virtud del cual el contratista no es recompensado por la ejecución de la obra.
- Un contrato de servicios gratuito, expresión amplia en la que pueden ser incluidas actividades no remuneradas realizadas por profesionales liberales, quienes no reciben contraprestación alguna.
- Un contrato de transporte gratuito, en el cual el transportista no recibe ninguna remuneración⁴.

A la vista de los ejemplos expuestos, se desprende que el elenco de contratos gratuitos atípicos obedece a tres circunstancias distintas:

- Una mecánica transmisiva distinta a la prevista legalmente. Así, la donación obligacional es un contrato atípico porque está sujeta al sistema del título y el modo, a diferencia de la donación regulada en el CC, que transmite los derechos reales sin necesidad de la entrega o tradición de los bienes donados⁵.

común. (...) La “promesa” de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. (...) La entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo”).

- 4 Parte de la doctrina ha negado la posibilidad de configurar un contrato de transporte gratuito. Para DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, el transportista a título gratuito “no quiere contraer un vínculo jurídico idéntico al que celebra un contrato de transporte, no hay consentimiento contractual. La solución, preconizada por cierto sector de la doctrina, de conceptuar al transporte amistoso como un *contrato* de transporte gratuito, está en contradicción con la realidad e ignora que existe un amplio repertorio de deberes sociales, impuestos por la cortesía o nacidos de la pura benevolencia, que no originan relaciones contractuales. Pero ello no equivale a afirmar que el porteador está libre de responsabilidad si su conducta imprudente o dolosa causa un daño. Tal responsabilidad se regulará por las normas de los artículos 1.902 y siguientes, como responsabilidad extracontractual” (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 447). Desde otro ángulo, se ha negado la figura del contrato de transporte gratuito, embebiéndola en un contrato de mandato gratuito (FUENTES LOJO, J. V.: “El transporte gratuito de cosas y su naturaleza jurídica”, *Revista General de Derecho*, núm. 171, 1958, p. 1114). Sin embargo, en la actualidad no puede negarse la validez y eficacia de un contrato gratuito de transporte. Sobre esta cuestión, es concluyente el art. 287 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que después de la regulación del contrato de pasaje, afirma que “las disposiciones de este capítulo (...) se aplicarán a los transportes gratuitos realizados por un porteador marítimo de pasajeros”. Además, el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, dispone en su art. 1 que el referido Convenio “se aplica igualmente a los transportes gratuitos efectuados en aeronave por una empresa de transportes aéreos”.
- 5 ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa de donación”, en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M. Á. EGUSQUIZA BALMADEA y M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 182-184; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021, p. 25.

- Unos requisitos de perfección distintos a los previstos legalmente. Así, el mutuo, el comodato y el depósito consensuales son contratos que se perfeccionan con la conjunción de la oferta y de la aceptación⁶, a diferencia del comodato, del mutuo y del depósito regulados en el CC, donde son caracterizados como contratos reales, pues no se perfeccionan en tanto no se produzca la entrega de la cosa prestada o depositada (arts. 1740, 1753 y 1758 CC).
- La ausencia de la contraprestación característica de algunos contratos típicos. Así sucede con el contrato de obra gratuito, con el contrato de servicios gratuito o con el contrato de transporte gratuito, dado que la regulación del CC parte de que el contratista, el prestador del servicio y el transportista perciben una remuneración (arts. 1543, 1544 y 1603 CC, precepto este último que se remite a las leyes especiales⁷).

2. Ausencia de regulación general.

Si intentamos perfilar el régimen jurídico de los contratos gratuitos atípicos, nos enfrentamos a una gran dificultad. Salta a la vista que el CC no contiene prácticamente ninguna regla específica, que permita determinar sus características comunes.

La excepción a la ausencia de regulación está constituida fundamentalmente por dos normas:

- En primer lugar, el art. 1274 CC, que dice que “en los contratos (...) de pura beneficencia”, la causa es “la mera liberalidad del bienhechor”. Este artículo alude a la causa desde un punto de vista subjetivo, o lo que es lo mismo, a la voluntad de un sujeto de vincularse jurídicamente sin recibir ninguna contraprestación. Se ha afirmado que el art. 1274 CC es una “definición

6 Actualmente no plantea problemas en el ámbito doctrinal la posibilidad de celebrar contratos consensuales de mutuo, comodato y depósito. En relación con esta cuestión resultó fundamental la obra de JORDANO BAREA, quien afirmó rotundamente que en nuestro Derecho no existe norma alguna que “niegue validez a un contrato de contenido idéntico al de comodato, mutuo, depósito y prenda, concluido obligatoriamente por voluntad de las partes, antes e independientemente de la entrega” (JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 140).

7 El art. 2.1 de Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías dice que “el contrato de transporte de mercancías es aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona de la persona designada en el contrato”. La regulación legal parte de la existencia de precio, razón por la cual el art. 40.4 de la referida ley dice que “en defecto de pacto entre las partes sobre la fijación del precio del transporte, el precio del transporte será el que resulte usual para el tipo de servicio de que se trate en el momento y lugar en el que el porteador haya de recibir las mercancías. En ningún caso se presumirá que el transporte es gratuito”. También destaca el art. 203 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que dice que “por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino”. El pago del precio o flete está regulado en el art. 233. Por su parte, el art. 287.1 dice que “por el contrato de pasaje marítimo el porteador se obliga, a cambio del pago de un precio, a transportar por mar a una persona y, en su caso, su equipaje”.

más pensada para la donación típica que para los otros contratos gratuitos (pues no es frecuente llamar bienhechor al depositario o al mandatario), pero que se adapta a todos ellos”⁸.

- En segundo lugar, el art. 1289 CC, que contiene la última regla de interpretación contractual, a tenor de la cual “cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas generales establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses”.

Sin embargo, al margen de los arts. 1274 y 1289 CC, así como de la regulación específica de los contratos gratuitos típicos, no existen otros preceptos cuyo contenido esté pensando exclusivamente en un contrato presidido por la ausencia de contraprestación.

II. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS CONTRATOS GRATUITOS.

A pesar de la escasa atención que el legislador ha dispensado a los contratos gratuitos, la doctrina ha enumerado algunas características comunes, que los diferencian de los onerosos⁹.

I. Moderación de responsabilidad.

La responsabilidad por saneamiento se predica, con carácter general, de los negocios onerosos: compraventa (arts. 1461 y 1474 CC), cesión de créditos alzadamente o en globo mediante compraventa (art. 1532 CC), permuta (art. 1540 CC), arrendamiento (art. 1553 CC), enfiteusis (art. 1643 CC) o sociedad (art. 1681 CC). Sin embargo, la responsabilidad por saneamiento no existe en la donación, salvo si fuese onerosa, en cuyo caso la responsabilidad se limitará “hasta la concurrencia del gravamen” (art. 638 CC).

Resulta muy evidente la atenuación de la responsabilidad del deudor a título gratuito en el art. 1726 CC, que dice que “el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido”.

8 LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La donación”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, p. 131.

9 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 263-264; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: “La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968, pp. 259-264; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. y DEL ARCO TORRES, M. A.: *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982, pp. 71-72, 215; TAMAYO CARMONA, J. A.: “Liberalidad, intención liberal y animus donandi. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo II* (coord. por F. P. BLASCO GASCÓ, M. E. CLEMENTE MEORO, F. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y R. VERDERA SERVER), Tirant de Blanch, València, 2011, pp. 2540-2542.

En parecido sentido, el art. 1766 CC dispone que “el depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla”, añadiendo que “su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título I de este libro”. Por tanto, la responsabilidad del depositario se reconduce a las reglas generales de responsabilidad contractual, entre las cuales se encuentra el art. 1103 CC, como ha puesto de relieve la jurisprudencia¹⁰.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que sí que está obligado al saneamiento por evicción y vicios ocultos el que diere o prometiére por razón de matrimonio si hubiere actuado con mala fe (art. 1340 CC). Y “el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido” (art. 1752 CC).

Por tanto, como regla general, la responsabilidad del deudor a título gratuito es menor que la del deudor a título oneroso, pero no puede llegar a afirmarse una inexistencia de responsabilidad atendiendo simplemente al carácter gratuito del contrato.

2. Menor firmeza.

La regla general es que los contratos onerosos solo pueden ser dejados sin efecto cuando exista acuerdo de las partes contratantes. En cambio, los contratos gratuitos pueden ser dejados sin efecto unilateralmente en determinadas circunstancias.

Así, la donación es revocable por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento del modo o carga o por ingratitud del donatario (arts. 644 a 653 CC). El art. 1749 CC permite el desistimiento del comodante de la siguiente manera: “el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”. El art. 1732 CC dice que “el mandato se acaba: (...) 2.º Por renuncia del mandatario”, reiterando el art. 1736 CC que “el mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante”. Por lo que respecta al contrato de depósito, el art. 1776 CC dispone que “el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación”.

10 La SAP Barcelona (Sección 12ª) 5 octubre 1998 (AC 1998, 1941) afirmó que “la responsabilidad del depositario es incuestionable, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 1766, en relación con el artículo 1103, ambos del Código Civil”. La SAP Alicante/Alacant (Sección 7ª) 19 septiembre 2005 (JUR 2008, 141097) dijo que “nos encontramos ante el típico supuesto negocial de depósito mercantil, 303 del Código del Comercio, por el que el depositario, según determina el artículo 306 de dicho cuerpo legal, está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la ha recibido, y asimismo a restituirla a tenor de lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil. Artículo 1766 que nos remite al título primero del libro cuarto, entre cuyos preceptos se encuentran los artículos 1103 a 1105”.

Así las cosas, el CC permite el desistimiento al donante, al comodante, al mandatario y al depositario, aunque es preciso puntualizar que ese mismo derecho de desistimiento asiste al mandatario y al depositario cuando el contrato tenga carácter oneroso.

3. Presunción de fraude.

El art. 643.II CC dice que “se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella”. Por su parte, el art. 1297 CC señala que “se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”. Quien se considere perjudicado por una donación puede ejercitar la acción revocatoria o pauliana (arts. IIII *in fine* y 1291.3.º CC). El fraude se presume *iuris et de iure*, por lo que no cabe prueba en contrario^{II}.

También resulta oportuno mencionar en este lugar el art. 227 LC, que presume la existencia de perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, sin admitir prueba en contrario. Idéntica presunción existía en el derogado art. 880 CCom, que reputaba fraudulentos los siguientes contratos celebrados por el quebrado durante los treinta días precedentes a su quiebra: transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito, constituciones de dotes y donaciones *inter vivos* que no tuviesen conocidamente el carácter de remuneratorias.

4. Menor protección registral.

Según el art. 34.I LH, “el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”. Sin embargo, el posible carácter irreivindicable de los bienes inmuebles inscritos en virtud de título oneroso no se extiende a los adquirentes a título gratuito, ya que el art. 34.III LH dice que “los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

Por su parte, el art. 464 CC dispone que “la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título”, sin distinguir entre el adquirente a título gratuito o a título oneroso. El eventual carácter inatacable del adquirente de

II La STS 30 enero 2004 (RJ 2004, 440) afirmó que “en el caso de donación no es necesario demostrar ningún concierto del donatario con los donantes”. En el mismo sentido, la STS 21 noviembre 2006 (RJ 2006, 8077) dijo que “la presunción contenida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil es «*iuris et de iure*» (sentencias de 18 de enero de 1991, 16 de febrero de 1993 y 22 abril 2003), por lo que ni siquiera admite prueba en contrario, justificándose la norma en la ilicitud que supone que quien es deudor obligado frente a un tercero disponga a título gratuito de sus bienes en perjuicio de su acreedor, estando implícita en el negocio la intención de causar perjuicio”.

bienes muebles a título gratuito que actúa de buena fe constituye una cuestión muy discutida en la doctrina¹², sobre la que no se ha pronunciado la jurisprudencia.

5. Necesidad de colación y de computación.

Con la finalidad de determinar el *quantum* de la legítima, el art. 1035 CC obliga a colacionar los bienes o valores que el causante haya transmitido en vida a los herederos forzosos en virtud de cualquier título gratuito. Además, del juego combinado de los arts. 818 y 1035 CC se desprende que todas las liberalidades recibidas por los herederos forzosos deben ser computadas a efectos de la determinación de las legítimas.

Como es patente, no existe ninguna obligación equivalente en relación con los bienes adquiridos por el causante en vida a título oneroso.

6. Tratamiento distinto constante la sociedad de gananciales.

Los bienes que se adquieren a título gratuito tras la constitución de la sociedad de gananciales tienen carácter privativo (art. 1346.2.º CC).

Por el contrario, los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común son bienes gananciales (art. 1347.3.º CC).

7. Mayor dificultad para la transmisión.

En los contratos transmisivos a título oneroso, no se exige que el transmitente tenga capacidad para disponer, pues basta con tener capacidad para contratar (art. 1457 CC para el contrato de compraventa; art. 1541 CC para el contrato de permuta).

Sin embargo, el art. 624 CC exige que el donante tenga capacidad para contratar y para disponer, lo cual es coherente con el carácter dispositivo o inmediatamente traslativo de la donación regulada en el CC¹³. Y aunque la ley no

12 ALBALADEJO GARCÍA defendió que “la enajenación de una cosa mueble por el no dueño no la hace adquirir *a non domino* al alineatario gratuito” (ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, 1997, p. 495). En sentido opuesto, MIGUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA afirmó que “en ningún caso es preciso que el poseedor pruebe un título. En la función adquisitiva es protegido aunque se pruebe que no tiene ningún título o su título sea nulo, por tanto, también si es a título gratuito”, aunque añadió que “me parece rechazable, desde luego, que una adquisición *a non domino* se produzca en favor de adquirentes a título gratuito, pero ésa es otra historia” (MIGUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M^o.: “Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1999, pp. 573, 580).

13 La STS 2 marzo 2001 (RJ 2001, 3971) constató la invalidez de una donación de cosa ajena, a la vista de la falta de capacidad de disposición de la donante: “Doña Josefa T. hizo esta segunda donación disimulada, a su nuera, cuando ya había hecho donación de los mismos inmuebles, unos ocho años antes a su hijo. Lo que atenta al artículo 624 del Código Civil que exige que el donante tenga la disposición de sus bienes y de estos bienes donados a su nuera ya no tenía disposición, pues los había donado antes a su hijo”.

lo indique expresamente, parece evidente que el mutuante debe tener capacidad para contratar y para disponer, en consonancia con el carácter real del contrato en el CC.

En otro orden de cosas, la disposición a título gratuito de los bienes gananciales debe ser consentida por ambos cónyuges, so pena de nulidad (arts. 1322.II y 1378 CC)¹⁴. En cambio, la disposición unilateral de bienes gananciales a título oneroso no constituye un acto nulo, sino meramente anulable (arts. 1322.I y 1377 CC), en la medida en que siempre es posible la ratificación posterior del cónyuge que no intervino inicialmente¹⁵.

III. LA FORMA COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS QUE COMPORTAN TRANSMISIÓN DE DOMINIO O ENTREGA POSESORIA.

A las anteriores características cabe añadir una más, que generalmente pasa desapercibida: todos los contratos gratuitos que producen la transmisión de derechos reales o la transmisión de la posesión deben cumplir unas formalidades especiales, en la medida en que, o bien son contratos reales, o bien son contratos formales¹⁶. En consecuencia, el principio espiritualista de libertad de forma (art. 1278 CC) no tiene cabida cuando nos adentramos en el ámbito de los contratos gratuitos, con la excepción del mandato, que no supone ninguna transmisión dominical ni posesoria. Se trata de un principio general del Derecho, que como se verá a continuación, es perceptible desde el Derecho romano hasta la actualidad.

I. Antecedentes históricos.

A) Donación.

Por lo que se refiere a la donación, es pacífico que en el Derecho romano clásico no constituía un negocio típico, sino una causa, que no generaba ningún

14 Según la STS 26 abril 2000 (RJ 2000, 3230), “el párrafo segundo del art. 1322 y el art. 1378 CC consideran nulos los actos de disposición de bienes gananciales a título gratuito por un cónyuge sin consentimiento del otro, siendo el criterio jurisprudencial de la anulabilidad o nulidad relativa aplicable únicamente a los actos de disposición a título oneroso”. Idéntico criterio se desprende de la STS 13 julio 2000 (RJ 2000, 6691): “Si se entiende que aquel esposo y causante hizo una atribución patrimonial gratuita, basada en contrato de donación, en favor de su sobrino, cuyo objeto era cosa mueble –dinero ganancial– cuyo carácter de bien ganancial consta acreditado, dicho contrato y la transmisión dominical serían nulos, según dispone el artículo 1378 del Código Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para todo (salvo liberalidades de uso) acto a título gratuito”.

15 La STS 5 junio 2008 (RJ 2008, 3202) recordó que “el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentamiento, como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos”.

16 ATAZ LÓPEZ, J.: “Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización”, en AA.VV.: *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y C.L. GARCÍA PÉREZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 63-65.

efecto por sí misma, y que por tanto precisaba de un acto operativo en virtud del cual se produjese la atribución patrimonial (*traditio*, *mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio*, *acceptilatio*, cesión de créditos, o incluso una actividad fáctica, como la accesión (*inaedificatio*, *plantatio* o *satio*)¹⁷.

En el período posclásico, el emperador Constantino I acometió en el año 323 una reforma sustancial, que conllevó que por vez primera la donación fuese un negocio típico: debía otorgarse ante testigos, inscribirse el documento en un registro público, y entregarse la cosa al donatario también ante testigos¹⁸. El incumplimiento de estos requisitos provocaba la nulidad de la donación.

La normativa justiniana comportó un cambio radical, pues dio valor al simple pacto de donación. La entrega o *traditio* no significaba más que el cumplimiento o la ejecución de la obligación asumida al concertarse la donación¹⁹. Sin embargo, Justiniano I distinguió entre las donaciones de cuantía superior o inferior a quinientos sueldos²⁰. Para las primeras, además del contrato, se exigía la escritura

17 GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 582, 587; D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, 10^a ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, p. 412.

18 GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., p. 623.

19 La asimilación de la donación justiniana con el mecanismo transmisivo de la compraventa es evidente a la luz de la descripción que se hacía en I 2.7.2: "Las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna previsión de la muerte, y a las cuales llamamos entre vivos; estas en nada se comparan con los legados. Las cuales si hubieren sido perfeccionadas, no pueden ser revocadas sin motivo. Pero se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición". Más claramente aún se expresaba CI 8.53.35: "Si verdaderamente en todos los antes mencionados casos se hubiere retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega. Mas si de ninguna manera hubiere expresado esto el donador, pero en la donación se hubiere insertado una estipulación, sea compelido en fuerza de esta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar también lo que quiso donar, a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas, y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley, y el donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado, o todos los bienes (...). Y en todos los susodichos casos serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos, mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos". Idéntica conclusión se obtiene de Nov 162: "Recordamos nuestra Constitución, que dice, que, aunque no estipule la entrega, le incumbe al donante la necesidad de entregar la cosa donada (...). Y la entrega, si se hizo, dele a ella excepción, y, si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación, y, si no hubiere mediado, por la condición nacida de la ley, para obtener la cosa donada". Para esta y las sucesivas citas de normas de Derecho romano, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de GARCÍA DEL CORRAL, I.L.: *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, Jaime Molinas, València-Barcelona, 1889-1898. Vid. LEVY, E.: *West Roman Vulgar Law*, American Philosophical Society Library, Filadelfia, 1951, pp. 152-154; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 623-624.

20 Inicialmente, se exigía escritura e insinuación para las donaciones superiores a trescientos sueldos. En CI 8.53.34 se decía: "Mandamos que ninguna donación, ya común, ya hecha antes de las nupcias, que ascienda hasta trescientos sueldos, necesite de insinuación, sirvo que tenga la suerte común, de modo que no esté limitada hasta la suma de doscientos sueldos, sino que en cuanto a la observancia sobre este particular sean iguales así las donaciones comunes como las hechas antes de las nupcias. Mas si se hubiere donado algo sobre la tasa legal, no sea válido únicamente lo que hay de exceso, pero subsista en su vigor la restante cantidad, que se fijó dentro de los términos de la ley, como si absolutamente ninguna otra cosa se hubiera

y la *insinuatio* o registro en los archivos públicos. Pero para las segundas no se exigía ninguna formalidad, bastando el simple pacto o convenio.

Esta regulación se mantuvo en el Derecho castellano histórico. P 5.4.9 decía que si el donante “quisiere dar a otro ome, o a otro lugar, puede lo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas, non valdría. Fuera ende si lo fiziesse con carta, e con sabiduria, del mayor judgador, de aquel lugar, do fiziesse la donacion”²¹. Por consiguiente, se exigía la escritura y la insinuación judicial cuando la cosa donada tuviese un valor superior a quinientos maravedís. Como excepción, las donaciones de menor cuantía podían realizarse sin cumplir ningún requisito formal, incluso verbalmente²².

B) *Mutuo y comodato*.

Para el Derecho romano, tanto el mutuo como el comodato eran considerados contratos reales²³. D 44.7.2 decía que “se contrae obligación por la cosa con la dación de un mutuo”, en tanto que D. 44.7.3 añadía que “también aquel a quien le damos en comodato alguna cosa se nos obliga por la cosa”.

En Partidas se regulaban conjuntamente el mutuo y el comodato, cuyas diferencias se establecían en función del género prestado. P 5.1.1 decía: “Son dos maneras de emprestamo. La una es mas natural que la otra, e esta es como quando emprestan unos a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas, a contar, pesar o medir. E tal préstamo como este, es llamado en latin mutuum, que quiere tanto dezir en romance, como cosa emprestada, que se fase, a ruego de aquel, e quien la emprestan, ca pasa el señorío de qualquier destas cosas, al que es dada por prestamo. E la otra manera de prestamo, es de qualquier de todas las otras cosas, que non son de tal manera como estas, assi como cavallo, o otra bestia, o libro, e otras cosas semejantes. E tal préstamo como este dicen en latin comodatum, que quier tanto dezir, como cosa que presta un ome a otro, para

añadido, considerándose esta como no escrita o no entendida (...) Mas si las cosas de la donación no hubieren sido dadas en dinero, sino en bienes muebles o inmuebles o semovientes, estímesse la cantidad de estos, y si verdaderamente ascendiera a la suma legal de sueldos, sea válida y subsista sin insinuación; pero si se hallara que es de mayor suma, y que no fue confirmada en actuaciones, quede sin efecto solamente el exceso”. Posteriormente, el límite fue elevado a quinientos sueldos, tal y como se desprende de CI 8.53.36: “Habrán de ser válidas sin ninguna distinción hasta quinientos sueldos las demás donaciones, que mediando actuaciones no fueron de ningún modo insinuadas. Porque creemos que por la presente ley se debe añadir esto solamente para aumentar tales donaciones; moderando nuestra precedente ley de tiempo anterior, por la cual se mandó que tuvieran validez aun sin la insinuación, las donaciones hechas hasta trescientos sueldos”.

21 Para esta y las sucesivas citas de Partidas, se ha tomado el texto de LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

22 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 122-123.

23 VALINO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Quiles, València, 1991, pp. 218, 226; D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 478-479.

usar e aprouecharse della, mas non para ganar el señorio de la cosa prestada". La doctrina castellana afirmaba sin fisuras que el préstamo, en cualquiera sus dos modalidades, exigía la *traditio rei*, por lo que para la perfección del contrato no bastaba la prestación del consentimiento, pues era necesaria la entrega de la cosa prestada²⁴.

C) Depósito.

El depósito era un contrato real en el Derecho romano²⁵. Según D 44.7.5, "también nos está obligado por la cosa aquel en quien depositamos una cosa; el cual también está obligado a restituir la cosa que hubiere recibido".

En P 5.3.1 era clara la conceptualización del depósito como un contrato de carácter real: "condessijo, a que llaman en latín depositum: es quando un ome da a otro, su cosa e guarda, fiandole enel. E tomo este nome de peño, que quere tanto dezir como poner de mano en guarda de otro, que lo quere condessar". Para la doctrina castellana, era evidente que la perfección del contrato de depósito se producía mediante la entrega de la cosa por el depositante al depositario²⁶.

D) Mandato.

En el Derecho romano, el mandato se configuró como un contrato consensual, en la medida en que se perfeccionaba con la prestación del consentimiento, sin estar sujeto a una forma determinada²⁷. D 17.1.1 decía que "la obligación del mandato consiste en el consentimiento de los contratantes". Sin embargo, la libertad de forma quedaba compensada por la imposibilidad del mandatario de desvincularse a no ser que concurriese una justa causa, pues según D 17.1.22, "así como hay libertad para no aceptar un mandato, así debe ejecutarse el aceptado, si no se hubiera renunciado. Mas puede renunciarse de modo, que se reserve íntegro al mandante su derecho para ejecutar cómodamente la misma cosa o por sí, o por medio de otro, o si recayera perjuicio sobre aquel que aceptó el mandato"²⁸.

24 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla*, cit., pp. 29-32.

25 VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., p. 280; D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 558-559.

26 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla*, cit., pp. 92-93.

27 VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pp. 281-283; PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", *Anales de Derecho*, núm. 12 (1), 1994, p. 208.

28 En parecidos términos, I 3.26.11 decía que "cada cual es libre de no aceptar el mandato; pero aceptado, debe ser ejecutado, a no ser denunciado cuanto antes, para que el mandante ejecute por sí mismo o por medio de otro el mismo negocio. Porque si no se renunciare de modo que se reserve al mandante completa facilidad para realizar el mismo negocio, tiene, sin embargo, lugar la acción de mandato, salvo si medió justa causa o para para no renunciar o para renunciar intempestivamente".

En Partidas, el mandato estaba regulado en el mismo título que la fianza²⁹. En todo caso, el carácter consensual del contrato era muy evidente. P 5.12.24 decía que “los mandamientos sobre dichos de que fablamos fasta aqui, se pueden fazer por tales palabras, diciendo un ome a otro ruego, o mando, o quiero, que des tantos marauedis, o que fagades tal cosa, o que me fiedes. Por qualquier de tales palabras como estas, o por otras semejantes, vale el mandamiento, e finca por ello obligado el mandador, a aquel, que recibe el mandamiento”. Los juristas castellanos se mostraron reticentes a que el mandato se extinguiese por la renuncia del mandatario. No obstante, a la luz de la tradición del Derecho común, parte de la doctrina admitió excepcionalmente que el mandatario pudiese renunciar cuando quedase en manos del mandante la posibilidad de ejecutar lo que resultase de su interés³⁰.

E) *Recapitulación.*

A la vista de lo expuesto hasta el momento, se constata cómo las líneas maestras de la regulación de los contratos gratuitos se conservaron inamovibles a lo largo de los siglos. Durante la Edad Media y la Edad Moderna, se acudió recurrentemente a la forma y al carácter real de los contratos gratuitos para intentar conseguir la seguridad en las relaciones jurídicas³¹. Y esto fue así no solo en Castilla, sino también en los restantes ordenamientos jurídicos europeos³². Esta es la razón por la que las donaciones de mayor cuantía debían constar en documento público y ser insinuadas. El mutuo, el comodato y el depósito eran contratos reales, por lo que solo se perfeccionaban con la *datio rei*. Y aunque el mandato gratuito podía nacer con el simple pacto, como contrapartida solo se admitía la desvinculación del mandatario en ciertos supuestos concretos³³.

2. Regulación vigente.

A) *Donación.*

La donación es un negocio esencialmente formal. Para la donación de bienes muebles, el art. 632 CC exige la entrega simultánea de la cosa donada, y faltando

29 Según P 5.12.20, “fazen algunos, omes por mando de otros algunas cosas, a las vegadas, por que finca cada uno dellos obligado, tambien aquel que lo fase, como aquel otro que lo manda, que es otra manera de obligacion, que es semejante de la fiadura”.

30 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla*, cit., p. 548.

31 GORLA, G.: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 53.

32 A la vista de las distintas regulaciones particulares, COING puso de relieve que todos los ordenamientos jurídicos europeos de la Edad Media y de la Edad Moderna, influidos por el *ius commune*, regularon las instituciones de una manera similar. En particular, el mutuo, el comodato y el depósito eran contratos reales, mientras que las donaciones de cuantía superior a quinientos sueldos debían ser insinuadas ante los Tribunales (COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 590-592, 603, 610-611).

33 ATAZ LÓPEZ, J.: “Sobre la obligatoriedad”, cit., p. 71.

dicho requisito, la donación no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación. Los requisitos formales son todavía más exigentes para la donación de bienes inmuebles, ya que según el art. 633 CC, “para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada. (...) Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras”.

La jurisprudencia ha aplicado estos requisitos con el máximo rigor³⁴, negando toda validez a las donaciones que no cumplan escrupulosamente con las formalidades exigidas por los arts. 632 y 633 CC³⁵.

B) *Mutuo y comodato.*

Según el art. 1740 CC, “por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”. Además, al regular el simple préstamo o mutuo, el art. 1753 CC dice que “el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”. A la vista de ambos preceptos, es

34 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 189-196.

35 Con un lenguaje muy contundente, la STS 24 octubre 1995 (RJ 1995, 7846) afirmó el carácter inexcusable e insubsanable de las formas exigidas en el art. 633 CC para las donaciones de bienes inmuebles: “El principio espiritualista o de libertad de forma, que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1258 y 1278 del Código Civil), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento ('ad probationem'), sino para su existencia y perfección ('ad solemnitatem', 'ad substantiam', 'ad constitutionem'). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código Civil, precepto que, de manera pacífica, reiterada y uniforme, ha venido interpretando esta Sala (...) en plena coincidencia, por otro lado, con el criterio de la doctrina científica, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen validez, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren (que es el aspecto que aquí nos interesa) si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación (pura y simple onerosa, remuneratoria) siempre que se refiera a bienes raíces”. Aunque la jurisprudencia se ha pronunciado con mayor frecuencia sobre la nulidad por defectos formales de las donaciones de bienes inmuebles, la misma doctrina existe respecto de los bienes muebles, como puso de relieve la STS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3591): “Las dos formas que, alternativamente, exige el artículo 632 del Código Civil para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación -escrito que cumple idéntica función esencial que la que el artículo 633 atribuye a la escritura pública en la donación de inmuebles- o, si la donación fuera verbal, realizarse con la 'entrega simultánea de la cosa donada'. De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos”.

evidente que el CC parte de que los contratos de mutuo y de comodato tienen carácter real³⁶.

C) Depósito.

El art. 1758 CC reconoce la naturaleza real del contrato de depósito, al decir que “se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”. El art. 1763 CC también alude a la entrega, cuando señala que “depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante”. La jurisprudencia ha reconocido reiteradamente el carácter real del depósito³⁷.

D) Mandato.

La perfección del mandato no depende de su plasmación por escrito. El carácter consensual del contrato se desprende del art. 1709 CC, que dice que “por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”, así como del art. 1710 CC, a tenor del cual “el mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario”³⁸.

36 La STS 27 marzo 1999 (RJ 1999, 2371) dijo que el préstamo “es un contrato real y que requiere, para su perfeccionamiento, la entrega del dinero que, inmediatamente, pasa a la propiedad del prestatario”. La STS 11 julio 2002 (RJ 2002, 6044) manifestó que “el Código Civil parece asignar carácter real tanto al préstamo de uso (comodato), como al préstamo de consumo (mutuo), puesto que en el artículo 1740 se menciona la entrega de la cosa como elemento de especial significación en la formación y perfección de los contratos de comodato y mutuo. La jurisprudencia ha interpretado este precepto en el sentido de considerar que la entrega de la cosa en estos contratos es uno de sus requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, objeto y causa”. La STS 7 abril 2004 (RJ 2004, 3845) afirmó que “el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en algunos grupos de contactos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario”.

37 La STS 13 diciembre 1996 (RJ 1996, 8999) se refirió implícitamente al carácter real del contrato de depósito con las siguientes palabras: “El contrato de depósito se puede definir legalmente como el pacto en virtud del cual uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla”. Aún más claramente se pronunció la STS 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 7928): “Se afirma en la sentencia objeto del recurso de casación que «no consta que el contrato de depósito con la Universidad de Santiago... haya llegado a perfeccionarse, por cuanto... los instrumentos a que se hace referencia... quedaron depositados en el Observatorio Astronómico de la Universidad de Santiago... y dicho observatorio, por entonces, no dependía de la Universidad sino que era un centro investigador integrado en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas...». Criterio que no es posible compartir por razón de conceptos básicos del contrato en general y del de depósito en particular. El contrato se perfecciona con el consentimiento de ambas partes, sobre un objeto y con una causa cuya existencia y licitud se presume; el contrato real, como es el de depósito, requiere además la entrega de la cosa. A la vista del documento antes transcrito, el contrato de depósito se perfeccionó, con la entrega de la cosa, entre el demandante profesor D. José L. E. y el Rector Magnífico, por consentimiento de ambos, sobre las cuatro cosas que constituyen el objeto y con la causa consistente en la guarda y custodia gratuita, con la entrega y recepción de las cosas por parte de la Universidad”. La STS 20 marzo 2009 (RJ 2009, 1994) dio por buena la calificación de depósito que había efectuado la Audiencia Provincial, con el argumento de que “evidentemente la entrega de una suma de dinero con la obligación de guardarla y restituirla cumplía todos los presupuestos del art. 1758 CC, por lo que resulta no solo lógica sino obligada la configuración contractual que la Sala ha efectuado”.

38 La STS 1 marzo 1988 (RJ 1988, 1541) dijo que “conforme tiene declarado esta Sala en sentencias entre otras, de 16 de marzo de 1961, 26 de febrero de 1963, 25 de octubre de 1975 y 12 de febrero de 1983,

Según el art. 1736 CC, “el mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”. No obstante, el art. 1737 CC dice que “el mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta”.

E) Recapitulación.

La regulación de los contratos gratuitos típicos en el CC evidencia que la norma positiva ha permanecido fiel a la tradición histórica. No basta el mero consentimiento para que alguien quede gratuitamente obligado, dado que se exige algún requisito adicional (forma documentada o entrega de la cosa) para la válida perfección de los contratos gratuitos típicos que comportan la transmisión dominical (mutuo) o posesoria (comodato y depósito)³⁹. Puede afirmarse que esta peculiaridad constituye un principio general del Derecho.

IV. LA DIFICULTAD PARA APRECIAR LA VOLUNTAD DE CONTRAER UNA OBLIGACIÓN SIN CONTRAPRESTACIÓN.

I. Planteamiento de la problemática.

Sin duda, la ausencia de contraprestación característica de los contratos gratuitos es una de las cuestiones que más quebraderos de cabeza ha suscitado a la doctrina que se ha dedicado al estudio del contrato. GORLA puso de relieve que “la promesa no formal a título gratuito y el contrato atípico constituyen en el fondo el eje en torno al que gira el problema de la obligación contractual y de los requisitos de su validez”, en la medida en que, en cierto modo, “también el contrato gratuito puede considerarse como un contrato fuera de lo corriente o atípico en sentido amplio”⁴⁰. Y así es, en efecto, dado que los contratos gratuitos atípicos a los que hemos aludido en este trabajo (donación obligacional; comodato, mutuo y depósito consensuales; obra, servicios y transporte gratuitos) carecen de toda regulación positiva, por lo que no existe ningún precepto en el CC que de manera expresa oriente acerca de qué requisitos deben cumplir para ser válidos y eficaces.

por su carácter consensual, la validez del mandato viene determinada por la existencia de consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, o sea de modo expreso o tácito, y en modalidades por escrito o verbal, y pudiendo derivar de actos que impliquen necesariamente, de manera evidente y palmaria, la intención de obligarse, debiendo simplemente acreditarse en adecuada forma las facultades conferidas por el mandato”.

39 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 285-287.

40 GORLA, G.: *El contrato*, cit., pp. 24-25.

La ausencia de regulación es especialmente relevante, pues la experiencia demuestra que en muchas ocasiones las personas manifiestan verbalmente la asunción de compromisos que podrían encajar en tales contratos atípicos en ámbitos familiares o de amistad. Expresiones como “te regalaré este reloj”, “te defenderé gratis cuando te llegue la demanda”, o “yo me encargaré de hacerte la reparación y no te cobraré nada a cambio”, constituyen situaciones en las que se plantea una duda razonable acerca de cuándo nos encontramos ante un contrato (que presupone la existencia de una obligación civil vinculante y coercible), y cuándo ante una mera declaración de intenciones. Así las cosas, conviene recordar, aunque sea brevemente, las características esenciales de las liberalidades de uso, de las prestaciones de cortesía y de las obligaciones naturales.

2. Liberalidades de uso.

Cuando la prestación gratuita consiste en la entrega de una cosa con la finalidad de transmitir un derecho real (normalmente, el derecho de propiedad), es necesario distinguir la donación obligacional o promisoria de las liberalidades de uso.

No existe una definición legal de liberalidades de uso, concepto un tanto difuso o impreciso al que parece referirse el ordenamiento jurídico empleando expresiones diferentes⁴¹. Las dos únicas normas positivas que regulan el régimen jurídico de las liberalidades de uso son el art. 1041 CC, que dice que no estarán sujetas a colación, y el art. 1044 CC, que establece que los regalos de boda no se reducirán salvo que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.

La doctrina ha calificado a las liberalidades de uso como donaciones usuales, que se fundamentan en usos y costumbres jurídicos arraigados en el seno de un grupo social, cuyos miembros se sienten constreñidos a realizar regalos en

41 El art. 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo “recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor”. El art. 1041 CC dice que “no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre”. El art. 1044 CC dispone que “los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento”. El art. 1378 CC dice que durante la vigencia del régimen de gananciales serán nulas las disposiciones efectuadas a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, añadiendo que “sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso”. El art. 1423 CC, al regular la liquidación del régimen de participación, afirma que “se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso”. El art. 1334 CC, en su versión original, después de reputar nulas las donaciones que realizasen los cónyuges durante el matrimonio, añadía que “no se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia”. Finalmente, el art. 227 LC dice que “el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso”.

momentos y circunstancias pautadas⁴². Estas liberalidades se realizan en obediencia a imperativos sociales, como consecuencia de la influencia y de la coacción moral provocadas por normas no jurídicas que regulan la convivencia en sociedad fuera del campo del Derecho⁴³.

Los supuestos habituales de liberalidades de uso suelen estar relacionados con eventos, acontecimientos o celebraciones de muy diverso tipo: cumpleaños, onomásticas, aniversarios de boda, bautizos, comuniones, bodas, uniones de hecho, superación de oposiciones, o algunas fechas señaladas o festivas. Los beneficiarios de estas dádivas son normalmente prometidos, cónyuges, familiares, ahijados, tutores, amigos y otras amistades⁴⁴. Resulta más discutible incluir en la categoría de liberalidades de uso las limosnas, las propinas, los aguinaldos e incluso los alimentos y los gastos funerarios⁴⁵.

Distinguir con precisión cuándo existe una donación y cuándo una liberalidad de uso puede resultar a veces complejo. Además de las reglas impuestas por la costumbre y por los usos sociales, se suele recurrir a la idea de la modicidad: el valor de lo regalado, puesto en relación con la capacidad económica de las partes. Se trata de un concepto relativo que deberá valorarse en función de las circunstancias concurrentes⁴⁶, dado que en dos entornos sociales distintos un mismo regalo puede considerarse escaso o desmesurado.

En cualquier caso, existen ciertos elementos que permiten deslindar a una donación obligacional de una liberalidad de uso. En primer lugar, las donaciones obligacionales se realizan libremente, guiadas por la causa liberal del bienhechor (art. 1274 CC), sin que el donante tenga por qué sentirse obligado a realizar la donación presionado por los usos sociales o por la costumbre. En segundo lugar, las liberalidades de uso consisten en entregas de bienes muebles, mientras que las donaciones obligacionales pueden tener objeto la transmisión de bienes muebles e inmuebles⁴⁷. Y, en tercer lugar, en una donación obligacional, el donante asume en el momento de perfección del contrato la obligación de entregar posteriormente⁴⁸, en tanto que las liberalidades de uso obedecen al mismo esquema traslativo que

42 ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid, 2011, pp. 333-34.

43 LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La donación", cit., p. 153.

44 ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, cit., pp. 67-91.

45 ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, cit., pp. 39-63.

46 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil*, cit., p. 77; ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, cit., pp. 93-98.

47 Es muy discutible que puedan calificarse como liberalidades de uso las entregas dadivosas de bienes inmuebles, ya que en tales casos será difícil justificar el carácter módico del regalo. En todo caso, la práctica social demuestra que las liberalidades de uso suelen tener por objeto bienes muebles, especialmente dinero u objetos de mayor o menor tamaño, pero en cualquier caso de fácil transporte.

48 ATAZ LÓPEZ, J.: "La promesa de donación", cit., p. 182; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, cit., p. 25.

la donación manual regulada en el art. 632.I CC: se perfeccionan y transmiten el dominio simultáneamente a la entrega de la cosa donada⁴⁹.

Ahora bien, existen supuestos en los que una liberalidad de uso puede tener una estructura idéntica a la de una donación obligacional, con lo que la distinción entre ambas figuras resulta sumamente complicada. Si una persona, guiada por un genuino ánimo de liberalidad, comunica a un mendigo que pide limosna en la puerta de un establecimiento comercial que al salir de dicho establecimiento le entregará una cantidad de dinero, podría entenderse que existe una donación obligacional: se asume voluntariamente una obligación de entrega, que deberá ser cumplida diferidamente. ¿Será coercible la entrega del dinero, como consecuencia de la mera manifestación del promitente?

3. Prestaciones de cortesía.

A diferencia de Italia, donde han sido objeto de bastante atención⁵⁰, las prestaciones de cortesía han sido poco estudiadas en España.

El único dato genérico común de las prestaciones de cortesía es la gratuidad. Las personas asumen ciertos deberes sociales que la vida en comunidad impone en las distintas relaciones interpersonales, y que se traducen en comportamientos que el sujeto cortés asume libre y espontáneamente, como consecuencia de razones de complacencia, conveniencia, honorabilidad, afecto o benevolencia⁵¹.

Las prestaciones de cortesía se distinguen de las liberalidades de uso porque consisten en la realización de una actividad, en un *facere*, que en el tráfico jurídico normalmente suele ir acompañada de una contraprestación. En estos supuestos, el sujeto cortés desea realizar algo sin percibir nada a cambio. La doctrina ha mencionado como supuesto arquetípico el transporte no remunerado entre familiares o amistades⁵².

El ordenamiento jurídico no concede relevancia jurídica a las prestaciones de cortesía, que se rigen por códigos de honor; en un sentido lato, en la medida en

49 Por esta razón, parte de la doctrina ha cuestionado que las liberalidades de uso no sean calificadas como donaciones. Para CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, es equivocado afirmar que los requisitos formales contenidos en el art. 632 CC no resulten aplicables a las liberalidades de uso, pues "hay, al efecto, una opinión simple pero contundente: la propina, la limosna, el regalo de boda o de cumpleaños y otros actos similares son siempre donaciones manuales. Y, en este sentido, la celebración es simultánea a la entrega traditoria de la cosa mueble" (CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, p. 80).

50 Para una relación detallada, *vid.* VIVAS TESÓN, I.: "La invalidez de la promesa de donación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 143-144.

51 VIVAS TESÓN, I.: "La invalidez de la promesa de donación", *cit.*, p. 144.

52 GORLA, G: *El contrato*, *cit.*, p. 207; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 447.

que no existe vínculo jurídico. Como regla de principio, este tipo de prestaciones no son aptas para constituir una obligación, por lo que si el sujeto cortés no respeta su palabra, y termina incumpliendo su compromiso cortés, quien resulte desairado no dispondrá de ningún mecanismo jurídico que le permita exigir el cumplimiento de lo prometido⁵³.

Evidentemente, el problema se plantea a la hora de deslindar las denominadas prestaciones de cortesía de los contratos: ¿cuándo alguien la declarado su compromiso de hacer algo por pura cortesía, sin pretender contraer un vínculo jurídico, y cuándo lo ha hecho celebrando un contrato, que constituye una obligación civil exigible?

4. Obligaciones naturales.

El CC no se refiere explícitamente a las obligaciones naturales⁵⁴. Sin embargo, parece razonable afirmar que están reconocidas implícitamente en el art. 1901 CC⁵⁵, cuando dice que “se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa”. Tal “causa justa” sería aquella que está desprovista de responsabilidad, pero que obliga en conciencia.

En consecuencia, las obligaciones naturales quedan normativamente asimiladas a los deberes morales o sociales. De ello deriva la falta de acción para exigir su cumplimiento, y el carácter irrepetible de lo voluntariamente entregado como consecuencia de móviles internos o de conciencia⁵⁶. Quien resulta beneficiario de la prestación realizada en cumplimiento de una obligación natural no puede ser exigido de restituir lo percibido, ya que el art. 1901 CC constituye una causa de la atribución recibida⁵⁷.

53 VIVAS TESÓN, I.: “La invalidez de la promesa de donación”, cit., p. 144.

54 En cambio, el Derecho navarro sí que contempla la obligación natural. La Ley 510 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra dice: “No será repetible el pago cuando se haya hecho en cumplimiento de un deber moral, o impuesto por el uso, aunque no sea judicialmente exigible. El reconocimiento, la novación, la compensación y la garantía de las obligaciones naturales producen efectos civiles”.

55 Según la STS 24 junio 2004 (RJ 2004, 4432), de las obligaciones naturales “hay un atisbo, estudiado hace tiempo por la doctrina científica, en el art. 1901 CC”. La STS 9 febrero 2007 (RJ 2007, 3556) y la STS 11 mayo 2007 (RJ 2007, 4666) dijeron que la idea de las obligaciones naturales “podría estar próxima al art. 1901 C.c.”. En la doctrina es habitual afirmar que el art. 1901 CC se refiere implícitamente a las obligaciones naturales. Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Las obligaciones naturales”, en *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 173-175; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La obligación natural*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 32, 46; REALES ESPINA, J.I.: *La obligación natural en el Código Civil*, Comares, Granada, 2000, pp. 52-61.

56 La STS 8 marzo 1957 (RJ 1957, 1546) dijo que “aun concediendo a los deberes morales o de conciencia, su mayor rango de aproximación o equivalencia a la obligación natural, carecería en derecho civil positivo del impulso necesario y determinante de acción para imponer su cumplimiento, quedando así remitida la eficacia de la obligación de conciencia a la esfera íntima”.

57 Según la STSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 25 marzo 1993 (RJ 1993, 2561), “los deberes morales o sociales alcanzan trascendencia jurídica no con el hecho determinante de su generación o asunción, sino con la realización de la conducta que su cumplimiento requería (...) al reconocer el ordenamiento jurídico

La relación entre las prestaciones de cortesía y las obligaciones naturales es muy evidente. Si se parte de que las prestaciones de cortesía no constituyen compromisos vinculantes (y en consecuencia no existe ninguna obligación civil derivada de un contrato), el pretendido beneficiario de la manifestación cortés no podrá accionar contra el promitente, a quien solo cabrá reprochar éticamente que no dio cumplimiento a la palabra dada. Si por el contrario la prestación cortés es realizada, en cumplimiento del compromiso manifestado, el promitente lo habrá hecho sin haber estado jurídicamente obligado a hacerlo, porque así se lo habrá indicado su conciencia, su sentido del deber o su honestidad.

V. LA FORMA COMO REQUISITO QUE DETERMINA EL NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.

I. El deslinde entre liberalidades de uso y prestaciones de cortesía, de un lado, y obligaciones civiles, de otro.

Como hemos expresado con anterioridad, existen casos en los que puede ser difícil determinar cuándo existe una liberalidad de uso, y cuándo una donación obligacional. De la misma manera, puede plantear especial dificultad distinguir cuándo existe una prestación de cortesía y cuándo un contrato gratuito vinculante. Incertidumbres de esta naturaleza suponen una amenaza para la seguridad jurídica de los particulares.

La resolución a estos problemas, a los que pretendemos dar respuesta, está vinculada a la idea de exigibilidad, consustancial a todo contrato (arts. 1091 y 1256 CC)⁵⁸. La inexistencia de sinalagma, o lo que es lo mismo, la falta de reciprocidad, siempre ha provocado que los contratos gratuitos atípicos sean vistos con cierto recelo. Si alguien se obliga gratuitamente a regalar una cosa, a entregar algo con la condición de que le sea restituido o custodiado sin pagar nada a cambio, a realizar una actividad o ejecutar un resultado sin percibir ninguna remuneración, o a efectuar un transporte sin contraprestación alguna, ¿podrá el beneficiario de tales compromisos exigir su cumplimiento?

La documentación por escrito del contrato (donación de bienes muebles sin entrega inmediata -art. 632.II CC- y donación de bienes inmuebles, con o sin entrega inmediata -art. 633 CC-), o la entrega en los contratos reales (donación

en el deber moral cumplido la mediación de una causa bastante para el mantenimiento del "statu quo" derivado de su realización".

58 La STS 22 diciembre 2014 (RJ 2014, 6406) se refirió al "principio de *lex contractus*, fuerza vinculante de los contratos que proclama el artículo 1091 del Código civil y que es destacada por reiterada jurisprudencia como las sentencias de 5 octubre 2006 y 2 diciembre 2011 y las que la ponen en relación con el principio de autonomía de la voluntad, proclamado por el artículo 1255, de 1 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010 y 17 de diciembre de 2010, o bien con el principio de la *necessitas*, esencia de la obligación que proclama el artículo 1256, sentencias de 19 de febrero de 2010, 13 de octubre de 2010 o, en definitiva con el de *pacta sunt servanda*, las sentencias de 7 febrero 2001 y 1 de junio de 2009".

manual -art. 632.I CC-; mutuo -arts. 1740 y 1753 CC-; comodato -art. 1740 CC-; depósito -art. 1758 CC-), permiten apreciar la intención de contraer un vínculo jurídico⁵⁹. Pero la ausencia de forma o de entrega no permite determinar con claridad si existió una intención decidida o meditada de celebrar un contrato, o si por el contrario nos encontramos simplemente ante manifestaciones corteses, sin voluntad de asumir consecuencias jurídicas de ninguna clase⁶⁰.

Si las manifestaciones cuya calificación se reputa dudosa se produjeron verbalmente, existirá además un problema de prueba, pues a no ser que el compromiso se haya manifestado ante testigos, será muy difícil que el pretendido beneficiario pueda acreditar la existencia de un contrato vinculante para el promitente. Sin embargo, incluso en el hipotético supuesto de que sea posible acreditar que una persona manifestó ante otra que asumía un compromiso de dar o de hacer algo sin recibir nada a cambio, el promitente siempre podrá argumentar que no se perfeccionó ningún contrato y que por tanto no existe ninguna obligación, porque lo que existió fue una mera declaración de cortesía, es decir, un compromiso moral o social, que no es exigible jurídicamente.

Si se admitiese que fuera del marco de seguridad que ofrecen los contratos formales y reales pudiesen ser asumidas obligaciones a título gratuito, la situación de incertidumbre solo podría ser resuelta determinando si el promitente tuvo intención de vincularse jurídicamente, lo que está conectado con la apreciación de una causa razonable: el conjunto de circunstancias y motivos que, desde un punto de vista objetivo, hacen plausible o explicable la asunción de un vínculo jurídico exigible y coercible⁶¹.

Sin embargo, en la práctica, y fuera de supuestos excepcionales y anómalos, dicha causa razonable sería de muy difícil apreciación en sede judicial, pues quedaría reducida a una única cuestión: si hubo o no intención de asumir una obligación coercible a cambio de nada. Ante un contrato atípico gratuito desprovisto de formalidad escrita, la carga de la prueba correspondería al pretendido beneficiario, que es quien debería acreditar la voluntad del promitente consistente en la asunción de una obligación gratuita coercible⁶². En un contexto semejante, cabe presumir que la falta de plasmación por escrito de la obligación, unida a una eventual negativa

59 GORLA, G: *El contrato*, cit., pp. 206-207; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 285-286.

60 GORLA, G: *El contrato*, cit., p. 207.

61 GORLA, G.: *El contrato*, cit., p. 212.

62 El art. 217.2 LEC dice que "corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda". Además, no es posible exigir al promitente que acredite que no se perfeccionó un contrato, o que no tuvo intención de vincularse jurídicamente, pues ello supondría imponerle la acreditación de hechos negativos, lo cual resulta empíricamente imposible. La STS 19 septiembre 2013 (RJ 2013, 7604) dijo que "los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa".

del promitente a admitir la asunción de una obligación vinculante, haría inviable el triunfo de una reclamación judicial dirigida al cumplimiento de un contrato gratuito atípico, cuya mera existencia resultaría casi imposible de acreditar⁶³.

Este planteamiento parece conducir a un callejón sin salida. Obliga a plantear si es posible constatar de alguna manera objetiva cuándo se ha perfeccionado un contrato gratuito atípico (que por su propia definición es obligatorio y vinculante), y cuándo existe una mera declaración de cortesía (que podrá ser cumplida por el promitente a su propia voluntad, a modo de una obligación natural, guiado por su sentido de la ética, la honorabilidad o la moralidad, pero cuyo cumplimiento forzoso no puede ser compelido en sede judicial). En suma, el razonamiento es insatisfactorio, pues consiste en un recorrido circular que termina regresando al punto de partida, sin hallar una solución razonable. En ausencia de contraprestación, de entrega de una cosa, o de forma escrita, no es posible determinar cuándo existe una voluntad decidida de asumir jurídicamente una obligación a cambio de nada.

2. Conclusiones.

En esta tesitura, resulta extraordinariamente útil recurrir al método exegético, teniendo a la vez presente el trasfondo histórico de las regulaciones normativas. Como tuvimos ocasión de exponer anteriormente, la perfección de los contratos gratuitos que comportan transmisión de dominio o desplazamiento posesorio siempre ha estado condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos formales especiales. El mutuo, el comodato y el depósito fueron tradicionalmente conceptuados como contratos reales. Y la validez de las donaciones siempre ha presupuesto ciertos requisitos formales especialmente gravosos.

Esta característica común a los contratos gratuitos típicos permite proporcionar una solución al problema enunciado: los compromisos gratuitos son contratos (y, en consecuencia, son vinculantes, y su cumplimiento puede ser compelido forzosamente) solo cuando hayan sido plasmados por escrito. Así las cosas, la forma es el elemento que distingue a la obligación civil exigible de una mera manifestación cortés incoercible; o lo que es lo mismo, de un contrato inexistente.

Nos parece evidente que, si una persona desea comprometerse jurídicamente a realizar una prestación atípica gratuita, sin recibir ninguna contraprestación, es razonable exigir que el contrato conste por escrito. Solo así será posible determinar que la obligación ha nacido jurídicamente, cuál ha sido el contenido de esa obligación, y constatar la decidida voluntad de asumirla a cambio de nada⁶⁴.

63 GORLA, G.: *El contrato*, cit., pp. 212-217.

64 Adviértase que la simple entrega de una cosa tampoco permite calificar jurídicamente un contrato, pues del simple hecho posesorio podría deducirse la existencia de una donación, de un mutuo, de un comodato, de un depósito, o incluso un precario. La interesante SAP València (Sección 6ª) 24 marzo 2023 (JUR 2023,

Realmente, la conclusión alcanzada consiste en regresar a los orígenes: como no es fácil deslindar las relaciones de cortesía y la voluntad jurídica de comprometerse, es necesario recurrir al aspecto formal. Como puso acertadamente de relieve VIVAS TESÓN, “el elemento que discierne el paso de lo cortés a lo jurídico no es otro sino la forma, elemento no equívoco por su materialidad”, ya que cualquier compromiso “se juridifica mediante la forma, a partir de la cual ya no es posible tener dudas acerca del carácter jurídico de la relación instaurada”⁶⁵.

Como destacó SALVADOR CODERCH, “en el contexto del C. c. no hay, a nivel de regulación general para los actos de autonomía privada de carácter patrimonial e *inter vivos*, puntos intermedios claramente delimitados entre las rígidas reglas de la donación típica y el puro intercambio de promesas en que pensaba el Código. Y manifestación de esta situación es la polémica doctrinal en torno a los denominados contratos reales con respecto a los cuales se discute si la entrega es condición de perfección del contrato en todo caso, solo cuando éste es gratuito o en ningún caso, oscilándose así entre el criterio formalista que preside las reglas de la donación y el consensualista propio de los contratos de intercambio”. (...) “Quien piensa que, por ejemplo, el comodato y el mutuo o depósito gratuitos exigen la entrega como un requisito de perfección, lo hacen así por analogía con las reglas formales de la donación típica hasta el punto de que, también por analogía con la donación, la entrega puede ser sustituida por otra formalidad -la escritura- en tanto en cuanto eso es admitido en el ámbito de aquella figura”⁶⁶.

Anteriormente, DE CASTRO Y BRAVO había afirmado que la “construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica [que] se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Cabe la existencia de un contrato de donación de uso o de custodia, plenamente eficaz con tal de que conste por

317016) resaltó la importancia de la indagación de la voluntad de las partes, indicando que si “por vía del art. 1255 del CC y del consentimiento contractual cualquier persona puede obligarse a prestar a otra algo y ésta tener por ello la facultad de exigirlo o, en caso de incumplimiento, de reclamarle daños y perjuicios si los hubiera sufrido, claro es que el contrato de préstamo no puede configurarse exclusiva y auténticamente como un contrato de naturaleza real y unilateral, sino más bien como un negocio consensual y bilateral. Por eso el consentimiento para prestar dinero o cosa mueble fungible es necesario e indispensable en el contrato de que se trata, pues de no serlo se podría estar ante una donación verbal de cosa mueble que se perfeccionaría con la entrega de la casa donada (art. 632 CC). Así, de la misma forma que para entender que ha habido donación se requiere la entrega de la cosa, el “*animus donandi*” y la aceptación, para considerar que ha habido un préstamo se requiere también no solo la entrega de algo, sino también el “*animus commodi*”, deviniendo en ambos contratos indispensables el elemento consensual. De ahí que la determinación de la calificación jurídica del contrato celebrado en cada caso no dependa exclusivamente de la entrega de la cosa, sino del elemento consensual que lo defina, ya que en caso de duda habrá de estarse a este último, que es el que determinaría verdaderamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado, sea donación, préstamo, depósito...”. Como es lógico, la plasmación por escrito del contrato simplifica enormemente la constatación de cuál fue la voluntad que llevó a entregar una cosa a otra persona, y permite calificar correctamente el contrato en cuestión. En todo caso, la entrega de una cosa no tiene lugar en los contratos de obra, servicios o transporte gratuitos, lo que evidencia la utilidad práctica de su necesaria plasmación por escrito en orden a la constatación de la existencia de un contrato, y su distinción respecto de las prestaciones de cortesía. Vid. GORLA, G.: *El contrato*, cit., pp. 206-207.

65 VIVAS TESÓN, I.: “La invalidez de la promesa de donación”, cit., p. 144.

66 SALVADOR CODERCH, P.: “Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 62, 1978, p. 690.

escrito el consentimiento de las partes (arts. 1.261, 1.274, 632). El Código, que ha reconocido expresamente el simple préstamo y el depósito oneroso (arts. 1.740, 1.760), ha de admitir su validez, dado el consentimiento sobre objeto y causa, siempre y cuando haya mutua promesa de prestaciones (art. 1.274); aunque quede entonces el contrato fuera del tipo estricto legal. Resulta, pues, reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (“ad solemnitatem”) para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente⁶⁷.

Tal criterio es muy semejante al que a su vez había expuesto GORLA, quien adujo que “sería muy oportuno, si se abandonara la idea del contrato real, requerir por lo menos la forma escrita para las promesas de comodato, de mutuo, y en general de servicios a título gratuito, precisamente cuando falte la *res* (forma escrita incluso para la aceptación). De esta manera habría para tales “liberalidades” de segundo grado una forma menos compleja que haría *pendant* con la forma que se exige para las liberalidades de primer grado (la donación) y serviría también como protección del promitente en los casos más graves”⁶⁸.

Desde nuestro punto de vista, el planteamiento expuesto por estos autores es de todo punto lógico. Para determinar cuándo nos encontramos ante contratos gratuitos atípicos, es perfectamente razonable tomar como referencia los requisitos formales que exigen los arts. 632 y 633 CC, pues permiten constatar la decidida voluntad de asumir una obligación vinculante y coercible, con lo que de paso se descarta la existencia de liberalidades de uso o de prestaciones de cortesía. Sin embargo, para llegar a dicha conclusión no nos parece adecuado calificar a los contratos gratuitos atípicos como “donaciones de uso o de custodia”, ni tampoco como “donaciones de segundo grado”. Cada contrato atípico gratuito tiene perfiles y caracteres propios, sin que exista ninguna necesidad de que sean identificados con otros tipos contractuales gratuitos. A mayor abundamiento, la aplicación analógica de las formas de las donaciones a los contratos gratuitos atípicos obedece a que existe una clara identidad de razón, tal y como exige el art. 4.I CC: la validez del contrato gratuito está condicionada a la entrega simultánea de la cosa, o a la plasmación del contrato por escrito. Tal es el espíritu que informa el art. 632 CC. No obstante, la exigencia del requisito formal aumenta cuando el objeto del contrato sea un bien inmueble, tal y como se desprende del art. 633 CC.

En consecuencia, puede establecerse el siguiente cuadro normativo relativo a la forma de los contratos gratuitos atípicos:

67 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 287.

68 GORLA, G.: *El contrato*, cit., p. 212.

Donación obligacional o promisorias: documento privado, y optativamente público, cuando tenga por objeto la transmisión de bienes muebles (art. 632 CC), y escritura pública cuando tenga por objeto la transmisión de bienes inmuebles (art. 633 CC)⁶⁹.

Mutuo, comodato y depósito consensuales: documento privado, y optativamente público (art. 632 CC)⁷⁰.

Obra, servicio y transporte gratuitos: documento privado, y optativamente público (art. 632 CC)⁷¹.

3. Reflexiones de lege ferenda.

Es evidente que los contratos gratuitos destacan por la liberalidad, la magnanimidad y la grandeza de espíritu de quien se obliga a recibir nada a cambio. Sin embargo, paradójicamente, la favorable acogida social que merecen no corre pareja con la regulación positiva, que es prácticamente inexistente.

Resulta hasta cierto punto prudente adoptar una postura cautelosa ante esta clase de contratos. Los contratos gratuitos han sido considerados anómalos desde bien antiguo, y pueden ser utilizados como instrumento que dé cobijo al fraude. Sin embargo, entendemos injustificada una aproximación exclusivamente negativa, pues desempeñan un papel muy relevante que se concreta en la redistribución de la riqueza y la mejora del bienestar general.

Ello no implica, evidentemente, que su celebración sea admisible en todo caso. La cuestión no se debe centrar en negar la posibilidad de suscribir contratos gratuitos atípicos, ni tampoco en promover su celebración indiscriminadamente,

69 Este criterio fue asumido por la SAP Barcelona (Sección 17^a) 27 junio 2000 (JUR 2000, 284349): “Lo que no resulta cuestionable ni por doctrina ni por la jurisprudencia es la imposición de la forma ‘ad solemnitatem’, en determinados casos de tal modo que: a) En las donaciones traslativas con entrega inmediata de cosa mueble, existe libertad de forma pudiéndose hacer tanto verbal como por escrito -art. 632. 1º y 2º-; mientras que en las donaciones obligacionales de cosa mueble es necesario la forma escrita bien en documento privado o público -art. 632. 2 CC-, y b) En las donaciones de inmuebles tanto si es traslativa (con entrega inmediata) o meramente obligatoria siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque ésta última no se precisa sea realizada en unidad de acto pero siempre debe efectuarse en vida del donante y por escritura pública art. 633 CC-”. Vid. CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, cit., pp. 86-93.

70 En relación con el contrato de préstamo consensual, ALBALADEJO GARCÍA señaló que “puede concluirse que el contrato de préstamo lo estima la ley como contrato jurídico (y no como mero acuerdo simplemente social pero desprovisto de eficacia jurídica), y, como tal, obligatorio para las partes en el plano legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada (C.c., artículo 1.740), como si el acuerdo, aun concertado sólo de palabra, es oneroso, como si aun no siendo oneroso, se otorga por escrito (argumento ex art. 632, que, para la eficacia jurídica de la donación de cosa mueble, pide que se entregue simultáneamente o se entregue por escrito)” (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 797). El mismo criterio es defendido en ATAZ LÓPEZ, J.: “Sobre la obligatoriedad”, cit., p. 89. Así las cosas, la cuestión no se centra en determinar si resulta posible configurar los contratos reales de mutuo, comodato y depósito como contratos consensuales en virtud de la autonomía de la voluntad, sino si es factible hacerlo sin que consten por escrito.

71 GORLA, G.: *El contrato*, cit., p. 212.

sino en establecer unas reglas claras y previsibles que contribuyan a la plena seguridad jurídica. La forma escrita cumple tal finalidad a la perfección.

Como dijo CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “encaminado el Derecho a posibilitar y facilitar la vida social favoreciendo el intercambio de bienes y servicios y armonizando intereses contrapuestos, con más razón no debe desentenderse del móvil de generosidad de los particulares, iniciativa que debe proteger y fomentar, sin más restricciones que las impuestas por la ley precisamente para preservar legítimos intereses de otros afectados”⁷². En consecuencia, sería recomendable que la ley dijese expresamente que los contratos gratuitos atípicos deben constar por escrito para constituir obligaciones jurídicamente vinculantes y coercibles. De esta manera, se potenciaría el altruismo y la generosidad, con el consiguiente beneficio social que tales atributos conllevan; siempre quedaría claramente determinado cuándo existe un contrato y cuándo una mera declaración de cortesía, evitando enfrentamientos personales y conflictos judiciales; y, en definitiva, se garantizaría la plena seguridad jurídica de todas las partes implicadas.

72 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: “Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos”, en AA.VV.: *Contratos gratuitos* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Reus, Madrid, 2020, pp. 22-23.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 11^a ed., Bosch, Barcelona, 2002.
- "Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, 1997.

ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

APALATEGUI OCEJO, P. y OYUELOS PÉREZ, R.: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

ATAZ LÓPEZ, J.: "La promesa de donación", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA y M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ATAZ LÓPEZ, J.: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", en AA.VV.: *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y C.L. GARCÍA PÉREZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.:

- "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001.
- *La obligación natural*, Bosch, Barcelona, 1990.

CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: "Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos", en AA.VV.: *Contratos gratuitos* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Reus, Madrid, 2020.

COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. y DEL ARCO TORRES, M. A.: *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.

D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.

FUENTES LOJO, J. V.: "El transporte gratuito de cosas y su naturaleza jurídica", *Revista General de Derecho*, núm. 171, 1958.

GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, Jaime Molinas, València-Barcelona, 1889-1898.

GORLA, G.: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, Bosch, Barcelona, 1959.

GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

- "La donación", en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1986.
- "Las obligaciones naturales", en *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1958.

LEVY, E.: *West Roman Vulgar Law*, American Philosophical Society Library, Filadelfia, 1951.

LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M^a.: "Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1999.

PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", *Anales de Derecho*, núm. 12 (I), 1994.

RABANETE MARTÍNEZ, I.: "La pretendida "realidad" del comodato", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 extra, 2022.

REALES ESPINA, J. I.: *La obligación natural en el Código Civil*, Comares, Granada, 2000.

ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid, 2011.

SALVADOR CODERCH, P.: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *Revista de Derecho Privado*, vol. 62, 1978.

TAMAYO CARMONA, J. A.: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo II* (coord. por F. P. BLASCO GASCÓ, M. E. CLEMENTE MEORO, F. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y R. VERDERA SERVER), Tirant lo Blanch, València, 2011.

VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Quiles, València, 1991.

VIVAS TESÓN, I.: "La invalidez de la promesa de donación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009.

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL
INTERNACIONAL POR MEDIO DE LOS RESTATEMENTS
INTERNACIONALES

*HARMONIZATION OF INTERNATIONAL CONTRACT LAW
THROUGH INTERNATIONAL RESTATEMENTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 200-241

Emmanuel
Guillermo
CARREÑO
BERNAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de noviembre de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El artículo analiza cómo el crecimiento del comercio internacional ha resaltado la necesidad de marcos jurídicos armonizados para regular relaciones contractuales de carácter internacional. Los Restatements Internacionales han surgido como una herramienta clave para consolidar principios jurídicos comunes. Además, el estudio revisa los esfuerzos de organismos globales y regionales como UNIDROIT y OHADAC, así como iniciativas académicas como los Principios LANDO y los Principios de Derecho Contractual Asiático.

PALABRAS CLAVE: Contratación transfronteriza; armonización jurídica; restatements internacionales; principios internacionales.

ABSTRACT: *The article analyzes how the growth of international trade has highlighted the need for harmonized legal frameworks to regulate international contractual relations. International Restatements have emerged as a key tool for consolidating common legal principles. Additionally, the study reviews the efforts of global and regional organizations such as UNIDROIT and OHADAC, as well as academic initiatives like the LANDO Principles and the Asian Contract Law Principles.*

KEY WORDS: *Cross-border contracting; legal harmonization; International restatements; International principles.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO COMO PUNTO DE PARTIDA. III. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL TRANSFRONTERIZO.- I. Restatements.- A) *Restatements of the Law.- B) Los Restatements internacionales.*- IV. EXPRESIONES DEL PROCESO ARMONIZADOR DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL POR MEDIO DE RESTATEMENTS INTERNACIONALES.- I. Restatements internacionales generados desde agencias internacionales.- A) *El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).*- B) *Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.*- 2. Restatements internacionales generados desde organizaciones regionales.- A) *La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC).*- B) *Principios OHADAC Sobre los Contratos Comerciales Internacionales.*- 3. Restatements internacionales generados desde Los Grupos Académicos.- A) *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PDEC).*- B) *Principios de Derecho Contractual Asiático (PACL).*- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El vertiginoso crecimiento del comercio internacional en las últimas décadas ha resaltado la necesidad de contar con marcos jurídicos coherentes, predecibles y armonizados que regulen eficazmente las relaciones contractuales entre actores de diferentes jurisdicciones. En un contexto de globalización económica, la diversidad de sistemas legales nacionales y regionales ha planteado desafíos significativos, exponiendo la urgencia de superar estas barreras para garantizar la fluidez y seguridad en las transacciones transfronterizas.

Las diferencias sustanciales en la interpretación y aplicación del Derecho Contractual entre los diversos sistemas jurídicos generan incertidumbre y aumentan los costos de transacción. Esta fragmentación normativa no solo incrementa el riesgo de conflictos, sino que también desincentiva la inversión y obstaculiza el crecimiento del comercio internacional. En este escenario, la armonización del Derecho Contractual Internacional se ha convertido en una prioridad para superar los desafíos derivados de la diversidad legal, facilitando un marco común que simplifique y unifique las reglas aplicables a las transacciones comerciales globales.

El proceso armonizador no busca suplantar los sistemas jurídicos locales, sino establecer un marco común que facilite la interoperabilidad entre ellos, respetando las particularidades de cada jurisdicción, pero ofreciendo reglas claras y predecibles para los operadores económicos.

Para abordar estos retos, se han propuesto múltiples enfoques y métodos de armonización, siendo uno de los más influyentes la creación de *Restatements Internacionales*.

• Emmanuel Guillermo Carreño Bernal

Socio de la Firma Servibienes, Consultores y Asesores SAS. Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho, Empresa y Justicia y Doctorando en Derecho Ciencia Política y Criminología de la Universitat de València. Correo electrónico: emanuelgcb@hotmail.com.

Los *Restatements* del Derecho como se estudiará, son compilaciones de principios generales diseñados para codificar y clarificar áreas específicas del Derecho. Originalmente desarrollados en los Estados Unidos por el ALI, estas obras se han adaptado en el ámbito internacional como una forma de consolidar principios jurídicos aplicables a las relaciones contractuales transnacionales.

Los *Restatements* Internacionales tienen como objetivo reducir la fragmentación normativa, proporcionando una base común para interpretar y aplicar el Derecho de los contratos en el comercio internacional. Estos textos no son necesariamente vinculantes, pero actúan como guías autorizadas para jueces, árbitros y abogados en la resolución de disputas contractuales.

En este sentido, la armonización del Derecho de la contratación internacional por medio de los *Restatements* Internacionales han adquirido relevancia como un enfoque pragmático para resolver los desafíos derivados de las complejidades normativas en las transacciones transfronterizas. Estos documentos buscan ofrecer un conjunto de normas y principios universales, adaptables a diversas jurisdicciones y que favorezcan la predictibilidad y estabilidad en los acuerdos comerciales internacionales.

A lo largo de este trabajo, se examinarán los diferentes métodos para lograr la armonización del Derecho contractual internacional, prestando particular atención a los *Restatements* Internacionales y su rol dentro del proceso global de armonización jurídica. Asimismo, se explorarán iniciativas clave impulsadas por organismos e instituciones de carácter universal y regional que se han especializado en esta tarea, como la UNIDROIT y la OHADAC, los cuales han tenido un papel central en la formulación de principios contractuales armonizados que buscan facilitar las transacciones internacionales.

Finalmente, se analizará instrumentos armonizadores generados desde instituciones privadas como los Principios de Derecho Contractual Europeo redactados por la Comisión LANDO y los Principios de Derecho Contractual Asiático preparados bajo la dirección de NAOKI KANAYAMA, instrumentos que representan importantes esfuerzos de armonización en sus respectivas regiones y han influido significativamente en la evolución del Derecho contractual global.

II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO COMO PUNTO DE PARTIDA.

El concepto "moderno" de armonización del Derecho difiere significativamente de nociones antiguas, como la unificación legislativa impuesta durante procesos históricos de colonización y conquista, como los ocurridos con el *Common Law*¹

¹ GOLDRING, J.: "Unification and harmonization of the Rules of Law", *Federal Law Review*, vol. 9, núm.3, 1978, pp. 284-325, pp. 291-300. El *Common Law*, fue llevado por la colonización británica a sus antiguos dominios,

y el *Civil Law*², y llevados por las potencias europeas coloniales a sus antiguos dominios³.

Hoy en día, la armonización jurídica basa su legitimidad en la voluntad de los Estados, los cuales en ejercicio de su poder soberano negocian y aceptan diferentes instrumentos de Derecho Internacional, creados en el seno de organismos internacionales especializados en la armonización del Derecho.

La definición moderna de armonización, a diferencia de muchas otras nociones de las ciencias jurídicas, no presenta mayores discusiones ni controversias, por lo cual es un concepto que se podría considerar pacífico en la doctrina, en donde, aunque no existe una completa uniformidad en la definición de este concepto, tampoco existen mayores discusiones en cuanto a su contenido⁴.

Distintos autores han propuesto definiciones de la armonización del Derecho, que si bien pueden variar, nunca llegan a tener diferencias significativas. Sin embargo, es pertinente manifestar que muchos autores tratan de manera indistinta y como sinónimos conceptos similares, pero aun así distintos como lo son la armonización y la unificación del Derecho⁵, términos que en el uso coloquial pueden utilizarse de forma equivalente, pero que poseen un distinto alcance⁶.

es decir a Estados como: Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, India, Singapur, Sudáfrica, Corea del Sur, Malasia y Hong Kong.

- 2 PERRET, L. y FUENTES, G.: "El sistema jurídico del derecho civil en el siglo XX" en AA.VV.: *La ciencia del Derecho durante el siglo XX* (edt. M. BONO LÓPEZ), Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1998, pp. 651-653. Por su parte el *Civil Law* o tradición de Derecho Continental Europeo fue llevado consigo por imperios coloniales como España, Francia y Portugal hacia los territorios que colonizaron a lo largo de los siglos XVI al XIX. Ejemplo de ello son la mayoría de los Estados de Centro y Sur América, incluso algunos estados del sur de Estados Unidos (como Florida, Texas, Arizona, California y Nuevo México los cuales muestran aún hoy las huellas de su herencia francesa y española) hasta algunas excolonias africanas de países europeos, y aquellas repúblicas asiáticas, en su mayoría islámicas, dominadas por Rusia durante casi todo el siglo XX.
- 3 GOLDRING, J.: "Unification and harmonization", cit., pp. 291-300.
- 4 BONILLA ALDANA, J. M.: "La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación", *Revist@ e-Mercatoria*, núm. 2, vol. 12, 2013, pp. 90-91.
- 5 ALPÍZAR MATAMOROS, V.: "El papel de la Conferencia de la Haya en la Armonización del Derecho Internacional Privado", *Revista Jurídica IUS Doctrina*, vol. 8, núm. 12, 2015, pp. 1-16. EISELEN, S.: "Globalization and harmonization of international trade law", en AA.VV.: *Globalization and Private Law: The Way Forward* (ed. por M. FAURE y A.VAN DER WALT), Edward Elgar Publishing, 2010, p. 98. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Los Procesos de Unificación Internacional del Derecho Privado: Técnicas Jurídicas y Valoración de Resultados", en AA.VV.: *La unificación jurídica en Europa. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP* (ed. por J. M. GARCÍA COLLANTES), Civitas, Madrid, 1999, pp. 17-44.
- 6 BONILLA ALDANA, J. M.: "La armonización del Derecho", cit., pp. 90-93; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales", en AA.VV.: *derecho de la regulación económica*, vol. VIII. *Comercio exterior* (dir. por J.V. GONZÁLEZ GARCÍA), Iustel, Madrid, 2009, pp. 18-19. La unificación, se produce cuando se incorporan en dos o más sistemas jurídicos normas de Derecho de igual e idéntico contenido, obtenidas de un modelo establecido en una convención internacional, en un tratado o en una ley uniforme (instrumentos del denominado *Hard Law*). Por el contrario, la armonización tiene un concepto mucho menos restringido, puesto que con este proceso no se alcanza una total y completa unificación de las normas de los Estados que participan en el proceso, su finalidad no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que busca una aproximación de normas que puede realizarse a través de instrumentos diversos tales como la puesta en práctica de una ley modelo o una guía legislativa (instrumentos del denominado *Soft Law*).

Algunos doctrinantes definen armonización como el “proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares”⁷; para otros la armonización es “un proceso cuya finalidad es la búsqueda de soluciones que minimicen los conflictos de leyes internacionales, mediante la formulación de preceptos normativos obtenidos a partir de la abstracción de criterios materiales que se incorporan al Derecho interno”⁸.

Por otro lado, también se define este fenómeno como el “proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del Derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas”⁹. Por último, hay quienes lo entienden como “aquellos procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear una afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal”¹⁰.

Por su parte la CNUDMI, ha hecho referencia a la armonización como “el proceso consistente en la modificación por parte de los diferentes Estados de las leyes nacionales con la finalidad de aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas y de buscar soluciones que sean aceptables para Estados de diferentes ordenamientos jurídicos y niveles de desarrollo económico y social”¹¹.

III. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL TRANSFRONTERIZO.

Como se ha indicado, la armonización del Derecho se ha llevado a cabo por medio de distintos métodos o técnicas que han sido adoptados por Estados, agencias internacionales y agrupaciones regionales y universales para armonizar el Derecho de la contratación transfronteriza. Estos instrumentos buscan crear normas modernas y armonizadas que promuevan la eficacia y coherencia en las relaciones comerciales internacionales¹².

7 LERNER, P.: “Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, 2004, pp. 921-922.

8 BERMÚDEZ ABREU, Y.: “Algunas Consideraciones Sobre la Armonización del Derecho Internacional Privado”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 116, 2008, p. 145.

9 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Autorregulación y unificación”, cit., p. 118.

10 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2016, p. 229.

11 Disponible en: [HTTPS://CNUDMI.UN.ORG/ES/ABOUT/FAQ/MANDATE __ COMPOSITION/HISTORY](https://cnumdi.un.org/es/about/faq/mandate__composition/history)

12 ROBLES FARIAS, D.: “Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional” *Revista perspectiva jurídica UP*, núm. 10, 2018, pp. 143-147.

Antes de profundizar en los métodos específicos, es necesario precisar que, cuando hablamos de “métodos o técnicas armonizadoras”, nos referimos a todos los mecanismos o vehículos utilizados por agencias, Estados y en general por los participantes del comercio transfronterizo, con el fin de llevar a cabo los objetivos del proceso armonizador.

Y es que, la armonización del Derecho implica seleccionar los enfoques que mejor se ajusten a las necesidades de los operadores comerciales, sus recursos y otros factores relevantes para garantizar el éxito del proceso

La tarea de búsqueda y elección del instrumento adecuado no es tarea sencilla, en razón a que, cada una de las técnicas armonizadoras goza de características propias que al final tendrán gran influencia en el desarrollo del proceso armonizador.

La mayoría de las técnicas armonizadoras usadas hacen parte del denominado *Soft Law*, el cual empezó a ser más comúnmente usado desde los años ochenta del siglo XX, década en que empezaron a perder relevancia mecanismos tradicionales de *Hard Law* como las convenciones o tratados internacionales, los cuales han empezado a perder fuerza debido a las complejidades que enfrentan, tales como procesos de adopción prolongados y costosos¹³.

Los métodos o técnicas de armonización jurídica no cuentan en la actualidad con un consenso en su clasificación entre los estudiosos de la materia, por ende, la doctrina especializada ha optado por diversas agrupaciones de las técnicas armonizadoras.

Una primera forma de clasificación¹⁴, divide en tres grandes categorías los instrumentos armonizadores que suponen diversos tipos de compromiso y aceptación:

- Técnicas legislativas: Esta categoría incluye convenciones, convenios y leyes modelo.

- Técnicas contractuales: Aquí se destacan principalmente los contratos estandarizados.

- Técnicas explicativas: Esta categoría abarca instrumentos como guías jurídicas y declaraciones interpretativas.

13 OVIEDO ALBÁN, J.: “Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato”, *Revista Foro de Derecho Mercantil*, núm. 4, 2004, pp. 86-88.

14 CNUDMI.: *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Naciones Unidas, Viena, 2013, pp. 15-20.

Otra forma de clasificación de los métodos armonizadores se desarrolla a partir del órgano generador del instrumento¹⁵, dividiendo los métodos en dos categorías:

- Instrumentos centralizados: Estos corresponden a aquellos que se desarrollan dentro de un ámbito político que determina o impone el texto armonizador. En estos casos, el Estado participa de manera activa, proponiendo, participando y adoptando el instrumento. Dentro de esta categoría se encuentran las convenciones o convenios.

- Instrumentos descentralizados: Estas técnicas armonizadoras no nacen o se crean dentro de un ámbito político determinado que impone el instrumento armonizador. Dentro de este método encontramos principalmente todos los métodos pertenecientes al *Soft Law*, como los *Restatements*, en donde como se estudiará, no participan activamente los Estados, y cuya influencia creadora no deviene del ámbito político, sino de las prácticas mercantiles y las necesidades particulares de los participantes en el comercio internacional.

Finalmente, la clasificación más difundida y comúnmente aceptada en la doctrina es aquella que divide los instrumentos entre los pertenecientes al *Hard Law* y al *Soft Law*. Los instrumentos de *Hard Law* se caracterizan por ser vinculantes y adoptados formalmente por los Estados, mientras que los de *Soft Law* consisten en guías, principios o recomendaciones que, aunque no vinculantes jurídicamente, influyen en la práctica y son reconocidos como fuentes importantes para la interpretación y aplicación del Derecho en el ámbito internacional.

I. Restatements.

Como se ha desarrollado, existen diversas técnicas de armonización, sin embargo, entre ellas, una categoría ha ganado especial relevancia por su creciente protagonismo y su impacto en el Derecho internacional: los *Restatements* internacionales.

Los *Restatements* no solo han sido fundamentales para la sistematización y clarificación de principios y reglas en el ámbito nacional, especialmente en sistemas como el *Common Law* de Estados Unidos, sino que también han trascendido fronteras, desempeñando un papel crucial en la armonización del comercio internacional. Su flexibilidad y carácter persuasivo los han convertido en herramientas clave para promover la coherencia jurídica entre diferentes jurisdicciones y fomentar una interpretación uniforme de los principios legales en un entorno cada vez más globalizado.

15 LERNER, P.: "Sobre Armonización", cit., pp. 950-953.

Dado su creciente uso en la práctica mercantil internacional y su influencia en la evolución del Derecho transfronterizo, a continuación, procederemos a desarrollar y examinar en detalle el papel de los *Restatements* en este contexto.

A) *Restatements of the Law*.

Los *Restatements of the Law* surgieron en los Estados Unidos de América, con el fin de ordenar los principios y reglas del *Common Law* provenientes de la práctica y de las decisiones reiteradas de los jueces, consolidadas por medio de los años como precedentes de observancia obligatoria¹⁶.

La sociedad norteamericana, como la mayoría de las sociedades modernas, es una sociedad dinámica y cambiante, razón por la cual las actuaciones de los jueces deben corresponder a estas cualidades, especialmente cuando se abordan temas constitucionales o políticos¹⁷. Ante este dinamismo surgió la necesidad de identificar los principios y reglas comunes, con el fin de aplicarlos a casos similares y hacer posible la previsibilidad de las decisiones judiciales¹⁸.

Bajo ese contexto, se crearon los *Restatements of the Law* como respuesta a las preocupaciones de los juristas americanos al “desorden” existente en el *Common Law*, el cual se iba dispersando entre los diferentes estados que componen el país y que se venía aplicando de manera diversa entre los tribunales de cada estado¹⁹.

De esta manera, se empezaron a redactar los *Restatements of the Law*, en textos producto del trabajo conjunto de importantes jueces y abogados, así como de personalidades destacadas del profesorado universitario, de cuya autoridad derivaría la naturaleza persuasiva de los *Restatements of the Law*²⁰.

Los textos en que se consolidan estos instrumentos agrupan los principios y reglas del *Common Law* en contenidos que presentan la estructura de normas, aunque carecen de vinculatoriedad, en razón a que no son promulgados por alguna autoridad estatal²¹.

Es así, que bajo el auspicio del *American Law Institute* mejor conocido por sus siglas ALI y aprovechando el prestigio y la autoridad académica de la cual

16 VEGA MERE, Y.: “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo”, *Advocatus*, núm. 38, 2020, pp. 76-81.

17 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Common Law: Especial referencia a los *Restatement of the Law* en Estados Unidos”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Marineau. Tomo II: Sistemas jurídicos contemporáneos Derecho comparado temas diversos* (Coord. N. GONZÁLEZ MARTÍN), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1ª ed., 2006, pp. 391-403.

18 VEGA MERE, Y.: “¿La era de los Códigos”, cit., pp. 76-81.

19 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Common Law”, cit., pp. 391-403.

20 *Ibidem*.

21 VEGA MERE, Y.: “¿La era de los Códigos”, cit., pp. 76-81.

gozaban los grupos de trabajo redactores, surgen los *Restatements of the Law* como respuesta al caos normativo existente en el país norteamericano.

En un primer tiempo, estos instrumentos se redactaron en forma de normas que contenían los principios del Derecho norteamericano principalmente en el campo civil y mercantil. Con el tiempo incluso se buscó la conformación de un *Common Law* global caracterizado por la homogeneidad y armonización de este sistema de Derecho sin importar la jurisdicción²².

El ALI define los *Restatements of the Law* del siguiente modo: "Restatements are primarily addressed to courts. They aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might appropriately be stated by a court"²³.

La estructura de los *Restatements of the Law* está compuesta por un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas que condensan el análisis de las decisiones de los jueces que aborda los distintos aspectos de una determinada materia. Sin embargo, es muy importante aclarar que estos textos a diferencia de otros instrumentos no solo recogen normas jurídicas, sino que incluyen además comentarios y explicaciones que las aclaran y desarrollan, por lo cual además de principios y reglas, contiene notas explicativas para el lector, constituyendo prácticamente manuales para la práctica diaria²⁴.

También es de precisar que estos instrumentos al no ser expedidos por el Estado, entendido como la manifestación de cualquier rama del poder público, no son de obligatorio cumplimiento, por lo cual hacen parte del denominado *Soft Law*.

En la actualidad algunos *Restatements of the Law* cuentan ya con diversas versiones, pues como se ha expresado la sociedad americana al igual que cualquier sociedad moderna es cambiante, por la cual estos instrumentos han necesitado adaptaciones y revisiones periódicas²⁵.

Hoy en día encontramos diversidad de materias del Derecho que cuentan con *Restatements of the Law*, entre ellas destacan: los *Restatements of the law of contract*, *Restatements of the Law of Property* y *Restatements of the Law of Trust*, por citar algunos ejemplos.

22 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Common Law", cit., pp. 391-403.

23 THE AMERICAN LAW INSTITUTE.: *Capturing the Voice of the American Law Institute: A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work*, The American Law Institute, Philadelphia, 2005, pp. 4-7. Los *restatements* se dirigen principalmente a los tribunales. Su objetivo es lograr formulaciones claras del Derecho consuetudinario y sus elementos o variaciones estatutaria y reflejar el estado actual de la ley o cómo podría ser expresada adecuadamente por un tribunal. (Traducción del autor).

24 Disponible en: [HTTPS://SSRN.COM/ABSTRACT=897403](https://ssrn.com/abstract=897403) o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.897403> ,

25 VEGA MERE, Y.: "¿La era de los Códigos", cit., pp. 76-81.

B) *Los Restatements internacionales.*

La doctrina ha usado el término “*Restatements internacionales*” para referirse a los principios internacionales, que en esencia buscan los mismos fines de los *Restatements of the Law* norteamericanos: la construcción de un cuerpo normativo contentivo de un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas relacionados con el Derecho del Comercio Internacional²⁶.

Para la consecución de estos objetivos, en las últimas décadas renombrados juristas procedentes de países de diversas familias jurídicas, han identificado principios comunes a diferentes ordenamientos jurídicos y que son aplicables a contratos de naturaleza transnacional y han promovido la idea de la necesidad de compilación de estos. Esta tarea, también ha sido asumida y con gran éxito por organismos internacionales y regionales y por instituciones privadas²⁷.

Los principios, son fruto de lo que los recopiladores consideran la selección de las más notables normas y prácticas comerciales, las cuales son consolidadas de manera coherente y exhaustiva. Así mismo, por medio de estos instrumentos, se busca inferir principios jurídicos generales basados en todas las fuentes jurídicas, por lo que el efecto de sus esfuerzos es en resultado similar al de sus colegas estadounidenses expresado en *Restatements*.

Es así, que la compilación de estos principios debe resultar en un instrumento práctico y que sirva de utilidad a los participantes del comercio internacional en la configuración de sus contratos y también a los operadores jurídicos que los usan y tienen en cuenta al momento de proferir sus sentencias y fallos. En este escenario, los operadores apelan a los principios como argumento de autoridad para la interpretación y/o complementación de otros instrumentos de fuente internacional y para la justificación y fortalecimiento de sus decisiones²⁸.

Por otra parte, es de precisar que los principios internacionales al igual que los *Restatements* norteamericanos, al no ser expedidos por la manifestación de alguna autoridad estatal, hacen parte del denominado *Soft Law*²⁹, por lo cual, su naturaleza es no vinculante.

26 ESTRELLA FARIA, J. A.: “¿Del sueño de los académicos a la herramienta de los prácticos?, Derecho comercial uniforme y práctica legal internacional - breves observaciones sobre la obra de UNIDROIT” en AA.VV.: *Principios UNIDROIT. Estudios entornos a una nueva lingua franca* (comp. por J. M. RODRÍGUEZ OLMO), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 54-55 y PULIDO RIVEROS, J. C.: “El ‘soft law’ en el derecho privado: Sostén a la teoría de la ‘nueva lex mercatoria’”, *Revista Misión Jurídica*, núm. 14, vol. 11, 2018, p. 234.

27 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Introducción al Derecho*, cit., p. 270.

28 PULIDO RIVEROS, J. C.: “El ‘soft law’”, cit., p. 237.

29 FARNSWORTH, E. A.: “An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *University of Baltimore Law Review*, vol. 26, Iss. 3, art. 2, 1996, pp. 1-3.

Sin embargo, a pesar de esta naturaleza, existen diversas formas en que estos instrumentos pueden volverse vinculantes. Normalmente para este fin, son incluidos por los comerciantes internacionales en sus contratos, en ejercicio de la autonomía contractual³⁰ o simplemente son incluidos por los Estados en su Derecho positivo.

Para ejemplificar esta última situación, es preciso traer a colación, los principios producidos por la *Uniform Law Conference of Canada*, instrumentos que después de una evaluación independiente por parte de las provincias que componen este país, han sido legislados por las provincias conforme al texto original o con ajustes³¹.

En todo caso, lo cierto es que el objetivo de la compilación de principios internacionales en *Restatements* internacionales es la formulación de un texto que tenga la vocación de llegar a ser Derecho positivo, bien porque es aceptado por los Estados como el citado ejemplo de los principios producidos por la *Uniform Law Conference of Canada* o bien porque las partes de un contrato voluntariamente se refieren a él, o al menos el operador jurídico en temas relativos a la contratación internacional los acoja en sus sentencias³².

Es importante señalar que los principios internacionales, a diferencia de otro tipo de instrumentos no pretenden crear nuevas reglas jurídicas, por el contrario, se constituyen como textos que se limitan a compilar y describir las prácticas comerciales internacionales existentes. Comparte esta característica con los *Restatements* norteamericanos, ya que en ambos casos la creación de estos textos no es inédita, sino que depende de factores ajenos: en el caso de los *Restatements of the Law* a la jurisprudencia americana; en el caso de los *Restatements* internacionales a las prácticas de los participantes del comercio transfronterizo³³.

Los principios internacionales han sido desarrollados para ser útiles en diferentes ámbitos de aplicación: en primer lugar, al ser instrumentos del denominado *Soft Law* pueden incorporarse por referencia a los contratos transfronterizos, como conjunto de normas que las partes voluntariamente pueden aceptar, como expresión de principios jurídicos comunes, como un criterio para la interpretación de tratados y convenciones y como modelo de inspiración legislativa para los Estados³⁴.

30 LEÓN ROBAYO, É. I.: *Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 210-125.

31 OSAJDA, K.: *The Experiences*, cit., p. 8.

32 LERNER, P.: "Sobre Armonización", cit., pp. 923-924.

33 *Ibidem*.

34 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Introducción al Derecho*, cit., p. 267.

Dado su impacto en la armonización del Derecho Internacional, y su capacidad para facilitar la coherencia jurídica entre jurisdicciones, en el siguiente apartado presentaremos algunas de las expresiones más relevantes de los *Restatements* internacionales en el ámbito de la contratación transfronteriza.

IV. EXPRESIONES DEL PROCESO ARMONIZADOR DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL POR MEDIO DE RESTATEMENTS INTERNACIONALES.

Para una mejor comprensión de los *Restatements* internacionales, esta sección se dividirá en tres partes. En el primer apartado, abordaremos el rol de la organización UNIDROIT, una de las principales instituciones internacionales dedicadas a promover la armonización a nivel global. Nos enfocaremos en su principal instrumento para alcanzar este objetivo: los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

El segundo apartado estará dedicado a una organización de carácter regional, la OHADAC. Analizaremos su papel en la armonización del Derecho Contractual Internacional en el ámbito del Caribe y la relevancia de los Principios OHADAC para la contratación internacional.

Finalmente, en el tercer apartado, se examinarán iniciativas privadas que han surgido de grupos académicos independientes. Nos enfocaremos en los Principios LANDO y los Principios de Derecho Contractual Asiático (PACL), ambos importantes instrumentos en el ámbito de la armonización del Derecho Contractual Transnacional.

I. *Restatements* internacionales generados desde agencias internacionales.

Son muchas las instituciones que han contribuido a la armonización de la normativa del Derecho del Comercio Internacional a nivel global. Sin embargo, entre todas ellas, destaca particularmente UNIDROIT, cuyo *Restatement* internacional, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, ha alcanzado un protagonismo indiscutible en el ámbito de la contratación transfronteriza. A continuación, se procederá a desarrollar en detalle el impacto y alcance de este importante instrumento.

A) *El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).*

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado mejor conocido por su acrónimo UNIDROIT, de su denominación en francés: *Institut international pour l'unification du droit privé*, se encuentra constituido como un

organismo intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini de Roma, Italia³⁵.

El instituto fue ideado por el gobierno de Italia, gobierno que propuso en el año 1924, a la Asamblea General de la entonces Sociedad de Naciones, el establecimiento de un ente internacional que tuviera como objetivo estudiar las problemáticas del Derecho Privado, con miras a la armonización y coordinación de las diversas legislaciones entre los distintos Estados³⁶.

Es así como, bajo estos ideales en el año 1926 se funda el Instituto UNIDROIT como órgano adscrito a la Sociedad de Naciones³⁷. Tras la desaparición de la Sociedad de Naciones, fue restablecido en el año 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral, conocido como el Estatuto UNIDROIT³⁸.

En la actualidad hacen parte de UNIDROIT 63 Estados provenientes de los cinco continentes, que representan diferentes sistemas legales, económicos y políticos, así como diferentes tradiciones culturales, quienes se han adherido al instituto mediante la adhesión al Estatuto UNIDROIT³⁹.

El propósito fundamental del Instituto se concentra en la investigación de medios y estrategias dirigidos a la modernización, la armonización y la coordinación del ámbito del Derecho Privado, en especial en el ámbito del Derecho Comercial⁴⁰.

Con estos propósitos, se generan en su seno una serie de instrumentos legales, principios y normativas. Esta misión se encuentra en completa consonancia con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de UNIDROIT⁴¹, donde en el artículo primero se establece:

“El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el Derecho Privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de Derecho Privado uniforme.

35 Disponible en <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/>.

36 LABARIEGA VILLANUEVA, P. A.: “UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, 1998, pp. 118-119.

37 GUARIN FERRER, J. C.: “PRINCIPIOS UNIDROIT”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, vol. 3, n° 1, 2015, p. 111.

38 *Ibidem*.

39 Disponible en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership-old/>.

40 UNIDROIT, *Overview*, cit.

41 Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940, con inclusión de las enmiendas que se citan. (BOE núm. 303, de 18 de diciembre de 1982), Ley 32 de 1992 de la República de Colombia, por medio de la cual se aprueba el “Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940. (Diario Oficial No. 52.446 - 4 de julio de 2023).

A tal fin, el Instituto:

- a. Prepara proyectos de leyes o convenciones con miras a establecer un Derecho Interno Uniforme;
- b. Prepara proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales en materia de Derecho Privado;
- c. Emprende estudios de Derecho Comparado en materia de Derecho Privado;
- d. Se interesa por las iniciativas ya tomadas por otras instituciones en todos esos campos con las cuales puede, en caso necesario, mantenerse en contacto.
- e. Organiza conferencias y publica los estudios que juzga dignos de amplia difusión".

Esta institución cuenta con el inglés, francés, alemán, italiano y español como sus idiomas oficiales. Sin embargo, en el ámbito operativo, solo se utiliza el inglés y el francés. El financiamiento del Instituto proviene de las contribuciones anuales establecidas por la Asamblea General a sus Estados miembros, no obstante, se contemplan contribuciones extraordinarias para respaldar proyectos o actividades específicas⁴².

UNIDROIT presenta una estructura triptica, compuesta por una Secretaría, un Consejo Rector y una Asamblea General. La Secretaría opera como el órgano ejecutivo de UNIDROIT, encargado de la implementación cotidiana de su Programa de Trabajo. Por su parte el Consejo de Gobierno ejerce la supervisión sobre todos los aspectos de la política que guían los medios para alcanzar los objetivos establecidos en los estatutos del Instituto. La Asamblea General ostenta el rol de máximo órgano de decisión⁴³.

A la fecha UNIDROIT ha elaborado numerosos instrumentos como resultado de proyectos de armonización exitosos, incluidos convenios internacionales, leyes modelo, principios y guías jurídicas y contractuales, dentro de los cuales destacan:

- Convención UNIDROIT sobre Factoring Internacional de 1996.
- Convención UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero Internacional de 1994.
- Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001.

⁴² UNIDROIT, *Overview*, cit.

⁴³ *Ibidem*.

- Guía de UNIDROIT para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional de 2005.

- Ley Modelo de Leasing de UNIDROIT de 2008.

- Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2013.

Sin embargo y sin lugar a duda, el mayor caso de éxito lo constituyen los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, mejor conocidos como Principios UNIDROIT, instrumento que ha creado un enfoque totalmente nuevo del Derecho Comercial Internacional, apartándose de las categorías tradicionales de instrumentos jurídicos internacionales que hasta ahora se han elaborado a nivel internacional, en razón a su importancia y características a continuación, se expondrá a profundidad estos principios.

B) Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

- Antecedentes históricos.

La génesis de los Principios se remonta al año 1968, en donde, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT e influenciados por la exitosa recepción de los *Restatements of the law* en los Estados Unidos, surgió la iniciativa de crear un documento a nivel mundial, enfocado específicamente en los contratos comerciales internacionales⁴⁴.

En respuesta a la iniciativa, en el año 1971 el Consejo de Gobierno de UNIDROIT incorporó en su programa de trabajo lo que se denominó como: "Essai d'unification portant sur la partie générale des contrats en vue d'une Codification progressive du droit des obligations 'ex contractu'"⁴⁵.

A dicho proyecto de manera posterior se le identificó como *Progressive Codification of International Trade Law*, para algunos doctrinantes esta denominación no representaba el contenido del texto, en razón a que el nombre hacía referencia a una codificación progresiva y estos Principios no constituían una reacción a los sistemas jurídicos codificados o de *Hard Law*. Es por esta razón que se decidió cambiar el nombre del proyecto, el cual se le conocería posteriormente como *Preparation of Principles for International Commercial Contracts*⁴⁶.

44 OVIEDO ALBAN, J.: "Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales", *Revista Criterio jurídico*, núm. 3, 2003, pp. 37-38.

45 ROBLES FARIAS, D.: "La Nueva Edición de los Principios UNIDROIT 2016 - La Regulación de los Contratos de Larga Duración", *Revista perspectiva jurídica UP*, n° 9, 2017, pp. 201-202.

46 *Ibidem*.

Para el año 1980 se decidió la conformación de un grupo de trabajo constituido por representantes de todos los principales sistemas legales y económicos del mundo, que además eran expertos en el campo de Derecho Contractual y Derecho Mercantil Internacional, la mayoría de los miembros eran académicos, mientras que algunos eran jueces o funcionarios públicos de alto rango, sin embargo, todos participaron a título personal y no expresaron opiniones de sus gobiernos⁴⁷. Dentro del grupo redactor se encontraban expertos juristas de reconocido prestigio mundial, entre los cuales resaltaban los nombres de BONELL, FARNSWORTH y LANDO⁴⁸.

El grupo redactor tuvo en cuenta diversas fuentes para la elaboración de los Principios UNIDROIT entre estas se destacan: Algunos códigos nacionales representativos y avanzados de la época como el Código Civil francés, el Código Civil alemán, el Código Civil Italiano, el Código Civil español y el Código Civil holandés⁴⁹. También destacan otras fuentes como el Código de Comercio Uniforme Norteamericano, el *Restatement (second) of Contracts*, la CNUCCIM, los INCOTERMS, así como las prácticas y usos uniformes para créditos documentarios, entre otros⁵⁰.

Los Principios UNIDROIT fueron redactados originalmente en inglés, mismo idioma que fue utilizado por el grupo redactor en sus trabajos, no obstante, desde la redacción se visualizó que una vez completado el texto de los artículos debía publicarse y distribuirse en tantas versiones de otros idiomas como fuera posible para facilitar y extender su uso en todo el mundo, así mismo se pactó desde su génesis, que sería responsabilidad de los miembros del grupo de trabajo efectuar la precisión y comentarios de los principios⁵¹.

La primera edición de los Principios fue publicada en el año 1994, para esta primera edición el grupo redactor se concentró principalmente en el Derecho de los Contratos Internacionales. La publicación estuvo compuesta por un preámbulo y artículos relativos a disposiciones contractuales generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato.

47 BONELL, M. J.: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" *Tulane Law Review*, vol. 69, núm. 5, 1995, p. 1126. OVIEDO ALBAN, J.: "Aplicaciones de los principios", cit., pp. 37-38.

48 MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: "Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?", *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 9, 2005, p. 37.

49 ROBLES FARIAS, D.: "La Nueva Edición", cit, p. 2123.

50 ROBLES FARIAS, D.: "La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) Su génesis, desarrollo e influencia internacional", *Revista perspectiva jurídica UP*, núm. 12, 2019, p. 207.

51 BONELL, M. J.: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" *Tulane Law Review*, vol. 69, núm. 5, 1995, p. 1126.

El articulado se publicó junto a comentarios detallados y ejemplificaciones que forman parte integral de los Principios⁵².

La publicación de los Principios fue un rotundo éxito editorial a nivel global, derivando en la programación de diferentes conferencias, congresos y diversos eventos académicos para difundir su contenido y utilidad. Pronto se convirtió en una opción normativa adoptada voluntariamente por los profesionales del comercio internacional y sus abogados. Gradualmente, los árbitros también comenzaron a emplearlos para resolver disputas derivadas de su aplicación⁵³.

Debido al notable éxito alcanzado por los Principios, UNIDROIT se vio compelido a retomar los trabajos y así publicar una segunda edición revisada y ampliada. A esta nueva edición lanzada en el año 2004, se le adicionaron cinco capítulos, abordando temas referentes a la representación, estipulación a favor de terceros, compensación, cesión de derechos, transmisión de obligaciones, cesión de contratos y prescripción, incrementando 61 artículos respecto al texto original⁵⁴.

En el año 2010, se publicó una tercera edición que atendió a sugerencias de la comunidad jurídica internacional, incorporando adiciones complementarias para mantener la actualización de los Principios. El objetivo primordial de esta nueva edición fue agregar diversos temas de interés para la comunidad de comerciantes transfronterizos y en general la comunidad jurídica internacional, resultando en un aumento de 26 artículos⁵⁵.

La edición más reciente publicada en 2016⁵⁶ Tuvo Como Objeto Profundizar Temas Relativos A Los Contratos De Larga Duración Relevantes Tanto En Contratos Comerciales Internacionales Como En Contratos Regidos Por El Derecho De Las Inversiones⁵⁷. Para este fin, se realizaron modificaciones en el Preámbulo y en diferentes artículos sumando un total de seis ajustes. Además, se realizaron a cabo modificaciones y adiciones en los comentarios de otros artículos, todos relacionados con contratos de larga duración. En consecuencia, no fue necesario agregar artículos adicionales, por lo cual, al igual que la edición 2010, consta de 211 Artículos (a diferencia de los 120 Artículos de la edición de 1994 y los 185 Artículos de la edición del 2004)⁵⁸.

52 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019, p. 63.

53 ROBLES FARIAS, D.: "La Nueva Edición", cit., pp. 201-204.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 Disponible en: [HTTPS://WWW.UNIDROIT.ORG/WP-CONTENT/UPLOADS/2021/06/UNIDROIT-PRINCIPLES-2016-SPANISH-BL.PDF](https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/UNIDROIT-PRINCIPLES-2016-SPANISH-BL.PDF)

57 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: *Guía Sobre*, cit., pp. 63.

58 UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos*, cit.

- *Características e importancia de los Principios UNIDROIT.*

Los Principios UNIDROIT constituyen una aproximación innovadora al Derecho del Comercio Internacional, buscando abordar y corregir diversas deficiencias presentes en la normativa aplicable a este tipo de transacciones. Este enfoque representa un intento significativo por perfeccionar la regulación legal que rige este tipo de negocios a nivel internacional⁵⁹.

Por otra parte, representan un conjunto específico de normas que abarcan los aspectos más relevantes de la contratación comercial internacional, estableciendo los fundamentos del Derecho común de los contratos internacionales comerciales. Estos Principios representan un *corpus juris* con reglas neutrales, resultado de la cuidada elección y trabajo del grupo redactor. La meta declarada por UNIDROIT al conformar este grupo fue clara: contar con la participación de destacados académicos de diversos sistemas jurídicos, con el único propósito de generar reglas legales de alta calidad. Este proceso se llevó a cabo de manera independiente de intereses comerciales y manteniendo la autonomía frente a intereses gubernamentales⁶⁰.

Los Principios se diseñaron como un modelo de cláusulas contractuales sin estar dirigidos a un tipo específico de convenio, tampoco constituyen una forma de convención internacional, ni de Ley Uniforme para los contratos internacionales, además contienen reglas que son comunes a la mayoría de los sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptan soluciones modernas que se adaptan a las necesidades del tráfico internacional⁶¹.

En cuanto a su ámbito de aplicación, es preciso exponer que los principios están pensados para regular los contratos “mercantiles internacionales”. Respecto a la primera característica: “contratos mercantiles” es preciso indicar que la mercantilidad a la que se hacen referencia los principios, no está enfocada a la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter “civil” y “mercantil” de las partes y/o de los negocios jurídicos. La verdadera finalidad en la referencia a la mercantilidad del contrato es excluir del ámbito de aplicación a las denominadas “operaciones de consumo”, por lo cual aun cuando no se define con precisión cuales contratos deben considerarse mercantiles, se entiende que este criterio debe interpretarse en su sentido más amplio y en todo caso excluyendo las operaciones de consumo⁶².

59 BONELL, M. J.: “The UNIDROIT”, cit., p. 1123.

60 SANCHEZ CORDERO, J.: *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales Comerciales 2016*, UNIDROID – Centro Mexicano de Derecho Uniforme - Universidad Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Judiciales, Roma, 1ª ed., 2018, p. vii.

61 OVIEDO ALBAN, J.: “Aplicaciones de los principios”, cit., p.40.

62 *Ibidem*.

En relación a la característica de “contrato internacional”, el articulado no adopta ningún criterio que la determine, por lo cual se afirma que el concepto de “internacionalidad” del contrato debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas de su aplicación aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos trascendentes del contrato tienen puntos de conexión única y exclusivamente con una sola nación⁶³.

En cuanto al propósito de los principios, se encuentra muy bien plasmado en su preámbulo, el cual establece de manera clara:

“PREÁMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (*).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el Derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el Derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

Considerando el propósito de los Principios UNIDROIT, se ha planteado que su naturaleza jurídica corresponde a un *Restatement of the Law*⁶⁴. Esta caracterización

63 SANCHEZ CORDERO, J.: *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales Comerciales 2016*, p. 31.

64 En el Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI 9797 de fecha 28 de julio de 2000, el tribunal manifestó que los Principios de UNIDROIT constituyen en esencia un *Restatement* de aquellos “principios directores” que han encontrado consenso universal, porque representan la base de la mayoría de las nociones fundamentales que han sido aplicadas, respetuosamente, en la práctica arbitral”.

se basa en que el texto internacional incorpora un conjunto de principios y reglas fundamentales sobre contratación, y su estructura presenta una similitud con los *Restatements* norteamericanos, siendo éstos guía y modelo para la titulación, elaboración, comentarios, orientaciones, así como ejemplos adicionados de los Principios UNIDROIT⁶⁵.

Por otro lado, se destaca que los principios se presentan como recomendaciones, ya que al ser los Principios una normatividad perteneciente al *Soft Law*, su carácter es netamente facultativo, derivando su obligatoriedad exclusivamente de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes deben incorporar la aplicación de los Principios en los contratos que celebran. Este aspecto se encuentra expresamente establecido en el segundo párrafo del Preámbulo, que establece: “Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones”.

Sin embargo, es preciso exponer que en diversas ocasiones tribunales internacionales los han encontrado aplicables en contratos internacionales en los cuales las partes no hicieron referencia a ellos, lo anterior bajo la argumentación que estos Principios son aplicables a los contratos internacionales por el único hecho de constituir “principios generales” de los contratos internacionales reconocidos en múltiples sistemas jurídicos del mundo⁶⁶.

Los Principios, están divididos en siete capítulos con disposiciones aplicables a todo el *iter contractus* desde su etapa de gestación hasta su conclusión, por lo cual contribuyen a uniformar y armonizar los términos del comercio internacional⁶⁷, su estructura es la siguiente:

Preámbulo,

Capítulo 1. Disposiciones generales.

Capítulo 2. Formación del contrato.

Capítulo 3. Validez.

Capítulo 4. Interpretación.

Capítulo 5. Contenido.

Capítulo 6. Cumplimiento.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ OVIEDO ALBAN, J.: “Aplicaciones de los principios”, cit., p. 40.

Capítulo 7. Incumplimiento.

Por último, es forzoso aclarar el alcance de lo que se debe entender con la denominación “Principios”, ya que este término no es preciso y puede llevar a diferentes interpretaciones. Por una parte, puede entenderse que efectivamente constituyen “principios generales del Derecho” es decir normas de carácter general que no exigen ni tipifican comportamientos concretos, sino que por el contrario establecen estándares genéricos de conducta dirigidos a la consecución de fines de interés general⁶⁸, no obstante aunque algunos de los principios si pueden tener la connotación de tales, como por ejemplo el “principio de la buena fe” otros no son más que normas contentivas de reglas comunes referentes al tráfico internacional sobre obligaciones y contratos. De esta manera, es preciso concluir que algunos artículos son el reflejo de los denominado principios generales del derecho, sin embargo, otros muchos contienen meras reglas y usos comunes⁶⁹.

2. Restatements internacionales generados desde organizaciones regionales.

Después de la finalización de la II Guerra Mundial, varios Estados optaron por llevar a cabo procesos de integración regional con el objetivo de fortalecer las relaciones económico-comerciales. Una de las herramientas principales en este sentido es la eliminación de restricciones u obstáculos al libre comercio entre ellos.

Con la supresión de estas barreras, se incrementa el intercambio intrarregional y se optimiza la asignación de recursos, lo que, a su vez, amplía la frontera de bienestar de la comunidad integrada. Sin embargo, persisten diversos tipos de obstáculos para el desarrollo del intercambio, que van desde gravámenes a la importación hasta barreras técnicas, legales e institucionales. Por ello, la armonización de normas y legislaciones nacionales se presenta como un instrumento clave para eliminar estos obstáculos⁷⁰.

A continuación, se abordará un caso de éxito en la integración regional en el Caribe: la OHADAC y su *Restatement* internacional: Los Principios OHADAC Sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

A) *La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC).*

68 PÉREZ LUÑO, A. E.: “Los Principios Generales del Derecho. ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 98, 1997, p. 10.

69 OVIEDO ALBÁN, J.: “Los Principios UNIDROIT Para Los Contratos Internacionales”, *Revista Dikaion – Lo Justo*, núm. 11, 2016. pp. 101-102.

70 Disponible en <http://www.sice.oas.org/ip/cilfa-ls.asp>.

La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe, comúnmente conocida por su acrónimo francés: OHADAC⁷¹, es un proyecto regional de cooperación e integración que se basa en experiencias previas de armonización jurídica, especialmente la de su similar, OHADA⁷², así como en otros procesos de integración regional.

El proyecto OHADAC busca estandarizar diversas áreas jurídicas en el CARICOM, mediante la armonización jurídica del Derecho de materias como: el Derecho societario, el arbitraje, los procedimientos de ejecución, el Derecho contractual, el Derecho Mercantil, el Derecho Laboral, el Derecho de Transporte, entre otros. Esto permitirá a los países de la región aunar su potencial humano y económico, haciéndolos más atractivos para empresarios e inversores, y fomentando así los intercambios económicos en el Caribe⁷³.

La OHADAC tiene su origen en la primera conferencia oficial de la organización, celebrada el 15 de mayo de 2007 en Pointe-à-Pitre (Guadalupe), la cual fue organizada por CARICOM, las Cámaras de Comercio e Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pitre.

Esta iniciativa ha sido impulsada en gran medida por Guadalupe, que ha liderado la participación de los departamentos franceses de ultramar, con el apoyo de fondos de cooperación regional y europeos, siendo un actor relevante en la implementación del proyecto. Por otra parte Guadalupe ha tenido también un papel protagónico en la puesta en marcha del proyecto, definiendo el mecanismo de participación de otros países, a través de la creación de capítulos regionales y nacionales de las asociaciones no gubernamentales "ACP Legal"⁷⁴, que al día de hoy cuentan con representaciones en varios países de la región.⁷⁵

En la Declaración resultante de esta primera conferencia, representantes de Estados y organizaciones internacionales acogieron la iniciativa y se comprometieron a celebrar un acuerdo que sería desarrollado y propuesto por ACP Legal⁷⁶.

La segunda conferencia OHADAC tuvo lugar en junio de 2008 en Puerto Príncipe (Haití), y en junio de 2010 donde la OHADAC fue el tema principal del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional

71 *Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe.*

72 *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*

73 Disponible en: [HTTPS://OHADAC.COM/ARTICLE/3/OHADAC-POUR-UN-DROIT-DES-AFFAIRES-UNIFIE-DANS-LA-CARAIBE.HTML](https://ohadac.com/article/3/ohadac-pour-un-droit-des-affaires-unifie-dans-la-caraibe.html)

74 La asociación jurídica ACP Legal es una organización no gubernamental constituida para promover, coordinar y desarrollar, el proyecto OHADAC.

75 OHADAC, *Ohadac por un derecho*, cit.

76 *Ibidem.*

celebrado en La Habana (Cuba). Este evento culminó con la “Declaración de La Habana”, que formalizó el compromiso de promover y avanzar en la armonización del Derecho Comercial en la región del Caribe⁷⁷.

La organización se desarrolla en 4 idiomas oficiales: español inglés, francés y holandés, sin embargo, el español es el idioma de referencia⁷⁸. En cuanto al marco territorial de la OHADAC, es pertinente exponer que el proyecto afecta a más de treinta Estados independientes y a más de cuarenta territorios diferentes. Los territorios continentales son doce, once de ellos constituyen Estados independientes como: Belice, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela y Surinam. La Guayana Francesa es una colectividad bajo soberanía francesa. Los territorios insulares presentan mayor cantidad y heterogeneidad. Por una parte, hallamos Estados independientes: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Cuba, Dominica, Granada, Haití, Jamaica, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía y Trinidad-Tobago. Sin embargo, se encuentran asimismo un conjunto de territorios sujetos a la soberanía de Francia, del Reino Unido y de los Países Bajos. También, forma parte de la organización Puerto Rico, en su estatus de Estado libre asociado de Estados Unidos al igual que las Islas Vírgenes Estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos⁷⁹.

Como se desprender del citado ámbito geográfico, la OHADAC contiene un mosaico de Estados en el que coexisten ordenamientos jurídicos provenientes de diversas familias de Derecho como lo son: el *Common Law*, el *Civil Law*, el sistema híbrido y el sistema socialista⁸⁰ lo que originó diferencias en los ordenamientos internos, que están requeridos de normas de interpretación común, en beneficio del flujo del comercio y la inversión en la región⁸¹.

En este contexto, es evidente que para los países del entorno geográfico caribeño resulta beneficioso estrechar sus relaciones y abordar intereses comunes mediante procesos de armonización jurídica, en aras de fortalecer la

77 SANCHEZ LORENZO, S. A.: “Estrategias de la OHADAC para la armonización del Derecho Comercial en el Caribe”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, p. 819.

78 OHADAC, *Ohadac por un derecho*, cit.

79 Disponible en: <https://www.ohadac.com/textes/2/ANTEPROYECTO-DE-LOS-PRINCIPIOS-OHADAC-SOBRE-LOS-CONTRATOS-COMERCIALES-INTERNACIONALES.HTML?LANG=es#:~:TEXT=Los%20PRINCIPIOS%20OHADAC%20PRETENDEN%20PROPORCIONAR,UNAS%20REGLAS%20COMUNES%20DE%20JUEGO>.

80 BERMÚDEZ ABREU, Y. y VILLARROEL, I. E.: “Hacia la armonización del derecho mercantil en el Caribe: los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales”, *Revista de derecho Privado*, núm. 41, 2021, p. 191.

81 DÁVALOS FERNÁNDEZ, R.: “La proyectada Corte de Arbitraje de la Ohadac”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación del Instituto Universitario de Estudios Europeos*, núm. 2, 2011, p. 141.

posición internacional de la región en foros globales dedicados a la unificación y armonización del Derecho Internacional Privado y del Derecho Comercial⁸².

Es así, que la organización reconoce que los procesos de integración regional son una vía clave para avanzar hacia una globalización equilibrada y respetuosa con los intereses de todos los Estados dentro de la Comunidad Jurídica Internacional y que la armonización del Derecho Mercantil se presenta como un mecanismo eficaz para proporcionar mayor seguridad jurídica en el comercio internacional y regional, reducir costos, facilitar los intercambios comerciales, y promover el desarrollo e integración de las economías del caribe⁸³.

Basándose en estas premisas, la OHADAC ha comenzado su proceso de armonización del Derecho Mercantil en América Latina y el Caribe, por lo cual en el año 2013 se identificaron cuatro propuestas normativas, centradas en las áreas de: Derecho Contractual, Derecho Societario, Derecho Arbitral y Derecho Internacional Privado, cada una con sus propios objetivos específicos⁸⁴.

Dentro de las propuestas efectuadas por la OHADAC en materia contractual, resaltan de forma especial los Principios OHADAC Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales desarrollaremos a continuación.

B) Principios OHADAC Sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

- Antecedentes generales.

Los Principios OHADAC Sobre los Contratos Comerciales Internacionales buscan atender la necesidad de armonización en el ámbito de la contratación, mediante la creación de unos Principios para los contratos comerciales internacionales. Los trabajos de elaboración del borrador comenzaron en septiembre de 2013 y se completaron a finales de diciembre de 2014⁸⁵.

La redacción de los Principios OHADAC incluyó una exhaustiva investigación técnico-jurídica en los diversos Estados que componen la región del Caribe. Este proceso involucró la participación de representantes de sectores académicos, judiciales, comerciales, y empresariales, entre otros. El objetivo central fue desarrollar un marco normativo armonizado que garantice seguridad jurídica a los comerciantes y tenga un impacto positivo en la sociedad, propósito fundamental

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ OHADAC, *Principios OHADAC*, cit.

⁸⁵ *Ibidem.*

en cualquier proceso de armonización del Derecho⁸⁶. Las actividades realizadas incluyeron:

i) Sensibilización y movilización de expertos: Se llevaron a cabo consultas sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados caribeños con el fin de formular un instrumento normativo basado en un trabajo académico, armonizado y sistematizado, que racionalice el entorno jurídico de las empresas y comerciantes. Para ello, se censaron y consultaron representantes de empresas, profesionales del Derecho y docentes universitarios, recabando información crucial para la redacción de los Principios.

ii) Conformación de capítulos de la OHADAC: Se establecieron capítulos en varios Estados del Caribe, incluyendo: Haití, Guadalupe, Martinica, Puerto Rico República Dominicana, Santa Lucía, Trinidad y Tobago y Venezuela.

iii) Coordinación normativa: A través de un proceso de licitación, se seleccionó un prestador de servicios que dispuso una red de juristas expertos en Derecho Mercantil para ejecutar las actividades de coordinación normativa⁸⁷.

La OHADAC encomendó la redacción del borrador de los Principios a un equipo de investigación compuesto por expertos en Derecho Contractual comparado. La elaboración y discusión del borrador inicial estuvo bajo la dirección del profesor SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, mientras que la revisión y confección final fueron llevadas a cabo por miembros de la Asociación Henri Capitant, incluyendo a DÉNIS MAZEAUD, PHILLIPE DUPICHOT y CYRIL GRIMALDI⁸⁸.

- Característica e importancia de los Principios OHADAC.

El objetivo principal de los Principios OHADAC como ya se ha esbozado, es establecer y brindar pautas comunes entre los participantes del comercio internacional establecidos en los Estados del caribe y latinoamericanos que, aunque por su geografía e historia tienen tradiciones jurídicas e idiomas diferentes y niveles de desarrollo económico dispares, comparten vínculos comerciales. Esta situación genera conflictos legales importantes que requieren soluciones internacionales, lo que justifica la armonización de sus sistemas jurídicos, ya que este proceso puede brindarles una herramienta útil para la regulación de sus contratos internacionales, facilitando la seguridad jurídica en sus intercambios comerciales, tanto entre ellos como con terceros⁸⁹.

86 BERMÚDEZ ABREU, Y. y VILLARROEL, I. E.: "Hacia la armonización", cit., pp. 206-212.

87 *Ibidem*.

88 FENOY PICÓN, N.: "La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 2, 2017, pp. 529-533.

89 BERMÚDEZ ABREU, Y. y VILLARROEL, I. E.: "Hacia la armonización", cit., pp. 206-212.

Además, de este objetivo principal, podríamos afirmar que tienen una serie de objetivos subsiguientes, como lo son:

- i) La actualización, revisión y mejora del Derecho Mercantil en los países del Caribe.
- ii) La promoción de una mayor convergencia entre los sistemas legales de los países caribeños.
- iii) Su aplicación opcional por parte de los contratantes y legisladores.
- iv) Interpretar, complementar y suplir lagunas en las normas jurídicas existentes.
- v) Su utilización como referencia jurídica en procedimientos arbitrales⁹⁰.

Los Principios OHADAC siguen un enfoque de *Soft Law*, presentándose como un modelo legal neutral que permita facilitar las transacciones transnacionales y proporcionar seguridad jurídica a las partes contratantes, proponiéndose como una Ley Modelo, recomendaciones o simplemente pudiendo ser adoptados de manera voluntaria tanto por los Estados, por los participantes del comercio internacional y por los operadores jurídicos en sus respectivos sistemas. Los principios tienen vocación de convertirse en instrumentos del *Hard Law* mediante la adopción unilateral por parte de los Estados miembros de la OHADAC. Además, esta transformación podría acelerarse si la organización evoluciona hacia un sistema más institucional⁹¹.

En su Introducción, los Principios se publicitan como una normatividad que contiene una vasta diversidad jurídica que permiten ser fácilmente aceptable a todas las complejas culturas jurídicas del Caribe, insistiendo que este instrumento pretende superar errores y limitaciones cometidos en la elaboración de normatividades homologas, como: los Principios UNIDROIT, los PDEC y el DCFR, pudiendo de esta manera ser útil y confiable por cualquier operador del mercado caribeño, cualquiera que sea su cultura jurídica⁹².

Lo anterior principalmente en razón a que el enfoque adoptado para su redacción se basó en el respeto al principio del máximo consenso y siguieron una serie de directrices fundamentales:

90 *Ibidem*.

91 OHADAC, *Principios OHADAC*, cit.

92 *Ibidem*.

i) Evitar normas culturalmente inaceptables: No se redactaron normas que pudieran ser culturalmente inaceptables o incómodas para alguna de las partes o para un juez de un sistema jurídico en particular.

ii) Introducción de reglas novedosas: Solo se crearon reglas innovadoras cuando estas ofrecían soluciones a problemas comunes a todos los sistemas jurídicos, facilitando así el comercio internacional y garantizando la seguridad en las transacciones comerciales.

iii) Respeto al mínimo común denominador: Cuando surgieron divergencias insalvables, se optó por respetar el principio del mínimo común denominador, asegurando así que las normas fueran aceptables para la mayor cantidad de sistemas jurídicos posibles⁹³.

A diferencia de otros instrumentos, los Principios OHADAC se enfocan únicamente en armonizar el Derecho de los países caribeños en el ámbito de las transacciones contractuales internacionales y comerciales, en sentido estricto. No pretenden crear un sistema de Derecho Contractual general, ni aplicarse a contratos civiles o de consumo⁹⁴.

Por otra parte, la construcción de los Principios OHADAC, expresamente manifiestan que nacen e inspiran a partir de una contemplación de base de textos como la CNUCCIM, los Principios UNIDROIT, los PDEC o el DCFR, corregida conforme a los imperativos de consenso que se han señalado anteriormente⁹⁵.

En cuanto a su estructura y presentación, los Principios OHADAC se recopilan en un texto normativo que incluye comentarios sobre aspectos generales de las prácticas mercantiles internacionales. El documento se divide en un preámbulo y nueve capítulos que regulan diversos temas, como la formación, validez, interpretación, contenido, efectos, cumplimiento, incumplimiento, cesión y prescripción de las obligaciones contractuales. Estos principios se fundamentan en la búsqueda de certeza, seguridad jurídica, protección de la buena fe y neutralidad, proponiendo soluciones que previenen ventajas desiguales entre las partes contratantes⁹⁶.

El ámbito de aplicación de los Principios OHADAC está limitado a los casos en los que las partes hayan acordado expresamente su uso. A diferencia de otros instrumentos de Derecho Internacional, como los Principios UNIDROIT o los PDEC, los Principios OHADAC no pretenden constituir un conjunto de

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ FENOY PICÓN, N.: "La revisión", cit. pp. 529-533.

⁹⁵ OHADAC, *Principios OHADAC*, cit.

⁹⁶ BERMÚDEZ ABREU, Y. y VILLARROEL, I. E.: "Hacia la armonización", cit., pp. 204.

principios generales del Derecho ni actuar como una *Lex Mercatoria*. Por lo tanto, su aplicación es pertinente únicamente cuando las partes han sometido explícitamente su contrato a estos Principios o los han incorporado como ley aplicable de forma clara e inequívoca⁹⁷.

Debido a la naturaleza opcional de los Principios OHADAC y su estatus como un sistema jurídico no estatal, las partes pueden decidir incorporar solo ciertas partes de los Principios, excluir capítulos completos o incluso algunas de sus disposiciones específicas. Además, no son imperativos por definición, lo que permite a las partes modificar, excluir o ajustar ciertas reglas a través de acuerdos explícitos o implícitos en el contrato⁹⁸.

El carácter dispositivo de los Principios tiene como única excepción las normas que se estos consideran como imperativas, cuya obligatoriedad puede ser expresa o derivar de forma inherente a la naturaleza de la regla. Sin embargo, esta imperatividad no impide que dichas normas puedan ser excluidas expresamente, incluso en su totalidad, a través de las cláusulas de sumisión a los Principios⁹⁹.

Por otro lado, cuando las partes aceptan los Principios de manera general, están también aceptando la obligatoriedad de ciertas reglas, lo que significa que cualquier cláusula que contradiga estas reglas será considerada nula o sin efecto¹⁰⁰.

Asimismo, los Principios destacan su compatibilidad con la aplicación de normas imperativas internacionales, leyes de orden público o de policía, ya sean de origen nacional o internacional, incluidas aquellas de carácter supranacional. En el Derecho de los Contratos Internacionales, es un principio aceptado que las partes no pueden evitar la aplicación de estas leyes y normas, ya sea en el país donde se encuentra el tribunal (*Lex fori*) o en otro Estado que tenga una relación significativa con el contrato, especialmente en el lugar donde se deben cumplir las obligaciones del contrato¹⁰¹.

Por último, es de manifestar que los Principios OHADAC ceden también ante los usos comerciales internacionales, no solo a los usos generales, sino, de forma especial, a los usos sectoriales generalmente aceptados en un ramo concreto del comercio internacional, así como a los usos particulares que las partes hayan establecido en sus propias relaciones comerciales¹⁰².

97 *Ibidem*.

98 FENOY PICÓN, N.: "La revisión", cit., pp. 532-537.

99 *Ibidem*.

100 *Ibidem*.

101 OHADAC, *Principios OHADAC*, cit.

102 FENOY PICÓN, N.: "La revisión", cit., pp. 533-537.

3. Restatements internacionales generados desde Los Grupos Académicos.

En los apartados anteriores, hemos explorado *Restatements* internacionales generados desde organizaciones de alcance mundial y regional. Sin embargo, es crucial destacar que el proceso armonizador no solo es impulsado por la voluntad gubernamental, sino que también surge como resultado de la práctica internacional, influenciado por los actores y participantes del comercio internacional.

Es así que cobra particular relevancia otra vía descentralizada y es la que recibe expresión en los instrumentos internacionales preparados por comisiones o grupos de trabajo. Estos proyectos pueden ser entendidos como proyectos de futura legislación o pueden ser adoptados voluntariamente por comerciantes en negocios internacionales ya que están diseñados para regir el tráfico de contratos transnacionales¹⁰³.

Dentro de estos trabajos académicos, encontramos *Restatements* armonizadores generados desde instituciones privadas como los PDEC redactados por la Comisión LANDO o los Principios de Derecho Contractual Asiático preparados bajo la dirección de NAOKI KANAYAMA instrumentos que pasaremos a desarrollar a continuación.

A) *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PDEC).*

- *Antecedentes generales.*

La historia de los PDEC, también conocidos como Principios LANDO, se remonta a 1974, año en el que se celebró un simposio en la *Copenhagen Business School*. Durante este evento, se discutió un Proyecto de Convención de Derecho Internacional Privado sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales. En aquel momento, el profesor HAUSCHILD, quien era Jefe de División de la Dirección General del Mercado Interno de la Comisión de las Comunidades Europeas, planteó la idea de que las normas sobre conflictos de leyes eran insuficientes para lograr la uniformidad legal necesaria para el mercado europeo único sin fronteras, expresando la necesidad imperante de crear un código de obligaciones europeo¹⁰⁴.

En 1976, se llevó a cabo otro simposio, esta vez en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, titulado "Nuevas perspectivas de un Derecho común para Europa". Durante este evento, el profesor danés OLE LANDO, considerado hasta

¹⁰³ LERNER, P.: "Sobre Armonización", cit., pp. 923-924.

¹⁰⁴ REDONDO TRIGO, F.: "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, fasc. IV, 2010, pp. 1655-1656.

la fecha una de las figuras más influyentes en el desarrollo del Derecho Privado¹⁰⁵, propuso la creación de un Código de Comercio Uniforme para Europa, o al menos un *Restatement* europeo de contratos¹⁰⁶.

Para llevar a cabo estas ideas, se realizaron reuniones informales en Bruselas (Bélgica) durante los años 1980 y 1981, con la participación de destacados académicos y juristas europeos. En 1982, en Hamburgo (Alemania), finalmente se estableció la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos (*Comission on European Contract Law*¹⁰⁷), también conocida como Grupo LANDO o Comisión LANDO en honor a su fundador y primer presidente¹⁰⁸.

La Comisión LANDO representa el primer grupo de trabajo sobre el Derecho europeo compuesto por académicos de los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea, que, sin carácter oficial o gubernamental, se ha dedicado exclusivamente a proponer un marco legal más adecuado para los contratos en Europa. Su principal objetivo ha sido la elaboración de reglas comunes del Derecho Contractual europeo, con la finalidad última de lograr una armonización sistemática de esta materia¹⁰⁹.

El principal resultado de las varias décadas de trabajo de la comisión son los PDCE, los cuales fueron publicados en tres partes. La primera parte del trabajo se publicó en 1995, seguida por la Parte II en 1999 y la Parte III final en 2003¹¹⁰.

Al ser una expresión meramente académica, los principios LANDO constituyen una manifestación del *Soft Law*, es así que su verdadero propósito es servir como un modelo para futuras leyes europeas o para ser incluidos voluntariamente por las partes en sus contratos internacionales como ley aplicable¹¹¹. De esta manera algunos expertos sostienen que su importancia y aplicación trascienden el ámbito europeo, ya que sirven como modelo de armonización en materia de Derecho Contractual Transnacional¹¹².

- *Característica e importancia de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.*

105 BEALE HUGH, Q. C.: "Ole Lando", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXII, fasc. II, 2019, p. 307.

106 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson S.L, Madrid, 1º ed., 2013, pp. 91-92.

107 OVIEDO ALBAN, J.: "Los principios", cit., p. 89.

108 JEQUIER LEHUEDÉ, E.: "Los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el incumplimiento esencial. Síntesis comparativa con el ordenamiento jurídico chileno". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n° I, 2009, p. 201.

109 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *El proceso*, cit., p. 93.

110 LERNER, P.: "Sobre Armonización", cit., pp. 929-933.

111 *Ibidem*.

112 OVIEDO ALBAN, J.: "Los principios", cit., p. 85.

Lo primero que debemos abordar es la fuente de inspiración de la Comisión LANDO para la creación de los PDCE. Entre sus fuentes se incluyen varios instrumentos jurídicos, tales como los *Restatements of Contract* norteamericanos, los Principios UNIDROIT, la CNUCCIM y el Código Comercial Uniforme estadounidense¹¹³. Dada esta influencia, no resulta sorprendente encontrar numerosas similitudes en las soluciones presentes en los instrumentos mencionados y que también se reflejan en los PDCE¹¹⁴.

En cuanto a su ámbito de aplicación, los principios establecen su destino sobre contratos internacionales sin diferenciar entre contratos civiles y mercantiles, al partir del hecho de que esta distinción del Derecho Privado es desconocida por varios sistemas jurídicos europeos¹¹⁵.

Respecto de su naturaleza jurídica, es preciso insistir que los principios pertenecen a la tendencia del *Soft Law*. En este sentido, ni tienen categoría de convención internacional, ni de ley o de costumbre y solamente adquirirán carácter coercible en virtud de las estipulaciones de las partes que decidan incorporarlos en sus contratos¹¹⁶.

En cuanto a sus objetivos y finalidades, se encuentran bastante bien explicadas en la Introducción de la primera y segunda parte de los PDEC¹¹⁷, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- El fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa.
- El fortalecimiento del mercado único europeo.
- La creación de una infraestructura para leyes comunitarias que rijan en sede de contratos.
- La previsión de unas guías para tribunales nacionales y legislación.
- La armonización jurídica como mecanismo de acercamiento entre los sistemas jurídicos del *Civil Law* y el *Common Law*.
- Una base para la legislación europea.
- Una formulación moderna de la *Lex Mercatoria*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ LERNER, P.: "Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos", cit., pp. 929-933.

¹¹⁵ OVIEDO ALBAN, J.: "Los principios", cit., p. 89.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ BEALE, H., CLIVE, E. M., LANDO, O., PRÜM, A. y ZIMMERMANN, R.: *Principles of european contract law Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haya, 2003.

- Un modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho de Contratos.
- Una base para la armonización.

Por otra parte, respecto a sus principales características podemos encontrar entre otras:

- Los Principios representar el núcleo común o mínimo común denominador del Derecho europeo de los contratos.
- Representan un lenguaje jurídico común eliminando entre otras las diferencias terminológicas existentes entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*.
- A la anterior característica debe unirse que los PDEC hayan sido redactados y publicados en lengua inglesa, que constituye como ya se ha manifestado en este trabajo una *lingua franca* en todos los aspectos científicos y jurídicos en el planeta.
- Las medidas de armonización confieren beneficios particulares a las partes contratantes que hacen negocios en diferentes Estados, porque se aplican de manera uniforme en el territorio de los diversos Estados, se separan de cualquier ordenamiento jurídico particular.
- Los PDEC, al igual que otros instrumentos nominados como “Principios”, no constituyen realmente “principios” en el sentido en que esta palabra se utiliza para aludir a los principios generales del Derecho. Los PDEC contienen tanto Principios generales del Derecho como reglas generales, por lo que la expresión “Principios” debe ser identificada como normas o reglas de carácter general o fundamental.
- Los Principios identifican las similitudes existentes entre los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, para posteriormente crear *better rules* comunes a los Estados europeos¹¹⁸.

B) Principios de Derecho Contractual Asiático (PACL).

- *Antecedentes generales.*

En Asia, especialmente en Asia Oriental, al igual que en Europa, existe una importante iniciativa privada liderada por académicos que buscan armonizar las normas relacionadas con el Derecho Contractual en el continente asiático. Este proyecto es denominado como Principios del Derecho Contractual Asiático, también conocido por sus siglas en inglés PACL¹¹⁹.

118 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *El proceso*, cit., pp. 108-114.

119 Disponible en https://myanmar-law-library.org/IMG/pdf/principles_of_asian_contract_law_-_pACL.pdf

Es relevante señalar que, a diferencia de los otros instrumentos internacionales desarrollados en este trabajo, los PACL en el presente constituye un proyecto que se encuentra en fase de construcción y desarrollo. Hasta el momento, solo se han redactado cinco capítulos, los cuales están aún en proceso de discusión¹²⁰. En la actualidad se está considerando la publicación de estos primeros esfuerzos con el fin de sentar las bases en preparación para una nueva fase de deliberación¹²¹.

No obstante lo expuesto, dada su importancia para el desarrollo del Derecho Transnacional de los Contratos en Asia, consideramos fundamental desarrollar algunas características de esta iniciativa.

Los antecedentes de los PACL se remontan a 1969, cuando se gestó la primera iniciativa relacionada con la redacción de un instrumento internacional sobre el Derecho Contractual asiático, tiempo en el cual el profesor DAVID E. ALLAN publicó un libro con el objetivo de proporcionar información sobre la aplicabilidad de los contratos y las soluciones por su incumplimiento en varias jurisdicciones asiáticas, así como para identificar los principales problemas prácticos en este campo¹²².

Los antecedentes próximos de los PACL se sitúan en 2007, cuando se llevó a cabo un foro preparado por el Instituto de Investigación de Derecho Privado de Asia, bajo la dirección del profesor YOUNG-JUNE LEE de Corea. En este evento, se contó con presentaciones de destacados profesores como YANG HESUNG y WANG LI-MING de China, y KITAGAWA de Japón. Los participantes en este foro reconocieron la necesidad urgente de armonizar el Derecho Contractual asiático y acordaron que los esfuerzos para lograrlo debían comenzar lo antes posible¹²³.

En 2009, la Universidad de Tsinghua en China organizó un nuevo foro internacional titulado *Harmonization of European Private Law and its impact in East Asia*, donde el profesor NAOKI KANAYAMA de la Universidad de Keio en Japón presentó un proyecto sobre los Principios del Derecho Contractual Asiático ante académicos de un buen número de países del Este y Sudeste Asiático¹²⁴, basados en los Principios del Derecho Contractual Europeo y adaptados a las necesidades y realidades de Asia¹²⁵.

120 KA, J.: "Introduction to PACL", *Revue juridique polynésienne*, núm. 17, 2014, p. 57.

121 GREBIENIOW, A.: "Principles of Asian Contract Law at the Crossroads of Standardization and Legal Pluralism", *Asian Journal of Law and Society*, vol. 10, Iss. 2, 2023, pp. 306-308.

122 *Ibidem*.

123 KA, J.: "Introduction to PACL", cit., pp. 56-57.

124 MYANMAR LAW LIBRARY, *Principles of Asian Contract Law – PACL*, https://myanmar-law-library.org/IMG/pdf/principles_of_asian_contract_law_-_pACL.pdf.

125 KA, J.: "Introduction to PACL", cit., pp. 56-57.

Dada la compleja situación política y diplomática de los países del este y sudeste asiático, se optó por la generación de un proyecto no oficial y de carácter académico para facilitar un consenso entre estos países, esperando que en el futuro los PACL se conviertan en un modelo de legislación y reforma para estos países asiáticos¹²⁶.

Desde la presentación del proyecto PACL por parte de NAOKI KANAYAMA se han llevado a cabo una serie de conferencias, informes nacionales y proyectos de capítulos con el fin de llegar a un producto final¹²⁷. Por conveniencia académica, el idioma utilizado en estos eventos y sus productos no ha sido alguno de los idiomas asiáticos, sino el inglés¹²⁸.

En estos foros se han abordado una amplia gama de temas relacionados con el Derecho Contractual, incluyendo disposiciones generales, formación del contrato, validez, ejecución e incumplimiento. Los productos resultantes de estos eventos académicos han sido redactados y revisados por diversos grupos de trabajo compuestos por académicos de distintos países. Cada grupo ofrece sus opiniones sobre los artículos redactados y propone soluciones basadas en la legislación nacional de sus respectivos países para los temas legales discutidos¹²⁹.

En la actualidad, los PACL han experimentado un crecimiento significativo en la participación de académicos de diferentes países, pasando de un grupo reducido de miembros activos en su redacción y discusión a más de 30 miembros provenientes de 12 jurisdicciones diferentes de Asia, que incluyen a Camboya, China, Hong Kong, Indonesia, Japón, Corea, Malasia, Myanmar, Nepal, Taiwán, Tailandia y Vietnam¹³⁰.

Hasta el año 2014, el grupo de estudio elaboró reglas divididas en cinco capítulos: formación del contrato, interpretación del contrato, validez del contrato, ejecución e incumplimiento del contrato. El resultado previsto de los PACL es un conjunto de reglas modelo editadas en forma de código¹³¹.

Más de una década después del lanzamiento de los PACL, se puede catalogar como un éxito el proyecto, al haberse dado cumplimiento a los objetivos inicialmente propuestos, así como al ser viable su finalización¹³².

126 MYANMAR LAW LIBRARY, *Principles of Asian*, cit.

127 MICHAELS, R.: "How Asian Should Asian Law Be? – An Outsider's View", *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*, núm. 58, 2018, pp. 1-29.

128 MYANMAR LAW LIBRARY, *Principles of Asian*, cit.

129 *Ibidem*.

130 *Ibidem*.

131 GREBIENIOW, A.: "Principles of Asian", cit., pp. 306-308.

132 *Ibidem*.

- *Características e importancia de los Principios de Derecho Contractual Asiático.*

En primer lugar, es importante reafirmar la naturaleza jurídica del proyecto PACL, el cual, como se ha mencionado anteriormente, no cuenta con el respaldo ni la autorización de ningún gobierno, estableciéndose como una iniciativa netamente académica, privada e independiente de la política. Es de esta manera, que los redactores de los PACL son principalmente profesores y, en menor medida, abogados de diferentes países o regiones asiáticas sin ser portavoces de ninguna familia jurídica concreta, ni la suya propia ni la de ninguna familia jurídica occidental¹³³, por lo cual, es preciso identificarlos como una expresión del *Soft Law*.

En cuanto a la fuente de inspiración de los PACL, estos se han concebido con base en otros instrumentos internacionales sobre contratos no asiáticos, como los PDEC y la CNUCCIM, que han servido como fundamentos e inspiración. Asimismo, este instrumento sigue la estructura de sus fuentes occidentales, presentándose en forma de reglas basadas en la investigación de las leyes existentes, en lugar de principios generales como podría inferirse por su nombre¹³⁴.

En cuanto a su objetivo final, también se asemejan a los del PDEC: servir en última instancia como una ley modelo para la modernización y armonización del Derecho de Contratos Transnacionales. Incluso el idioma del producto y del trabajo preparatorio es el mismo que para el PDEC; el inglés, un idioma no nativo de Asia¹³⁵.

Por otra parte, los objetivos específicos de los PACL pueden resumirse de la siguiente manera:

- Contribuir a la investigación y análisis de leyes, casos, teorías y prácticas en el Derecho Contractual asiático.
- Servir de ley modelo mediante la armonización de diversas jurisdicciones de Asia.
- Contribuir a la enmienda de diversos códigos civiles y comerciales en Asia.
- Servir como punto de referencia para el arbitraje internacional en Asia¹³⁶.

133 HAN, S.: "Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia", *Villanova Law Review*, vol. 58, Iss. 4, 2013, pp. 592-593.

134 MICHAELS, R.: "How Asian Should Asian Law Be?-An Outsider's View", *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*, núm. 58, 2018, pp. 3-7.

135 *Ibidem*.

136 KA, J.: "Introduction to PACL", cit., pp. 55-56.

En cuanto a su estructura, se ha proyectado que los PACL contengan cinco divisiones, a saber: Disposiciones Generales, Formación del Contrato, Validez del Contrato, Cumplimiento e Incumplimiento¹³⁷.

Por último, es importante señalar que, aunque los PACL se centran más en la representación de los sistemas nacionales y en los informes nacionales de diferentes países de Asia, se espera que los PACL no solo alcancen la armonización del Derecho Contractual asiático, sino que contribuyan a la armonización del Derecho Contractual con un alcance global¹³⁸.

V. CONCLUSIONES.

La armonización del Derecho de la contratación internacional se ha consolidado como un aspecto crucial para la creación de un entorno comercial global más predecible, eficiente y seguro. En un mundo donde las transacciones trascienden fronteras y culturas jurídicas, la existencia de sistemas legales diversos puede generar incertidumbre, aumentar los costos transaccionales y entorpecer la fluidez del comercio. En este contexto, los *Restatements* Internacionales surgen como una herramienta poderosa para mitigar estas dificultades, proporcionando principios y directrices que favorecen la coherencia normativa en las relaciones contractuales transfronterizas.

Uno de los aspectos más relevantes de los *Restatements* es su carácter flexible y no vinculante, lo que permite a las jurisdicciones locales y a los actores del comercio internacional adoptarlos y adaptarlos según sus necesidades específicas, sin imponer una uniformidad rígida. Este enfoque flexible facilita su aceptación y difusión en un amplio espectro de jurisdicciones, contribuyendo a una progresiva convergencia normativa sin menoscabar la soberanía jurídica de los Estados.

A través del análisis de las distintas iniciativas de armonización, como los Principios de UNIDROIT, los Principios OHADAC, los Principios del Derecho Europeo de Contratos y los Principios OHADAC Sobre los Contratos Comerciales Internacionales queda claro que la cooperación internacional y regional es fundamental para avanzar en la creación de marcos jurídicos comunes que apoyen el desarrollo del comercio global. Estas iniciativas no solo contribuyen a resolver disputas de manera más eficiente, sino que también generan un entorno donde las partes pueden negociar contratos con mayor confianza y seguridad jurídica.

Además, la creciente autonomía de la voluntad de las partes en la contratación internacional, potenciada por la implementación de estos principios armonizadores,

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

permite una mayor adaptabilidad y flexibilidad en la redacción de contratos. Las partes pueden, con mayor libertad, elegir el derecho aplicable y diseñar acuerdos más ajustados a sus necesidades, lo que reduce los conflictos normativos y promueve una mayor eficiencia en las transacciones internacionales.

No obstante, el desafío de la armonización del Derecho contractual internacional está lejos de ser resuelto por completo. Aún persisten barreras, especialmente en términos de la fragmentación normativa y la resistencia de algunos sistemas jurídicos a adoptar principios externos. Sin embargo, los esfuerzos de armonización han demostrado su utilidad y éxito, como lo evidencian las experiencias positivas en diversas regiones del mundo, particularmente en Europa, América Latina y Asia.

En resumen, la armonización del Derecho de la contratación internacional mediante los *Restatements* y otros cuerpos normativos internacionales es un proceso continuo y dinámico, que refleja la necesidad de adaptarse a un entorno comercial cada vez más globalizado. Aunque todavía queda camino por recorrer, los avances logrados hasta ahora representan pasos significativos hacia un sistema jurídico internacional más coherente y eficaz. La creciente aceptación de estos principios armonizadores sugiere que el futuro del comercio internacional estará cada vez más regido por normas contractuales universales, favoreciendo un entorno de mayor estabilidad y previsibilidad para todos los actores involucrados.

BIBLIOGRAFÍA

ALPÍZAR MATAMOROS, V.: "El papel de la Conferencia de la Haya en la Armonización del Derecho Internacional Privado", *Revista Jurídica IUS Doctrina*, vol. 8, núm. 12, 2015.

BEALE, H., CLIVE, E. M., LANDO, O., PRÜM, A. y ZIMMERMANN, R.: *Principles of european contract law Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haya, 2003.

BERMÚDEZ ABREU, Y. y VILLARROEL, I. E.: "Hacia la armonización del derecho mercantil en el Caribe: los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales", *Revista de derecho Privado*. núm. 41, 2021.

BERMÚDEZ ABREU, Y.: "Algunas Consideraciones Sobre la Armonización del Derecho Internacional Privado", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 116, 2008.

BONELL, M. J.: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" *Tulane Law Review*, vol. 69, núm. 5, 1995.

BONILLA ALDANA, J. M.: "La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación", *Revist@ e-Mercatoria*, n° 2, vol. 12, 2013.

CNUDMI.: *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Naciones Unidas, Viena, 2013.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, R.: "La proyectada Corte de Arbitraje de la Ohadac", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación del Instituto Universitario de Estudios Europeos*, núm. 2, 2011.

EISELEN, S.: "Globalization and harmonization of international trade law", en AA.VV.: *Globalization and Private Law: The Way Forward* (ed. por M. FAURE y A. VAN DER WALT), Edward Elgar Publishing, 2010.

ESTRELLA FARIA, J. A.: "¿Del sueño de los académicos a la herramienta de los prácticos?, Derecho comercial uniforme y práctica legal internacional - breves observaciones sobre la obra de UNIDROIT" en AA.VV.: *Principios UNIDROIT. Estudios entornos a una nueva lingua franca* (comp. por J. M. RODRÍGUEZ OLMOs), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

FARNSWORTH, E. A.: "An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *University of Baltimore Law Review*, vol. 26, Iss. 3, art. 2, 1996.

FENOY PICÓN, N.: "La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos a través del análisis de diversos textos jurídicos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 2, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.:

- "Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales", en AA.VV.: *derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior (dir. por J.V. GONZÁLEZ GARCÍA), Iustel, Madrid, 2009.
- "Los Procesos de Unificación Internacional del Derecho Privado: Técnicas Jurídicas y Valoración de Resultados" en AA.VV.: *La unificación jurídica en Europa. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP* (ed. por J. M. GARCÍA COLLANTES), Civitas, Madrid, 1999.

GOLDRING, J.: "Unification and harmonization of the Rules of Law", *Federal Law Review*, vol. 9, núm. 3, 1978.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Common Law: Especial referencia a los *Restatement of the Law* en Estados Unidos", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II: Sistemas jurídicos contemporáneos Derecho comparado temas diversos* (Coord. N. GONZALEZ MARTIN), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1ª ed., 2006.

GREBIENIOW, A.: "Principles of Asian Contract Law at the Crossroads of Standardization and Legal Pluralism", *Asian Journal of Law and Society*, vol. 10, Iss. 2, 2023.

GUARIN FERRER, J. C.: "PRINCIPIOS UNIDROIT", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, vol. 3, núm. 1, 2015.

HAN, S.: "Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia", *Villanova Law Review*, vol. 58, Iss. 4, 2013.

JEQUIER LEHUEDÉ, E.: "Los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el incumplimiento esencial. Síntesis comparativa con el ordenamiento jurídico chileno". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 1, 2009.

KA, J.: "Introduction to PACL", *Revue juridique polynésienne*, núm. 17, 2014.

LABARIEGA VILLANUEVA, P. A.: "UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, 1998.

LEÓN ROBAYO, É. I.: *Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

LERNER, P.: "Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. III, 2004.

MICHAELS, R.: "How Asian Should Asian Law Be?-An Outsider's View", *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*, núm. 58, 2018.

MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: "Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?", *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 9, 2005.

MYANMAR LAW LIBRARY, *Principles of Asian Contract Law-PACL*, https://myanmar-law-library.org/IMG/pdf/principles_of_asian_contract_law_-_pac.pdf.

OVIEDO ALBAN, J.:

- "Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales", *Revista Criterio jurídico*, núm. 3, 2003.
- "Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato." *Revista Foro de Derecho Mercantil*, núm. 4, 2004.
- "Los Principios UNIDROIT Para Los Contratos Internacionales", *Revista Dikaion – Lo Justo-*, núm. II, 2016.

PÉREZ LUÑO, A. E.: "Los Principios Generales del Derecho. ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 98, 1997.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson S.L, Madrid, 1º ed., 2013.

PERRET, L. y FUENTES, G.: "El sistema jurídico del derecho civil en el siglo XX" en AA.VV.: *La ciencia del Derecho durante el siglo XX* (edt. M. BONO LÓPEZ), Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1998.

PULIDO RIVEROS, J. C.: "El 'soft law' en el derecho privado: Sostén a la teoría de la 'nueva lex mercatoria'", *Revista Misión Jurídica*, núm. 14, vol. II, 2018.

REDONDO TRIGO, F.: "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, fasc. IV, 2010.

ROBLES FARIAS, D.:

- "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional" *Revista perspectiva jurídica UP*, núm.10, 2018.
- "La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) Su génesis, desarrollo e influencia internacional", *Revista perspectiva jurídica UP*, núm. 12, 2019.
- "La Nueva Edición de los Principios UNIDROIT 2016 - La Regulación de los Contratos de Larga Duración", *Revista perspectiva jurídica UP*, núm. 9, 2017.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2016.

SÁNCHEZ CORDERO, J.: *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales Comerciales 2016*, UNIDROID-Centro Mexicano de Derecho Uniforme - Universidad Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Judiciales, Roma, 1ª ed., 2018.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: "Estrategias de la OHADAC para la armonización del Derecho Comercial en el Caribe", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010.

VEGA MERE, Y.: "¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo", *Advocatus*, núm. 38, 2020.

LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO
CIVIL Y SU IMPACTO EN LOS REMEDIOS FRENTE AL
INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN SANITARIA*

THE PROPOSAL TO MODERNIZE THE SPANISH CIVIL CODE
AND ITS IMPACT ON THE HEALTH CONTRACT'S NON-
PERFORMANCE

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 242-279

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "Remedios contractuales en fase preliminar: nulidad, anulabilidad y responsabilidad extracontractual" PID2023-148193NB-I00 (Il. PP. Rodríguez-Rosado y Legerén-Molina). Parte del mismo se corresponde con nuestra participación titulada "Los remedios frente al incumplimiento de la prestación sanitaria", en el I Congreso "Una mirada joven al nuevo derecho de contratos", celebrado en la Universidad de Cádiz, del 24 al 25 de octubre de 2024.

Luis CORPAS
PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Este trabajo analiza la Propuesta Reformada de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos, centrándose en los remedios frente al incumplimiento en su variedad de cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria, así como su coherencia, eficacia e integración de las herramientas que ofrece la Propuesta para garantizar una reparación integral conforme con el “interés positivo” en un contrato de esta naturaleza.

PALABRAS CLAVE: Contratos; incumplimiento; interés positivo; indemnización.

ABSTRACT: *This paper analyzes the latest Proposal to Modernize the Spanish Civil Code regarding to obligations and contracts, focusing on remedies in breach (defective compliance) of the contract. Its coherence and effectiveness are studied, as well as the integration of the concept of “positive interest” of the creditor of the health care provision as a tool to guarantee a comprehensive reparation.*

KEY WORDS: *Contracts; breach; positive interest; damage compensation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- I. Objeto y enfoque del análisis.- A) *Problemas en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.*- B) *La PMR y la indemnización en lugar del cumplimiento.*- II. METODOLOGÍA.- III. RESULTADOS.- I. La prestación sanitaria como objeto de las obligaciones contractuales.- A) *La (nova) lex artis.*- B) *Las actuaciones inexcusables del deudor de la prestación de servicios.*- 2. El cumplimiento defectuoso en el marco obligacional.- 3. La PMR y los remedios propuestos ante el incumplimiento del contrato.- 4. La protección del interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria que se ha cumplido de forma defectuosa.- A) *El interés contractual y la responsabilidad.* B) *El interés positivo del contrato en la PMR como medida del resarcimiento.*- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La reciente Propuesta Reformada de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos (en adelante, PMR), publicada el pasado 31 de julio, plantea una profunda revisión en esta materia que comenzó décadas atrás, acercando al derecho interno ciertas herramientas de *soft law* presentes en el moderno derecho de contratos europeo¹ e incorporando una codificación más precisa, y a nuestro juicio necesaria, en el derecho privado sobre los remedios aplicables ante incumplimientos prestacionales en el ámbito privado.

I. Objeto y enfoque del análisis.

Este trabajo se centra en el análisis de cómo dicha reforma aborda los incumplimientos en su modalidad de cumplimiento defectuoso, con el objetivo de evaluar su impacto en la protección del interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria y en la eficacia de los remedios contractuales previstos para

¹ Diversos aportes doctrinales venían afirmando la permeabilidad del Derecho Civil patrio a las soluciones ofrecidas por las regulaciones de otros países de nuestro entorno, no solo europeos sino también del modelo angloamericano, del cual derivan muchas de estas; todo ello con una influencia final sobre el ordenamiento interno. Vid. AA. VV.: *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (coord. M. M. HERAS HERNÁNDEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2015. En el fondo subyace una “regla fundamental de la sociedad moderna relativa al resarcimiento”, según la cual, el dañado “tiene derecho a que le indemnice quien actuó intencionadamente o inobservando la diligencia que le corresponde como propugnaba el Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR). Cfr. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 21-23.

Por otra parte, la perspectiva extranjera puede ser clarificadora respecto al efecto y alcance no solo de la legislación europea, sino también la influencia de este modelo importado en nuestro ordenamiento. En este contexto, la aceptabilidad y la conformidad del derecho privado explican una “moderna teoría general del contrato, estimulada fundamentalmente por la globalización y por proyectos de unificación contractual, principalmente europeos, y proyectos nacionales de modificación de los códigos de derecho privado”. Vid. RENGIFO GARCÍA, E.: “Reseña bibliográfica. Isué VARGAS BRAND, Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo, BOE, Madrid, 2023.”, RDC, vol. II, núm. I, 2024, p. 297.

• Luis Corpas Pastor

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil (acreditado a Prof. Contratado Doctor) de la Universidad de Málaga. Doctor por la Universidad de Málaga (Premio Mejor Tesis Doctoral Derecho Privado 2022, RAJL, Granada). Licenciado en Derecho (Premio Fin de Carrera UMA; Premio Nacional Fin de Educación Universitaria, Ministerio Educación y Universidades). Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas, UNED; Licenciado en Odontología con Grado, UGR; Doctor en Odontología, UGR. Diversa formación de Posgrado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>. Correo electrónico: lcorpas@uma.es.

estas situaciones, con la mirada puesta en un contexto muy concreto: el contrato (privado) de tratamiento médico.

Para ello, en primer lugar, comenzaremos tratando de delimitar el concepto de prestación sanitaria como objeto de las obligaciones nacidas como consecuencia del contrato de tratamiento médico y sanitario en general, identificando sus particularidades y el marco normativo conocido -y en ocasiones transgredido- que las regula.

A continuación, se examina el incumplimiento defectuoso como una categoría específica dentro de la teoría general del incumplimiento, subrayando las implicaciones jurídicas que plantea tal cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria en términos de responsabilidad y resarcimiento. En este contexto, se analizan los remedios previstos en la PMR, prestando especial atención a su coherencia interna y a su capacidad para garantizar una protección efectiva de los derechos del acreedor en tales casos de incumplimiento. La idea reside en el análisis del tipo de incumplimiento más frecuente: el cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria que genera daño no patrimonial -ya sea corporal, moral estricto, o relacional- para el acreedor insatisfecho.

Finalmente, se explora el concepto de interés positivo del acreedor cuando sobre su integridad corporal recae el objeto del contrato defectuosamente cumplido y su relevancia para una reparación integral, destacando su tratamiento en la reforma propuesta y su potencial impacto positivo en la resolución judicial de conflictos derivados de este tipo de incumplimiento, que en la anterior Propuesta de la Comisión General de Codificación se destacaba “su naturaleza unitaria, y porque funciona con un carácter neutral, destacando la idea de la insatisfacción del interés del acreedor”².

Antes de comenzar el análisis conviene destacar que la PMR no está exenta de críticas, sobre todo en cuanto a las reglas de derecho “intertemporal” aplicables al cambio normativo propuesto, por cuanto expresamente se declara en la Propuesta que la misma carece de disposiciones transitorias y opta por “remitirse en este punto a lo que llama el Derecho transitorio general, esto es al art. 2 CC y a las propias disposiciones transitorias del Código civil, en lo que resulten ser aplicables”³. Ello implica que se aplicará el actual texto codificado a las relaciones jurídicas que nacieron antes de la entrada en vigor de la PMR, en una suerte de “ultraactividad” del Código civil debida a la irretroactividad de las leyes que prevé

2 FENOY PICÓN, N.: “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, ADC, vol. 63, pp. 47-136.

3 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos”, RDC, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 1-33.

el art. 3.2 CC. Por lo tanto, a dichos conflictos nacidos antes de la entrada en vigor de la PMR, les será de aplicación el actual Código civil y no aquella⁴.

GARCÍA RUBIO sostiene que, aunque la PMR no contiene reglas de retroactividad expresa, sin embargo, es posible admitir una “retroactividad tácita”⁵ porque muchos de sus preceptos propuestos son interpretaciones de la legislación actual o bien, suponen la “plasmación en el texto legal de las reglas que ya vienen aplicando nuestros tribunales y demás operadores jurídicos”. Cabe preguntarse entonces si por la vía de la reforma propuesta se está integrando la jurisprudencia y el *soft law* europeo, en una suerte de codificación de la descodificación...

A) Problemas en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Para comenzar, resulta imprescindible situar el análisis propuesto partiendo de una distinción fundamental clásica entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

La teoría general del derecho diferencia ambas de forma nítida, pero en el ámbito del derecho sanitario forense (es decir, el invocado habitualmente en los tribunales) se evidencian límites difusos en sus fundamentos, pedimentos e incluso en las resoluciones judiciales, que con demasiada frecuencia trasvasan alegremente institutos de una sede a otra. Ello ha llevado a una interpretación normativa expansiva, en la que conceptos propios de la responsabilidad extracontractual, como la reparación integral del daño, son aplicados en conflictos de base contractual.

La responsabilidad civil contractual, regulada en el art. 1101 CC, surge por un incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato (o las integradas en el mismo a tenor de lo previsto en el art. 1258 CC)⁶. En cambio, la responsabilidad

⁴ *Ibid.*, pp. 13-16.

⁵ *Ibid.*, p. 20. Afirma la autora que este pudiera ser “el caso de alguno de los artículos de la PMR que recoge conceptos consolidados ya en la práctica vigente, pero no delimitados por el legislador con la suficiente claridad y generalidad, como puede ser el de daño patrimonial y no patrimonial del art. 1188.”. Resulta trascendente el matiz que introduce el art. 1188.3 PRM, cuando señala de forma nítida que “el daño no patrimonial será indemnizable cuando lo exija la ley o lo justifique la naturaleza del contrato”.

⁶ ARCOS VIEIRA, M. L.: “Sobre el carácter ‘contractual’ o ‘extracontractual’ de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales”, en AA. VV.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo I* (coords. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Capítulo 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 391-392. Según la autora, para que exista responsabilidad contractual es necesario que se dé entre los interesados “una previa relación contractual—o asimilable—” caracterizada “por la libertad inicial del acreedor en la decisión de constituir tal relación con quien finalmente va a causarle un perjuicio” y también existirá “en aquellos incumplimientos de obligaciones legales que integra el propio contrato”. Obviamente, ambos sujetos han de contar con la autonomía necesaria para dotar del contenido que deseen. A esto añade la aplicabilidad del art. 1101 CC y concordantes “a las obligaciones que son al mismo tiempo legales y contractuales o negocials”, es decir, provenga la obligación incumplida del propio contrato o bien de la ley que acaba provocando un daño en el paciente sin que tenga este el deber de soportarlo.

extracontractual surge por el daño producido como consecuencia de la vulneración del principio general de indemnidad consagrado en el art. 1902 CC.

Esto, que parece tan obvio, se confunde en la práctica cuando se solicitan indemnizaciones sobre la base de postulados asentados en sede extracontractual, basados en el daño provocado al paciente, aunque en realidad se trate de un escenario claramente contractual. BELLO JANEIRO recuerda que se trata de situaciones a las que la “ley por ahora les atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa”⁷.

Habría que plantearse si trasladar institutos de una sede a otra es admisible en un Estado de Derecho -por más que el nuestro sea social y democrático y procure ser justo- por meras cuestiones de seguridad jurídica; al margen de una razonabilidad doctrinal indispensable. Efectivamente, hasta ahora se viene observando en sede judicial el trasvase de instrumentos normativos que pertenecen al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual cuando nos encontramos en un ámbito contractual, en el que se cuestiona aún la posibilidad de indemnizar daños morales o relacionales u otros daños no patrimoniales y en el que resulta difícil encajar instrumentos e instituciones propias de la responsabilidad civil extracontractual; en la que la reparación integral del dañado es su consecuencia⁸.

Esta tendencia, como se observa en numerosos casos de responsabilidad médica, puede resultar en una aplicación distorsionada de las normas, generando soluciones jurisdiccionales creativas, en las que los tribunales vienen mezclando en la responsabilidad médico-sanitaria conceptos propios de la responsabilidad extracontractual como la reparación integral del daño, cuando estamos en sede claramente contractual. Así, no son pocas las resoluciones judiciales que ofrecen soluciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual en casos ubicados en otra sede bien diferente, al existir un contrato cuyo cumplimiento defectuoso tiene como resultado un daño al paciente, llevando en ocasiones la exégesis normativa a crear soluciones jurisdiccionales artificiosas.

7 BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009, p. 29.

8 Cfr. MONTERROSO CASADO, E.: “La reparación *ad integrum* por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 9, 2024, pp. 99-136. La autora recoge la doctrina jurisprudencial más reciente sobre el daño moral, integrado “en el ámbito del artículo 1902”, con cita de la STS 21 noviembre 2023 (ROJ 2023, 5194); entre otras, en la que se declara que el daño moral “es aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad”. En la actualidad, “la indemnización por daño moral se admite sin ningún género de duda” en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. No así en el ámbito contractual.

MORALES MORENO destaca la necesidad de una regulación más armónica en materia de obligaciones y contratos⁹, mientras que autores como DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁰ y Díez-PICAZO critican esta “yuxtaposición” entre regímenes de responsabilidad, aludiendo a una interpretación judicial que puede derivar en una “unidad de culpa civil”¹¹ en los casos más extremos, cuando ni siquiera se ha alegado por las partes el régimen jurídico concreto que aplica el Tribunal, basándose en una *causa petendi* concretada por este a partir del relato fáctico de las partes, desvinculándose de los fundamentos jurídicos en los que se hubieran basado estas, con anclaje en el principio de *iura novit curia*¹². Más recientemente, YZQUIERDO TOLSADA ha denunciado este “abuso manifiesto”, que sustituye “ora la incompetencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal”¹³ las previsiones normativas al amparo de este principio y mezcla criterios de imputación, culpabilidad o carga probatoria entre ambos regímenes¹⁴. Aunque la doctrina consolidada más autorizada critica este trasvase, aludiendo a una diligencia situada en la obligación, circunscrita a una concreta distribución de riesgos y no a otra diferente (art. 1104 CC)¹⁵, lo cierto es que la mayoría de los casos de responsabilidad médica involucran incumplimientos obligacionales del profesional que originan un daño medicolegal al paciente. Esta materia del derecho de daños es, como se ha señalado, “especialmente cambiante

- 9 MORALES MORENO, A. M.: “Presentación”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022, p. 44. Consciente de la necesidad de esta “armónica” inserción de una nueva regulación en materia de obligaciones y contratos (no solo en el seno del Código civil, sino en el resto del ordenamiento), el autor aboga por la redacción de un “proyecto de ley de bases [...]”, a partir del texto articulado de la Propuesta de modernización elaborado por la Comisión de Codificación”, que parece haber encontrado eco con la PMCC.
- 10 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, 2007, pp. 73-74. Se trata, como afirma el autor, de casos en los que se aplica a esa base fáctica el principio de *iura novit curia*, en los que estamos ante lo que él denomina un “mito” que ha ido elaborando la jurisprudencia para cuando por un mismo hecho, son aplicables soluciones extracontractuales o contractuales, en concurso, incluso sin ser alegada de parte tal fundamentación jurídica.
- 11 Díez-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (Reimp.), 2000, pp. 263-264. El autor califica de “falacia” estos supuestos –en los que se da en realidad, una concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual–, en los que los jueces podrían “resolver con arreglo a una u otra, aunque no hayan sido alegadas por la parte demandante” sobre los presupuestos de una probada base fáctica (*da mihi factum, dabo tibi ius*), aludiendo al trasvase del art. 1104 CC, olvidando con ello que dicho artículo se refiere a “obligación” como lugar en que debe expresarse la diligencia que se señala (es decir, la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda al caso concreto, en sede contractual). En definitiva, hace más de veinte años clamaba porque se rechazasen las “trampas” en supuestos de hecho donde el deudor y el acreedor han fundado la relación, precisamente, bajo el parámetro de la responsabilidad contractual, asumiendo por tanto una determinada distribución de riesgos desde el principio. Cfr. GARCÍA GARNICA, M. C.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial”, en AA.VV.: *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, (dirs. A. ORTÍ VALLEJO y M. C. GARCÍA GARNICA; coord. R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 340-344.
- 12 Para un análisis inicial, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 183 y ss. Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario*, cit., pp. 73-74.
- 13 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 138.
- 14 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 1, 2001, pp. 35-50.
- 15 Díez-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, cit., pp. 263-264.

y contingente, en pleno y constante desarrollo, lo que dificulta enormemente llegar a conclusiones estables y definitivas”¹⁶.

Sin embargo, el curso de la evolución del derecho de contratos parece orientarse hacia la unificación de ambos regímenes, primero a través de resoluciones judiciales expansivas en una suerte de justicia material y luego por la influencia de corrientes modernizadoras de dentro y fuera del sistema continental de responsabilidad, desde el *soft law* del Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés). Según ROCA TRÍAS, este propone que indemnice quien produzca el daño “independientemente de la relación jurídica de la que provenga dicho daño”¹⁷. Para esta autora, las funciones que cumple el derecho de daños en la actualidad son la “reintegración de la situación alterada al mismo estado que existía antes de la producción del daño” (a la que denomina función reintegradora que “se puede formular de un modo distinto en el sentido que la indemnización siempre debe producir el resarcimiento del daño causado”, denominándola función resarcitoria) junto a la “disuasoria o preventiva” en una suerte de “socialización del riesgo”¹⁸. Como afirma ARCOS VIEIRA, la jurisprudencia ha venido a permitir la aplicabilidad de preceptos ubicados en sede contractual a la responsabilidad extracontractual y viceversa, pero a través de interpretaciones expansivas cuando la responsabilidad en nuestro sistema claramente identifica como contractual el incumpliendo de obligaciones que nacen del contrato y como extracontractual, el daño que no deriva de una relación jurídica previa¹⁹. Esta tendencia se advierte no solo en España, sino también en otros sistemas continentales como los códigos civiles italianos, francés o alemán. En ellos, las obligaciones contractuales coexisten con las legales, y la expresión “relación libremente asumida”²⁰ aparece tanto en textos del *soft law* como en la jurisprudencia del TJUE.

Proviengan los aires de reforma del DCFR o de los principios europeos del derecho de daños (PETL, por sus siglas en inglés²¹), la tendencia innegable en nuestros tribunales es a indemnizar al dañado; independientemente de si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual²². Esta tendencia refleja una

16 LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, p. 30.

17 ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de, cit.*, pp. 21 y ss.

18 Ídem.

19 ARCOS VIEIRA, M. L.: *Sobre el carácter*, cit., p. 392.

20 Ídem.

21 *European Principles of Tort Law* (EPTL, o PETL), [online]. Disponible en <https://www.egtl.org/docs/PETLSpanish.pdf>

22 Con nosotros, LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre derecho*, cit., pp. 44-45; quien afirma “en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de la responsabilidad civil: el primer actor ya no es [...] «el que causa daño a otro», ni tampoco [...] «los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...», sino precisamente ese «otro» que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca”.

evolución hacia la unificación de regímenes, en consonancia con la modernización del derecho de daños y las exigencias de acceso a una justicia material.

B) La PMR y la indemnización en lugar del cumplimiento

Como veremos más adelante, el incumplimiento abre una serie de remedios al acreedor de la prestación con efectos resarcitorios e indemnizatorios, constituyendo “el interés contractual positivo” la regla general en el derecho español como indemnización por daños y perjuicios en sede de responsabilidad civil contractual²³. Lo que enlaza con nuestra hipótesis, que, avanzamos, tiene que ver con una respuesta más coherente al resarcimiento en estos casos, a través de la PMR, tomando el concepto de interés positivo como medida del resarcimiento en un contrato perfectamente válido y que el paciente tiene interés en que se cumpla, porque se obligó de buena fe, pero la prestación sanitaria *in natura* resulta ya imposible conseguir, por una actuación errada del profesional sanitario que además ha ocasionado con su actividad daños al propio acreedor de la prestación.

Así, con la modificación propuesta (Arts. 1171 PMR: concepto de incumplimiento; 1173 PMR: remedios; 1174.2 PMR: especialidad de las obligaciones no pecuniarias; 1188.3 PMR: indemnización del daño no patrimonial y el art. 1194 PMR: indemnización o reparación en lugar del cumplimiento), se abre nuestro derecho codificado hacia una protección más coherente del interés positivo del contrato porque se procura un resarcimiento del acreedor insatisfecho ante incumplimientos contractuales. Llámese “indemnización en lugar del cumplimiento”²⁴, que es lo que a fin de cuentas le interesa al paciente cumplidor que no solo ha recibido una prestación sanitaria defectuosa, sino que, además, ha resultado dañado y, muchas veces, son “daños corporales que, conforme al estado de los conocimientos de la medicina, no admiten reparación”²⁵.

A los efectos de este trabajo, no es la naturaleza ni la nomenclatura del contrato lo que nos interesa, sino su defectuoso cumplimiento, que, como veremos más adelante, no deja de ser una forma de incumplimiento²⁶. Nos interesa

23 GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, núm. 3, 2007, p. 20.

24 Cfr. Art. 1171.1 PMCC que define el incumplimiento “cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta”.

25 LUNA YERGA, A., PIÑERO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBÍ Y PUIG, A. “Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español”, *InDret*, núm. 3, 2007, p. 5. Los autores sostienen que la víctima tiene un derecho de opción a una reparación del daño, bien por equivalente económico, o bien *in natura*, pero que este derecho no existe en este último caso cuando esta sea imposible (daño moral o lucro cesante); o cuando por su la naturaleza, los bienes dañados a reparar sean insustituibles, como es este caso.

26 Vid. PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016, p. 43. Según este autor, en el ámbito de los Principios europeos del Derecho de contratos (PECL), se ofrece “un concepto flexible del incumplimiento, que permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor”.

fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, porque esa defectuosa prestación sanitaria, frecuentemente, implica la necesidad de indemnizar daños no patrimoniales corporales y/o morales, producidos al paciente en el seno del contrato y, en segundo lugar, más concretamente, nos interesa el interés positivo²⁷ del contrato como medida del resarcimiento de los perjuicios sufridos por el acreedor de la prestación sanitaria.

En el ámbito sanitario, en nuestra opinión, el interés positivo del acreedor incluye, cuando menos, el valor de la prestación y, en todo caso, la cuantificación de los daños morales ocasionados con ocasión de la ejecución defectuosa de dicho contrato, como los daños corporales y morales estrictos o bien relacionales, ocasionados como consecuencia de la ejecución defectuosa del contrato. Porque no olvidemos que el acreedor de la prestación debe quedar como si se hubiera cumplido el contrato.

Por lo tanto, siguiendo con esta argumentación, se debería dejar al acreedor insatisfecho como mínimo en la misma situación en la que se encontraba cuando se configuró el programa prestacional defectuosamente cumplido (porque la consecuencia de haber cumplido el contrato incluye, además de lo expresamente pactado, no dejar al acreedor peor que antes de sufrir la actuación poco diligente del deudor). En nuestra opinión, por la naturaleza de un contrato cuyo objeto involucra la integridad personal de uno de sus contratantes, la indemnización debería abarcar todos los daños alegados y probados por el perjudicado dentro de la delimitación de riesgos que hubieran sido conocidos y previsibles al inicio del contrato, a tenor del 1107 CC; del lucro cesante y el daño emergente (abarcando este los daños morales, es decir, los menoscabos funcionales eventualmente producidos como consecuencia de la ejecución del contrato, así como el resarcimiento de los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos o daño moral²⁸).

27 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I, *Introducción; Teoría del contrato*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 235. El interés positivo se denomina interés de cumplimiento o interés de la ejecución, a diferencia del interés negativo, determinado por la "frustración del contrato y es el llamado «interés de confianza»".

28 Sobre la reparación del daño moral contractual, *vid.*, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual", *Revista Jurídica Univ Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 245-246. La autora expone la reticencia de la doctrina a indemnizar el daño moral contractual dentro del daño emergente, fruto de una interpretación histórica del Código civil, el cual no contempla expresamente la posibilidad de indemnizarlo a diferencia de los códigos italiano o alemán, que sí lo hacen "en los casos previstos por la ley", y aunque el art. 1149 del Code français, inspiración del nuestro 1106 CC, tampoco lo hace, pero señala que este "utiliza la palabra *pérdida*, y la doctrina francesa entiende que no ha de traducirse necesariamente por pérdida de dinero, sino por pérdida en sentido amplio". [La autora no lo dice, pero en Francia, la Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario (*Journal Officiel de la République Française* de 5 de marzo), inspiradora de nuestra Ley 41/2002, de 14 de noviembre, introdujo importantes modificaciones en materia de Derecho de daños al regular la reparación de los daños derivados de la actividad sanitaria; aspecto que sin embargo no alcanza la nuestra. *Cfr.* SEUBA TORREBLANCA, J. C.: "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *Indret*, núm. 2, 2002, 6 pp. Además, la indemnización del perjuicio extrapatrimonial en el derecho francés (el "daño a la salud" italiano) ha acogido el concepto de "detrimento de las funciones de los órganos y miembros del cuerpo humano" en los baremos al uso, incluso en ciertos baremos contractuales en relación con

Hay que tener en cuenta que, como señala RODRÍGUEZ GUTIÁN en relación con el daño no patrimonial, “(n)i los PECL, [...] ni el DCFR determinan los criterios concretos que permitan fijar en qué supuestos y bajo qué condiciones tal daño ha de indemnizarse. Estos textos se limitan a adoptar un concepto amplio de daño no patrimonial [...] fórmula abierta que permite ser aceptada con más facilidad por todos los países miembros de la Unión Europea, en los cuales hay una clara disparidad en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios y en la clase de daños concretos que cabe reparar”²⁹.

La PMR viene a consagrar el interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria como una reparación *ad integrum* del paciente por daños contractuales globalmente considerados, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones primarias o secundarias del deudor de la prestación sanitaria. Todo ello, por ser conforme a la naturaleza de un contrato especial por su objeto que recae sobre la integridad del propio acreedor de la prestación sanitaria.

En definitiva, el análisis de la reforma de la PMR permite identificar una evolución hacia un modelo de responsabilidad más coherente y alineado con las necesidades del acreedor en casos de incumplimiento contractual, particularmente en contextos tan sensibles como el de la prestación sanitaria. Este enfoque procura garantizar que el acreedor quede “como si se hubiera cumplido el contrato”, incluyendo el resarcimiento por daños corporales, morales y relacionales sufridos debido a la actuación del deudor.

II. METODOLOGÍA.

En este trabajo hemos seguido un método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación: acceso a fuentes primarias de derecho positivo, doctrinales y jurisprudenciales, en lo que a responsabilidad médico-sanitaria se refiere. Finalmente, hemos realizado un análisis descriptivo de los mecanismos

el aseguramiento de personas. Vid. KOTEICH KHATIB, M.: “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, 2010, pp. 184-201.]. En nuestra opinión, entre los muchos argumentos que aporta RODRÍGUEZ GUTIÁN favorables a la reparación del daño moral contractual, dos serían los que alcanzan una naturaleza definitiva: por un lado, la protección integral de la persona que promueve la Constitución Española de 1978, “tanto en su esfera personal como en su esfera económica” que constituye un argumento sólido para una relectura de nuestro Código civil decimonónico y, por tanto, “cuando la normativa civil manda indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento contractual, ha de entenderse en la actualidad comprendido tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a su ámbito físico y psíquico”; y por otro, las tendencias internacionales de modernización y unificación del Derecho de Contratos, tanto a nivel europeo (*Principles of European Contract Law*, PECL, de OLE LANDO; el *Study Group of an European Civil Code*, liderado por VON BAR, o el Código Europeo de Contratos de GANDOLFI), como internacionales a partir de “los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales” (o PCCI), que son partidarios del resarcimiento del daño moral contractual.

29 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “La indemnización del daño moral contractual”, en AA.VV. *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, p. 983.

actuales y los propuestos en la PMR ante el incumplimiento obligacional ocasionado por la defectuosa prestación sanitaria en el ámbito privado.

III. RESULTADOS.

I. La prestación sanitaria como objeto de las obligaciones contractuales.

El ámbito general de las prestaciones sanitarias en el marco contractual queda definido por el conjunto más o menos ordenado de obligaciones que asume el prestador de servicios que queda delimitado no solo por el consentimiento informado³⁰, sino por todas aquellas otras que sean conformes a la naturaleza del contrato y el resto de las obligaciones que regulan este particular contrato sinalagmático en el ámbito privado; que hemos seleccionado intencionadamente. Genéricamente, toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 CC): se trata de la consecuencia jurídica nacida a veces de lo pactado en el contrato, o nacida de la ley o por ser conforme con la naturaleza de este. Es decir, las obligaciones emanan como consecuencias no solo de lo pactado, sino derivadas de la naturaleza del contrato (y que son propias de los usos integrados en el mismo) o *ex lege*, también de acuerdo con la propia naturaleza de éste.

Así las cosas, parece un dato cierto que la relación médico-paciente en el ámbito privado constituye un contrato³¹, puesto que existe un consentimiento entre el paciente y el profesional, sobre el objeto y la causa de la obligación. Pese a carecer de una tipificación específica en el derecho español, se suele encuadrar como un arrendamiento de servicios médicos³² o simplemente “contrato de servicios médicos”³³. Este enfoque coincide con el DCFR y las perspectivas del Derecho europeo de contratos, que lo consideran dentro de los contratos de servicios que requieren diligencia, habilidad y cuidado por parte del profesional sanitario³⁴.

30 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, (BOE núm. 274, de 15 de noviembre). El consentimiento informado (art. 8) se integra en la prestación sanitaria como un requisito más de esta, siendo necesario en “toda actuación en el ámbito de la salud”.

31 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho*, (Vol. I), cit., pp. 139 y ss. Hay que tener muy en cuenta que, en nuestro derecho, la palabra contrato se puede entender “como acto” y también “como norma que incide sobre una relación jurídica patrimonial”, referida al programa negocial o resultado normativo o reglamentario que debe ordenar la conducta de las partes contratantes. En nuestra opinión, tal dicotomía entendemos que resulta importante, en su primera acepción, distinguir la autonomía de la voluntad y los demás elementos que lo dotan de eficacia, y en la segunda, la función económica del mismo, que se muestra por el interés de los contratantes en llevarlo a cabo. El interés del acreedor el clave para el estudio de la responsabilidad contractual, como veremos.

32 Por todos, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 32-33.

33 LABARIEGA VILLANUEVA, P. A.: “El contrato de atención médica. Naturaleza Jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2002, p. 55.

34 CRESPO MORA, M. C.: “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, núm. 2, 2013, p. 36. En el contrato de servicios “se exige habilidad y cuidado (IV.C.-8: 104)” y concretamente, dentro de ellos, “el profesional sanitario se compromete a proporcionar un tratamiento

El objeto del contrato lo constituye la prestación sanitaria (de hacer de forma diligente) de la que el paciente es acreedor y el profesional sanitario es deudor. Sin embargo, en la práctica médica, la prestación sanitaria puede abarcar un nivel de alta complejidad por lo que resulta pertinente realizar un somero análisis de la prestación sanitaria objeto de contrato y de las obligaciones que surgen para el prestador del servicio a consecuencia de éste.

En primer lugar, a través del necesario consentimiento informado, se establece habitualmente un sinalagma entre el profesional sanitario y el usuario de tales servicios (aunque igualmente podría configurarse entre otros profesionales y el destinatario de los cuidados médicos) que distribuye riesgos desde el principio, pero que configura el programa prestacional de acuerdo con la información transmitida sobre las diferentes opciones terapéuticas o diagnósticas, sus riesgos y alternativas. Este consentimiento informado reviste una “importancia capital” para el acreedor de la prestación sanitaria, existiendo una “vinculación de la información tanto con la facultad decisoria como con el consentimiento informado, entendiendo por tal la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”³⁵, con cita de la famosa STC 28 de marzo³⁶.

Tiene razón ORDÁS ALONSO cuando sugiere que debería unificarse el régimen jurídico médico en cuanto a los deberes de información “con el único límite del estado de la ciencia en el momento de proceder a realizar el tratamiento o intervención”³⁷, con cita de la STS 13 abril 2006, la cual, deja meridianamente claro que “la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto”³⁸. Sin embargo, parece necesario realizar una precisión al respecto, ya que, sin dejar de ser una actividad de medios, hay ciertos hitos o resultados concretos “procesuales” que deben realizarse inexcusablemente, algunos propios de la ciencia médica en el momento y en el caso concreto, y otros por exigencia legal. Este es el caso del consentimiento informado, derecho humano

médico al cliente [IV.C.-8:101 (I)]”. Cfr. JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)”, *ADC*, 2012, pp. 551 y 563. Por otra parte, el DCFR regula además el deber de evaluación previa del paciente (IV.C.-8:102, *preliminary assessment*), el deber de utilización de materiales de calidad (IV.C.-8:103, *obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises*), el deber de información (directamente, art. IV.C.-8:105, *obligation to inform*), el deber de recabar el consentimiento (IV.C.-8:108, *obligation not to treat without consent*), deber de registro o de documentación (IV.C.-8:109). Para caso de incumplimiento de estas obligaciones, el art. IV.C.-8:110 ofrece, entre otras, la aplicación de los remedios por incumplimiento dispuestos en el Libro III, Capítulo 3 DCFR.

35 ORDÁS ALONSO, M.: “la delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva. Hacia una unificación de régimen jurídico”, *Revista Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 14-53.

36 STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011, 37).

37 ORDÁS ALONSO, M.: “La delgada”, cit., p. 49.

38 STS 13 abril 2016 (RAJ 2016, 1639).

fundamental, positivado y exigible para cada intervención diagnóstica o terapéutica sobre un paciente, a no ser que medien excepciones tasadas legalmente³⁹.

A) *La (nova) lex artis*.

De entrada, cuando un paciente se somete a cualquier procedimiento, confía en recibir una atención diligente del profesional. La adecuación de la actividad del médico a la *lex artis* constituye la referencia con la que se mide si la prestación sanitaria es correcta. La *lex artis* constituye, entonces, el canon con el que se mide la adecuación de la prestación sanitaria⁴⁰. Es decir, se trata del “cumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de la actividad por los profesionales”⁴¹.

Esto último es importante, porque tiene en cuenta el caso concreto a la hora de identificar la concreta diligencia profesional como forma de realizar la prestación principal del médico que implica hacer las cosas conforme a unas reglas precisas teniendo en cuenta la situación del paciente y del momento y constituye “el criterio de valoración que indica el grado de diligencia exigible y, por tanto, cuyo incumplimiento dará lugar al nacimiento de la responsabilidad civil bajo un estándar de responsabilidad por culpa, es la llamada *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc* o, simplemente, *lex artis*”⁴².

Como se espera un canon de diligencia superior al estándar, se trata de una actuación diligentísima del profesional (“los esfuerzos razonables que deben llevar a consumir lo comprometido”, según la doctrina americana del *best effort*, recepcionada por nuestro Tribunal Supremo⁴³).

39 Vid. CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2018. Desde un punto de vista estrictamente contractual, cfr. CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 402: “el legislador ha impuesto deberes de información precontractual o contractual a una parte frente a la contraparte contractual. [...] cuanto mayor sea el flujo de información útil suministrada por la parte concedora mayores serán las opciones del destinatario de tomar una decisión contractual con suficiente conocimiento de causa”.

40 Sobre la *lex artis*, vid. SEOANE, J. A.: “Lex Artis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 38, 2022, pp. 275-300. Para el autor, constituye un “estándar”, un tipo de norma que indica cómo debería actuar el profesional sanitario: “un ejercicio diligente, prudente y razonable que ha definirse en cada caso y en cada paciente”.

41 LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 46.

42 LUNA YERGA, A.: *La prueba*, cit., pp. 46-47. Nuestra opinión al respecto complementa esta visión, puesto que, desde la parte del acreedor de la prestación sanitaria, se puede afirmar que el paciente otorga su consentimiento (contractual) con pleno conocimiento de los riesgos, alternativas y consecuencias de no someterse al procedimiento diagnóstico o terapéutico del que se trate; porque tiene garantizado su derecho a ejercitar su autonomía con plena libertad cuando de la actuación sobre su salud se trata.

43 SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: “La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano”, *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 141-142. Cita el autor la STS 23 mayo 2006 (RAJ 2006, 3680) que se refiere a la *lex artis* que supone “no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza”.

Así, entre las obligaciones accesorias o secundarias que implica este contrato hay una que ha pasado a primera división: el consentimiento informado. Y lo ha hecho en tal medida que, actualmente, ha modificado la manera de calibrar la diligencia profesional del médico (y en general, de los profesionales sanitarios); configurando una (*nova*) *lex artis*.

Por lo tanto, entre los hitos que se descubren en la nueva *lex artis*, no puede pasarse por alto la correcta obtención del consentimiento informado por parte del médico para considerar correcta su prestación de hacer⁴⁴, en una suerte de contractualización de deberes precontractuales; cosa que ya se venía reconociendo desde los tiempos de *Von Jhernig*...

Luego, entre médico y paciente a través del consentimiento informado se genera un contrato que configura un auténtico *synallagma*, genético y funcional, que nace del acuerdo de voluntades descrito, pero cuyas prestaciones comprometidas dependen recíprocamente del cumplimiento de la otra; respectivamente⁴⁵. Parece necesario recordar que este contrato despliega sus efectos, precisamente, a partir del consentimiento informado por el que libremente el deudor de la prestación sanitaria se obliga con el paciente a realizar una diligentísima actividad sobre la persona del acreedor; puesto que tal obligación de actividad necesita, salvo excepciones legales, dicho consentimiento informado.

Por último, los servicios médicos no son ajenos a la responsabilidad objetiva derivada de la aplicación de la legislación especial de consumidores y usuarios, porque no olvidemos que estos servicios médicos se someten, entre otros, al ámbito de aplicación de la norma. Sin embargo, como aclara BELLO JANEIRO, únicamente se aplicaría esta responsabilidad objetiva cuando el médico hubiera desconocido determinados aspectos técnicos, o parámetros de calidad, "naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos", por lo que la interpretación de las normas que realiza el Tribunal Supremo lo desaconseja⁴⁶.

B) Las actuaciones inexcusables del deudor de la prestación de servicios.

El Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones que la actividad del profesional sanitario debe calificarse, en términos generales, como de medios, salvo en situaciones excepcionales en las que se pueda deducir que se ha pactado

44 SEOANE, J. A.: "Lex Artis", cit., p. 287. La omisión del consentimiento informado "constituye por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, al lesionar el derecho de autodeterminación del paciente".

45 RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 11-12.

46 Cfr. BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 89. Doctrina consolidada critica esta interpretación del Alto Tribunal por cuanto "la responsabilidad civil objetiva que, como opción legislativa, se ha previsto [...] para los daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios", es rechazada por la jurisprudencia que no la aplica "con todas sus consecuencias -mejor sería decir, correctamente-". Vid. BUSTO LAGO, J. M.: *La responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, Vigo, 2022, p. 143.

expresamente un resultado determinado. Así lo afirma la STS 13 abril 2016: “sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”⁴⁷ (y reiteran otras muchas, como las SSTS 17 junio y 3 febrero 2015, 7 mayo 2014, 19 julio y 28 junio 2013, 20 noviembre y 30 junio 2009, 12 marzo 2008, 22 noviembre y 23 mayo 2007)⁴⁸.

Sin embargo, esta interpretación del Alto Tribunal resulta inexacta en nuestra opinión, ya que lo convenido entre el paciente y el prestador de servicios sanitarios no transforma un contrato de servicios en uno de obra, por mucho que se quiera obtener un resultado concreto. Se trata de “un error inconmensurable del Tribunal Supremo, al desechar la variabilidad biológica que impide garantizar un resultado con total certeza, se acuerde lo que se haya acordado entre el facultativo y el paciente, o resulte lo que resulte del relato fáctico del caso”⁴⁹. La razón de ello radica en un aspecto fundamental: la intervención de factores biológicos en este tipo de contratos genera inevitablemente una incertidumbre respecto al resultado final, por lo que no es posible asegurar un resultado concreto en este tipo contractual⁵⁰.

No obstante, aunque la imprevisibilidad de los factores biológicos implica que no se pueda garantizar un resultado específico, existen determinadas actuaciones concretas que, por su naturaleza, resultan ineludibles. Estos elementos, que podríamos denominar resultados mínimos exigibles o resultados de proceso, constituyen indicadores esenciales de la diligencia esperada del prestador del servicio. Dichos resultados no implican la garantía de un resultado final concreto, pero sí exigen que el profesional los obtenga y los documente adecuadamente, no solo como parte de la correcta ejecución del contrato, sino también como medio de prueba de su diligencia. La omisión de tales actuaciones podría entenderse como un incumplimiento de las obligaciones inherentes a la prestación del servicio. Es decir, existen una serie de *outputs* “que deben realizarse de forma inexcusable por el profesional para que pueda juzgarse correcta una determinada actuación o procedimiento diagnóstico o terapéutico”⁵¹ y caracterizan una actividad diligente del prestador del servicio y que son exigibles, por tanto. Ello no quiere decir que

47 STS 13 abril 2016 (RJ 2016, 1639).

48 Respectivamente, SSTS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2572), 3 febrero (RJ 2015, 206), 7 mayo 2014 (RJ 2014, 1769), 19 junio 2013 (RJ 2013, 4090), 28 junio 2013 (RJ 2013, 3519), 20 noviembre 2009 (RJ 2009, 6873), 30 junio 2009 (RJ 2009, 4687), 12 marzo 2008 (RJ 2008, 3822), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 7790); 23 mayo 2007 (RJ 2007, 4302).

49 CORPAS PASTOR, L.: *Mala praxis dental*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2023, (§ 1.2.1. La obligación principal).

50 Para una visión general sobre la evolución de la Jurisprudencia sobre responsabilidad médica, hacia la actual tendencia unificadora, vid. BADENAS BOLDÓ, J.: “Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica: comentario a la STS 828/2021, de 30 de noviembre (un caso de cirugía estética)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023, pp. 518-535.

51 CORPAS PASTOR, L.: *Mala praxis*, cit., (§ 1.2.3. Los resultados exigibles, párr. 1º).

el contrato garantice un resultado concreto, sino que el contrato exige por parte del sanitario que los obtenga (y los registre, documentándolos a efectos de prueba de su diligencia) para poder considerarse su prestación perfectamente cumplida.

2. El cumplimiento defectuoso en el marco obligacional.

Este apartado aborda cómo el cumplimiento defectuoso, modalidad específica de incumplimiento, afecta la dinámica obligacional y las garantías contractuales en un contrato que surge entre un usuario y un prestador de servicios sanitarios, concretamente en el ámbito del ejercicio privado de la medicina.

La mayoría de los problemas relacionados con las prestaciones sanitarias se deben no a problemas de nulidad total o parcial de los contratos que vinculan a los usuarios, clientes o pacientes, con los profesionales sanitarios que les atienden (o con el centro sanitario correspondiente); ni tampoco suelen deberse estos problemas a una irreductible intención de las partes de no cumplir *ex ante* con las obligaciones que surgen de estos contratos privados. No es lo habitual.

Lo normal es que se trate de contratos perfectamente válidos, en los que concurren todos los elementos esenciales y cuya ejecución es perfectamente válida *ab initio*, pero en el desarrollo de la asistencia sanitaria surge algún defecto, ya sea en los momentos iniciales del mismo o durante el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones comprometidas a las que se ha obligado el prestador de servicios, tengan estas su origen en el propio contrato o bien en la ley, por ser necesarias conforme a la naturaleza de este.

CASTÁN TOBEÑAS distinguía entre las repercusiones derivadas del incumplimiento de las obligaciones según las causas que afectan su núcleo esencial, diferenciando aquellas que “hacen imposible su realización” de otras que, “sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido”. Estas categorías corresponden, respectivamente, al incumplimiento absoluto o propio y al relativo o impropio. En relación con el primero, sostiene que este “puede depender de causas independientes de la voluntad del deudor (caso fortuito o fuerza mayor) o de causas voluntarias”. Entre estas últimas, establece una diferenciación “según lleven consigo plena voluntad y conciencia (dolo) o mera negligencia (culpa)”. Sobre la culpa, señala que esta “consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación”⁵².

La culpa contractual queda delimitada al “incumplimiento por causa que el deudor pudo y debió prever”, cuya esencia, afirma, reside “en la falta de diligencia

52 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª ed., Reus S.A., Madrid, 1988, p. 209.

y previsión que supone en el autor del acto". En este contexto, recalca que el Código civil define la culpa como "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1.104 CC)"⁵³.

Cierto es que el médico también tiene unas obligaciones secundarias, entre las que parece importante señalar "una obligación implícita de seguridad o protección" con fundamento la buena fe contractual del art. 1258 CC que ya ha sido positivada en algunos códigos civiles⁵⁴ y que comprenden, entre otras, no dañar al enfermo (se trata, como es lógico, de una obligación jurídica secundaria a la principal, que consiste en prestar diligentemente unos servicios utilizando todos los medios adecuados y pertinentes al caso concreto). Es decir, que el médico evite actuar con torpeza cuando desempeñe las actuaciones profesionales sobre el paciente. Sin embargo, como afirman SALVADOR CODERCH y GARCÍA-MICÓ, "torpeza no es sinónimo de mala fe, por lo menos no la primera vez. Que ello es así resulta del artículo 1.107 (I) del Código Civil, el cual distingue entre el incumplidor que ha de responder más o menos según sea de buena fe o de mala fe. El primero es en el Código Civil y su artículo 1.101, un deudor negligente; y el segundo es, de acuerdo con el mismo artículo, un deudor doloso"⁵⁵.

Desde un punto de vista más moderno, los PECL unifican bajo el término *non-performance* (8:101) el incumplimiento contractual "cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben"⁵⁶.

53 *Ibid.* p. 218.

54 Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria", en *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, pp. 114-115. Concretamente, cita el § par. 241.2 BGB, según el cual, "la relación obligatoria no se agota con deberes de prestación, sino que también incumbe a cada parte la obligación de respetar los bienes jurídicos e intereses de la otra parte". En estos casos, el código alemán reconoce "un derecho a reclamar daños en lugar de la prestación" cuando se infringen tales "deberes accesorios" que implican un cumplimiento defectuoso. Remedio que nos parece un gran avance en el derecho de contratos, porque habilita al acreedor para "reclamar daños en lugar de la prestación, siempre que sea razonable entender que el acreedor ya no va a obtener el cumplimiento". Habrá un "cumplimiento defectuoso" si la prestación "se ha llevado a cabo en condiciones que el acreedor no tiene por qué soportar" y eso habilita al acreedor a solicitar una indemnización en lugar de la prestación.

55 SALVADOR CODERCH, P., y GARCÍA-MICÓ, T. G.: "Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil", *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 28-55, [online].

56 Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 645. Las obligaciones del profesional sanitario incluyen todas aquellas que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. La doctrina suele coincidir en que la relación de fuentes expuesta en el art. 1258 del Código civil es "meramente enunciativa", lo que ayuda a entender el alcance limitado del precepto. Este autor explica que el art. 1258 CC se refiere a la ley dispositiva, ya que la ley imperativa se aplica automáticamente, independientemente de cualquier disposición privada. Cfr. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: "Comentario al artículo 1.258 CC", en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES RODRIGUEZ, L. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 462. Sobre este particular, LASARTE también incluye al art. 1258 CC en los "medios de integración", que, en su opinión, habría que haber considerado el orden jerárquico de integración a la inversa: primero, integrar la regulación contractual con lo dispuesto en la ley imperativa y, en su defecto, la dispositiva; luego, tener en cuenta los usos normativos; y finalmente, la buena fe. Vid. LASARTE, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019, p. 131. Mucho antes, Díez-PICAZO

En nuestro caso, que el cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria -sea respecto de la diligencia en su obligación de hacer, como respecto a las demás obligaciones secundarias-, al constituir una prestación no conforme con la que el paciente debía recibir, nos sitúa ante un incumplimiento contractual cuyo concepto concuerda con el que ofrece el art. 1171 PMR y que ocasiona la insatisfacción del acreedor.

3. La PMR y los remedios propuestos ante el incumplimiento del contrato.

En la PMR se incluye un art. 1173 que ofrece una serie de remedios para el caso de incumplimiento del contrato, en los que se da opción al contratante insatisfecho para ejercitar diversas acciones, tales como la acción de cumplimiento, la *actio quanti minoris*, la suspensión de cumplimiento de la propia obligación, así como la resolución del contrato, que además podrán acumularse siempre que no sean incompatibles entre sí; junto con la acción indemnizatoria, compatible con los demás remedios en cualquier caso.

Dicha propuesta de modernización, en nuestra opinión, resuelve el problema del interés positivo en la reparación como consecuencia del cumplimiento defectuoso de prestaciones sanitarias en sede contractual, en las que siempre se discute si el interés positivo del acreedor de la prestación incluye o no los daños morales derivados del cumplimiento defectuoso de la prestación diligente de hacer del profesional sanitario; porque no olvidemos que un cumplimiento defectuoso no deja de ser una forma de incumplimiento.

Siguiendo a BASOZABAL ARRÚE, dentro de las propuestas unificadoras de la responsabilidad, los remedios por incumplimiento de obligaciones informativas podrían organizarse de dos formas distintas: bien en torno al interés de no haber contratado, o bien en torno al interés en el contrato. El autor sostiene que “quien contrata desconociendo algún dato relevante y recibe además una prestación que no es la que tenía derecho a esperar conforme al contrato, podría estar interesado en acudir a los remedios por incumplimiento” y perseguir su “interés positivo” en el contrato, entre los que recoge la reparación, la *actio quanti minoris*, la resolución directamente “sin necesidad de imputar subjetivamente el incumplimiento” más la eventual indemnización del interés positivo o de cumplimiento (que sí deberá ser imputado subjetivamente) o como adaptación del contrato (reducción del precio); más una eventual indemnización por daños⁵⁷. Entre estos instrumentos

había señalado, con mayor acierto en nuestra opinión, que la buena fe mencionada en el art. 1258 es un estándar jurídico, un modelo de conducta social, y una fuente de creación de deberes especiales de conducta entre las partes contratantes. Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario al artículo”, cit., p. 432.

57 BASOZABAL ARRÚE, X.: “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE; coord. E. ARROYO I AMAYUELAS), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp.

para reaccionar ante un incumplimiento contractual que el ordenamiento pone en manos del acreedor insatisfecho, según GÓMEZ POMAR, puede situarse también la acción de cumplimiento y con ella, “exigir de los Tribunales de justicia la realización de la prestación tal y como fue prevista en el contrato”⁵⁸. Sobre este particular, Díez-PICAZO recuerda que “(e)l Código dice que «si el obligado a hacer una cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa» (art. 1098 CC) y añade que “esto mismo se observará si el deudor hubiere llevado a cabo una prestación contraviniendo el tenor de la obligación”, pudiendo además “decretarse que se deshaga lo mal hecho” (art. 1098 in fine)”⁵⁹. A continuación, explica que la consecuencia jurídica de esta norma; es decir, que la obligación “se haga «a costa del deudor», presupone que la actividad objeto de la prestación puede ser llevada a cabo por un tercero, que sustituye al deudor y que realiza la prestación en condiciones idénticas o por lo menos suficientes para satisfacer el interés del acreedor. El tercero sustituye a la persona del deudor y se pone a cargo de éste («a su costa») la retribución del trabajo del sustituto”⁶⁰. Pero hay que tener en cuenta que estos son remedios procesales, que necesitan de la intervención judicial. Como dice LLAMAS POMBO, “(s) e trata de obtener, mediante la compulsión judicial, el comportamiento omitido, y obtenerlo del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor. Incluso mediante la adopción de las medidas coercitivas que sean necesarias para conseguir tal objetivo”⁶¹. Finalmente, la pretensión de cumplimiento es perfectamente compatible y acumulable con la indemnización de daños y perjuicios, “de manera que la segunda no absorbe la primera”, como afirma LLAMAS POMBO y en la que no cabe solicitar (como es lógico) el interés negativo. Ambos remedios proceden de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, pero “la indemnización rara vez alcanza a «eliminar» el daño, sino que más bien tiende a «reparar» el mismo; y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor

181-207. El autor señala que, por otra parte, el acreedor insatisfecho “también podría estar interesado en librarse del contrato y evitar sus efectos, acudiendo a los remedios por invalidez, si consigue probar que concurre alguno de los supuestos de ésta, y hacerse indemnizar según el «interés de confianza»”.

58 Cfr. GÓMEZ POMAR, F.: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, p. 40 y ss. El autor describe los demás instrumentos de los que dispone el acreedor insatisfecho ante un incumplimiento contractual: en el que se busca el resarcimiento de lo que denomina *restitution damages*, es decir, la restitución de la ganancia injusta del deudor incumplidor, por un lado. La indemnización del daño a la confianza o al interés contractual negativo (resolución del 1124 CC, o *reliance damages*, sólo aplicable a la responsabilidad precontractual), en el que distingue en la restitución al acreedor de la prestación incumplida como indemnización que lo reponga en la misma situación que si no se hubiera celebrado el contrato, tanto los gastos e inversiones específicas en los que hubiera incurrido el acreedor insatisfecho, como como las inversiones por éste realizadas “confiando en el cumplimiento del contrato y al menos en teoría, el coste de oportunidad” de haber contratado con el deudor; es decir, el “beneficio de las oportunidades” que perdió el acreedor insatisfecho que contrató con el incumplidor; y en tercer lugar, lo que denomina la *specific performance*; es decir, el cumplimiento de la obligación tal y como se configuró inicialmente.

59 Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho* (Vol. II), cit., p. 678.

60 Ídem.

61 LLAMAS POMBO, E.: “La pretensión de cumplimiento y sus límites”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022, p. 599.

en el cumplimiento de la obligación; no se trata ya de «evitar el daño» como de «conseguir la prestación»⁶².

Esto, evidentemente, visto desde una perspectiva general, será aplicable siempre que no se trate de una obligación personalísima la incumplida. En nuestra opinión, lo que ocurre es que la prestación debida -que es personalísima generalmente en el contrato de tratamiento sanitario-, cuando se incumple, la única forma de hallar la medida de la indemnización será lo que le cueste al acreedor la satisfacción de su interés, realizada ahora por un tercero -lo que constituye una nueva, diferente y cuantificable obligación-; junto con la indemnización de cualquier daño imputable al deudor principal y que hubiera sido previsto o previsible, en el momento del otorgamiento del consentimiento informado que origina el contrato principal porque así y solo así se verá restituído el interés del acreedor como si se hubiera cumplido el contrato.

Como señala ROCA TRÍAS, cuando se incumplen las obligaciones que emanan de un contrato, se genera una responsabilidad que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, y en este caso, “la parte incumplidora asume dos obligaciones: la de ejecutar la obligación a la que se sometió y la de indemnizar los daños y perjuicios a la otra parte, como consecuencia del incumplimiento, si es que los hubo”⁶³. Sobre el criterio de la imputación de la responsabilidad, como hemos visto, “se produce una distinta consideración de la culpa y el dolo”, de tal forma que en la responsabilidad contractual (arts. 1101 a 1104 CC), se establece “un distinto alcance del incumplimiento de la obligación según haya procedido del dolo o la culpa del deudor incumplidor”: así, mientras que la responsabilidad por dolo es exigible en todas las obligaciones (art. 1103 CC) y éste responderá de todos los daños que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación; en cambio, en la responsabilidad contractual por negligencia (art. 1102 CC), “los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”; a diferencia de la responsabilidad extracontractual, en la que no se establecen efectos distintos “según el daño se haya ocasionado por culpa o por negligencia”⁶⁴.

DÍEZ-PICAZO⁶⁵ planteaba una serie de condiciones para que un daño sea indemnizable. A saber; que “esté causalmente enlazado con la acción u omisión de

62 *Ibid.*, pp. 618-620.

63 ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños*, cit., pp. 45 y ss. Partiendo del art. 1089 CC, donde se reconoce al contrato como fuente de obligaciones, exponen que “uno de los significados” de responsabilidad se refiere “a las consecuencias derivadas del incumplimiento de un contrato que ligaba a las partes”.

64 *Ibid.* pp. 47-48.

65 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, cit., pp. 314-316.

la persona a quien se quiere hacer responsable" (causalidad real), en primer lugar; la causalidad alternativa hipotética, en segundo lugar y, finalmente, la compensación de los beneficios con el daño (a la que se refiere, y antes hemos citado; es decir, la *compensatio lucri cum damno*). Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS indicaba que esta regla "está explícita" en nuestro Código civil⁶⁶. Por lo tanto, el perjudicado debe obtener exactamente el valor absoluto que le corresponde en el caso concreto, pues otra cosa, sería lo que denomina GALÁN CORTÉS un "empobrecimiento o un enriquecimiento injusto"⁶⁷, como lo entendemos comúnmente.

AGÓN LÓPEZ, como antes RODRÍGUEZ GUTIÁN⁶⁸, está de acuerdo en que uno de los daños indemnizables derivados del incumplimiento contractual sea el daño no patrimonial, y dentro del mismo, concretamente, el daño estrictamente moral. Esta postura se sostiene, tanto cuando se materializan daños no informados en los que "puede exigirse responsabilidad médica", como en aquellos casos en los que "la responsabilidad derive de la lesión del derecho a la autonomía del paciente, como consecuencia de la infracción del deber de información o del consentimiento informado", es decir, del daño autónomo por defecto en este procedimiento⁶⁹. Son varias las finalidades que se pueden atribuir a la indemnización del daño moral: cuando sirve al principio de reparación integral, la finalidad reparatoria, no lo es "en sentido estricto -la indemnización no puede reparar el daño moral, recuperar el equilibrio perdido, como sí lo hace en cambio, con el daño patrimonial- pero sí en su sentido más amplio: [...] todos los daños que sufre el perjudicado merecen una respuesta indemnizatoria proporcionada, incluso los no patrimoniales. [...], en segundo lugar, [...] una función de «prevención general»"⁷⁰; e indirectamente puede tener un efecto punitivo que se parece mucho a los daños punitivos, -institución (o escarmiento) en la que el Derecho español no debería entrar, por ser ajena a nuestro Sistema⁷¹- "porque, en muchas ocasiones, el daño a indemnizar es tanto más intenso cuanto más reprochable es la conducta del responsable", como dice CAVANILLAS MÚGICA, que señala otro de sus efectos: la satisfacción de la víctima, de la que afirma que "ha ido ganando protagonismo en nuestros días" y, finalmente, una función señalizadora que "sirve a la construcción de una sociedad más justa" por perseguir "el respeto que nos es debido y la tolerancia a la que estamos obligados" por la pérdida de calidad de vida. Pero advierte que no solo es difícil su prueba directa (que "deberá basarse en presunciones"), sino que su

66 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., p. 253.

67 GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, 7ª ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2020, p. 1020.

68 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La indemnización" (2007), pp. 239-263.

69 AGÓN LÓPEZ, J.G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 303 y ss.

70 CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos", en AA. VV.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coords. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 32, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1394-1397.

71 Cfr., YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 57.

cuantificación también es difícil por no haber sido “adquirido por un precio y ten(er) un valor de mercado” y que para que cumpla estas funciones “debe ser proporcionada, no arbitraria”, lo que en su opinión, hace deseable los baremos y sobre ellos explica que “cuando faltan esos baremos y los tribunales tienen que cuantificar un daño moral, el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión ha de estar debidamente motivada.”⁷².

De ahí se colige, como afirma GALÁN CORTÉS “que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o lucro cesante -art. 1106 CC-, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también los perjuicios de otra índole, como por ejemplo, las secuelas, el daño moral [...], *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados”⁷³.

El recurso al art. 1106 CC nos lleva directamente al alcance de la indemnización (lucro cesante y daño emergente). En cuanto al lucro cesante en la responsabilidad contractual, MORALES MORENO contempla la operación de reemplazo como un derecho del acreedor en caso de incumplimiento del contrato, limitado únicamente al caso de resolución⁷⁴ (y nosotros pensamos que pudiera extenderse esta operación de reemplazo también a situaciones en las que el acreedor interesa un cumplimiento, pero este es imposible de conseguir *in natura*. Es decir, ante el incumplimiento del profesional sanitario, el paciente puede dirigirse a

72 CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Cuantificación del”, cit., pp. 1394-1397.

73 Cfr., DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del* (Vol. II), cit., p. 84; con cita de las SSTs de 28 de febrero de 1959 y 7 de febrero de 1962; vid. GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil*, cit. p. 1020. Hay que recordar que el actual concepto de daño moral ha sido estructurado por la Jurisprudencia y, actualmente, tiene un sentido más amplio, en contraposición al daño patrimonial: vid. Nota núm. 9.

74 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 38 y ss. Se refiere expresamente a la “compraventa internacional”, regulada por la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG). Aunque admite su “generalización a otros contratos de intercambio (así: arts. 7.4.5 Principios Unidroit-P; 9:506 PECL, III 3:706 DCFR)”. Previamente, se ocupa de los diferentes tipos de lucro que puede obtener el acreedor de la correcta ejecución de un contrato. Para ello, en primer lugar, diferencia tres grandes tipos de intereses en un contrato: 1º) El interés en el intercambio (o la ventaja y desventaja económica del intercambio, medida como “la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el del mercado”), 2º) El interés de la obtención de la prestación para poder extraer de ella cierta utilidad, 3º) El interés en el mantenimiento de la integridad de los demás bienes del acreedor. Analiza el lucro cesante en la responsabilidad contractual en cada uno de los casos. La operación de reemplazo la sitúa como una de las formas de indemnización en casos de resolución por incumplimiento. En caso de cumplimiento defectuoso, el acreedor insatisfecho puede exigir la *actio quanti minoris*, o bien, la indemnización de daños (cita el art. 9:401 (3) PECL) en caso de prestación no conforme. “El acreedor recibe en este caso la diferencia entre el precio que pagó por la cosa (conforme al contrato) y el que tiene en el mercado la cosa recibida”. Esta opinión es contrastada con estudios sobre la operación de reemplazo considerada como una “manifestación particular de la pretensión de cumplimiento en el Derecho español”. Cfr. VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023, p. 266, quien, siguiendo a ALCALDE SILVA, señala que podría ser considerada como “una forma particular de ejecución del contrato incumplido”, con la que estamos perfectamente de acuerdo, siempre y cuando la naturaleza del contrato así lo permita.

otro profesional para que pueda satisfacerse su interés como acreedor de una prestación de hacer y este reemplazo prestacional puede entenderse como una carga que tiene el paciente, que, en caso contrario, no podría ni probar, ni calcular el lucro cesante; constituyendo así una forma de mitigar el efecto dañoso del incumplimiento). Se trata de una “medida de autotutela”⁷⁵ del crédito de la que dispone el acreedor (el paciente, en este caso, como acreedor de una prestación convencionalmente pactada que se ha incumplido), precisamente, ante un incumplimiento del contrato.

Ello, en nuestra opinión, no es incompatible con la protección del interés positivo del contrato. Antes al contrario: el paciente tiene derecho a ser repuesto en la situación como si se hubiera cumplido el contrato, lo que indefectiblemente nos lleva a considerar que no puede haber diferencia en términos de integridad de las condiciones de partida (es decir, la situación en la que se encontraba cuando contrató) con las que se encuentra el paciente insatisfecho cuando reclama por un incumplimiento: esta situación (la inicial) al menos debe conservarse tras la ejecución del contrato, por lo que deberían ser objeto de consideración en la reparación por incumplimiento obligacional los menoscabos en su salud o integridad ocasionados como consecuencia de la ejecución del contrato defectuosamente cumplido a la hora de valorar su interés en la ejecución del mismo, que incluye, por tanto, no solo el valor de haber recibido una prestación diligentísima del profesional sanitario (que es prácticamente la obligación de hacer pactada y comprometida por este), sino también no haber quedado en una peor situación en términos funcionales de salud (fisiológicos) tras la ejecución deficiente del contrato (que, como hemos afirmado, es la situación de partida, la existente en el momento en que se pacta dicho contenido). La operación de reemplazo en estos casos podría parecerse al “cumplimiento por sustitución en el Derecho Civil”, pero de una forma *desjudicializada*, como afirma VARGAS BRAND⁷⁶.

Mientras los remedios frente al incumplimiento presentes en los PECL se encuentran articulados dos capítulos: el Capítulo 8 (arts. 8: 101 a 8: 109), titulado *Incumplimientos y recursos en general* y el Capítulo 9 *Recursos específicos en caso de incumplimiento*, en el que se regula “detalladamente y con una fuerte inspiración en la CISG, cada uno de los remedios de que dispone la parte que sufre el incumplimiento”⁷⁷, en la PMR se incluye un art. 1173 que ofrece esta serie de

75 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 138.

76 VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento*, cit., p. 272.

77 Efectivamente, los Capítulos 8 y 9 de los PECL se dedican al incumplimiento y a los medios de tutela (*remedies*) de los que dispone “la parte que sufre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato”, como afirma PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., pp. 31-32, los *remedies* se estructuran en cinco secciones: 1.ª *Derecho a exigir el cumplimiento* (arts. 9:101 al 9:103 [arts. 3:301 al 3:303 del libro III del DCFR]); la sección 2.ª *Excepción de incumplimiento contractual*, del art. 9:201 [art. 3:401 (1) (2) y (4) del libro III del DCFR], en la que se prevé la suspensión de la prestación de la parte cumplidora ante un incumplimiento; la sección 3.ª *Resolución del contrato*, de los arts. 9:301 al 9:309 [arts. 3:502 (1), 3:506 (2), 3:507 (1), 3:508, 3:104 (4), 3:504, 3:509 (1) y (2), 3:511 (2), 3:512 (2), 3:510, 3:512 del libro III del DCFR]; la

remedios para el caso de incumplimiento del contrato, en los que se da opción al contratante insatisfecho para ejercitar diversas acciones, tales como la acción de cumplimiento, la *actio quanti minoris*, la suspensión de cumplimiento de la propia obligación, así como la resolución del contrato, que además podrán acumularse siempre que no sean incompatibles entre sí; junto con la acción indemnizatoria, compatible con los demás remedios en cualquier caso; en consonancia con los PECL.

Hay que mencionar que en los antecedentes de la PMR se afronta la reforma del régimen de incumplimiento contractual con el objetivo de “adecuar dicho régimen a las necesidades del tráfico actual teniendo muy en cuenta las tendencias plasmadas en este sector jurídico en diversos textos internacionales que, con un alcance muy diverso, han sido publicados en los últimos años (la CSIG, los Principios UNIDROIT, los PECL y las Directivas europeas, fundamentalmente)”, partiendo no solo del incumplimiento entendido en sentido amplio (“concepto unitario, amplio y neutro”), sino de una estructura de remedios perfectamente hilada que era reclamada insistentemente por la doctrina española nada sospechosa, representada por DÍEZ-PICAZO, MORALES MORENO o PANTALEÓN, y seguida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁷⁸.

Por lo tanto, en nuestra opinión, si el interés positivo va a ser la medida del resarcimiento por incumplimiento, este deberá incluir, también los daños morales sufridos como consecuencia de la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria; como veremos a continuación.

4. La protección del interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria que se ha cumplido de forma defectuosa.

A) El interés contractual y la responsabilidad.

DÍEZ-PICAZO sostiene que este interés “no estriba tanto en que el deudor despliegue esa energía o actividad, cuanto en poder lograr con ella una determinada finalidad, que, en ocasiones, se denomina logro o realización del interés primario del acreedor que subyace en la constitución de vínculos obligatorios”⁷⁹. Cuando se frustra este interés, por una inadecuada prestación, surge la responsabilidad. En estos casos, indemnizar no consiste en otra cosa que situar al dañado en la misma posición que estaba antes de sufrir el daño como consecuencia de la ejecución del

sección 4.ª Reducción del precio, del art. 9:401 [art. 3:601 del libro III del DCFR]; y la 5.ª sección, *Daños y perjuicios*, de los arts. 9:501 a 9:510 [arts. 3:701 al 3:708, 3:712 y 3:713 del libro III del DCFR], en la que se prevé las normas sobre la indemnización por incumplimiento.

78 GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *ADC*, tomo LXV, fasc. I, 2012, pp. 29-36.

79 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho* (Vol. II), cit., p. 280.

contrato, o como dice SANTOS MORÓN, “en la misma situación en que estaría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito”⁸⁰, quien conecta con el art. 1106 CC (lucro cesante y daño emergente), incluyendo dentro del daño emergente no solo “el valor de la prestación no realizada”, sino la posibilidad de la existencia de “daños añadidos”, tales como los gastos que ahora son inútiles a causa del incumplimiento y que fueron hechos por el acreedor “con vistas a la consumación” del negocio, el “mayor costo” pagado a otro proveedor por la operación de reemplazo, el deterioro o la destrucción de la cosa objeto del contrato “o de otros bienes del acreedor”, los gastos que el acreedor haya tenido que realizar “para mitigar el daño [...] y los derivados de la reclamación” o, finalmente, en una enumeración necesariamente no cerrada; aquellos daños “que haya sufrido el acreedor en sus relaciones con terceros” a causa del comportamiento de la parte incumplidora⁸¹.

En el estudio del interés contractual, es clásica la referencia a un art. publicado en 1936, en el que FULLER y PERDUE incidían en el estudio de los fundamentos iusnaturalistas que encierran los intereses contractuales⁸², el cual pasó prácticamente desapercibido en España y no ha sido objeto de estudios profundos hasta hace relativamente poco tiempo. Una explicación ofrecida por ESCUDERO ALDAY sostiene que esta teoría ha sido directamente ignorada u olvidada en nuestro país por razones histórico-ideológicas antifranquistas, al identificar el “rechazo al iusnaturalismo, debido fundamentalmente a su vinculación con la filosofía política que sustentó este régimen dictatorial”⁸³. El estudio de la obra de FULLER y PERDUE también fue objeto de crítica interna en la propia doctrina norteamericana, con HART a la cabeza⁸⁴, y quizás haya sido causa también de la poca importancia que se ha dado en tiempos pretéritos al estudio de los intereses contractuales. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que sus trabajos se hayan estudiado en otros

80 Cfr., SANTOS MORÓN, M. J.: “El incumplimiento de las obligaciones” en *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial* (coord. M. J. SANTOS MORÓN), Tecnos, Madrid, 2022, p. 170. En contra, PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991, p. 1020-1021. La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria, negando la función de “reintegración por equivalente, del derecho de crédito lesionado”, en casos de imposibilidad sobrevenida.

81 SANTOS MORÓN, M. J.: “El incumplimiento”, cit., p. 171.

82 FULLER, L. L., y PERDUE, W. R.: “The Reliance Interest in Contract Damages: I”, *The Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 1936, pp. 52-96. Según estos autores, el propósito del interés de restitución es devolver a la parte incumplidora a la posición que ocupaba antes del contrato, obligándola a devolver cualquier ganancia obtenida de la parte cumplidora. Por el contrario, el interés de confianza busca restablecer a la parte cumplidora a la posición que habría ocupado si no hubiera existido el contrato, compensándola por cualquier pérdida que hubiera sufrido. Finalmente, el interés positivo o de expectativa (*expectation interest*) también mira hacia la posición de la parte cumplidora, pero tiene como objetivo devolverlo a la posición que habría ocupado si el contrato se hubiera cumplido completamente. El interés de expectativa coincide con lo que tradicionalmente se ha venido denominando interés positivo del acreedor insatisfecho, que devuelve a la parte cumplidora no solo todo a lo que renunció en la confianza de que el contrato se cumpliría, sino también cualquier beneficio neto que esta hubiera obtenido si el contrato se hubiese sido cumplido por la otra parte.

83 ESCUDERO ALDAY, R.: “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 2002, p. 317.

84 CRASWELL, R.: “Against Fuller and Perdue”, *The University of Chicago Law Review*, 2000, 99-161.

países más profundamente que en España⁸⁵. Además, algunos autores vinculan el pensamiento de Fuller con una marcada influencia en la obra de DWORKIN y “dada la buena acogida que ha tenido la teoría del Derecho de DWORKIN por parte de un importante sector de nuestra doctrina”, quizás se explique por qué debería recibir ahora una “mayor atención” la obra de FULLER⁸⁶.

Actualmente, la mayoría de la doctrina científica está de acuerdo en que en sede contractual se debe indemnizar el incumplimiento con el interés positivo. LLAMAS POMBO define este interés positivo o de cumplimiento (*Erfüllungsinteresse*), como la “valoración económica de la utilidad que ofrece la prestación para el acreedor, el interés a todo lo que tendría si el negocio fuese plenamente válido y cumplido”⁸⁷.

GÓMEZ POMAR sostiene que la mayoría de la doctrina, que en el derecho español “el interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual”⁸⁸. PÉREZ VELÁZQUEZ afirma que esta es la regla general en el moderno derecho de los contratos, pues “la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados”⁸⁹. Así, el interés del acreedor se satisface, porque si no, ¿para qué se obligó?

B) El interés positivo del contrato en la PMR como medida del resarcimiento.

En la doctrina, clásicamente se ha venido distinguiendo “dos intereses lesionables contractualmente”: por un lado, el interés positivo (*expectation interest*), y por otro, el negativo (*reliance interest*, o interés de confianza), que responde al “resarcimiento del perjuicio que ha sufrido al confiar en la promesa del demandado,

85 Tal es el caso de Italia, Alemania o Polonia, en los que sí ha tenido expansión este pensamiento con obras de cierta repercusión en el Derecho español, como DAL BROLLO, A.: *La moralità del Diritto. Assiologia e Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Buszoni ed., Roma, 1986; LEWAN, K.: “Die Retsphilosophie Lon Fullers” *Arch. Für Rechts und Sozialphilosophie*, 52, núm. 3, 1966, pp. 371-411; TOKARCZYK, R.: *Prawa Wierne Naturze. Krytyka Doktryny Lona Luvois Fullera*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1980; que cita ESCUDERO ALDAY en nota a pie de página. Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: “Argumentos para”, cit., p. 312.

86 ESCUDERO ALDAY, R.: “Argumentos para”, cit., p. 328.

87 LLAMAS POMBO, E.: “Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción”, *Revista de responsabilidad civil y segura*, núm. 45, 2013, p. 19.

88 GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento”, cit., p. 20.

89 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: “El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, p. 694. Denuncia, no sin razón, la ausencia de una referencia expresa de esta tendencia en nuestro Código civil, al tiempo que explica que la reparación integral del daño tiene “tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo; y, por último, la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte, es decir, su contribución al daño.

lo que se logra tratando de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa”⁹⁰.

El acreedor de la prestación sanitaria se obliga con el médico porque quiere que este actúe conforme a la naturaleza del contrato de asistencia sanitaria. Es decir, espera una prestación muy diligente por parte del profesional que provea todos los medios necesarios y a su alcance para mejorar su salud. Evidentemente, el interés del paciente es que se cumpla el contrato (interés positivo), y, por descontado que su interés excluye menoscabos funcionales a consecuencia de una incorrecta ejecución de las prestaciones contratadas, que, si estos ocurren como consecuencia de la ejecución defectuosa del contrato, deben ser resarcidos, pues integran su interés. “La idea es calcular la indemnización de manera que lo pagado deje al acreedor en la misma situación en que se encontraría en caso de que el deudor hubiera cumplido exactamente su obligación”⁹¹.

En la referencia europea, el sistema de responsabilidad contractual de los PECL configura una función resarcitoria de la indemnización que “no es más que el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o morales, ya sean presentes o futuros, directos o indirectos, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares”⁹². DEL OLMO sugiere que así se tiene “en cuenta el alcance protector que las partes (y la ley, usos y buena fe; cfr. art. 1258 CC) han dado al contrato”. Con cita del art. 9.502 PECL: “El cálculo general de los daños es aquella suma que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido”⁹³. Por eso, no es de extrañar que esto mismo se refleje en la PMR.

Hemos afirmado que es constante actualmente que sea el interés positivo el que ha de resarcirse en los casos de incumplimiento contractual. Lo que ocurre es que este interés positivo es variable, dependiendo de la naturaleza del contrato.

90 LLAMAS POMBO, E.: “Tipología de los intereses”, cit., pp. 19-20. Cfr. FULLER, L. L., y PERDUE, W. R.: “The Reliance”, cit., pp. 52-96. Más allá de la mera autonomía de la voluntad, la confianza en que se van a cumplir las obligaciones parecería tener cierta función rectora del desempeño de las partes, y en lo que a obligarse mutuamente se refiere, de tal forma que si lo conectamos con el incumplimiento, el acreedor que ve incumplida la pretensión en la que confió cuando se obligó, sufre un sentimiento de pérdida y esta parece ser una buena explicación psicológica, en opinión de FULLER y PERDUE de la obsesión del *Common law* por proteger el interés de confianza en el incumplimiento contractual, donde “el acreedor de la prestación ha formado una actitud de expectación tal que el incumplimiento de la promesa le hace sentir que ha sido ‘privado’ de algo que era ‘suyo’”. Para estos autores, sin embargo, es el *expectation interest* (interés de expectativa o interés positivo) el que devuelve al acreedor insatisfecho no solo todo a lo que renunció en la confianza de que el contrato se iba a cumplir, sino también cualquier beneficio neto que hubiera obtenido de cumplirse el contrato. Vid., ampliamente, PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., pp. 116-118.

91 DEL OLMO, P.: “Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana”, en AA.VV. *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, p. 889.

92 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., p. 118. Cfr. VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento*, cit., pp. 244-247.

93 DEL OLMO, P.: 2022, “Remedios por el incumplimiento”, cit. p. 889.

En nuestra opinión, y en la de otros que han estudiado el daño corporal, cuando deviene de un incumplimiento en un contrato que tiene por objeto intervenir sobre la propia integridad del paciente, se debe indemnizar *ad integrum*. Es decir, no sólo ha de resarcírsele con el valor de la prestación debida, por él querida y de la que se le ha privado por causa del profesional sanitario, sino que se le ha de indemnizar por los daños morales que haya sufrido (“menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad”⁹⁴) durante la ejecución del contrato. Por lo tanto, en los casos de incumplimiento contractual, el interés positivo “como si se hubiera cumplido el contrato” implica (al menos) dejar al paciente en la misma posición en la que estaba antes de que se le prestara la atención sanitaria deficiente y eso implica, por tanto, un resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia del propio procedimiento médico defectuosamente ejecutado, incluyendo esta partida en el cálculo derivado de la aplicación del art. 1106 CC y aquellos otros producidos como consecuencia del incumplimiento como por ejemplo, los daños relacionales⁹⁵, además de los daños patrimoniales irrogados al acreedor de la prestación médica insatisfecha.

Cierto que el contrato fruto de la autonomía de la libertad constituye ley entre las partes contratantes, las cuales se obligan relativamente no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, conforme a la naturaleza de dicho contrato, sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe. Pero en la ejecución de este especialísimo contrato, el deudor de la prestación sanitaria se obliga en los términos derivados directamente del consentimiento informado, verdadero deber legal de información precontractual porque incluye la necesaria previa información del procedimiento diagnóstico o terapéutico del que se trate, sus riesgos, así como las alternativas posibles a este y las consecuencias de no realizarlo, todo ello en el caso concreto. Y se obliga en todo caso a una muy diligente prestación de hacer que excluye comportamientos negligentes, y, por lo tanto, culpables, al menos. Se trata de un nivel de diligencia superior al de un buen padre de familia, por utilizar el estándar de diligencia exigido por nuestro ordenamiento, quedando sujetos a la indemnización de aquellos perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones cuando incurrieren en negligencia o morosidad (y, efectivamente, en caso de dolo) y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas. Tanto es así, como de forma castiza sentencia YZQUIERDO TOLSADA, afirmando que, si no hay diligencia, existirá incumplimiento⁹⁶.

94 Vid. Nota núm. 9. Cfr. STS 21 noviembre 2023 (ROJ 2023, 5194).

95 Sobre el daño relacional, vid. MARTÍN AZCANO, E. M.: *El daño existencial o dinámico relacional: una propuesta desde el derecho italiano para la tutela integral de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 229-243.

96 Cfr., YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989, pp. 273 y ss.

El tenor de la obligación diligente e integrada del deudor de la prestación incluye indefectiblemente dicho estándar superior:

Interviniendo imprudencia, impericia o negligencia, y frustrado el cumplimiento, el deudor de la prestación sanitaria que se ha ejecutado de forma defectuosa estará obligado a indemnizar tanto el perjuicio producido, como los daños consecuencia de su actuación negligente. La medida del perjuicio está, precisamente, en la estimación del interés positivo del contrato⁹⁷.

En la Propuesta reformada, los remedios frente al incumplimiento aparecen, al menos en teoría, más dinámicos. Así, el nuevo art. 1173 PMR, viene a consagrar algo que estábamos reclamando: el interés positivo del acreedor en una prestación sanitaria se tiene que cuantificar considerando, dentro del 1106 CC, no solo el equivalente económico de la prestación cuando no es posible el cumplimiento *in natura* de lo pactado, sino también los daños morales ocasionados con ocasión del contrato, es decir, incluyendo los daños corporales (menoscabos funcionales) y morales estrictos o relacionales, derivados de la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria globalmente considerada, es decir, el “daño patrimonial y no patrimonial” conceptualizados en la PMR⁹⁸.

IV. CONCLUSIONES.

El art. 1173 PMR ofrece una serie de remedios para el caso de incumplimiento del contrato -más concretamente, como dice el art. 1171 propuesto, “cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a ésta”-, en los que se da opción al contratante insatisfecho para ejercitar diversas acciones, entre otras, la acción de cumplimiento, que podrá acumularse a la indemnizatoria, compatible con los demás remedios, en cualquier caso.

97 ALPA, G.: “Apuntes sobre el daño contractual”, *Revista ius et veritas*, núm. 48, 2014, pp. 16-48. El autor analiza ciertas similitudes entre diversos ordenamientos jurídicos tanto del *Civil law* como del *Common law*, concretamente el ordenamiento francés, italiano, alemán e inglés. Llega a la conclusión de que existe un principio general común a todos ellos como es el de la “plena satisfacción del daño por el incumplimiento”, bien de un “contrato” –como expresamente recogen los *Principles of international commercial contracts* (PICC) y también los *Principles of european contract law* (PECL)– o bien, de una “obligación” como señala el DRAFT. Este principio general consiste en que “el acreedor debe ser colocado en la misma situación en la cual se habría encontrado si la prestación hubiese sido ejecutada” (correctamente, añadiríamos nosotros). Por lo tanto, esta tendencia no es reciente ni limitada al derecho civil español, sino que se observa desde hace años una clara tendencia europea en este sentido.

98 ALPA, G.: “Apuntes sobre”, cit., p. 33. A diferencia de lo que prevén distintos sistemas nacionales, en el Marco Común de Referencia (DRAFT) sí se prevé “el resarcimiento del daño moral (*nonpecuniary loss*)” que lo describe como “*pain and suffering and impairment of the quality of life* (III.3.701. (3))”. La PMCC sigue, por tanto, la senda marcada por el DRAFT al contemplar positivamente el resarcimiento del daño moral y relacional, conforme a la naturaleza de este contrato de servicios médicos. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas cuestiones”, cit., p. 20. Se trata de conceptos actualmente “consolidados ya en la práctica vigente, pero no delimitados por el legislador con la suficiente claridad y generalidad”.

Actualmente, en sede de incumplimiento contractual, para que haya lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, el art. 1101 CC exige que exista un incumplimiento culpable de la obligación, que el cumplimiento no pueda obtenerse de forma específica, que exista un daño resarcible y una relación causa-efecto entre el incumplimiento de la obligación y los daños sobrevenidos. El límite de la responsabilidad contractual se alcanza según lo previsto en el 1107 CC, lo que dificulta el resarcimiento *ad integrum* (propio de la responsabilidad extracontractual). El cumplimiento defectuoso de un programa prestacional sanitario, en el que se irroga al paciente menoscabos funcionales que afectan a su integridad corporal, e incluso relacional, como consecuencia de aquél, el interés positivo del contrato supera con creces esta limitación; como ha ido integrando la jurisprudencia paulatinamente en España en aras a flexibilizar el instituto de la reparación integral del interés del paciente insatisfecho, que además de un incumplimiento, recibe un menoscabo funcional con consecuencias en su esfera social.

La PMR de 2023, en nuestra opinión, resuelve el problema del interés positivo en la reparación como consecuencia del cumplimiento defectuoso de prestaciones sanitarias en sede contractual, en las que se discute si el dicho interés incluye o no los daños no patrimoniales. Esta modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos sitúa el interés positivo del acreedor de una determinada prestación sanitaria dentro del 1106 CC, introduciendo sin ambages los daños no patrimoniales ocasionados con ocasión del contrato, es decir, incluyendo los daños morales producidos en la persona del acreedor como consecuencia de la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria. Pues como remedio ante dicho incumplimiento (*non-performance*), el acreedor insatisfecho puede exigir el cumplimiento con la posibilidad de reparación ex art. 1174 PMR, junto con la indemnización de los daños que tal incumplimiento hubiera producido y, expresamente, el daño no patrimonial porque así lo justifica la naturaleza del contrato de servicios médicos ex art. 1188:3 PMR y, por tanto, esta propuesta podría brindar una mayor claridad en la aplicación de las regulaciones en materia de responsabilidad médico-sanitaria.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO, BOE, Madrid, 2022.

ALPA, G.: "Apuntes sobre el daño contractual", *Revista ius et veritas*, núm. 48, 2014.

AGÓN LÓPEZ, J. G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

ARCOS VIEIRA, M. L.: "Sobre el carácter 'contractual' o 'extracontractual' de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales", en *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coord. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: Coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa", en *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coords. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 10, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021.

ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

BADENAS BOLDÓ, J.: "Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica: comentario a la STS 828/2021, de 30 de noviembre (un caso de cirugía estética)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023.

BASOZABAL ARRÚE, X.: "Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE; coord. E. ARROYO I AMAYUELAS), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

BUSTO LAGO, J. M.: *la responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, Vigo, 2022.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.

CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª ed., Reus S.A., Madrid, 1988.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos", en AA. VV.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coord. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 32, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021.

CORPAS PASTOR, L.: *Mala Praxis Dental*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2023.

CRASWELL, R.: "Against Fuller and Perdue", *The University of Chicago Law Review*, 2000.

CRESPO MORA, M. C.: "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *InDret*, núm. 2, 2013.

DAL BROLLO, A.: *La moralità del Diritto. Assiologia e Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Buszoni ed., Roma, 1986.

DEL OLMO, P.: "Remedios por el incumplimiento: el código civil, entre ayer y mañana", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:

- *Comentario al artículo 1.258 CC*, en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (Reimp.), 2000.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. II.*, Tecnos, Madrid, 2003.

ESCUADERO ALDAY, R.: "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 2002.

FENOY PICÓN, N.: "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", *ADC*, vol. 63.

FULLER, L. L., Y PERDUE, W. R.: "The Reliance Interest in Contract Damages: I", *The Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 1936.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, 7ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, Pamplona, 2020.

GARCÍA GARNICA, M. C.: "La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial", en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, (dirs. A. ORTÍ VALLEJO y M. GARCÍA GARNICA; coord. R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA), Capítulo 6, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024.

GÓMEZ CALLE, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *ADC*, tomo LXV, fasc. I, 2012.

GÓMEZ POMAR, F.: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ POMAR, F.: "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* núm. 3, 2007.

JIMÉNEZ HORWITZ, M.: "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)", *ADC*, 2012; LXV (fasc. II).

KOTEICH KHATIB, M.: “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, 2010.

LABARIEGA VILLANUEVA, P. A.: “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2002.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 2012.

LASARTE, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

LEWAN, K.: “Die Retschphilosophie Lon Fullers” *Arch. Für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 52, núm. 3, 1966.

LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

LUNA YERGA, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S., y RUBÍ Y PUIG, A.: “Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español”, *InDret*, núm. 3, 2007.

LLAMAS POMBO, E.:

- “La pretensión de cumplimiento y sus límites”, en AA.VV. *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.
- *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- “Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 45, 2013.

MARTÍN AZCANO, E. M.: *El daño existencial o dinámico relacional: una propuesta desde el derecho italiano para la tutela integral de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MONTERROSO CASADO, E.: “La reparación *ad integrum* por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 9, 2024.

MORALES MORENO, A. M.:

- *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

- "Presentación", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.:

- "El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022.
- *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.

RENGIFO GARCÍA, E.: "Isué VARGAS BRAND, Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano), BOE, Madrid, 2023. Reseña bibliográfica", *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024.

ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.:

- "La indemnización del daño moral contractual", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022.
- "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual", *Revista Jurídica Univ Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T. G.: "Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil", *InDret*, núm. 1, 2020.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: "La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano", *InDret*, núm. 1, 2022.

SANTOS MORÓN, M. J. "El Incumplimiento de las obligaciones", en *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial* (coord. M. J. SANTOS MORÓN), Tecnos, Madrid, 2022.

SEOANE, J. A.: "Lex Artis", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 38, 2022.

SEUBA TORREBLANCA, J. C.: "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *InDret*, núm. 2, 2002.

TOKARCZYK, R.: *Prawa Wierne Naturze. Krytyka Doktryny Lona Luvois Fullera*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1980.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., y BLASCO GASCÓ, F. P.: *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1995.

VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023.

YZQUIERDO TOLSADA, M.:

- *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989.
- "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia", *Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 1, 2001.
- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2020.



EL CONTRATO DE ALIMENTOS COMO ACTO EN
FRAUDE DE LAS LEGÍTIMAS

*THE MAINTENANCE CONTRACT AS AN ACT OF FRAUD OF THE
RESERVED SHARES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 280-305

Marta GÓMEZ
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El contrato de alimentos puede constituir una vía para vaciar el caudal hereditario, generando un perjuicio a las legítimas como resultado de la transmisión del capital por el cedente en favor del alimentante. La onerosidad del contrato constituye un límite a la efectividad de la invocación de una vulneración por los legitimarios, por lo que no será declarada su nulidad por acto en fraude, salvo cuando se pruebe la gratuidad del negocio y la ausencia de una causa que responda a la función típica asistencial para la que se previó esta figura contractual en la Ley 41/2003.

PALABRAS CLAVE: Contrato de alimentos; alimentante; alimentista; onerosidad; prestación alimenticia; legitimario; acto en fraude.

ABSTRACT: *The maintenance contract may constitute a means of emptying the estate, generating a detriment to the legitimate rights as a result of the transfer of the capital by the transferor in favour of the provider. The onerous nature of the contract constitutes a limit to the effectiveness of the invocation of an infringement by the legitimated beneficiaries, which is why it will not be declared null and void for fraud, except when the gratuitousness of the business and the absence of a cause that responds to the typical welfare function for which this contractual figure was envisaged in Law 41/2003 is proven.*

KEY WORDS: *Maintenance contract; maintenance provider; onerousness; food allowance; legitimisation; fraudulent act.*

SUMARIO.- I. EL CONTRATO DE ALIMENTOS.- 1. Concepto.- 2. Caracteres.- 3. Objeto. 4. Sujetos.- II. EL CONTRATO DE ALIMENTOS COMO ACTO EN FRAUDE DE LAS LEGÍTIMAS: CUESTIONES ANALIZADAS POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2022.- 1. La relevancia de la onerosidad del contrato de alimentos como elemento determinante para ponderar la licitud de la causa, y, por ende, la declaración de validez o nulidad.- 2. ¿Opera el art. 143 CC como límite a la celebración del contrato de alimentos cuando las partes son parientes?- 3. La existencia de legitimarios como límite para la determinación del capital a ceder en virtud del contrato de alimentos.- III. EL CONTRATO DE ALIMENTOS COMO VÍA PARA VACIAR EL CONTENIDO DE LAS LEGÍTIMAS.- 1. La conversión del contrato de alimentos en una donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual del art. 822 CC.

I. EL CONTRATO DE ALIMENTOS: CONCEPTO, CARACTERES, OBJETO Y SUJETOS.

1. Concepto.

La figura del contrato de alimentos se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria¹. Su Exposición de Motivos señala en el Apartado VIII que, la regulación de los alimentos convencionales o surgidos del acuerdo de voluntades, amplían las opciones que ofrece el contrato de renta vitalicia para cubrir las necesidades económicas de personas con discapacidad, ancianos y personas dependientes, permitiendo que los contratantes fijen la obligación del alimentante según las necesidades del alimentista.

La regulación de dicho contrato se encuentra en el Capítulo II “Del contrato de alimentos”, del Título XII “De los contratos aleatorios o de suerte” del Código Civil, concretamente en los arts. 1791 a 1797. En virtud del primero de los preceptos mencionados, entendemos el contrato de alimentos como aquel en el que una parte, el alimentante o el deudor de alimentos, contrae una obligación consistente en la procura de vivienda, manutención y asistencia o cuidado a la otra parte, el alimentista o acreedor de alimentos, durante el tiempo que viva, y a cambio le transmitirá un capital consistente en bienes y derechos.

2. Caracteres.

Atendiendo a la clasificación de los contratos, podemos caracterizar el contrato de alimentos como:

¹ B.O.E nº 277, de 19 de noviembre de 2003.

a) consensual, porque su perfeccionamiento se produce mediante el acuerdo de voluntades entre las partes;

b) bilateral, debido a que hay un doble circuito obligacional. Por un lado, la obligación de alimentos del alimentante, consistente en manutención, vivienda o asistencia de cualquier clase y, por otro lado, la del alimentista, quien ha de transmitir un capital conformado por bienes o derechos. Ambas prestaciones se deberán cumplir recíprocamente acorde a lo estipulado.

c) Del intercambio de prestaciones que indica el art. 1791 CC, se deduce el sacrificio patrimonial que constituye tanto para el alimentante, como para el alimentista, por tal razón se califica como oneroso, y no cabe la celebración de un contrato de alimentos a título gratuito o lucrativo, al ser contrario a su propio sentido y naturaleza.

El carácter de la onerosidad se ha de poner en relación con la aleatoriedad que también distingue este contrato. Se trata de un contrato aleatorio, y como tal categoría, debe de haber una equivalencia entre las prestaciones a las que se obligan los contratantes ex art. 1790 CC, pero no entendida desde una perspectiva económica, sino respecto a lo que se obliga cada parte, y al cumplimiento real de las contraprestaciones, ya que cuantificar la compañía o la asistencia es una tarea ardua por la ausencia de parámetros y el componente afectivo del contrato. La equivalencia que debe concurrir y a la que nos referimos es aquella que o se da en el contrato de alimentos, porque los alimentos que se estipulan no son reales y, por tanto, tampoco proporcionales al capital convenido acorde al acontecimiento que ha de ocurrir en tiempo indeterminado, como es la muerte del alimentista. No habría onerosidad, sino gratuidad, y nos encontraríamos ante una figura jurídica distinta, como podría ser una donación².

d) Como acabamos de anticipar, es aleatorio por estar supeditada su duración a un hecho conocido, pero indeterminado en cuanto al momento en el que se va a producir el fallecimiento del beneficiario de los alimentos; y por la variabilidad respecto al contenido de la prestación de alimentos frente al de la transmisión de capital, ya que las necesidades del alimentista pueden cambiar en comparación con las que previeron satisfacer inicialmente mediante los alimentos al tiempo de la celebración del contrato, como consecuencia de factores como la salud o edad³. Si en la escritura pública del contrato de alimentos figura la obligación del alimentante de sufragar los gastos médico-farmacéuticos, cuando el alimentante

2 CASTILLA BAREA M.: "Comentario al artículo 142 del Código Civil" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor, 2021, pp. 2236-2237, indica que el rasgo de la onerosidad permite diferenciar el contrato de alimentos de la donación.

3 CALAZA LÓPEZ C.A.: *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 142., hace referencia a la triple aleatoriedad del contrato, además de los dos

sufra un empeoramiento de su estado de salud física, los alimentos variarán en la medida en la que aumenten las atenciones médicas o farmacéuticas de las que necesite ser provisto, y en consonancia, dichos gastos.

e) Es un contrato de tracto sucesivo, la duración de la prestación alimenticia se extiende simultáneamente a la duración de la vida del alimentista, debido a que la naturaleza del contrato es atender las necesidades del acreedor de alimentos hasta que se produzca su muerte. La prestación del alimentante o deudor de alimentos se caracteriza por ser una prestación de tracto sucesivo o continuado, su ejecución no se difiere en un solo acto, como sí podría ser el caso de la obligación de transmisión de capital del alimentista. Aunque de la lectura del articulado, nada impide a las partes convenir una ejecución periódica de la cesión de los bienes y derechos.

Además, se trata de un contrato personalísimo⁴, en el sentido de que la prestación puede tener un contenido variado, al poder consistir en obligaciones de dar o hacer, que dependerá de cuáles sean las necesidades del alimentista. Si se produjera una transmisión de los derechos del alimentista a un tercero, se estaría distorsionando la función para la que se celebró el contrato de alimentos, ya que difícilmente el transmitente y el adquirente requerirán, en idénticas condiciones, la asistencia y cuidados que conforman los alimentos estipulados. Supuesto distinto es aquel en el que, un tercero al contrato de alimentos se convierte en beneficiario de este, adquiriendo un derecho de crédito frente al alimentante, sobre lo cual haremos referencia más adelante.

El carácter personal de este contrato también deriva de las condiciones personales y económicas del alimentante, es fundamental que sea capaz de proporcionar la manutención, vivienda o sustento que requiera el beneficiario de

elementos caracterizadores ya mencionados, señala un tercero: la alteración del valor de la moneda de pago.

En la SAP Sevilla 25 febrero 2016 (AC 2016, 1088), se planteó el asunto de un hombre, que cedió a su pareja a cambio de alimentos un bien de su propiedad, con inmediata posterioridad al diagnóstico del cáncer de páncreas que padecía, a consecuencia del cual falleció un mes después de la celebración del contrato de alimentos, por ello sus descendientes interpusieron una demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato mencionado, alegando una simulación contractual e inexistencia de causa. La Audiencia indicó que “La aleatoriedad es tan consustancial al contrato que si falta, porque de antemano se tiene certeza de la proximidad de la muerte del alimentista, ha de reputarse nulo (...) La causa real del contrato no es la que anima al de alimentos y desde luego falta un elemento esencial para que pueda hablarse de tal, cual es la aleatoriedad, pues es claro y palmario que se celebra ante la perspectiva de una muerte que se sabe muy próxima y que se concretó, insistimos, en algo más de un mes.”

VELA SÁNCHEZ A. J.: “El contrato vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, núm. 3, 2023, pp. 1025-1026, manifiesta que hay incertidumbre respecto a la duración y entidad de la prestación patrimonial del alimentante-cesionario, al depender de circunstancias posteriores que revelarán para qué parte del contrato resultará un perjuicio o un beneficio. Por eso, indica que no habrá aleatoriedad cuando el fallecimiento del alimentista sea un hecho inminente, porque exime al alimentante del cumplimiento de su contraprestación, y generaría una falta de equivalencia en relación con la otra contraprestación, la cesión de capital por el cedente.

4 LAMBEA RUEDA A.: “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero.”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19, 2006, p. 2458, lo califica como un contrato *intuitu personae*.

los alimentos, de tal modo que, tras la cesión de capital, el contenido de ambas prestaciones esté definido por la onerosidad, de la que podamos extraer la equivalencia que predica el art. 1790 CC para este tipo de negocio jurídico.

3. Objeto.

Las prestaciones del contrato de alimentos nacen del acuerdo de voluntades de las partes, y no de disposiciones normativas, como es el caso de los alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. del CC. Nos encontramos ante una ampliación del contrato vitalicio, creado para la satisfacción de las necesidades que tengan aquellas personas que se encuentren en una situación de dependencia, bien porque presentan algún tipo de discapacidad, o bien porque son ancianas, aunque dicha circunstancia no es esencial para la celebración del contrato, al ser simplemente en algunas ocasiones la necesidad de compañía la que lo motiva.

De la lectura del art. 1791 CC extraemos cuáles son las prestaciones del contrato de alimentos:

- a) la del alimentante, prestar alimentos, y
- b) la del alimentista, transmitir capital.

La primera, puede consistir en uno o varios tipos de obligaciones, ya sean obligaciones de dar cuando la prestación de alimentos consiste en aportar vivienda o manutención, u obligaciones de hacer cuando a través de la prestación de alimentos se procure el apoyo, el cariño y la asistencia que precisa el beneficiario. Serán las partes contratantes las que concreten el contenido en virtud del carácter dispositivo de la norma. En la mayoría de los casos, la celebración de los contratos de alimentos responde a la recepción de atención y compañía, para eludir una posible situación de soledad del alimentista⁵.

La segunda es la prestación del cedente, quien, en los supuestos de contratos de alimentos en favor de tercero, no es el beneficiario de los alimentos, por lo que no siempre el alimentista es quien ha de cumplir esta obligación. El art. 1791 CC indica de forma genérica cuál puede ser el contenido del capital cedido: bienes y derechos de cualquier clase; aunque, con base en la práctica y las resoluciones judiciales, la mayoría de los contratos de alimentos el cedente transmite el derecho

5 Así lo manifestó la SAP Murcia 16 septiembre 2016 (JUR 2016, 225886): “(...) por la diversidad de prestaciones que el alimentante ofrece al alimentista, no sólo las relativas al sustento o alimento, sino que igualmente le proporciona atenciones, afectos y cariño, el componente personal es vital o básico para la celebración del contrato, y para la finalidad perseguida por el alimentista, que no es otra que la de evitar la soledad y el desamparo.”

de propiedad sobre un bien inmueble y se reserva el derecho de usufructo, donde el alimentante suele prestar los alimentos⁶.

Como el contrato se perfecciona por el mero consentimiento, a partir de ese momento el alimentista está obligado a entregar la prestación, aunque del articulado nada impide a las partes prever la entrega para un momento posterior.

4. Sujetos.

El art. 1791 CC señala cuáles son las prestaciones que corresponden a cada sujeto, pero no designa los elementos personales de la relación contractual. En la práctica es frecuente que entre los sujetos exista un vínculo familiar, quizá por la confianza mutua que genera la relación de parentesco⁷.

Siguiendo el orden que establece el precepto, por una parte tenemos al alimentante, quien contrae la obligación consistente en la prestación de alimentos pactada en el contrato, es decir, el deudor de la prestación de alimentos, y a cambio le transmiten el capital en bienes o derechos. El alimentante suele ser persona física, pero nada impide que tal posición la ocupe una persona jurídica, siempre y cuando alguno de sus fines consista en prestar asistencia a personas que no pueden cuidar de sí mismas como consecuencia de su edad o situación de discapacidad.

Por otra parte, está el cedente, aquel sujeto que ha de cumplir la obligación consistente en la cesión de bienes y derechos, el capital, a cambio de la recepción de los alimentos durante el tiempo que viva. Debemos señalar que no constituye una exigencia para la celebración del contrato que el alimentista sea, tanto el beneficiario de la prestación de alimentos, como el cedente que ha convenido el

6 MESA MARRERO, C.: *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 91. MINGORANCE GOSÁLVEZ C.: "Los contratos aleatorios" en AA.VV.: *Manual de Derecho civil. Vol III. Derecho de obligaciones y contratos. Contratos civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, p. 263.

7 Pero también pueden celebrarse por personas entre las que no hay un vínculo de parentesco. Tal es el caso de la SAP Alicante 2 febrero 2015 (AC 2015, 425), el cual versó sobre un problema de prueba sobre la existencia de un contrato de alimentos entre una mujer que prestó a la demandada servicios asistenciales en su domicilio, y en los distintos periodos de tiempo que se encontró hospitalizada. La demandada padecía una enfermedad, lo que provocó que tuviese que someterse a una operación de gravedad, y que previamente a dicha intervención otorgase testamento en el que instituyó heredera universal a su cuidadora en razón a sus cuidados y preocupación. La demandada revocó el testamento y resolvió el contrato mediante la entrega de una carta. La Audiencia concluyó que "la relación que unía a las partes era la propia del contrato vitalicio alegado, de los arts. 1791 y ss. CC", no una relación amistosa, "y que en atención a la prueba pericial llevada a cabo por la demandante la cantidad a la que ha sido condenada la demandada es la adecuada atendiendo a los servicios que la prestó y el valor medio de la hora aplicable, por lo que procede la íntegra confirmación de la sentencia en todos sus pronunciamientos". En estos supuestos, en los que hay una ausencia de vínculo de parentesco, el contrato de alimentos se celebrará porque la alimentista tendrá cierto grado de confianza en la alimentante, sino fuese así, habrá mayor probabilidad de que el contrato que se celebre sea de arrendamiento de servicios, al no concurrir el factor personal que motiva el acuerdo de unos alimentos convencionales.

negocio⁸, pudiendo, por tanto, encontrarnos con supuestos en los que, concurra un tercero-alimentista que no se corresponde con la parte contratante transmisora de capital, el cedente o estipulante; en otras palabras, cabe que una persona ajena al negocio jurídico se convierta en beneficiario del mismo, adquiriendo en virtud de aquel un derecho de crédito frente al alimentante o promitente⁹. Ahora bien, en ambos supuestos, el cedente siempre es parte del contrato de alimentos puesto que es el sujeto que se obliga a transmitir el capital.

Las estipulaciones en favor de tercero son habituales en los supuestos en los que los cedentes son los progenitores de una persona en situación de discapacidad, y celebran el contrato en beneficio de su hijo, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, en virtud de la posibilidad que se extrae del art. 1257 CC: “Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”. Por ejemplo, Carmen y Juan son hermanos, y Carlos es hijo de Carmen. Juan y Carmen celebran un contrato de alimentos por el que Juan (alimentante), ha de prestar alimentos a Carlos (alimentista), transmitiéndole Carmen (cedente), a cambio, el derecho de uso sobre una de las dos viviendas que tiene en propiedad. La relación entre Carmen y Juan se denomina relación de cobertura, mientras que la de Carlos con Juan se conoce como relación de valuta. Carlos no forma parte del contrato de alimentos celebrado entre su tío y su madre, pero sí “de la relación obligatoria de alimentos convencionales¹⁰”, siendo titular del derecho de alimentos generado, cuyo cumplimiento podrá exigir siempre que hubiese puesto en conocimiento de Juan antes de que, si se diese el caso, la estipulación a su favor fuese revocada.

El tercer y último elemento personal de la relación de alimentos convencionales es el alimentista. Se trata del acreedor de la prestación alimenticia, quien ha de ser siempre una persona física. El alimentista lo puede ser, bien porque así lo acordó con la otra parte del contrato, el alimentante y cedente, o bien, porque es el tercero beneficiario de la prestación alimenticia pactada a su favor en el contrato que celebran el estipulante o cedente de los bienes y el promitente o alimentante. En este último caso, el alimentista no es parte del contrato y, por ende, tampoco será el cedente, pero tiene un derecho crédito para exigir el cumplimiento de la obligación de alimentos ex art. 1257.2 CC.

8 LAMBEA RUEDA, A., “Caracteres”, cit., p. 2463.

9 MESA MARRERO, C.: *El contrato de alimentos: régimen*, cit., p. 82.

10 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: “Los contratos aleatorios. La transacción.”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y Responsabilidad Civil* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), Edisofer S.L., Madrid, 2020, p. 316.

II. EL CONTRATO DE ALIMENTOS COMO ACTO EN FRAUDE DE LAS LEGÍTIMAS: CUESTIONES ANALIZADAS POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2022.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2022^{II} fue dictada fruto de la interposición de una demanda con fecha 21 de diciembre de 2015. En dicha demanda, la parte actora solicitó la declaración de nulidad del contrato de alimentos suscrito el 12 de diciembre de 2013 entre su padre (fallecido el 10 de marzo de 2015), quien figuraba como acreedor de los alimentos o alimentista, y su hermano, e hijo pequeño del otro contratante, como la parte alimentante o deudora de los alimentos. Atendiendo al contenido del contrato, la prestación alimenticia se debía desarrollar en el domicilio del alimentista y consistía en otorgar los cuidados y la asistencia que requiriese, así como asumir los gastos de alimentación, vestido y atención médica y farmacéutica, hasta el momento de su muerte. A cambio, el alimentista le transmitió un capital constituido por los derechos y bienes que integraban la parte de la masa de la sociedad de gananciales que le correspondía, los cuales constituían el total de su patrimonio. De este modo, se produjo una cesión del patrimonio del alimentista en favor de uno de sus hijos, y por ende, uno de sus herederos forzosos, en consecuencia el resto de herederos se vieron privados de sus derechos sucesorios.

El 2 de marzo de 2017, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Santa María de Guía de Gran Canaria falló estimando íntegramente la demanda interpuesta, por lo que declaró nulo el contrato de alimentos referido. La sentencia calificó la cesión de capital como una descapitalización del alimentista, ya difunto, que no encontraba justificación en la prestación alimenticia convenida.

La parte demandada interpuso un recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, la resolución correspondió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó sentencia el 6 de noviembre de 2018 y estimó íntegramente la demanda interpuesta por el apelante: revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda inicial en la que se solicitaba la nulidad del contrato en cuestión. Contra la sentencia dictada en segunda instancia, la parte actora planteó ante el TS un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación alegando los siguientes motivos: 1º Infracción del art. 24 de la Constitución, alega que la sentencia recurrida interpreta la prueba de forma arbitraria e ilógica porque niega la licitud de la causa del contrato de alimentos. 2º Infracción de los arts. 1275 y 1276 CC, sobre la valoración de la licitud de la causa.

II STS 15 febrero 2022 (RJ 2022, 947).

El Tribunal desestimó el recurso por infracción procesal y estimó el de casación, casó la sentencia de apelación, y confirmó la sentencia de primera instancia.

I. La relevancia de la onerosidad del contrato de alimentos como elemento determinante para ponderar la licitud de la causa, y, por ende, la declaración de validez o nulidad.

Acorde a la configuración del contrato de alimentos por la Ley 4/2003, su celebración debe responder a las necesidades económicas y sociales del alimentista, ya sea manutención, vivienda o cualquier tipo de asistencia, por lo que la causa tendrá que guardar correspondencia con la función típica asistencial del contrato, tal y como la denominó el Tribunal, para que sea lícita.

Sin embargo, no todo contrato de alimentos, aun cuando el contenido de la prestación alimenticia cumpla con lo que el Código Civil categoriza como alimentos en su art. 1791, funciona como tal negocio jurídico, si en el momento en el que se ejecuten los alimentos se vacía de contenido lo dispuesto en el contrato, debido a que el alimentista no se encuentra en unas condiciones por las que requiera las prestaciones alimenticias convenidas. Como hemos venido indicando, el contrato de alimentos es un contrato aleatorio, y como tal, tanto el contenido de la prestación alimenticia, como el de los bienes y derechos conformadores del capital que el cedente va a transmitir al cesionario, tienen que ser proporcionales para cumplir con la equivalencia entre las obligaciones de las partes contratantes ex art. 1790 CC -aunque hasta que no se extinga el contrato, no se tendrá conocimiento de quién ha realizado un mayor y menor sacrificio patrimonial-, ya que, esa proporcionalidad es presupuesto principal para identificar la idoneidad de la causa. Cuando un contrato de alimentos se configura con una causa de la que resulta el vaciado del patrimonio del cedente en favor del cesionario, para beneficiarle en perjuicio del resto de sus descendientes, indudablemente las obligaciones convenidas para el alimentante no se dirigirán a satisfacer necesidades personales reales del alimentista, por lo que no responderá a la causa propia de esta figura contractual.

En el caso en cuestión, no hay equivalencia entre las prestaciones, y no se genera un escenario distinto al previo a la celebración del contrato; por un lado, porque el cedente se encontraba en buen estado de salud, no necesitó recursos económicos distintos a los suyos para suplir sus necesidades y, por otro lado, durante varios años, una de las hijas del alimentista vino haciéndose cargo de él, sin que mediase relación contractual o remuneración alguna por la realización de esos cuidados, y cuando aquella falleció, fue el hijo menor quien asumió ese papel de cuidado que, a diferencia del anterior, sí fue contractualizado en unos alimentos convencionales. Es por ello por lo que, considerando ambos aspectos, ante la ausencia de estos alimentos convencionales, el alimentista no habría visto mermada

su calidad de vida porque la prestación alimenticia cubría unas necesidades que ya venía satisfaciendo por sí mismo.

A su vez, el contrato de alimentos no solo puede extenderse a necesidades presentes, también a necesidades futuras¹², como las generadas por un posible empeoramiento del estado de salud del receptor de los alimentos, que provoque un aumento de los cuidados y la asistencia que debe proveer el alimentante. En el supuesto analizado, aun habiendo evolucionado la salud del padre desfavorablemente, tampoco habría una justificación para la cesión total de su patrimonio a su hijo menor que probase la onerosidad del contrato, y por tanto su validez.

En definitiva, no hay causa lícita cuando la prestación alimenticia no responde a una función asistencial, que puede englobar tantos aspectos sociales, como económicos, desde la compañía o afecto, hasta la proporción de vivienda. El amplio margen que concede el art. 1793 CC a la voluntad de las partes para la configuración del contrato¹³, no puede constituir un medio para defraudar otros derechos, como serían las expectativas sucesorias de los legitimarios, por lo tanto, los contratos de alimentos en los que concurra dicha circunstancia serán declarados nulos por ilicitud de causa.

2. ¿Opera el art. 143 CC como límite a la celebración del contrato de alimentos cuando las partes son parientes?

Según lo señalado en la STS de 15 febrero de 2022, con anterioridad a la celebración del contrato de alimentos entre el padre y su hijo menor, fue otra de sus descendientes quien estuvo prestándole, sin contraprestación alguna, los mismos cuidados convenidos en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia enmarcó dichos cuidados en el cumplimiento de los alimentos legales entre parientes ex art. 143 CC, que como descendientes estaban obligados a prestar respecto a su ascendiente. A raíz de este planteamiento, nos preguntamos si el art. 143 CC constituye un límite a la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar un contrato de alimentos, cuando el alimentista es ascendiente del alimentante.

Los presupuestos requeridos para que se dé la obligación de alimentos, los señaló el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de febrero del 2000¹⁴. Primeramente, es exigible la existencia de un vínculo de parentesco o conyugal entre el alimentante y el alimentista, además de hallarse el alimentante en circunstancias

12 En este sentido, la SAP Segovia 12 abril 2017 (AC 2017, 654) "El contrato no es para solucionar un problema inmediato, se pacta como vitalicio, necesidades presentes y futuras, y crecientes como lo demuestra el recurrente, que dice que en un momento dado tuvo deterioros cognitivos."

13 Art. 1793 CC: "La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato (...)."

14 STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169)

socioeconómicas óptimas, frente a las del alimentista, quien debe encontrarse en una situación de necesidad económica¹⁵. Por consiguiente, la concurrencia de estos requisitos propicia el deber de cumplimiento de la deuda alimenticia -tal y como denomina el Tribunal a la obligación en cuestión-, de aquellos parientes obligados recíprocamente en virtud de lo establecido en el art. 143 CC¹⁶, quienes son los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos. Estos últimos lo están de un modo más reducido, puesto que lo estarán cuando la necesidad provenga de una causa no imputable al alimentista, y únicamente deberán los auxilios que sean necesarios para vivir, pudiendo extenderse a los requeridos para su educación.

Efectivamente, los alimentos legales no restringen la constitución de los alimentos convencionales cuando las partes del contrato de alimentos coinciden con los parientes enumerados en el art. 143 CC. Como hemos indicado anteriormente, la obligación de alimentos legales nace de la necesidad, mientras que la prestación alimenticia surgida del acuerdo de voluntades entre las partes no implica que el alimentista se encuentre en una coyuntura económica negativa, las partes pueden haber convenido los alimentos para cubrir unos cuidados determinados que el alimentista desea recibir, como podría ser la ayuda en el aseo diario, o simplemente, la compañía que el alimentante le puede ofrecer¹⁷.

Por lo expuesto, y acorde al supuesto de hecho que estamos analizando, deducimos que durante la vigencia de un contrato de alimentos entre un ascendiente-alimentista y un descendiente-alimentante, si el primero deviniese en una falta de recursos económicos, podría reclamar los alimentos ex lege, sin que dicha reclamación solapase el contrato de alimentos por tratarse de obligaciones diferentes; aspecto distinto sería que el alimentante también hubiera incumplido con los alimentos convencionales, en este caso podría proceder a la reclamación de ambos, pero hasta que no se diese esa necesidad, no podría exigir el cumplimiento de los alimentos del art. 143 CC¹⁸.

15 QUCIOS MOLINA M.S.: “Comentario al artículo 142 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 312-313. CALAZA LÓPEZ C.A.: *El contrato de alimentos*, cit., p. 110.

16 Señala DOMÍNGUEZ LUELMO A.: “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017 (154/2017): El hijo que cumple voluntariamente la obligación legal de alimentos nada puede reclamar de sus hermanos, aunque éstos conozcan el estado de necesidad del alimentista” en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA) Dykinson S.L., Madrid, 2017, p. 4, que, “(...) es la ley la que impone una relación jurídica obligatoria, es la ley la que crea un crédito del que es titular el pariente necesitado en su calidad de alimentista, y una correlativa deuda a cargo del alimentante con patrimonio suficiente para hacer frente a esa necesidad.”

17 Señala el TS en el fundamento de derecho quinto de la sentencia “dada la función típica asistencial del contrato, deba atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales).”

18 GÓMEZ LÓPEZ M.: “Remedios frente al incumplimiento del contrato de alimentos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 481, para los supuestos de incumplimiento del contrato de alimentos el art. 1795 CC establece, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, que el constituyente de la

Ambas figuras no solo se diferencian en cuanto a la fuente de la que proceden, también, en relación con la variación que pueden experimentar los alimentos legales en virtud del art. 147 CC, lo cual es completamente contrario a lo señalado por el art. 1793 CC¹⁹, y respecto a los circuitos obligacionales que surgen de las mismas. En los alimentos entre parientes, el obligado a cumplir con la deuda alimenticia no recibe una contraprestación del receptor de los alimentos, caso contrario es el del contrato de alimentos, bien indica el art. 1791 CC que el alimentista, a cambio de los alimentos que le proporcionará el alimentante, le tendrá que ceder un capital constituido por bienes o derechos, las partes están obligadas recíprocamente al cumplimiento de una prestación como consecuencia de la onerosidad.

Es esencial identificar el fundamento de los alimentos entre parientes: “la solidaridad familiar²⁰”, para no concluir que cualquier contrato de alimentos entre cónyuges, ascendientes y descendientes, y hermanos (dentro del margen establecido por el art. 143 CC), constituye un solapamiento de aquellos²¹. Por ejemplo, una madre cede a su hija el usufructo sobre la única vivienda que tiene en propiedad, a cambio de que le asista y acompañe. Si posteriormente los recursos económicos de la alimentista disminuyeran lo suficiente como para encontrarse en una situación de necesidad, su hija deberá seguir cumpliendo su prestación alimenticia de conformidad con el contenido dispuesto en el contrato de alimentos, y además, será deudora de los alimentos legales entre parientes por darse el supuesto de hecho para que nazca el cumplimiento de la deuda alimenticia (la cual, será exigible desde dicho momento por el alimentista, y sólo tras la interposición de la demanda será exigible el cumplimiento forzoso, porque es la fecha desde la que se puede condenar al pago de los alimentos²²), así la madre será acreedora de alimentos con arreglo a los alimentos legales y convencionales, y la hija será deudora de alimentos en base a las mismas fuentes. A este respecto, debemos

obligación o acreedor de alimentos tendrá dos formas de respuesta: bien, requerir al alimentante el cumplimiento efectivo de su obligación, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o bien, la resolución del negocio jurídico de prestación de alimentos, en cuyo caso el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respecto de lo que dispone el art. 1796 CC, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.

19 El art. 147 CC indica que “Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”, mientras que el art. 1793 CC dispone para los alimentos convencionales que “La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.”

20 Tal y como afirma CALAZA LÓPEZ C.A.: *El contrato de alimentos*, cit., p. 112.

21 La SAP Segovia 12 abril 2017 (AC 2017, 654) se pronunció sobre el solapamiento del contrato de alimentos vitalicio y la obligación de alimentos entre parientes, y afirmó que “ (...) el art. 142 del Código Civil no es impedimento para que se pueda contratar entre padres e hijos un contrato en el que éstos reciben bienes a cambio de la obligación de prestar a sus padres los alimentos del art. 142, es un contrato lícito, con causa, distinto del de donación, admitido por nuestro Tribunal Supremo que propone el nombre de contrato vitalicio. “

22 DOMÍNGUEZ LUELMO A.: “Comentario de la Sentencia”, cit., p. 457-458.

señalar en el caso en cuestión que los cuidados que desempeñaba la hija del alimentista previamente a la celebración del contrato de alimentos, no formaban parte de los alimentos legales, ya que el alimentista nunca tuvo una necesidad económica que le impidiera desarrollar su vida dignamente, ni aun cuando dichos cuidados los asumió el hijo pequeño se produjo un solapamiento, porque nunca hubo deuda alimenticia ex art. 143 CC.

En síntesis, habrá que estar a la situación y necesidades de cada supuesto para saber si hay concurrencia o no de ambos tipos de alimentos, sin que sea posible un solapamiento, teniendo en cuenta que la existencia de una situación de necesidad económica no excluye la celebración del contrato de alimentos.

3. La existencia de legitimarios como límite para la determinación del capital a ceder en virtud del contrato de alimentos.

El Tribunal destaca en la sentencia el carácter oneroso del contrato de alimentos como el elemento que impide a los legitimarios invocar la vulneración de sus derechos.

Analizando el caso concreto, del contrato de alimentos extraemos un carácter más próximo a la gratuidad que a la onerosidad, al tomar como referencia las prestaciones convenidas -acorde a la escritura que otorgaron las partes, el alimentante asumía unas obligaciones consistentes en "cuidar y asistir al cedente hasta su fallecimiento, sufragar los importes de alimentación, vestido y calzado, y servicio médico-farmacéutico de la cedente²³", a cambio de la cesión por el alimentista de "(...) cuantos derechos le correspondan en la sociedad conyugal sobre los bienes descritos y sobre cualesquiera otros que no estén relacionados con el presente otorgamiento y que le pertenezcan, con todo cuanto a los mismos les sea anejo, accesorio o dependiente²⁴", esto es, su patrimonio total -, no percibimos un cambio en relación con las atenciones que venía prestando el hijo a su padre, frente al desempeño posterior de las que le correspondieron como alimentante, por el que podamos extraer la conclusión de que este último tenía que llevar a cabo una obligación lo suficientemente más gravosa como para alcanzar la proporcionalidad entre las contraprestaciones, así pues, no hay reciprocidad entre las mismas, ni aun fundamentándolas en un cambio de las condiciones físicas y psíquicas del cedente. La existencia de contraprestaciones recíprocas ha de darse desde la celebración del contrato de alimentos, pues a pesar de que sea un contrato aleatorio, dicha aleatoriedad no puede extenderse a hechos cuya probabilidad no es asimilable a la del fallecimiento del alimentista, lo cual no es probable, sino certero. Por tanto, tras no haber probado la onerosidad

23 STS 15 febrero 2022 (RJ 2022, 947)

24 STS 15 febrero 2022 (RJ 2022, 947)

del contrato de alimentos, los legitimarios sí pueden impugnar el negocio como acto en fraude de las legítimas.

En este supuesto, únicamente se produjo la vulneración de los derechos legitimarios desde la perspectiva de la integridad cuantitativa de la legítima. El art. 813 CC consagra las dos intangibilidades de la legítima: en su primer apartado, hace referencia a la intangibilidad cuantitativa, y en el segundo, a la cualitativa²⁵. Atendiendo al contenido del precepto mencionado, la prestación del alimentista resultó en una privación fáctica de la legítima para los herederos forzosos que no formaron parte del contrato de alimentos, y no en un gravamen, condición o cualquier tipo de sustitución, ya que el contrato no se corresponde con ninguna de las tres figuras anteriores, por lo que no hubo lesión de la integridad cualitativa.

En cuanto a la segunda, el art. 817 CC²⁶ habilita para los legitimarios, una vía de protección de la vertiente cuantitativa legítima, al poder solicitar la reducción de las disposiciones testamentarias que disminuyan su cuota, mediante la acción de complemento ex art. 815 CC “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”, la acción de reducción de los legados inoficiosos ex art. 820.I CC “Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento”, la acción de reducción de donaciones inoficiosas acorde al art. 654 CC “Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código”, y como último medio la impugnación de los actos celebrados por el causante con el fin de defraudar los derechos legitimarios²⁷.

La cesión del total del patrimonio del cedente (ascendiente) al cesionario (descendiente) fue una vulneración de la integridad cuantitativa de la legítima, un contrato de alimentos que agotó cualquier bien o derecho del causante que pudiese cubrir la cuota legitimaria de cada heredero forzoso. No nos encontramos ante una disposición testamentaria que mengue la legítima, sino ante un acto

25 Art. 813 CC: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808.”

26 Art. 817 CC: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.”

27 ÁLVAREZ ÁLVAREZ H. A. – DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Manual de Derecho Civil. Volumen VI. Derecho de sucesiones* (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2024, p. 395.

inter vivos, que no la mengua, sino la defrauda, por lo que procederá el ejercicio de la acción de nulidad por los perjudicados, con su consiguiente declaración fundamentada la causa ilícita por afectar las expectativas legítimas.

La declaración de nulidad del contrato simulado no impide que los interesados puedan solicitar la declaración de validez del contrato disimulado²⁸. Como indica el Tribunal en la sentencia, la parte demandada -el cesionario o alimentante- no solicitó para el caso de que se declarase la nulidad del contrato de alimentos, proceder a la declaración de validez y conversión del negocio jurídico en un contrato de donación de los bienes inmuebles que le cedió a título gratuito el alimentista. Sin embargo, aun habiéndolo solicitado, no se habría procedido a declarar la validez de la donación disimulada mediante el contrato de alimentos simulado, por la falta del requisito de forma que deben cumplir las donaciones de bienes inmuebles, el art. 633 CC lo indica en su apartado primero “Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (...)”²⁹. La escritura pública ha de identificarse con una escritura de donación, en la que debe figurar con claridad la voluntad del donante de atribuir los bienes inmuebles objeto del negocio jurídico al donatario, de forma que, además del *animus donandi*, la aceptación del donatario también ha de figurar, así el art. 633 CC indica que “La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras”³⁰.

Las partes otorgaron escritura pública de cesión de bienes a cambio de alimentos, por lo que en el documento no figura el consentimiento del alimentista,

28 Como indica BUSTO LAGO J. M.: “Comentario al artículo 813 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1075, “En el caso de disposiciones realizadas por el causante a título gratuito mediante negocios jurídicos con eficacia *inter vivos*, la jurisprudencia considera que si tales actos son realizados con el propósito de defraudar las legítimas mediante un negocio jurídico simulado (...), son nulos de pleno derecho por ilicitud de la causa como frente a la posibilidad representada por la admisión de su eficacia parcial pero reduciendo la transmisión en cuanto perjudique a la legítima siempre que se trate de un contrato disimulado que podría ser válido en cuanto tal.”

29 RODRÍGUEZ-ROSADO B.: “Donación disimulada en escritura pública”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, núm. 2, 2015, pp. 391-393, señala que la donación de inmueble disimulada a través de una compraventa, sólo será válida si hay una escritura pública de donación, y no podrá ser suplida por una de compraventa, al considerar que en los casos de donaciones de bienes inmuebles, la exigencia del requisito formal de escritura pública responde a, primero, la verdadera voluntad del donante para donar al constituir un acto de liberalidad y, segundo, a la protección que se ha de dispensar a terceros, entre quienes se encuentran los herederos forzosos, frente a cualquier negocio jurídico que resulte en un fraude de sus derechos. Este planteamiento es completamente extensible para los supuestos en los que el contrato de alimentos escriturado se reconduce a una donación.

30 MANZANO FERNÁNDEZ M. M.: “La donación”, en AA. VV.: *Manual de Derecho civil. Vol III. Derecho de obligaciones y contratos. Contratos civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 84-85, señala que, si en el momento de otorgamiento de la escritura pública de donación se encuentran presentes las partes, donante y donatario, no se requerirá notificar en forma auténtica al donante de la aceptación del donatario porque se presume que ya tomó conocimiento de la misma en dicho momento.

como donante, ni el del alimentante, como donatario aceptante, lo que constituye un incumplimiento de la forma *ad solemnitatem*, y, por tanto, imposibilita la validez de la donación disimulada³¹.

Si el interesado hubiera solicitado la declaración de validez, y posteriormente la donación se hubiera declarado válida³², la cuestión que habría que plantearse es a qué tercio se imputaría lo donado. Primeramente, tendríamos que determinar si la donación se realizó con carácter de mejora, al poder considerar como tal la voluntad del causante por vaciar su caudal en favor de uno solo de sus descendientes. Acogiéndonos a una interpretación restrictiva, el art. 825 CC es claro al indicar que las donaciones *inter vivos*, en favor de legitimarios descendientes, solo se calificarán como mejora cuando el donante haya manifestado su intención y voluntad expresa de mejorarles, por ende, en el caso en cuestión, ante la ausencia de dicha declaración de voluntad, no se imputaría al tercio de mejora, sino a la cuota legitimaria del donatario ex art. 819 CC, y en el caso de que se produjese un exceso al tercio de libre disposición, por lo que todo lo que exceda de los anteriores, se declararía inoficioso³³.

Cabe traer a colación la SAP de Huelva de 10 de junio de 2020³⁴ con objeto de completar el análisis realizado. El caso dirimido versó sobre un contrato de alimentos celebrado entre dos hermanos elevado a escritura pública: la alimentante dispensaba al alimentista unos alimentos consistentes en convivencia y cuidados personales, a cambio el segundo le transmitió la propiedad de los inmuebles que, de conformidad con lo que se indica en la sentencia, parecieron ser los únicos bienes que conformaba su patrimonio. El alimentista otorgó testamento en 2014, instituyó herederos a sus descendientes y dispuso en favor de su hermana, la alimentante en cuestión, del tercio de libre disposición. Con posterioridad al acto mortis causa, otorgaron dos escrituras públicas de cesión de bienes a cambio de alimentos, la primera en 2016, y la segunda en 2017, que recogía lo mismo que

31 En este sentido, STS 11 enero 2007 (RJ 2007, 1502), con la que se modificaron los criterios jurisprudenciales relativos a la validez de la donación disimulada, apuntó “Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos (...)”, STS 21 diciembre 2009 (RJ 2010, 297), STS 14 marzo 2019 (RJ 2019, 935).

32 Vid., la STS 11 enero 2007 (RJ 2007, 1502) advierte que la declaración de validez de una donación disimulada defrauda los derechos de los acreedores y herederos forzosos del donante del donante, “en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad).”

33 ÁLVAREZ ÁLVAREZ H. A. – DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Manual*, cit., p.425.

34 SAP Huelva 10 junio 2020 (JUR 2020, 282470) fue recurrida en casación por la alimentista ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. La Sala inadmitió el recurso en la sentencia 1 febrero 2023 (RJ 2023, 893), afirmando que el recurso de casación no es una tercera instancia, la función que cumple consiste en contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho declarada probada en la sentencia dictada en apelación, y no la construida por la recurrente.

la primera, salvo por la adición del dato de que la hermana venía prestándole alimentos desde 2010. Dicho contrato fue impugnado por uno de los descendientes del alimentista, quien solicitó la declaración de nulidad por constituir una donación disimulada y considerar su celebración en fraude de sus derechos legítimos, como consecuencia de la mala relación que mantenían³⁵.

Acorde a lo expuesto, en relación con la relevancia de la prueba del carácter oneroso que ha de tener el contrato de alimentos, para calificar su causa como lícita o ilícita, la Audiencia declaró que no había onerosidad entre las prestaciones indicadas en la escritura pública de cesión de bienes a cambio de alimentos, pues no consideró probada por la hermana la realización de su prestación alimenticia, al no poder asimilar la convivencia permanente, ni las tareas y cuidados en los que consistió con un cumplimiento real de la función típica asistencial, así tampoco se probó una asunción de los gastos del alimentista suficiente como para afirmar la concurrencia de una equivalencia entre las contraprestaciones.

Los consentimientos de las partes expuestos en la escritura pública, no se correspondían con los propios del alimentista cedente de capital y de la alimentante prestadora de alimentos, sino con el del donante de un bien inmueble en favor de la donataria en concepto de remuneración por las atenciones prestadas en vida del primero. Aunque se probó que la causa respondía a una liberalidad, disfrazada de onerosidad al ceder el causante su patrimonio con la finalidad de dejar sin efectividad la institución de heredero de sus hijos, por no haber bienes en el caudal hereditario con los que cubrir sus cuotas, y habiéndolo identificado con una donación remuneratoria, no se declaró la validez de la misma en razón al no cumplimiento de los requisitos formales previstos en el CC para las donaciones de bienes inmuebles.

Ahora bien, hasta este punto únicamente hemos hecho referencia a contratos de alimentos en los que el o los bienes cedidos eran inmuebles, y no podemos no hacer referencia a los casos en los que, el bien cedido a cambio de alimentos es un bien mueble, puesto que las formalidades que ha de reunir la donación para que sea eficaz no son las mismas que las previstas para cosa inmueble, sino las que señala el art. 632 CC: además de poder realizarla de forma verbal o escrita, para las verbales es requisito ineludible la entrega de la cosa simultáneamente, en caso contrario, sólo si se realiza por escrito será eficaz, sin que el documento privado, donde ha de constar tanto la oferta, como la aceptación de lo donado, tenga que elevarse a escritura pública. De un contrato de alimentos suscrito en documento privado en el que no es necesario que se indique que se trata de un documento

35 SAP Huelva 10 junio 2020 hace referencia a procesos penales sustanciados entre las partes, conflictos surgidos por la adopción de determinadas medidas en la separación familiar, así como en el pago de la prestación alimenticia del padre a sus hijos, ese conjunto de sucesos derivó en la inexistencia de los vínculos familiares entre el fallecido y sus descendientes.

privado de donación, podemos extraer el consentimiento del alimentista como donante al expresar la cesión de determinados bienes y derechos mediante su firma, y el del alimentista como donatario, también a través de su firma. La conversión de un contrato de alimentos nulo en una donación de cosa mueble válida, es más accesible o factible o probable para el órgano judicial que dirima el asunto, porque las solemnidades de las que depende la eficacia de la donación de un bien inmueble, son más rigurosas que las que ha de reunir la de cosa mueble, la que no solo no tiene por qué otorgarse en escritura pública, tampoco ha de constar el valor de las cargas que ha de satisfacer el donatario.

En consonancia con la sentencia, es interesante apuntar que tras la solicitud de declaración de validez de la donación disimulada por el interesado, si se produjese tal reconocimiento, ya sea la donación disimulada una donación simple o, como en este caso, remuneratoria, coloca a los acreedores y herederos forzosos en una posición no beneficiosa en relación con la preferencia legal que se les confiere en cuanto a la efectividad de sus derechos (ya sean procedentes, como es el caso de los derecho de los legitimarios, o anteriores e independientes, como los derecho de crédito de los acreedores, de la muerte y el testamento), al tener que impugnar nuevamente el mismo negocio jurídico, ahora convertido en donación inter vivos, si provoca una lesión en aquellos³⁶.

No solo cuando los bienes en cuestión exceden del tercio libre disposición se está lesionando las legítimas, si tras el fallecimiento del alimentista el capital cedido se convirtiese en el objeto de una donación, y no se produjese un exceso del tercio de libre, también podría perjudicarlas. Debemos tener en cuenta que, aunque se imputen las donaciones realizadas a extraños, es decir, a donatarios no legitimarios a la parte libre, y no se produzca un exceso respecto a la cuantía de la legítima - la cual variará en función de qué grupo de parientes legitimarios concurren, si fuesen descendientes constituiría dos tercios del haber hereditario, por lo que no habría exceso cuando lo donado cupiesen en el tercio libre restante -, en la operación previa de cálculo sí hay una mengua de la misma, por cuanto se calculó sin contar con los bienes que primeramente constituían el capital cedido como contraprestación a la prestación alimenticia, para posteriormente conformar el objeto de una donación. De conformidad con el art. 818 CC, la referencia para cuantificar la legítima es el valor de los bienes que quedaren a la muerte del causante, pues bien, cuando este cedió o donó determinados bienes, salieron de su patrimonio y no se atiende a su valor por formar parte de otro patrimonio, por lo tanto, habrá que volver a realizar la operación de cálculo³⁷.

36 ÁLVAREZ ÁLVAREZ H. A. – DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Manual*, cit., p. 401.

37 Si bien la cuota legitimaria no variaría en lo que estrictamente se refiere a la parte que la constituye: dos tercios si concurren descendientes, un medio para los ascendientes o una tercera parte si confluyen con el cónyuge del descendiente del causante, y el tercio, medio o dos tercios del cónyuge viudo en función de con que parientes concurre; si variará en cuanto al valor de la legítima global y por ende, lo que recibirá

En razón a lo expuesto, reiteramos que ante la validez del contrato de alimentos tras la prueba de la onerosidad, cualquier bien o derecho que constituya el capital transmitido no podrá ser destinado a cubrir las cuotas legítimas; si se probase su celebración a título gratuito, no debiendo atribuírsele tal calificación, los bienes y derechos cedidos serán importantes a efectos del cálculo de las legítimas, aunque se puedan imputar al tercio de libre disposición por haberlo así dispuesto el testador, a su vez alimentista y testador. Y, concluimos que siempre que se celebre un contrato de alimentos entre parientes cuyo grado de parentesco sea coincidente con las personas que califica el Código Civil como herederos forzosos en su art. 807, hay una intención defraudatoria, y en consecuencia constituya un acto susceptible de impugnación por aquellos que pueden ver perjudicados sus derechos por la transmisión que realice el cedente en favor del alimentante, habrá que estar al caso concreto.

III. EL CONTRATO DE ALIMENTOS COMO VÍA PARA VACIAR EL CONTENIDO DE LAS LEGÍTIMAS.

A pesar del estudio realizado en los apartados anteriores sobre el contrato de alimentos como acto para defraudar las legítimas, no podemos concluir sin referirnos a los contratos de alimentos que, aunque supongan una transmisión del patrimonio total del cedente, cubren unas necesidades reales ocasionadas por su edad avanzada, el padecimiento de una enfermedad que afecte a sus facultades intelectuales o volitivas, o por una situación de discapacidad, sí responden a la función típica asistencial para la que se previó la figura contractual, que generalmente plantea el problema de la prueba de la onerosidad, como consecuencia de las dificultades que surgen para valorar o cuantificar las prestaciones consistentes en compañía o cariño³⁸.

cada legítimo. No es lo mismo calcular la legítima sobre dos bienes inmuebles valorados en 120.000 euros, que sobre tres bienes inmuebles, uno de ellos cedido por el testador a cambio de alimentos, cuyo valor asciende a 200.000 euros, que posteriormente se declara como una donación. La cuota que debe de recibir cada legítimo será mayor en el segundo caso, por eso si se realiza el cálculo sobre los dos bienes inmuebles se está lesionando la legítima por resultar una mengua de la misma, y este problema no se soluciona, aunque se proceda después a la imputación, porque lo que excede tras la imputación del tercio de libre disposición y de las legítimas, volverá al caudal y se repartirá entre los sucesores de diferente manera a si hubiesen convalidado desde un principio la legítima. Aunque lo donado no exceda del tercio LD y no tenga que reducirse por inoficiosidad, es necesario si la conversión del contrato de alimentos a la donación se produce posteriormente a la operación de cálculo de las legítimas, la realización de un nuevo cálculo en razón a la nueva donación disimulada que han de traer al caudal por medio de la computación, para después imputarla según se trate de una donación hecha a un extraño, o a un legítimo. Así, no se producirá un perjuicio irreparable para los herederos forzosos adjudicándoles una cuota legítima menor, a pesar de que se pueda reducir la donación mediante la acción de reducción por inoficiosidad.

- 38 Realiza una interesante reflexión al respecto NIETO ALONSO A.: "La necesaria incorporación del valor del cuidado al derecho de la persona y de la familia: con particular atención a negocios jurídicos propiciadores de los cuidados" en AA.VV.: *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M^o del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. SOLE RESINA), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 233-234, "...se pretende reivindicar la gratitud debida a la persona cuidadora, encauzada a través de diversos negocios jurídicos celebrados con la persona cuidada, como el vitalicio o el contrato de alimentos que, por lo demás, pueden constituir al tiempo una manera óptima de instrumentalizar el apoyo a la persona con discapacidad. (...) los ciudadanos y poderes públicos no solo son deudores de cuidados a las personas con discapacidad y vulnerables, sino que también deben un reconocimiento a los cuidadores, que pueden tener una lícita pretensión de respeto y gratitud

Cuando un legitimario ejerce una acción de impugnación contra un contrato de alimentos como acto en fraude alegando un perjuicio para sus derechos sucesorios -por ejemplo, tomando como referencia el supuesto de la STS de 15 de febrero de 2022, el alimentista vacía su caudal hereditario en beneficio del alimentante, quien resulta ser su descendiente, pero con motivo de las circunstancias de salud del cedente, sí se prueba la existencia de reciprocidad entre las contraprestaciones, concluyendo el contrato como un contrato a título oneroso y no a título gratuito- y finalmente, no se reconociese una lesión a las legítimas, podría llegar a constituir un cauce para vaciar de contenido los derechos de los herederos forzosos en beneficio de uno de ellos, al revestir del carácter oneroso propio de la figura contractual.

La SAP de Valencia de 21 de enero de 2022 trata un asunto relativo a un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos que se elevó a escritura pública, por el que la alimentista cedió el único bien que tenía en propiedad, su vivienda habitual, al alimentante e hijo para que le prestase alimentos, consistentes en “todas sus necesidades corporales, diariamente, toda la vida de su madre cualesquiera que sen los años que está viva. El resto de los descendientes de la alimentista interpusieron una demanda mediante la que solicitaron la declaración de nulidad de la escritura, alegando que su madre tenía los recursos económicos necesarios para satisfacer sus necesidades, y que la cesión constituía un perjuicio sobre la legítima por ceder el único bien que habría formado parte del caudal hereditario.

En primera instancia se dictó sentencia desestimando dicha pretensión, lo cual fue confirmado en apelación, junto a la desestimación del recurso de apelación, donde se consideró lo suficientemente probada la prestación alimenticia convenida a través de las pruebas testificales y documentales aportadas por el alimentante en calidad de demandado³⁹. Así, observamos cómo es posible que el contrato de alimentos funcione como un cauce para que el alimentista, a su vez cedente y causante vacíe su patrimonio, sin que la causa del contrato responda a una

por su abnegada dedicación a la labor del cuidado y para que no resulte, a la postre, que se conviertan en cuidadores descuidados.”

- 39 SAP Valencia 21 enero 2022 (JUR 2024, 55095) “En efecto, de la testifical practicada, incluida la del Sr. Jose Manuel, primo hermano de los litigantes se desprende sin lugar a dudas que el demandado asumió la atención y asistencia de su madre durante el periodo comprendido entre el 2007, año en que se traslada a Ontinyent, y la fecha de su fallecimiento, julio de 2019, y los testimonios prestados por el cura párroco D. Luis Alberto, el enfermero Sr. Luis Miguel y el médico de cabecera de D^a. Justa y del demandado, Sr. Pedro Enrique, cuyas declaraciones se valoran en el segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida, permite al tribunal confirmar que el demandado prestó la asistencia y cuidados a los que se obligaba en la escritura de cesión de la vivienda a cambio de cuidados, y además, por el resto de documentos aportados igualmente se acredita que asumió los gastos necesarios para su atención y cuidado y que la pensión de D^a. Justa no era suficiente para cubrir todas sus necesidades.

La sentencia de instancia está muy motivada, no solo califica el contrato y la escritura con cita jurisprudencial sino también analiza de forma pormenorizada toda la prueba practicada para concluir que el demandado cumplió sus obligaciones por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.”

voluntad defraudatoria de los derechos legitimarios, sino a la verdadera función asistencial típica de los alimentos del art. 1791 CC.

I. La conversión del contrato de alimentos en una donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual del art. 822 CC.

¿Existe un supuesto en el que, tras la conversión de un contrato de alimentos nulo (siendo el alimentante legitimario del alimentista) a una donación, podría estar exenta de las consecuencias previstas en el Código Civil para el fraude de los derechos de los herederos forzosos y acreedores, aunque constituyese un gravamen sobre la legítima?: la respuesta es afirmativa. Hay un supuesto de donación disimulada mediante un contrato de alimentos, que, aún ocasionando una lesión de las cuotas legitimarias, estaría exenta de la computación: la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual ex art. 822 CC⁴⁰.

Acorde a las condiciones que establece el precepto, si un padre celebrara con uno de sus hijos, quien se encuentra en situación de discapacidad física -de conformidad con los requisitos que establece el art. 2.2 LPPD para poder reconocer dicha situación: un grado igual o superior al 65 % para los casos de discapacidad física o sensorial- un contrato de alimentos por el que le cediera el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, la cual fuera el único bien de su patrimonio en la que convivían ambos, a cambio de una prestación alimenticia, y se declarase la gratuidad del contrato por tratarse de una donación encubierta, posteriormente declarada válida, el resto de descendientes tendrían que soportar una disminución en la cuota legitimaria, en relación con la cuota que recibirá el legitimario discapacitado, lo que constituye, en todo caso, una merma para los primeros, y un beneficio para el segundo, al no contabilizarse para determinar qué conforman los dos tercios de la legítima, ni el tercio de libre disposición porque no se incluiría en la computación, ni en la imputación, y señalo estos dos aspectos porque, en el precepto, únicamente se hace referencia a la computación en el párrafo primero "... no se computará para el cálculo de las legítimas...", que constituye la suma del valor de las donaciones realizadas, pero no de los legados, es la imputación la operación donde se consideran los legados, para determinar si, junto a las donaciones y las *instituciones ex re certa*, pueden ser inoficiosos, poniéndolos en la porción de la legítima o en la de libre disposición⁴¹.

40 HIDALGO GARCÍA S.: "El contrato de alimentos aspectos sucesorios, extinción del contrato y garantías de la obligación alimenticia", *Actualidad civil*, vol. 2, núm. 17, 2011, pp. 12-13, apunta como un caso de perjuicio a la legítima la cesión de todos los bienes a uno de los hijos para que preste alimentos a otro de ellos que se encuentre en situación de discapacidad, lo que constituye un detrimento para el resto de los descendientes al dejar vacío de contenido el derecho de algunos legitimarios.

41 GÓMEZ LÓPEZ M.: "¿Se preserva la protección que brinda el derecho de habitación a favor de la persona en situación de discapacidad ex art. 822 CC, en los casos de colisión con los derechos del cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual?", en AA.VV.: *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI* (dir. por A. ARREBOLA BLANCO), vol. 2, Madrid, 2023, p. 761.

En definitiva, la legítima se puede lesionar no solo a través de un contrato de alimentos simulado, también mediante unos alimentos convencionales válidos, si el descendiente recibiese el patrimonio del cedente en forma de capital ex art. 1791 CC, y a cambio cumplierse con su prestación consistente en vivienda, manutención y asistencia de cualquier tipo, por medio de la cual satisface efectivamente las necesidades reales del alimentante, con la diferencia que en el primer caso se estaría defraudando la legítima, y en consecuencia las partes podrían impugnarlo para proteger sus derechos legitimarios, y en el segundo, los legitimarios no tendrían forma de reintegrar el caudal hereditario para cubrir sus cuotas legitimarias, porque el negocio jurídico sería válido, la celebración de un contrato a título oneroso impediría su impugnación.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. A. - DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Manual de Derecho Civil. Volumen VI. Derecho de sucesiones* (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2024.

BUSTO LAGO J. M.: "Comentario al artículo 813 del Código Civil" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CALAZA LÓPEZ C.A.: *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CASTILLA BAREA M.: "Comentario a los artículos 1791-1797 del Código Civil" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

DOMÍNGUEZ LUELMO A.: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017 (154/2017): El hijo que cumple voluntariamente la obligación legal de alimentos nada puede reclamar de sus hermanos, aunque éstos conozcan el estado de necesidad del alimentista" en AA. VV.: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), Dykinson S.L., Madrid, 2017.

HIDALGO GARCÍA S.: "El contrato de alimentos: aspectos sucesorios, extinción del contrato y garantías de la obligación alimenticia", *Actualidad civil*, vol. 2, núm. 17, 2011.

GÓMEZ LÓPEZ M.:

- "Remedios frente al incumplimiento del contrato de alimentos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.
- "¿Se preserva la protección que brinda el derecho de habitación a favor de la persona en situación de discapacidad ex art. 822 CC, en los casos de colisión con los derechos del cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual?", en AA.VV.: *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI* (dir. por A. ARRÉBOLA BLANCO), vol. 2, Madrid, 2023.

LAMBEA RUEDA A.: "Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero.", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19, 2006.

MANZANO FERNÁNDEZ M. M.: “La donación” en AA.VV.: *Manual de Derecho civil. Vol III. Derecho de obligaciones y contratos. Contratos civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley Wolters Kluwer, Madrid.

MINGORANCE GOSÁLVEZ C.: “Los contratos aleatorios” en AA.VV.: *Manual de Derecho civil. Vol III. Derecho de obligaciones y contratos. Contratos civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los contratos aleatorios. La transacción.”, en AAVV.: *Curso de Derecho Civil (II). Contratos y Responsabilidad Civil* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer S.L., vol. 2, Madrid, 2020.

MESA MARRERO, C.: *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

NIETO ALONSO A.: “La necesaria incorporación del valor del cuidado al derecho de la persona y de la familia: con particular atención a negocios jurídicos propiciadores de los cuidados” en AA.VV.: *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M^{ra} del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. SOLE RESINA), Atelier, Barcelona, 2022.

QUICIOS MOLINA M^a. S.: “Comentario al artículo 142 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

RODRÍGUEZ-ROSADO B. “Donación disimulada en escritura pública”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, núm. 2, 2015.

VELA SÁNCHEZ A. J.: “El contrato vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, núm. 3, 2023.



VERSO UNO SVILUPPO SOSTENIBILE? L'IMPATTO
DELLA DIR. 2024/1799/UE RELATIVA A NORME COMUNI
CHE PROMUOVONO LA RIPARAZIONE DI BENI SUI
RAPPORTI TRA CONSUMATORE, FABBRICANTE E
VENDITORE

*TOWARDS SUSTAINABLE DEVELOPMENT? THE IMPACT OF
DIRECTIVE 2024/1799/EU ON COMMON RULES TO PROMOTE
THE REPAIR OF GOODS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN
CONSUMER, MANUFACTURER AND SELLER*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 306-329

Francesco
LIBRIZZI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de noviembre de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

SINTESI: Il contributo conduce un'analisi delle disposizioni introdotte dalla dir. 2024/1799/UE, la quale ha come obiettivo la promozione della riparazione dei beni nel mercato europeo. Individuato il quadro normativo in cui l'intervento del legislatore europeo si colloca, si approfondiscono le novità introdotte, quali l'obbligo di riparazione gravante sui fabbricanti, il modulo europeo di informazioni sulla riparazione e la piattaforma online per la riparazione. Particolare attenzione è infine dedicata alle modifiche apportate alla dir. 2019/771/UE in materia di vendita di beni di consumo.

PAROLE CHIAVE: Direttiva 2024/1799/UE; riparazione; sviluppo sostenibile.

ABSTRACT: *The paper conducts an analysis of the provisions introduced by Directive 2024/1799/EU, which aims to promote the repair of goods in the European market. Identified the legal framework in which the Directive takes place, the new features introduced, such as the obligation to repair on manufacturers, the European Repair Information Form and the online platform for repair, are discussed in detail. Finally, particular attention is paid to the amendments to Sale of Goods Directive 2019/771/EU.*

KEY WORDS: *Directive 2024/1799/EU; repair; sustainable development.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA DIRETTIVA.- I. L'obbligo di riparazione.- 2. Modulo europeo di informazioni sulla riparazione.- 3. La piattaforma online per la riparazione.- III. GLI INTERVENTI SULLA DIRETTIVA 2019/771/UE.- IV. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

Il 30 luglio 2024¹ è entrata in vigore la Direttiva (UE) 2024/1799 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa a norme comuni che promuovono la riparazione di beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828² (nel prosieguo anche solo "la Direttiva").

L'adozione della Direttiva rientra nel *Circular Economy Action Plan*³, promosso dalla Commissione Europea a marzo 2020. Tale pacchetto di iniziative è uno degli elementi principali del *Green Deal* europeo⁴, l'agenda dell'Unione per la promozione dello sviluppo sostenibile.

Il concetto di sviluppo sostenibile⁵ è oggi più che mai al centro dell'ordinamento giuridico e ne condiziona l'evoluzione.

Com'è noto, esso integra in sé due obiettivi da coordinare. Il primo è quello di promuovere lo sviluppo economico e sociale, come strumento di contrasto alla

¹ La Direttiva è stata adottata dai Presidenti del Consiglio e del Parlamento Europeo il 13 giugno 2024. Essa è stata pubblicata in G.U.U.E., serie L, il 10 luglio 2024.

² Per un commento sulla proposta di direttiva, PONZÙ DONATO, F.: "Danno da prodotto difettoso e diritto alla riparazione del bene", *Jus Civile*, 2, 2024, pp. 301 ss.; PALUMBO A.: "La Commissione presenta una proposta legislativa per attribuire ai consumatori un nuovo diritto alla riparazione: gli aspetti salienti e le sinergie con altre proposte", *Contr.*, 2023, 343 ss. Per un primo commento alla Direttiva, nella letteratura italiana: FACCIOLI, M.: "Economia circolare e sostenibilità ambientale nel diritto dei consumatori: prime note sulla dir. 2024/1799/UE recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni", *Persona e Mercato*, 2024, pp. 959 ss.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo, al Comitato delle regioni "Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva" (COM(COM) 98 final) dell'11 marzo 2020.

⁴ Atto propulsivo dell'azione è la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni "Il Green Deal Europeo" (COM/2019/640 final) dell'11 dicembre 2019. Il *Green Deal* europeo è un pacchetto di iniziative strategiche che mira ad avviare l'UE sulla strada di una transizione verde, con l'obiettivo ultimo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Sull'argomento: PENNASILICO, M.: "Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"", *Persona e Mercato*, 2021, 711 ss.; LIPARI, R.: "Premesse per un diritto civile dell'ambiente", *Riv. dir. civ.*, 2024, 209 ss.; FADDA, R.: *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, E.S.I., Napoli, 2024.

⁵ Per una ricostruzione del percorso di ascesa del concetto di sviluppo sostenibile nella normativa europea ed internazionale: IMBRUGLIA, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Persona e mercato*, 2021, 395 ss.

• **Francesco Librizzi**

Dottorando di ricerca (Università degli Studi di Palermo). Correo electrónico: francesco.librizzi01@unipa.it.

povertà e di promozione della giustizia. Il secondo è una gestione delle risorse del pianeta che tenga in considerazione il benessere delle generazioni future.

Proprio di "interesse delle generazioni future" discorre oggi il novellato art. 9 della Costituzione, ove si proclama la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi⁶.

Anche il diritto eurounitario vigente adopera più volte la dizione "sviluppo sostenibile" nei Trattati: l'art. 3, paragrafo 3 del Trattato sull'Unione Europea (T.U.E.), dopo avere affermato che l'Unione instaura un mercato interno, statuisce che essa si "adopera" per lo sviluppo sostenibile dell'Europa. La disposizione prosegue individuando quattro pilastri dello sviluppo sostenibile: i) crescita economica equilibrata; ii) stabilità dei prezzi; iii) economia sociale di mercato fortemente competitiva, che miri alla piena occupazione e al progresso sociale; iv) elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Al paragrafo 5 del medesimo articolo, il T.U.E. statuisce che, nelle relazioni con il resto del mondo, l'Unione contribuisce "allo sviluppo sostenibile della Terra". Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.) prevede che nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione Europea si debbano integrare le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente, "in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile" (art. 11, TFUE). Pure rilevante è l'art. 37 della Carta di Nizza, intitolato "Tutela dell'ambiente", il quale stabilisce che "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile".

La Direttiva 2024/1799/UE sulla riparazione è inoltre compresa fra le misure di attuazione della *Nuova agenda dei consumatori*⁷, con la quale nel 2020 l'Unione si è data una visione a lungo termine nel settore della protezione dei consumatori, con l'obiettivo primario di introdurre azioni concrete nella transizione verde e digitale. La necessaria interconnessione fra le due linee di intervento -tutela dell'ambiente e diritto dei consumi- è testimoniata dal fatto che il primo pilastro dell'*Agenda* riguarda proprio la transizione verde, della quale i consumatori sono chiamati ad essere protagonisti⁸.

6 A questa disposizione si affianca pure l'art. 41 Cost., il quale individua la tutela dell'ambiente quale limite allo svolgimento dell'iniziativa economica privata. Sulla novella: ex multis, CATERINI, E.: "Iniziativa economica privata e «crisi ecologica». Interpretazione anagogica e positivismo", in AA.VV.: *Diritto europeo e legalità costituzionale a trent'anni dal volume di Pietro Perlingieri. Atti dell'Incontro di Studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 9-10 settembre 2022*, (coord. da G. PERLINGIERI, E. GIORGINI), E.S.I., Napoli, 2024, pp. 273-363; VETTORI, G.: "L'«interesse» delle generazioni future", *Persona e mercato*, 2023, pp. 631 ss.; FADDA, R.: *La sostenibilità*, cit., pp. 14 ss.

7 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio "Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile" (COM(2020) 696 final) del 13 novembre 2020.

8 Afferma la Commissione, al punto 3.1: "I consumatori di tutta Europa mostrano un crescente interesse a contribuire personalmente al conseguimento della neutralità climatica, alla preservazione delle risorse

L'approccio che il legislatore europeo ha inteso dunque seguire nell'adozione della Direttiva sulla riparazione è, utilizzando lo stesso linguaggio della Commissione, di tipo "olistico"⁹.

Infatti, preso atto che la sostenibilità non fosse "a main political concern" sia quando fu adottata la "storica" Direttiva 1999/44/CE¹⁰ sulla garanzia nella vendita di beni di consumo, sia al momento dell'adozione della successiva Direttiva 2019/771/UE¹¹, l'Unione Europea intende ora perseguire un approccio integrato, che tenga insieme un elevato livello di protezione dei consumatori e una maggiore circolarità dell'economia¹².

Delineato il contesto in cui la Direttiva 2024/1799/UE ha visto la luce, occorre evidenziare quali siano le esigenze che la stessa intende soddisfare e gli obiettivi che intende raggiungere.

Sia negli atti preparatori che nel preambolo della Direttiva¹³ si rileva come i consumatori tendano a rinunciare alla riparazione dei beni difettosi, preferendo

naturali e della biodiversità e alla riduzione dell'inquinamento idrico, atmosferico e del suolo. La sfida consiste nello sbloccare questo potenziale attraverso misure che responsabilizzino e sostengano tutti i consumatori e consentano loro, indipendentemente dalla rispettiva situazione finanziaria, di svolgere un ruolo attivo nella transizione verde senza imporre uno stile di vita specifico e senza discriminazioni sociali."

- 9 Così si esprimeva la Commissione Europea nella relazione di impatto che accompagnava la proposta di direttiva sulla riparazione (SWD(2023) 59 final): "The Commission is following this objective in a holistic manner, by tackling different aspects on both the supply and demand side in various initiatives. A 'right to repair' will be the result of the combined effect of these measures" (p. 5).
- 10 Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, pubblicata nella G.U.C.E. n. L 171 del 07/07/1999. Com'è noto, essa era stata recepita nel diritto italiano attraverso un insieme di disposizioni inizialmente inserite dal d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 nel codice civile (negli artt. 1519-bis-1519-nonies) e successivamente ricollocate, sostanzialmente immutate, negli artt. 128-135 del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Per un'analisi del contenuto del provvedimento si rimanda, *ex multis*, a: AA.VV.: *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. ALESSI), Giuffrè, Milano, 2005; LUMINOSO, A.; BIN, M.: *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, CEDAM, Padova, 2003; DE NOVA, G.: "La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice" del consumo", *Contratti*, 2006, pp. 391 ss.
- 11 Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la Direttiva 2009/22/CE, e che abroga la Direttiva 1999/44/CE, pubblicata nella G.U.U.E. n. L 136 del 22.5.2019. Essa ha sostituito e abrogato, a vent'anni di distanza dalla sua entrata in vigore, la dir. 1999/44/UE. Sulla direttiva, *ex multis*: ALPA, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019, pp. 825 ss.; FERRANTE, E.: "La Direttiva 19/771/UE in materia di vendita a consumo: primi appunti", *Annuario del contratto* 2018, 2019, pp. 23 ss.; BERTELLI, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Europa e diritto privato*, 2019, pp. 953 ss.; PAGLIANTINI, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della dir. 2019/771/UE", *Giur. it.*, 2020, pp. 217 ss.; FACCIOLI, M.: "La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini", *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 250 ss.; BARENGHI, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo", *Contratto e impresa*, 2020, pp. 806 ss.; SARTORIS, C.: "La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE. Commento a dir. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea n. 771 del 2019", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, II, pp. 702.
- 12 Di ciò si dà atto fin dal Considerando I della dir. 2024/1799/UE ove si legge che "la direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio persegue l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno, garantendo al contempo un elevato livello di protezione dei consumatori nonché una maggiore circolarità all'interno dell'economia. Nell'ambito della transizione verde, la presente direttiva intende migliorare il funzionamento del mercato interno, promuovendo al contempo un consumo più sostenibile, e integra così l'obiettivo della direttiva (UE) 2019/771" (corsivo nostro).
- 13 V. Considerando da I a 5 della dir. 2024/1799/UE, nonché la relazione di impatto di cui alla nota n. 10.

disfarsene anticipatamente, anche quando gli stessi potrebbero essere riparati e utilizzati più a lungo. Questo fenomeno si manifesta sia nell'ambito della garanzia legale disciplinata dalla Direttiva 2019/771/UE sulla vendita di beni ai consumatori, giacché questi ultimi solitamente optano per la sostituzione invece della riparazione, sia al di fuori della garanzia stessa, quando le condizioni offerte degli operatori del settore non incentivano il ricorso a tale rimedio. In questo contesto emerge anche una limitata disponibilità di beni ricondizionati.

Il prematuro smaltimento di beni di consumo riparabili ha gravi conseguenze sull'ambiente, in quanto aumenta i rifiuti, genera emissioni di gas serra e intensifica la domanda di risorse preziose per la produzione di beni nuovi.

La Direttiva 2024/1799/UE mira, dunque, a promuovere un consumo più sostenibile, incentivando la riparazione e il riutilizzo di beni difettosi, sia nel contesto della garanzia legale che al di fuori di essa. Le istituzioni europee si aspettano che il pacchetto di misure introdotto dalla Direttiva favorisca anche l'aumento dell'occupazione, degli investimenti e della concorrenza nel settore della riparazione, con particolare beneficio per i riparatori indipendenti, comprese le piccole e medie imprese. Ci si attende, inoltre, che i risparmi ottenuti dai consumatori possano in futuro essere maggiori dei costi sostenuti dalle imprese a causa della riduzione delle vendite di beni nuovi, sicché verranno stimolati la crescita e i nuovi investimenti.

Con questi obiettivi, è apparsa necessaria l'armonizzazione della disciplina a livello dell'Unione Europea, evitando così che i contrasti fra normative nazionali sulla promozione del consumo sostenibile possano ostacolare il mercato interno e avere effetti negativi sulle transazioni transfrontaliere. Il legislatore europeo ha quindi adottato un approccio di massima armonizzazione, secondo cui gli Stati membri non possono mantenere o introdurre disposizioni divergenti rispetto all'atto dell'Unione¹⁴. D'altro canto, questa scelta è in linea con i più recenti interventi normativi nel settore che stiamo analizzando, e in particolare con quanto disposto nella Direttiva 2019/771/UE¹⁵.

II. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA DIRETTIVA.

La Direttiva 2024/1799/UE introduce alcune novità rilevanti per favorire la riparazione e l'estensione della vita utile dei beni. Tra gli aspetti centrali, che si analizzeranno nel proseguo del presente lavoro, si evidenziano l'obbligo

14 V. art. 3, dir. 2024/1799/UE. Sul ricorso a tale approccio da parte del legislatore europeo nel diritto dei consumi: DE CRISTOFARO, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contr.*, 2019, pp. 177 ss.

15 Sul tema v.: PAGLIANTINI, S.: "Contratti di vendita", cit., 217 ss.; BERTELLI, F.: "L'armonizzazione massima", cit., pp. 953 ss.

di riparazione dei beni gravante in capo ai produttori (invero indicati nel testo normativo come “fabbricanti”¹⁶), l'introduzione di un modulo europeo per la riparazione, nonché la creazione di una piattaforma digitale per facilitare l'accesso ai servizi di riparazione. La Direttiva apporta inoltre modifiche alla Direttiva 2019/771/UE sulla vendita di beni di consumo al fine di migliorarne la coerenza con le nuove disposizioni e innovarla per alcuni aspetti.

Dunque, essa interviene sia all'esterno che all'interno della disciplina della vendita di beni di consumo, introducendo nuove regole sia per i rapporti fra consumatore e fabbricante che per quelli fra consumatore e venditore.

Per quanto riguarda le definizioni contenute nell'art. 2 della Direttiva, deve evidenziarsi come il legislatore europeo abbia per lo più evitato di introdurre di nuove ma operato una serie di rimandi alla Direttiva 2019/771/UE e al regolamento 2024/1781/UE¹⁷, intessendo così una rete fra i vari interventi normativi in materia di produzione ecocompatibile, vendita e riparazione di beni di consumo. Per le definizioni di “consumatore”, “venditore”, “bene” e “supporto durevole”, il richiamo è all'art. 2 della Direttiva 2019/771/UE. Per le nozioni di “riparazione”, “fabbricante”¹⁸ e “ricondizionamento” si rimanda all'art. 2 del regolamento *Ecodesign*. La Direttiva introduce pure nuove definizioni, ed in particolare quelle di “riparatore” e “specifiche di riparabilità”. In particolare, il primo è definito come “qualsiasi persona fisica o giuridica che, nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, fornisce un servizio di riparazione [...]”.

L'idea che traspare da questo sistema di rimandi è quella di un plesso normativo unitario, che segua il prodotto dalla progettazione alla riparazione, nell'ottica della promozione di un consumo sempre più sostenibile.

16 Per alcune precisazioni su questa scelta del legislatore, v. nt. 18.

17 Si tratta del c.d. Regolamento *Ecodesign*, Regolamento UE 2024/1781 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili, modifica la dir. 2020/1828/UE e il reg. 2023/1542/UE e abroga la dir. 2009/125/CE.

18 Il “fabbricante” è definito dall'art. 2, par.1, n. 42 del regolamento *Ecodesign* come “la persona fisica o giuridica che fabbrica il prodotto, oppure lo fa progettare o fabbricare, e lo commercializza apponendovi il proprio nome o marchio”. Tale definizione pare riprendere quella di “produttore” della Direttiva 85/374/CEE in materia di responsabilità per danno di prodotti difettosi che all'art. 3 prevede che “il termine «produttore» designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchi marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso”. È però vero che nella recentissima Direttiva 2024/2853/UE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la Direttiva 85/374/CEE, viene utilizzata nuovamente la dizione “fabbricante” per identificare “qualsiasi persona fisica o giuridica che: a) sviluppa, produce o fabbrica un prodotto; b) fa progettare o fabbricare un prodotto o che, apponendo il proprio nome, marchio o altre caratteristiche distintive su tale prodotto, si presenta come fabbricante; o c) sviluppa, produce o fabbrica un prodotto per uso proprio” (art. 4, par. 1, n. 10).

I. L'obbligo di riparazione.

La Direttiva 2024/1799/UE si propone di introdurre un vero e proprio “diritto alla riparazione” del consumatore, a fronte della previsione dell'obbligo dei fabbricanti/produttori di fornire servizi di riparazione tempestivi ed economici.

Innanzitutto, l'art. 5, par. 2 della Direttiva sancisce che la riparazione debba essere eseguita, a titolo gratuito o a un prezzo ragionevole, entro un periodo di tempo congruo dal momento in cui il fabbricante “prende fisicamente possesso del bene, riceve il bene o ottiene l'accesso al bene da parte del consumatore”. Inoltre, si afferma che il fabbricante possa fornire in prestito al consumatore un bene sostitutivo, a titolo gratuito o a un costo ragionevole, per la durata della riparazione e, nei casi in cui la riparazione sia impossibile, il fabbricante abbia la facoltà offrire al consumatore un bene ricondizionato.

L'obbligo di riparazione dovrebbe applicarsi anche qualora il fabbricante sia stabilito al di fuori dell'Unione Europea¹⁹: in tal caso, destinatario di tali previsioni sarà il rappresentante autorizzato nell'Unione o, in mancanza, l'importatore e/o il distributore del bene, rimanendo concesso in ogni caso il subappalto a terzi dell'attività di riparazione. Si individua, dunque, nell'ottica di massima promozione e accessibilità al rimedio da parte del consumatore, una catena di soggetti tenuti all'adempimento degli obblighi previsti dalla Direttiva.

A tale ampia estensione soggettiva dell'obbligo di riparazione, fa da contraltare il rilievo per cui esso opera solo per quei beni per i quali gli atti giuridici dell'Unione europea elencati nell'allegato II alla Direttiva 2024/1799/UE prevedano determinate specifiche di riparabilità²⁰.

La *ratio* di tale limitazione è quella di “evitare di imporre oneri eccessivi ai fabbricanti e garantire che essi siano in grado di adempiere all'obbligo di riparazione” (Considerando 21)²¹.

Il fabbricante può essere esonerato dall'obbligo di riparazione solamente qualora la stessa sia “impossibile dal punto di vista giuridico o pratico”, ma

¹⁹ Art. 5, par. 3, dir. 2024/1799/UE.

²⁰ Si tratta, in particolare, di atti normativi che riguardano lavatrici, lavasciuga biancheria e lavastoviglie, tutte per uso domestico, apparecchi di refrigerazione, display elettronici, apparecchiature di saldatura, server e prodotti di archiviazione dati, telefoni cellulari, telefoni cordless e tablet, asciugabiancheria, beni incorporanti batterie per mezzi di trasporto leggeri.

²¹ Per una rassegna dei rilievi critici mossi dalla dottrina straniera contro questa scelta del legislatore: FACCIONI, M.: “Economia circolare”, cit., pp. 959-961. In particolare, si è rilevato come il legislatore avrebbe potuto estendere l'obbligo di offrire servizi di riparazione anche ai fabbricanti di beni non elettronici, prevedendo addirittura un obbligo generalizzato per tutte le tipologie di beni astrattamente riparabili. L'esigenza di non far gravare oneri eccessivi sui fabbricanti sarebbe già garantita dalla previsione, presente nella Direttiva, che esclude l'obbligo di riparazione ove essa risulti impossibile.

comunque non per “motivi puramente economici, come il costo delle parti di ricambio”²².

Orbene, la disposizione in commento pare introdurre un’ipotesi di obbligo legale a contrarre avente ad oggetto il contratto di prestazione di servizi di riparazione.

Tale scelta normativa è in linea con la *ratio* che fonda l’introduzione nell’ordinamento di obblighi legali a contrarre²³, ovvero l’esigenza di garantire un accesso equo a determinati beni o servizi, soprattutto in settori di rilevanza pubblica o in presenza di monopoli o oligopoli. Tali obblighi mirano a prevenire abusi da parte del fornitore e a proteggere gli interessi pubblici o quelli di soggetti vulnerabili, assicurando trasparenza e prevedibilità nell’instaurazione dei rapporti contrattuali. La normativa, in questi casi, svolge un ruolo di bilanciamento tra libertà contrattuale, tutela delle esigenze collettive e dei diritti individuali.

In ogni caso, si è in presenza di un obbligo la cui violazione non è sanzionata. Il legislatore europeo rimette agli Stati membri l’onere -che a prima vista sembra abbastanza gravoso- di individuare quali siano gli strumenti più adeguati a garantire che i consumatori possano effettivamente accedere in modo diffuso ai servizi di riparazione²⁴.

Senza alcuna pretesa di esaustività, in caso di lesione del diritto alla riparazione poco adatti appaiono i rimedi previsti dal codice civile e generalmente ritenuti applicabili alle ipotesi di obblighi legali a contrarre, quali le azioni volte all’esecuzione specifica degli obblighi a contrarre o degli obblighi di fare di cui agli artt. 2932 e 2931 c.c. Questi sono infatti mezzi di tutela giudiziale costosi e di lunga attuazione, che non si attagliano alla maggior parte della fattispecie negoziali concrete interessate dalla disciplina.

Invece, potrebbero rivelarsi maggiormente appropriati i rimedi di tipo inibitorio, probabilmente più efficaci se esercitati a livello collettivo e non meramente individuale²⁵. In particolare, viene in rilievo, per l’ordinamento italiano, l’azione

22 Considerando 24; Art. 5, par. 1, dir. 2024/1799/UE.

23 Sul vastissimo tema, *ex multis*: NIVARRA, L.: *L’obbligo a contrarre e il mercato*, CEDAM, Padova, 1989; OSTI, C.: *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004; RICCIUTO, V.: “Gli obblighi a contrarre”, in AA.VV.: *I contratti in generale, Trattato dei contratti*, I, (diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli), Milano, 2006, pp. 391 ss.; ATTANASIO, C.: *Obblighi legali a contrarre e tutela della concorrenza*, E.S.I., Napoli, 2022.

24 L’art. 5, par. 1, dir. 2024/1799/UE statuisce infatti che “gli Stati membri provvedono affinché, su richiesta del consumatore, il fabbricante ripari i beni per i quali e nella misura in cui gli atti giuridici dell’Unione elencati nell’allegato II prevedono specifiche di riparabilità”.

25 In ogni caso andrebbe prevista un’azione a legittimazione individuale tipica, mancando nel nostro ordinamento un referente normativo che preveda l’ammissibilità dell’inibitoria in termini generali. In senso contrario alla possibilità di ammettere una tutela inibitoria atipica: SCOGNAMIGLIO, R.: “voce Illecito (diritto vigente)”, *Noviss. Dig.*, UTET, Torino, 1962, p. 169; GRASSO, E.: “Una tutela giurisdizionale per l’ambiente”, *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 525; FERRI, C.: “L’azione inibitoria prevista dall’art. 1469-sexies c.c.”, *Riv. dir. proc.*,

collettiva di cui all'art. 840-*sexiedecies* c.p.c., introdotta nel 2019²⁶ al fine di fornire una tutela inibitoria generalizzata e non circoscritta ai soli consumatori, e soprattutto l'azione rappresentativa di cui all'art. 140-*octies* cod. cons.²⁷, questa di rilevanza esclusivamente consumeristica. Attraverso l'inibitoria collettiva si potrebbero infatti ottenere provvedimenti che ordinino la cessazione delle condotte lesive del diritto alla riparazione e il divieto di reiterazione delle stesse, con ricadute a favore di tutti i consumatori che entrano in contatto col professionista convenuto.

Ai rimedi di tipo privatistico, andrebbe poi certamente affiancata una tutela di *public enforcement*, con l'introduzione di sanzioni effettive, proporzionale e dissuasive nei confronti dei professionisti obbligati che non forniscano i servizi di riparazione secondo le previsioni della Direttiva.

Per chiudere il tema dell'obbligo di riparazione, deve infine menzionarsi l'art. 6 della Direttiva ai sensi del quale gli Stati membri devono provvedere affinché il fabbricante e gli altri soggetti contemplati dal par. 3 dell'art. 5 della Direttiva forniscano, quantomeno per l'intera durata dell'obbligo di riparazione²⁸, informazioni circa i propri servizi di riparazione gratuitamente e in modo facilmente accessibile, chiaro e comprensibile. Tale informazione dovrebbe "aumentare la consapevolezza del consumatore in merito alla disponibilità della riparazione e quindi alla sua probabilità" (Considerando 25).

2. Il modulo europeo di informazioni sulla riparazione.

L'art. 4 introduce un modulo europeo standard informativo sulla riparazione²⁹. Tale documento contiene alcune indicazioni fondamentali sul servizio di riparazione

1996, p. 938. *Contra*, nel senso di ammettere un'azione inibitoria atipica: TRIMARCHI, P.: "voce Illecito (Diritto privato)", *Enc. Dir.*, Vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 107; NARDO, G.N.: "L'azione inibitoria", *Judicium*, p. 11, secondo il quale "le attuali esigenze impongono che anche il legislatore intervenga per dare giusta cittadinanza ad una forma di tutela neanche più tanto sconosciuta, ma che al contrario occupa sempre più ampi spazi rispondendo meglio alla necessità di assicurare una tutela effettiva dei diritti che le classiche forme di tutela non assicurano più ormai da tempo".

26 L'azione inibitoria collettiva a generale esperibilità è stata introdotta con la legge 12 aprile 2013, n. 31 titolata "Disposizioni in materia di azione di classe". Per uno sguardo generale alla riforma delle azioni collettive si rimanda, *ex multis*, a: AA.VV., *Class action. Commento sistematico alla L.12 aprile 2013, n. 31* (a cura di B. SASSANI), Pacini, Pisa, 2019.

27 Tale strumento di tutela inibitoria collettiva è stato introdotto in sede di recepimento della Direttiva 2020/1828/UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, avvenuta in Italia con il d. lgs. D. Lgs. 10 marzo 2023, n. 28. Com'è noto, chiude la triade delle azioni inibitorie collettive previste nel nostro ordinamento il rimedio di cui all'art. 37 cod. cons., circoscritto alla contestazione delle sole clausole contrattuali abusive. Per uno sguardo di insieme alla nuova disciplina delle *class action* consumeristiche: LANDOLI, A.: "La Class action consumeristica: il nuovo ventaglio di tutele offerto dalla Direttiva n. 2020/1828 si innesta sulle orme della legge n. 31/ 2019", *Judicium*, 2024.

28 Il Considerando 25 espressamente prevede che la durata dell'obbligo di riparazione "potrebbe essere intesa come avente inizio al momento dell'immissione sul mercato fino alla scadenza delle specifiche di riparabilità".

29 Art. 4, dir. 2024/1799/UE. La Direttiva, all'allegato I, contiene pure un modello standard del nuovo modulo europeo di informazione.

quali: i dati del riparatore³⁰, la natura del difetto, il prezzo, il termine entro il quale il professionista s'impegna a completare la riparazione. Il modulo dovrebbe essere fornito, su supporto durevole e gratuitamente, prima della conclusione del contratto, restando però l'utilizzo del predetto modulo a discrezione del singolo riparatore³¹.

Nella proposta della Commissione³², in realtà, era previsto l'obbligo di fornire il documento; tuttavia, nel testo adottato, il modulo standard è stato trasformato in uno strumento facoltativo che i professionisti possono utilizzare su base volontaria.

Innanzitutto, qualora il modulo venga fornito al consumatore, il riparatore sarà ritenuto adempiente rispetto ad alcuni obblighi informativi stabiliti da altre fonti legislative europee, richiamate espressamente al paragrafo 6 dell'art. 4 della Direttiva.

Se il riparatore fornisce il documento resta vincolato alle condizioni di riparazione specificate "per un periodo di 30 giorni di calendario dalla data in cui ha fornito il modulo al consumatore". Infatti, "se il consumatore accetta, entro il periodo di validità, le condizioni definite nel modulo europeo di informazioni sulla riparazione, il riparatore è tenuto a eseguire il servizio di riparazione a tali condizioni"³³. Pertanto, l'adozione del modulo renderebbe *ex lege* irrevocabile la proposta contrattuale del professionista, tenuto a tenerla ferma e a non modificarla per il termine previsto dalla legge ovvero per quello più lungo previsto dalle parti³⁴. In altri termini, riportando il contenuto del Considerando 10, "le informazioni sulle condizioni di riparazione e sul prezzo contenute nel modulo dovrebbero costituire parte integrante del contratto per la prestazione dei servizi di riparazione, definendo così gli obblighi del riparatore nel quadro di tale contratto".

30 Art. 2, par. 1, n. 2) della dir. 2024/1799/UE definisce riparatore "qualsiasi persona fisica o giuridica che, nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, fornisce un servizio di riparazione, compresi i fabbricanti e i venditori che forniscono servizi di riparazione e i fornitori di servizi di riparazione indipendenti o collegati a detti fabbricanti o venditori". Si tratta, a ben vedere, di una specifica figura di professionista.

31 Il par. 1 dell'art. 4 della dir. 2024/1799/UE così recita: "I riparatori possono fornire al consumatore il modulo europeo di informazioni sulla riparazione di cui all'allegato I. Il modulo europeo di informazioni sulla riparazione è fornito su un supporto durevole nonché entro un periodo di tempo ragionevole dopo la richiesta e prima che il consumatore sia vincolato da un contratto per la fornitura di servizi di riparazione" (corsivo nostro).

32 V. Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828 (COM(2023) 155 final). L'art. 4, par. 1 prevedeva che i riparatori fossero tenuti a fornire, su richiesta del consumatore, il modulo standard di informazioni.

33 Art. 4, par. 5, dir. 2024/1799/UE. Sul punto v. pure il Considerando 14, il quale statuisce che "se un riparatore decide di fornire il modulo europeo di informazioni sulla riparazione e il consumatore accetta le condizioni ivi previste, il riparatore dovrebbe essere obbligato alla riparazione. Gli Stati membri dovrebbero prevedere rimedi proporzionati ed efficaci per i consumatori qualora il riparatore non esegua il servizio di riparazione dopo che il consumatore ha accettato il modulo europeo di informazioni sulla riparazione."

34 È lo stesso par. 5 dell'art. 4 a statuire che "Il riparatore e il consumatore possono concordare un periodo di validità più lungo per il modulo europeo di informazioni sulla riparazione".

Di certo, a prescindere da ogni valutazione circa l'effettiva efficacia protettiva per il consumatore derivante della consegna di un modulo standardizzato³⁵, condizionare la vincolatività della proposta all'utilizzo del modulo stesso pare limitare di molto l'utilità della regola o comunque le speranze che essa sia davvero applicata nel mercato³⁶.

In altri termini, non è facile individuare le ragioni per cui un riparatore dovrebbe volontariamente adottare nella contrattazione uno strumento facoltativo che, oltre a imporgli dei particolari oneri di forma, ne limiterebbe anche l'autonomia negoziale nella misura in cui la sua proposta contrattuale sarà immodificabile per espressa previsione di legge³⁷.

3. La piattaforma online per la riparazione.

La Direttiva attribuisce alla Commissione il compito di sviluppare una piattaforma online europea³⁸ che consenta ai consumatori, anche tramite punti di contatto nazionali istituiti dai singoli Stati Membri³⁹, di trovare riparatori e/o venditori di beni ricondizionati, acquirenti di beni difettosi o iniziative di riparazione di tipo partecipativo⁴⁰.

L'art. 7, par. 6 prevede che la piattaforma debba includere funzioni di ricerca riguardanti i beni, il luogo di fornitura e le condizioni della riparazione, i tempi necessari per completarla, la disponibilità di beni sostitutivi e il luogo in cui il consumatore consegna i beni per la riparazione, nonché la disponibilità e le condizioni dei servizi accessori offerti dai riparatori e le norme di qualità europee o nazionali applicabili in materia (lett. a). Ove possibile, la piattaforma deve pure consentire la ricerca di venditori di beni ricondizionati, acquirenti di beni

35 Sul tema, in senso critico: ALESSI, R.: "Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale", *Europa e diritto privato*, 2013, p. 311 ss. L'A., discutendo dell'introduzione di varie figure di moduli standard da parte del legislatore europeo, afferma che "l'obbligo di informazione, come già rilevato, si tramuta in obbligo di consegna di un modulo, che in principio lascia fuori ogni possibile apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di quel consumatore." (p. 332).

36 Nutre dubbi sul successo dello strumento pure: FACCIOLI, M.: "Economia circolare", cit., pp. 963-964. In ogni caso, la mancata adozione del modulo standard non fa venir meno l'obbligo di fornire il servizio di riparazione così come previsto dall'art. 5 della Direttiva.

37 La disciplina in parola riecheggia regole simili previste nella legislazione consumeristica, le quali però prevedono che l'adozione del modulo standard nella contrattazione sia obbligatoria. Si pensi alla disciplina del credito immobiliare ai consumatori (in particolare, l'art. 120-*nonies* T.U.B.) o quella del contratto di pacchetto turistico (artt. 34 e 35 del c.d. codice del turismo).

38 Art. 7, dir. 2024/1799/UE.

39 Art. 9, dir. 2024/1799/UE.

40 La Direttiva prende in considerazione quali "iniziative di riparazione di tipo partecipativo" i c.d. "caffè delle riparazioni". I *repair café*, nati ad Amsterdam nel 2009 dall'iniziativa di alcuni attivisti per l'ambiente e poi diffusisi in tutto il mondo, sono luoghi di incontro gratuiti e dove riparare oggetti con il supporto di persone più esperte. Su queste e altre iniziative di promozione "dal basso" dell'economia circolare v.: VAN DER VELDEN, M.: "Fixing the World One Thing at a Time": Community repair and a sustainable circular economy", *Journal of Cleaner Production*, 2021, pp. 1 ss.

difettosi da ricondizionare e iniziative di riparazione di tipo partecipativo (lett. b). I consumatori potranno inoltre formulare, attraverso la piattaforma, la richiesta del modulo europeo di informazioni sulla riparazione ai soggetti che lo offrono (lett. c).

Ad ogni modo, solo in esito all'implementazione della piattaforma si potrà valutare l'impatto che uno strumento di questo genere possa avere sull'effettiva diffusione e sviluppo dei servizi di riparazione a livello nazionale ed europeo⁴¹.

IV. GLI INTERVENTI SULLA DIRETTIVA 2019/771/UE.

Ci si vuole ora soffermare sulle disposizioni contenute nell'art. 16 della Direttiva 2024/1799/UE, le quali contengono alcuni interventi di modifica della Direttiva 2019/771/UE. Il legislatore europeo ha dunque riformato la disciplina sulla vendita di beni di consumo soli tre anni dalla scadenza del termine per il suo recepimento⁴².

Come precisato dall'art. 1, par. 2, la Direttiva 2024/1799/UE si applica alla riparazione dei beni acquistati dai consumatori in caso di difetto che si verifichi o si manifesti al di fuori dell'operatività della c.d. garanzia legale prevista dall'art. 10 della Direttiva 2019/771/UE⁴³. Tuttavia, la nuova normativa prevede che l'estensione temporale di tale garanzia, fissata in due anni dalla consegna del bene⁴⁴, venga dilatata per una volta, per 12 mesi, qualora venga effettuata una riparazione da parte del venditore⁴⁵.

41 Sul punto: FACCIOLO, M.: "Economia circolare", cit., pp. 964-965.

42 L'art. 24 della dir. 2019/771/UE prevedeva che entro il 1° luglio 2021 gli Stati membri adottassero le disposizioni necessarie per conformarsi alla Direttiva e che le stesse fossero applicate a decorrere dal 1° gennaio 2022. Com'è noto, in Italia, la Direttiva su determinati aspetti della vendita di beni è stata attuata con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170, il quale ha disposto l'inserimento dei nuovi artt. 128 - 135-septies nel codice del consumo.

43 Com'è noto, la disciplina europea riconosce al consumatore-acquirente il diritto di chiedere e ottenere il ripristino della conformità attraverso la riparazione o sostituzione del bene non conforme al contratto. A questi rimedi conservativi, si aggiungono quelli della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto, accessibili per l'acquirente solo quando il ripristino appaia impossibile, sproporzionato oppure venga attuato senza l'osservanza di termini congrui o con notevoli inconvenienti (art. 13, par.4, dir. 2019/771/UE). Sull'anomalia che i rimedi conservativi, ed in particolare la riparazione, rappresentano per il regime domestico del contratto di compravendita v., ex multis, LUMINOSO, A.: *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 541-453.

44 La dir. 2019/771/UE prevede che il venditore sia responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro due anni da tale momento, potendo gli Stati membri introdurre anche termini più lunghi in sede di recepimento (art. 10, par. 2 e 3, dir. 2019/771/UE). Nell'ordinamento italiano la norma sui termini è confluita nel nuovo art. 133 cod. cons., il quale prevede che il venditore sia responsabile per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna e che si manifesta entro due anni da tale momento. Su questa disciplina: FACCIOLO, M.: "La durata della responsabilità del venditore e la prescrizione dei diritti del consumatore", in AA.VV., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del consumo*, (a cura di G. DE CRISTOFARO), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 383 ss.; nella dottrina straniera, v. GSELL, B.: "Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects", in AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, a cura di E. ARROYO I AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE, Marcial Pons, 2020, pp. 101-118.

Art. 5, par. 3, dir. 2024/1799/UE.

45 L'art. 16, par. 1, n. 2) della dir. 2024/1799/UE introduce nell'art. 10 della Direttiva 2019/771/UE un paragrafo 2 bis, il quale recita che "se, in conformità dell'articolo 13, paragrafo 2, si effettua una riparazione come

La regola introdotta vorrebbe rendere più appetibile⁴⁶ per il consumatore la scelta del rimedio della riparazione, posto che rimane immutato il regime che lascia piena libertà al compratore di optare tra riparazione e sostituzione “purché il rimedio prescelto non sia impossibile o, rispetto al rimedio alternativo, non imponga al venditore costi sproporzionati, tenuto conto di tutte le circostanze [...]”⁴⁷. Questa disposizione presenta due limiti rispetto al dell’obiettivo di promozione del rimedio della riparazione: innanzitutto, è opinione condivisa in dottrina⁴⁸ che qualora il consumatore opti per la sostituzione del bene non conforme e riceva un bene nuovo, allora decorra un nuovo termine di durata biennale della garanzia. È evidente che un’estensione di soli dodici mesi in caso di riparazione non muta la circostanza che il rimedio in questione sia meno conveniente per il consumatore rispetto alla sostituzione⁴⁹. In secondo luogo, all’estensione temporale della garanzia non si accompagna una parallela estensione dell’operatività dell’inversione dell’onere della prova prevista dall’art. 11 della Direttiva 2019/771/UE⁵⁰. La regola rende dunque assolutamente più gravosa la posizione del consumatore che intenda beneficiare della garanzia nel periodo supplementare⁵¹.

La Direttiva, ancora, introduce nell’art. 7, par. 1, lett. d) della Direttiva sulla vendita un nuovo requisito oggettivo di conformità dei beni, la “riparabilità”. Tale requisito si colloca fra la “durabilità” e la “funzionalità” ampliando così il novero dei parametri “ecologici” di conformità e rafforzando l’idea che la ragionevole aspettativa del consumatore sulle caratteristiche del bene, tutelata dalla

rimedio per rendere conformi i beni, il periodo di responsabilità è esteso una volta di dodici mesi”. Peraltro, gli Stati membri possono “incentivare ulteriormente la riparazione prevedendo altre estensioni del periodo di responsabilità del venditore nel caso in cui siano effettuate ulteriori riparazioni. Gli Stati membri potrebbero altresì introdurre o mantenere norme che prevedono l’estensione della responsabilità del venditore in caso di riparazioni per periodi superiori a 12 mesi”. In ogni caso però “gli Stati membri che non prevedono termini fissi per la responsabilità del venditore oppure prevedono solo un termine di prescrizione dei rimedi dovrebbero garantire che la responsabilità del venditore o il termine di prescrizione dei rimedi in caso di riparazione sia almeno equivalente a due anni e 12 mesi, il che corrisponde al periodo minimo di responsabilità del venditore stabilito dalla Direttiva (UE) 2019/771 e all’estensione minima di tale periodo in caso di riparazione.” (Considerando 40).

- 46 Il già citato Considerando 40 argomenta infatti che l’estensione del periodo di garanzia è introdotta “al fine di incentivare i consumatori a scegliere la riparazione per rendere conformi i beni nel quadro della responsabilità del venditore, e quindi di promuovere la riparazione”.
- 47 Art. 13, par. 2, dir. 2019/771/UE. Nell’ordinamento italiano v. art. 135-bis, comma 2, cod. cons. Sul tema v. MATERA, D.M.: “Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019”, *Riv. dir. priv.*, 2022, p. 463, il quale sostiene che la sostituzione sarebbe incentivata da vari fattori: la maggiore attrattività di un prodotto nuovo rispetto a uno riparato; la possibilità riconosciuta dall’art. 135-ter, 4 comma, cod. cons. all’acquirente di ottenere un bene completamente nuovo, senza alcuna spesa, anche a distanza di tempo dal momento della conclusione del contratto; la diffidenza del consumatore nell’affidare il proprio bene a un riparatore. Anche PAGLIANTINI, S.: “Contratti di vendita di beni”, cit., 213 sostiene che la sostituzione è più favorevole per il consumatore poiché gli procura sempre un nuovo bene.
- 48 In questo senso in dottrina, v.: FACCIOLI, M., “La durata della responsabilità”, cit., p. 338.
- 49 In senso conforme, v. FACCIOLI, M.: “Economia circolare”, cit., p. 954, nt. 30.
- 50 Infatti, secondo la disposizione citata “qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro un anno dal momento in cui il bene è stato consegnato, si presume che fosse sussistente al momento della consegna del bene, salvo prova contraria o che la presunzione sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità”. Per l’ordinamento italiano, v. art. 135 cod. cons.
- 51 In senso conforme, v. FACCIOLI, M.: “Economia circolare”, cit., p. 954.

disposizione, includa anche quella riferibile alla sostenibilità sua e del suo ciclo produttivo⁵².

In terzo luogo, la Direttiva sulla riparazione introduce un nuovo paragrafo 2 bis all'art. 13 della Direttiva sulla vendita, con il quale si impone al venditore un obbligo di informazione del consumatore in ordine alla possibilità di scegliere tra la sostituzione e la riparazione del bene, nonché in merito all'estensione della durata della garanzia che deriva dall'intervento di riparazione, di cui si è già detto. Anche in questo caso la scelta normativa si affida alla coscienza ecologica del singolo consumatore, il quale, edotto delle tutele a propria disposizione, si dovrebbe orientare spontaneamente verso la scelta più sostenibile⁵³.

Ulteriore modifica riguarda l'art. 14, par. 1, dir. 2019/771/UE, sulle modalità di riparazione e sostituzione del bene non conforme. A parte l'irrilevante sostituzione dell'inciso della lett. a), che da "senza spese" viene modificato in "a titolo gratuito", il legislatore detta due nuove disposizioni, che si riferiscono alla condotta del venditore che proceda al ripristino di conformità tramite riparazione o sostituzione.

In primo luogo, si contempla la possibilità che al consumatore venga fornito in comodato un bene sostitutivo, anche ricondizionato, per il tempo necessario alla riparazione. Come evidenziato dal Considerando 42, si tratta di una soluzione idonea ad evitare che il consumatore vada incontro ai "notevoli inconvenienti" indicati all'art. 14, par. 1, lett. c)⁵⁴ della Direttiva sulla vendita, pur permanendo sul professionista l'obbligo di attuare il rimedio entro il "periodo di tempo ragionevole" indicato dalla precedente lett. b) della stessa disposizione.

In secondo luogo, si prevede la facoltà del venditore di fornire, dietro esplicita richiesta del consumatore, un bene ricondizionato per adempiere al suo obbligo di sostituzione del prodotto difettoso.

52 Sul punto, v. le riflessioni di: BERTELLI, F.: "Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, conformità oggettiva ed economia circolare", in AA.VV.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del consumo*, (a cura di G. DE CRISTOFARO), Giappichelli, Torino, 2022, p. 240. A ben vedere, alcuni commentatori ritengono che il requisito oggettivo della riparabilità possa estrapolarsi in via ermeneutica da quello della "durabilità": FADDA, R.: *La sostenibilità*, cit., pp. 95 ss.; PAGLIANTINI, S.: "L'armonizzazione", cit., p. 231, il quale affermava che "una sufficiente durabilità, ci limitiamo a questa battuta, se da un lato misura infatti l'effettività del periodo biennale di garanzia legale, dall'altra sottende una riparabilità gratuita di quello stesso bene quale condizione da osservare per un certo lasso temporale, che ha da essere corrispondente al suo c.d. ciclo di vita utile (artt. 7, par. 1, lett. d e 17, par. 1)".

53 A mente del Considerando 41, l'informazione fornita sensibilizzerebbe il consumatore "in merito alle due alternative e ai vantaggi derivanti dalla scelta della riparazione. Tale obbligo di informazione incoraggerebbe il consumo sostenibile e contribuirebbe a un'economia circolare". In ogni caso, alla luce dei limiti della pur novellata disciplina del rimedio della riparazione di cui si è detto sopra, i vantaggi del ricorso a tale rimedio per il consumatore paiono esigui o addirittura assenti.

54 Sul tema, v. PERETTI, G.: "Il divieto di arrecare "notevoli inconvenienti" al consumatore in sede di ripristino della conformità al contratto del bene di consumo difettoso", *Studium iuris*, 2020, IV, 430-434.

Nuovamente, pare che queste due disposizioni possano avere un'efficacia limitata ai fini della promozione del rimedio della riparazione nell'ambito della disciplina della vendita di beni di consumo: la prima, poiché introduce una mera facoltà e non un obbligo di fornire un bene sostitutivo per il periodo necessario alla riparazione; la seconda, perché fa ancora una volta appello alla coscienza ecologica del singolo consumatore, il quale dovrebbe volontariamente rinunciare a ricevere un bene sostitutivo nuovo per accontentarsi di uno ricondizionato.

Il legislatore europeo non è però arrivato a stabilire ciò che da parte di molti commentatori⁵⁵ parrebbe la soluzione normativa più adeguata a una vera spinta verso un consumo sostenibile: anteporre il rimedio della riparazione a quello della sostituzione del bene non conforme, creando così una gerarchia anche fra tali rimedi conservativi del contratto. Invero, nel Considerando 48 della Direttiva 2019/771/UE viene implicitamente contemplata tale eventualità laddove si affermava che “il fatto di consentire al consumatore di chiedere la riparazione dovrebbe incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire a una maggiore durabilità dei prodotti”.

In verità, nell'originaria proposta della Commissione si prevedeva di modificare l'art. 13, par. 1 della Direttiva 2019/771/UE statuendo che il venditore avrebbe dovuto riparare il bene al fine di ripristinarne la conformità nei casi in cui i costi di sostituzione fossero stati pari o superiori ai costi di riparazione. Dunque, il consumatore avrebbe mantenuto la possibilità di scelta fra i due rimedi manutentivi solo ove la sostituzione fosse risultata più economica della riparazione. Tale disposizione, per altro sottoposta a serrate critiche da parte della dottrina⁵⁶, non è stata comunque versata nel testo finale.

Di certo, l'enfasi riservata al rimedio della riparazione potrebbe dare nuova linfa a quelle interpretazioni a mente delle quali già ora, secondo la normativa vigente, la riparazione dovrebbe comunque ritenersi il rimedio posto in via primaria nella scala gerarchica, poiché quello meglio in grado di contemperare l'interesse dei

55 Critico nei confronti della scelta di non prevedere una vera e propria *priority of repair* nella Direttiva 2019/771/UE è MÖLLERS, T. M. J.: “The weaknesses of the sale of goods directive-dealing with legislative deficits”, *Juscivile*, 2020, p. 1186, il quale afferma che “it would have made sense for the Sale of Goods Directive to clearly state the priority of repair, i.e. not to give the consumer the right to choose between rectification of defects or replacement”; nonché TERRY, E.: “A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law”, *European Review of Private Law*, 2019, pp. 851-873.; GARCÍA GOLDAR, M., “Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)”, *Revista del Fenomeno Social*, 2021, p. 91-114. Nella letteratura italiana: BARENGHI, A.: “Osservazioni sulla nuova disciplina”, cit., p. 812; MATERA, D.M.: “Difetto di conformità”, cit., p. 464, il quale sostiene che la disciplina in parola “si rivelerebbe allora intrinsecamente incoerente. Da un lato infatti, in linea con quanto previsto nella Dir. 771/2019, dovrebbe tendere a favorire il passaggio verso un'economia circolare e un consumo maggiormente sostenibile; dall'altro, però, nel limitare la libertà di scelta del consumatore tra riparazione e sostituzione, attribuisce rilievo espresso ai soli interessi del venditore, contribuendo alla ricostruzione di un sistema in cui il consumatore sarebbe addirittura incentivato a richiedere la sostituzione.”

56 Per una ricognizione dei principali rilievi critici, v. FACCIOLI, M.: “Economia circolare”, cit., pp. 951-952.

consumatori a ottenere beni conformi con quello generale a contenere l'impatto ambientale dei consumi⁵⁷.

IV. CONCLUSIONI.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, si possono delineare alcune riflessioni conclusive.

Innanzitutto, le criticità evidenziate nelle pagine risultano depotenziare l'effettiva capacità della Direttiva 2024/1799/UE di promuovere un diffuso ricorso al rimedio della riparazione da parte dei consumatori: se, da un lato, è da guardare con favore la ribadita centralità nelle *policy* dell'Unione della difesa ambientale e della promozione dell'economia sostenibile e circolare, d'altro canto, l'interprete non può esimersi dal registrare l'assenza o, al più, la scarsa evidenza di precise scelte regolatorie che rendano davvero attrattivo per il consumatore il rimedio della riparazione. Ciò sia per quanto riguarda i rapporti con il fabbricante che quelli con il venditore di beni di consumo, e dunque nelle ipotesi di operatività della garanzia legale di cui alla Direttiva 2019/771/UE.

Guardando al rapporto fra il consumatore e il fabbricante, si deve ribadire innanzitutto come il nuovo obbligo di riparazione di cui all'art. 5 della Direttiva sia previsto solo per determinate tipologie di beni; ma, soprattutto, rileva in negativo in fatto che il legislatore europeo non abbia a monte individuato quali siano gli strumenti di implementazione di tale obbligo e le tutele offerte al consumatore nelle ipotesi di lesione del suo diritto alla riparazione. Tra l'altro, le soluzioni normative che i vari Stati membri potrebbero adottare in sede di recepimento potrebbero essere distanti fra loro, risultando così svilito il principio di massima armonizzazione che informa la Direttiva.

Venendo invece al rapporto fra il consumatore e il venditore tenuto ad offrire la riparazione, le novità introdotte poco cambiano rispetto al sistema dei rimedi delineati dalla Direttiva 2019/771/UE nel suo testo originario. La disciplina parrebbe far permanere il rimedio della riparazione meno conveniente rispetto alla sostituzione, anche dal punto di vista normativo. Dunque, il legislatore pare affidarsi alla coscienza ecologica del singolo consumatore, pur se indirizzato nelle sue scelte dai nuovi oneri informativi che gravano sui professionisti e che lo vedono come destinatario⁵⁸. In sede di recepimento, gli Stati membri potrebbero mitigare

57 Per un'analisi di queste letture ermeneutiche si rimanda a FADDA, R.: *La sostenibilità*, cit., pp.120 ss. MATERA, D.M.: "Difetto di conformità", cit., pp. 464 ss.; BERTELLI, F.: "Dichiarazioni pubbliche", cit., pp. 242 ss., la quale afferma che "l'enfasi posta dal legislatore comunitario sulla durabilità come qualità del prodotto lascia chiaramente intendere l'esigenza di aumentare la sostenibilità di produzione e consumo e ciò autorizza a prediligere la riparazione come rimedio assolutamente preferenziale, in quanto idoneo ad attuare il principio dello sviluppo sostenibile in funzione interpretativa e conformativa".

58 Il riferimento va all'obbligo informativo previsto dall'art. 6, dir. 2024/1799/UE nei rapporti fra fabbricanti e consumatori e quello di cui al nuovo par. 2 bis dell'art. 13, dir. 2019/771/UE nei rapporti fra venditori e

tali criticità, innanzitutto coordinando la nuova regola sull'allungamento del termine di operatività della garanzia con quella sull'onere della prova di cui all'art. II della direttiva 2019/771/UE: si potrebbe infatti stabilire che l'ulteriore difetto di conformità che si manifesti entro un determinato periodo dalla consegna del bene riparato, si presuma sussistente fin da quel momento, salvo prova contraria a carico del professionista.

In ogni caso, restano ancora sullo sfondo i dubbi sollevati da alcuni commentatori⁵⁹ circa la reale maggiore sostenibilità ambientale del rimedio della riparazione, soprattutto quando vengano in rilievo i costi economici e ambientali del trasporto del bene difettoso dal consumatore al riparatore e viceversa.

Andando, invece, ai profili di apprezzamento della Direttiva, può affermarsi, in un'ottica di sistema, che il recente intervento normativo permetta di evidenziare una tendenza dell'attuale diritto privato europeo dei consumi.

Non è una novità che, all'esito di un'analisi attenta, la disciplina consumeristica europea appaia portatrice di una funzione regolatoria del mercato, ossia che sussista una "funzionalizzazione dell'agire del singolo, sia esso consumatore o impresa debole, ad un interesse pubblico più generale, che è la regolazione del mercato, inteso non in senso economico, come mero *ordo naturalis*, ma in senso giuridico costruttivistico, come *ordo legalis*, conformato cioè dalle regole del diritto positivo"⁶⁰.

Una volta inserito nel sistema degli obiettivi di *policy* quello dello sviluppo sostenibile, questo inevitabilmente reagisce con la disciplina dei rapporti di consumo⁶¹ e il ruolo del consumatore quale agente regolatore del mercato muta.

consumatori. A questo si aggiungano il modulo europeo di informazione sulla riparazione e la piattaforma europea sulla riparazione di cui rispettivamente agli artt. 4 e 7 della dir. 2024/1799/UE.

59 Per alcuni rilievi critici e ulteriori riferimenti bibliografici v. FACCIOI, M.: "Economia circolare", cit., pp. 966-967.

60 MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p.101; ma sul tema v. anche Id: "Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2004, pp.1036 ss.

61 Sull'effetto potenzialmente dirompente che il principio di sostenibilità potrebbe avere sul diritto dei contratti, v. MARINO, G.: "Obsolescenza programmata, durabilità dei beni con elementi digitali e tutele del consumatore", *Persona e mercato*, 2024, pp. 189-193. L'A. afferma che "la risposta al problema della identificazione del senso presente e futuro del *consumer law* nella cornice dell'economia circolare non sembra poter essere affrontata con un occasionale e asistemico esercizio, meramente tecnico, di adeguamento e "rammendo" delle regole e delle tecniche di tutela consumeristica al cangiante scenario. [...] Piuttosto, è passaggio ineludibile una riflessione sulle fondamenta politiche e sulle *rationes* giuridiche su cui si erge il diritto dei consumatori al tempo del *Green Deal* europeo. Serve cioè un ritorno alla teoria, a un'ermeneutica e a una dogmatica assiologicamente orientate, che consenta di ripensarne principi e categorie ordinanti in un modello economico e sociale stravolto, entro il quale sopravvivono nuove e potenti istanze valoriali condensate nel principio di sostenibilità" (pp. 192-193).

Nel sistema delineato dalla Direttiva, come si è cercato di evidenziare, particolare rilievo si è dato alla sensibilità e alla “responsabilità sociale del consumatore”⁶², il quale è chiamato a scegliere un rimedio, quello della riparazione, che appare il più sconveniente dal punto di vista meramente economico.

Del ruolo fondamentale che il senso critico del consumatore assuma alla luce della fragilità della disciplina delineata pare essere consapevole anche il legislatore europeo ove prevede, l'obbligo degli Stati membri di adottare almeno una delle misure volte a promuovere la riparazione. Tra queste il Considerando 36 individua pure misure di natura non finanziaria: in particolare, esse possono includere campagne di informazione nonché misure di sostegno alle iniziative di riparazione di tipo partecipativo attraverso mezzi diretti, come la messa a disposizione di spazi per laboratori di riparazione o luoghi di riunione, ad esempio in centri comunitari o culturali. Tali interventi, in altri termini, mirano a stimolare la coscienza ecologica del consumatore, il quale è, anche in questo caso, “più un mezzo che un fine”⁶³.

In questa nuova stagione del diritto dei consumi ecologicamente orientato, il consumatore è ancora una volta tutelato in quanto strumento di promozione di un interesse più generale, che oggi non è solo la creazione e il mantenimento di un mercato concorrenziale, efficiente e dinamico, ma anche la promozione dello sviluppo sostenibile nell'interesse delle generazioni future⁶⁴.

62 Sul tema v. VESSIA, F.: “La responsabilità sociale delle imprese e dei consumatori”, *Federalismi.it*, n. 15, 2019. PERILLO, T.: “Dal consumatore “debole” al consumatore “attivo”: itinerari della “conversione ecologica”, *Ambienteditto.it*, n. 4, 2022, la quale afferma che “il consumatore ha le potenzialità per influire sui processi produttivi, così indirizzando «il mercato ad assumere comportamenti socialmente» ed ecologicamente corretti e giustificando un nuovo approccio in ordine al riconoscimento di una funzione conformativa al principio dello sviluppo (umano) sostenibile. Si transita, quindi, dalla «responsabilità sociale d'impresa» alla «responsabilità sociale del consumatore», in cui questi è sì destinatario di diritti, ma è anche soggetto di doveri, co-regolatore nel raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità” (p. 31).

63 MAZZAMUTO, S.: *Il contratto*, cit., 34.

64 MAZZAMUTO, S.: *Il contratto*, cit., 151, efficacemente afferma come “la tutela del consumatore risulta propedeutica non già alla protezione dell'interesse di consumo immediato, bensì alla salvaguardia della sopravvivenza delle generazioni future”.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. ALESSI), Giuffrè, Milano, 2005.

AA.VV.: *Class action. Commento sistematico alla L.12 aprile 2019, n. 31* (a cura di B. Sassani), Pacini, Pisa, 2019.

ALESSI, R.: "Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale", *Europa e diritto privato*, 2013.

ALPA, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019.

ATTANASIO, C.: *Obblighi legali a contrarre e tutela della concorrenza*, E.S.I., Napoli, 2022.

BARENGHI, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo", *Contratto e impresa*, 2020.

BERTELLI, F.: "L'armonizzazione massima della Direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Europa e diritto privato*, 2019.

CATERINI, E.: "Iniziativa economica privata e «crisi ecologica». Interpretazione anagogica e positivismo", in AA.VV., *Diritto europeo e legalità costituzionale a trent'anni dal volume di Pietro Perlingieri. Atti dell'Incontro di Studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, 9-10 settembre 2022, (coord. da G. PERLINGIERI, E. GIORGINI), E.S.I., Napoli, 2024.

DE CRISTOFARO, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contr.*, 2019.

DE NOVA, G.: "La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice" del consumo", *Contratti*, 2006.

FACCIOLI, M.:

- "Economia circolare e sostenibilità ambientale nel diritto dei consumatori: prime note sulla dir. 2024/1799/UE recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni", *Persona e Mercato*, 2024.
- "La durata della responsabilità del venditore e la prescrizione dei diritti del consumatore", in AA.VV.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del consumo*, (a cura di G. DE CRISTOFARO), Giappichelli, Torino, 2022.

- “La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini”, *Le nuove leggi civili commentate*, 2020.

FADDA, R.: *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, E.S.I., Napoli, 2024.

FERRANTE, E.: “La Direttiva 19/771/UE in materia di vendita a consumo: primi appunti”, *Annuario del contratto* 2018, 2019.

FERRI, C.: “L’azione inibitoria prevista dall’art. 1469-sexies c.c.”, *Riv. dir. proc.*, 1996.

GARCÍA GOLDAR, M.: “Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)”, *Revista del Fenomeno Social*, 2021.

GSELL, B.: “Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects”, in AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, a cura di E. ARROYO I AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE, Marcial Pons, 2020.

GRASSO, E.: “Una tutela giurisdizionale per l’ambiente”, *Riv. dir. proc.*, 1987.

IANDOLI, A.: “La Class action consumeristica: il nuovo ventaglio di tutele offerto dalla Direttiva n. 2020/1828 si innesta sulle orme della legge n. 31/ 2019”, *Judicium*, 2024.

IMBRUGLIA, D.: “Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori”, *Persona e mercato*, 2021.

LIPARI, R.: “Premesse per un diritto civile dell’ambiente”, *Riv. dir. civ.*, 2024.

LUMINOSO, A.: *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2021.

LUMINOSO, A. y BIN, M.: *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, CEDAM, Padova, 2003.

MARINO, G.: “Obsolescenza programmata, durabilità dei beni con elementi digitali e tutele del consumatore”, *Persona e mercato*, 2024.

MATERA, D.M.: “Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019”, *Riv. dir. priv.*, 2022.

MAZZAMUTO, S.:

- "Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2004.
- *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2020.

MÖLLERS, T. M. J.: "The weaknesses of the sale of goods directive-dealing with legislative deficits", *Juscivile*, 2020.

NARDO, G.N.: "L'azione inibitoria", *Judicium*.

NIVARRA, L.: *L'obbligo a contrarre e il mercato*, CEDAM, Padova, 1989.

OSTI, C.: *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004.

PAGLIANTINI, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della dir. 2019/2019/771/UE", *Giur. It.*, 2020.

PALUMBO, A.: "La Commissione presenta una proposta legislativa per attribuire ai consumatori un nuovo diritto alla riparazione: gli aspetti salienti e le sinergie con altre proposte", *Contr.*, 2023.

PENNASILICO, M.: "Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"", *Persona e Mercato*, 2021.

PERILLO, T.: "Dal consumatore "debole" al consumatore "attivo": itinerari della "conversione ecologica", *Ambientediritto.it*, n. 4, 2022.

PONZÙ DONATO, F.: "Danno da prodotto difettoso e diritto alla riparazione del bene", *Jus Civile*, 2, 2004.

RICCIUTO, V.: "Gli obblighi a contrarre", in AA.VV.: *I contratti in generale, Trattato dei contratti*, I, (diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI), Milano, 2006.

SARTORIS, C.: "La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE. Commento a dir. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea n. 771 del 2019", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2020.

SCOGNAMIGLIO, R.: "voce Illecito (diritto vigente)", *Noviss. Dig.*, UTET, Torino, 1962.

TERRY, E.: "A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law", *European Review of Private Law*, 2019.

TRIMARCHI, P.: "voce Illecito (Diritto privato)", *Enc. Dir.*, Vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.

VAN DER VELDEN, M.: "'Fixing the World One Thing at a Time': Community repair and a sustainable circular economy", *Journal of Cleaner Production*, 2021.

VESSIA, F.: "La responsabilità sociale delle imprese e dei consumatori", *Federalismi.it*, n. 15, 2019.

VETTORI, G.: "L'interesse delle generazioni future", *Persona e mercato*, 2023.



L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL RECESSO DEL
CONSUMATORE NEI CONTRATTI ONLINE: IL
PROBLEMA DELLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE DELLE
RESTITUZIONI

*THE 'UNBEARABLE LIGHTNESS' OF CONSUMER
WITHDRAWAL IN ONLINE CONTRACTS: THE PROBLEM OF
THE ECOLOGICAL SUSTAINABILITY OF RETURNS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 330-361

Giuseppe
MARINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2024

RESUMEN: El ensayo reflexiona sobre el derecho de desistimiento del consumidor desde la perspectiva de un análisis ecológico y comportamental del Derecho europeo del consumo, revelando un lado oscuro en cuanto al impacto medioambiental de las devoluciones derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos en línea. La contribución investiga los efectos en términos de comportamiento de los consumidores y las repercusiones ecológicas, la configurabilidad de un abuso del instrumento de protección y los remedios que puede activar el profesional. En conclusión, se proponen perspectivas plausibles de reforma de la disciplina europea del desistimiento funcionales a la construcción de un modelo de regulación del consumo sostenible.

PALABRAS CLAVE: Desistimiento del consumidor; devoluciones; contratos en línea; sostenibilidad ambiental; abuso del consumidor.

ABSTRACT: *The essay focuses on the consumer's right to withdraw from online contracts from the perspective of an ecological and behavioural analysis of European consumer law, revealing a dark side in terms of the environmental impact of returns resulting from exercising the right of withdrawal. The contribution investigates how consumer behaviour and environmental impacts are influenced, the abuse of the withdrawal right and the remedies that professionals can pursue. In conclusion, it suggests feasible revision proposals of the European legal framework concerning the consumer's right of withdrawal, with the goal of establishing a regulatory model of sustainable consumption.*

KEY WORDS: Consumer withdrawal; returns; online contracts; environmental sustainability; consumer abuse.

SUMARIO.- I. RECESSO DEL CONSUMATORE ED “ANALISI ECOLOGICA DEL DIRITTO”: IL PUNTO CIECO DELLA DISCIPLINA CONSUMERISTICA.- II. DIGRESSIONE DI TAGLIO EMPIRICO SULL'IMPATTO AMBIENTALE DELLE RESTITUZIONI DA RECESSO NEL SETTORE DELLA MODA.- III. EFFETTI COMPORTAMENTALI DELLA DISCIPLINA EUROPEA SUL RECESSO DEL CONSUMATORE E CONDOTTE OPPORTUNISTICHE DEI “RESTITUTORI SERIALI”.- IV. SEGUE. L’ “ABUSO” DEL RECESSO CONSUMERISTICO E LE TUTELE DEL PROFESSIONISTA.- V. PROPOSTE DI REVISIONE DELLA DISCIPLINA EUROPEA DEL RECESSO DEL CONSUMATORE NEI CONTRATTI CONCLUSI ONLINE.

I. RECESSO DEL CONSUMATORE ED “ANALISI ECOLOGICA DEL DIRITTO”: IL PUNTO CIECO DELLA DISCIPLINA CONSUMERISTICA.

Il recesso del consumatore rappresenta l'archetipo della “mano visibile” del legislatore europeo, ossia della curvatura in senso “regolatorio” assunta dalla disciplina privatistica che si fa *funzione* del perseguimento di obiettivi generali di politica del diritto per mezzo dei comportamenti degli agenti dei mercati regolati.¹ Nel suo terreno di coltura originario prima dei contratti porta a porta e poi di quelli a distanza, l'introduzione di uno strumento di libera e agile uscita del consumatore da vincoli negoziali conclusi attraverso modalità peculiari di perfezionamento dell'accordo si è, invero, rivelato un poderoso dispositivo di costruzione del mercato unico concorrenziale, di sviluppo della società consumeristica europea e, con il progresso tecnologico portato del ventunesimo secolo, di consolidamento ed espansione del commercio elettronico.

¹ Sulla torsione “regolatoria” del diritto privato europeo dei mercati cfr., senza pretese di completezza, nella dottrina europea COLLINS, J.: *Regulating Contracts*, Oxford, 1999; MICKLITZ, H.: “The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism”, in *EUI Law*, 2008; HESSELINK, M.W.: “Contract theory and EU contract law”, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016; COMPARATO, G.: “Public policy through private Law: introduction to a debate on European Regulatory Private Law”, *Eur. L.J.*, 2016, p. 621; Id.: “What is European Regulatory Private Law? Stakes and perspectives”, *Revue internationale de droit économique*, 2018, p. 123. Nella dottrina italiana, tra gli altri, DENOZZA, F.: “Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato “relazionale” e diritto privato “regolatorio”, *Accademia*, 2024, p. 127 ss.; ZOPPINI, A.: “Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio”, *Ars interpretandi*, 2021, p. 37; Id.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 188 ss. e 201, per il quale con questa espressione si suole intendere “l'insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o garantire coll'eteronomia il mercato concorrenziale”; BARCELLONA, M.: “L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali”, *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 329 ss.; SIRENA, P.: “L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato”, *Oss. Dir. civ. comm.*, 2014, p. 10 ss. Cfr. altresì ATTANASIO, C.: *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Per una rappresentazione della successione di tre diversi modelli nella concezione del rapporto tra diritto privato e sviluppo capitalistico si veda NIVARRA, L.: *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, passim e spec. p. 29 ss., che definisce di tipo costruttivo/omeopatico l'attuale modello normativo civilistico nella attuale terza stagione del capitalismo. Nella letteratura straniera cfr. DEAN, M.: “Foucault and the Neoliberalism Controversy”, in *The SAGE Handbook of Neoliberalism*, a cura di CAHILL, D. – COOPER, M. – KONINGS, M. e PRIMROSE, D., 2018, Londra, pp. 40-53; KENNEDY, D.: “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, a cura di TRUBEK, D.M. – SANTOS, A., Cambridge, 2006, p. 19 ss.

• Giuseppe Marino

Ricercatore *senior* in Diritto privato, abilitato alle funzioni di Professore associato, Università degli Studi di Palermo | giuseppe.marino@unipa.it.

Da siffatta prospettiva funzionalista², il recesso consumeristico ha, da un canto, risposto precipuamente all'esigenza di protezione del consumatore, irrobustendone la fiducia e la "leggerezza" nella conclusione di contratti, come quelli a distanza, aventi ad oggetto un bene del quale questi non possa sperimentare, in prima persona, la bontà, la convenienza e l'adeguatezza ai propri bisogni o gusti.³ D'altro canto, ha fatto gioco anche ai professionisti, i quali si sono giovati dell'apertura di nuovi e più efficienti canali di offerta dei propri prodotti e servizi, liberi da confini spazio-temporali e capaci di attirare schiere di potenziali clienti prima altrimenti inavvicinabili. Ne è tangibile conferma la circostanza che -come meglio si vedrà nel prosieguo dello studio- molte delle principali piattaforme del commercio *online* offrono, nell'agone concorrenziale, un'estensione contrattuale, talora anche molto significativa, dell'arco temporale entro il quale il consumatore possa far valere il proprio diritto di recesso e restituire le merci acquistate nonché una modulazione delle sue condizioni di esercizio *consumer-friendly*.

- 2 Nella riflessione sul recesso consumeristico, la dottrina italiana ha tradizionalmente privilegiato l'aspetto strutturale, i rapporti con l'istituto codicistico e con i principi del diritto comune del contratto: cfr., *ex multis*, GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; GABRIELLI, G. - PADOVINI, F.: "Recesso (diritto privato)", in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.; DE NOVA, G.: *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993; ID.: "voce Recesso", in Dig. disc. priv., sez. civ., XVI, Torino 1997, p. 314 ss.; BENEDETTI, G.: "Tutela del consumatore e autonomia contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 26 ss.; ALESSI, R.: "Consensus ad idem e responsabilità contrattuale, in Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo", a cura di MAZZAMUTO, S., Torino, 2002, p. 117 ss.; CHERUBINI, M.C.: *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005; PILIA, C., *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008; ID.: *Contratti a distanza e tutela del consumatore*, Padova, 2012; DE CRISTOFARO, G.: "La disciplina unitaria del "diritto di recesso": ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali", in I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo, a cura di DE CRISTOFARO, G., Torino, 2009, p. 351 ss. Rispetto all'evoluzione dei tratti costitutivi del recesso del consumatore si vedano, senza pretese di esaustività, BENEDETTI, A.M.: "Recesso del consumatore", in Enc. dir. Annali, IV, Milano, 2011, p. 956 ss.; ID.: "La difesa del consumatore dal contratto: la natura "ambigua" dei recessi di pentimento", in *Annali del contratto*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 3 ss.; PAGLIANTINI, S.: "L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 280 ss.; DALIA, C.: "Il recesso consumeristico da libera valutazione dell'affare", *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 500 ss.; PIGNALOSA, M.P.: *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016; CONFORTINI, C.: "A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1343 ss.; D'ACUNTO, L.: *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, Napoli, 2018. Per un'apertura della riflessione alla prospettiva degli effetti regolatori sul mercato cfr. BACCIARDI, E.: *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019; ID.: "Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, III, p. 415 ss.; MOROTTI, E.: "I frequenti recessi del consumatore e il rifiuto di contrarre del professionista nel commercio elettronico", *ivi*, 2020, p. 1369 ss.; DALMARTELLO, A.: "Il recesso del consumatore tra tutela del mercato e del soggetto debole", in *Liber Amicorum* per Aldo A. Dolmetta, a cura di GINEVRA, E. ET AL., Pisa, 2021, p. 68 ss.
- 3 Anche le ricerche giuridiche di taglio di sociologico ed empirico hanno contribuito a dimostrare gli effetti incentivanti del recesso di pentimento in termini di incremento di fiducia e di propensione all'acquisto a distanza da parte dei consumatori: cfr. EIDENMÜLLER, H.G.M.: "Why Withdrawal Rights?", *ERCL*, 2011, p. 1 ss.; SMITS, J.M.: "The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law", in Maastricht European Private Law Institute Working Paper, 2011, p. 9; LUZAK, J.A.: "To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers", in Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2013, p. 15. Sulla funzione del diritto di recesso nei meccanismi di funzionamento del mercato v. LOOS, M.B.M.: "Rights of Withdrawal", in *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, a cura di HOWELLS, G. - SCHULZE, R., Berlino, 2009, pp. 245-246; BEN-SHAHAR, O. - POSNER, E.A.: "The Right to Withdraw in Contract Law", *The Journal of Legal Studies*, 2011, p. 115 ss.; SUWELACK, T. - HOGREVE, J. - HOYER, W. D.: "Understanding Money-Back Guarantees: Cognitive, Affective, and Behavioral Outcomes", *Journal of Retailing*, 2011, pp. 462-478.

In definitiva, lungo la sua nota traiettoria evolutiva, giurisprudenziale prima⁴ e legislativa poi⁵, si è progressivamente enfatizzata l'anima *concorrenziale* del diritto di ripensamento, che risponde alla logica elementare sottesa al modello imperante di sviluppo economico lineare ed esponenziale: quanto più il consumatore agisca in una cornice di tutele tanto più consumerà, tanto più aumenteranno i livelli di produzione e di scambio e il mercato se ne gioverà⁶. Più di tutti e anche a scapito degli altri, se ne è giovato il mercato digitale, frattanto divenuto pienamente maturo, in seno al quale lo strumento del recesso ha reso possibile vincere la congenita ritrosia del consumatore ad acquistare *online* i cd. *search goods*, in relazione ai quali appare razionale la condotta di colui il quale voglia provarli, testarli, valutarli prima dell'acquisto⁷. Ne è, indubitabilmente, conseguito anche un innalzamento degli *standard* di condotta dei professionisti posti di fronte a una controparte contrattuale ora munita di un mezzo di reazione pienamente effettivo, poiché scevro da controlli e costi, rispetto a eventuali comportamenti scorretti o negligenti.

- 4 Sono note le tappe degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'UE che hanno concorso, in modo decisivo, all'evoluzione e al consolidamento dello statuto normativo del recesso del consumatore: dalla giurisprudenza Heininger (Corte giust. UE, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, in *Foro it.*, 2002, IV, 57) a quella Messner (Corte giust. UE, 10.4.2008, causa C-412/06, ivi, 2009, IV, 255), si è pervenuti ad alcune più recenti decisioni che segnano altrettanti tornanti imboccati dall'istituto nel segno di uno spiccato *favor* per il consumatore, legittimato anche a modalità di esercizio del suo diritto di tipo "opportunistico": cfr. CGUE, 23 gennaio 2019, C-430/17, in *NGCC*, 2019, p. 670 ss., con commento di RENDE, F.: "Il ruolo dell'informazione sul recesso dopo la sentenza Walbusch Walter Busch"; Corte di Giustizia UE, 9 settembre 2021, cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20, in *Pactum*, 2022, p. 282 ss., con nota di BACCIARDI, E.: "Usi e abusi del diritto di ripensamento"; Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2023, C97/22, con il commento di DALMARTELLO, A.: "Il recesso del consumatore come rimedio nel canone della Corte di giustizia UE tra regolazione del mercato e "opportunistico" della parte protetta", in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2023, p. 1 ss. Nel corso del lavoro si menzioneranno ulteriori addentellati giurisprudenziali.
- 5 L'intervento legislativo di riordino della materia si deve, com'è noto, alla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (cd. *Consumer Rights Directive*), del 25 ottobre 2011, attuata nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha abrogato la prima direttiva 97/7/CE, in materia di contratti a distanza: in dottrina si vedano PAGLIANTINI, S.: "La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese!)", *Contratti*, 2014, p. 811 ss.; CUFFARO, V.: "Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.; BATELLI, E.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti", *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 929 ss.; FARNETI, M.: "Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 959 ss.; DE CRISTOFARO, G.: "Il regime dei contratti a distanza e fuori dai locali commerciali", in *Trattato dei contratti*, diretto da ROPPO, V. - BENEDETTI, A.M., Vol. 5, Mercati regolati, Milano, 2014, p. 77 ss.; DELFINI, F.: "La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori", *Giustiziaviviva.com*, 2014, p. 7; GRANELLI, C.: "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del consumo", *Contratti*, 2015, p. 6. Cfr. altresì GRANDI, M.: "Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori", *Contr. impr./Eur.*, 2013, I, p. 45 ss.; PATTI, F.P.: "Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa", *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 1045; RIVA, I.: "La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta", *Contr. e impr. Eur.*, 2011, p. 754 ss.
- 6 In argomento si veda MICKLITZ, H.W.: "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", *EuCML*, 2019, p. 230.
- 7 In questo senso v. EIDENMÜLLER, H.G.M.: "Why Withdrawal", cit., p. 7 ss.; BECHER, S. - BAR GILL, O.: "Consumer Protection", *Harvard Public Law Working Paper* n. 18-42, 2012, p. 21, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3194411>; TWIGG-FLESNER, C. - SCHULZE, R.: "Protecting National Choice Information and the Right of Withdrawal", in *Handbook of Research on International Consumer Law*, a cura di HOWELLS, G. - RAMSAY I. - WILHELMSSON, T., Cheltenham, 2010, p. 145; SÁNCHEZ ABRIL, P. - OLIVA BLÁZQUEZ F. - MARTÍNEZ EVORA, J.: "The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law", *Dret*, 2018, p. 32; KARAMPATZOS, A.: *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model*, Londra, 2020, p. 36. Sul punto si vedano le considerazioni di DALMARTELLO, A.: "Il recesso", cit., p. 13 ss.

Rispetto a questo consolidato *status quo*, nelle più recenti politiche di mercato europeo è apparso, com'è noto, quel fattore di radicale discontinuità rappresentato dall'obiettivo generale della cd. *green transition* fissato dal *Green Deal* del 2019⁸. A far da corona, il Piano d'azione per l'economia circolare⁹ e la *New Consumer Agenda* del 2020¹⁰ hanno inaugurato una nuova stagione di regolazione del mercato informata alla *policy* della sostenibilità ambientale¹¹. Un nutrito set di atti legislativi, già varati o in avanzata fase di elaborazione, mette a partito la costruzione di un rinnovato modello normativo di consumo sostenibile e circolare, dando corpo al cd. *Consumer Refit*¹²: si pensi, tra le altre, alla nuova regolamentazione del *design* ecocompatibile dei prodotti e alle regole sulla loro durabilità, riutilizzabilità o riciclabilità dei materiali impiegati¹³, al passaporto digitale dei prodotti¹⁴, alle svariate normative sull'efficienza energetica, alla disciplina di

- 8 Com'è noto, l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea menziona lo sviluppo sostenibile quale obiettivo primario dell'Europa unita. In questa cornice, il *Green Deal* del 2019 (*Commission Communication The European Green Deal*, at 7-8, COM (2019) 640 final, 11 dicembre 2019) si propone di rendere l'Europa il primo continente a zero emissioni entro il 2050, riducendole del 55% entro il 2030.
- 9 Si vedano le due Comunicazioni della Commissione Europea del 2020, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare - Per un'Europa più pulita e più competitiva*, (COM(2020) 98 final), e *Una nuova strategia industriale per l'Europa* (COM(2020) 102 final); nonché l'*Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa* del 2021 (COM(2021) 350 final).
- 10 Tra le altre comunicazioni programmatiche della Commissione Europea sul tema si vedano: *Commission Communication Closing the Loop – An EU Action Plan for the Circular Economy*, COM (2015) 614 final, 2 dicembre 2015, p. 4; *Commission Communication Ecodesign Working Plan 2016-2019*, COM (2016) 773 final, 30 novembre 2016, p. 8; *Commission Communication, New Consumer Agenda*, COM (2020) 696 final, 13 novembre 2020, p. 5: "Il *Green Deal* europeo definisce una strategia globale per trasformare l'UE in una società equa e prospera, con un'economia climaticamente neutra, efficiente sotto il profilo delle risorse, pulita e circolare in cui la crescita economica sia dissociata dall'uso delle risorse e in cui gli impatti negativi sul capitale naturale e sulla biodiversità siano ridotti. Ciò richiede un cambiamento profondo e rapido delle abitudini e dei comportamenti per ridurre la nostra impronta ambientale in tutti i settori [...]".
- 11 Pur concepita per fini del tutto diversi, ossia risolvere problemi di teoria generale dell'interpretazione giuridica, appare opportuno richiamare la fondamentale partizione tra *policies* e *principles* formulata, com'è noto, da DWORKIN, R.: "The model of rules", *U. Chi. L. rev.*, 1967, pp. 14 e 23; ID.: *Law's Empire*, Cambridge, 1986, spec. p. 221: la "policy" è definita come "[...] that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community"; mentre "principle" è "[...] a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality". Per una proficua ripresa di tale distinzione si vedano le riflessioni di DENOZZA, F.: "Il mercato", cit., pp. 133-134.
- 12 In chiave generale, nella letteratura europea, sulla svolta sostenibile del diritto dei consumi cfr. MICKLITZ, H.W. ET AL.: "E-Commerce and the Trade-Off between Consumer Protection and Sustainability, in Publication of the Advisory Council for Consumer Affairs", 2020, p. 35, reperibile su www.svrverbraucherfragen.de/en/; MAK, V. - TERRY, E.: "Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment through Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 2020, p. 227 ss.; TERRY, E.: "The New Consumer Agenda: A Further Step Toward Sustainable Consumption?", *EuCML*, 2021, p. 10 ss.; TERRY, E. - VAN GOOL, E.: "The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce", *EuCML*, 2021, pp. 89-101; MONTI, G.: "The European Climate Law: Making the Social Market Economy Fit For?", *Common Market Law Review*, 2021, p. 1321; nonché i contributi sul volume collettaneo *Consumer Protection in a Circular Economy*, a cura di KEIRSBILCK, B. - TERRY, E., Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019.
- 13 Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE Bruxelles, 30 marzo, 2022 (COM(2022) 142 final). In letteratura, cfr. MICHEL, A.: "The design and production stage: eco-design requirements", in *Consumer Protection in a Circular Economy*, cit., p. 61 ss.
- 14 Sul passaporto digitale dei prodotti, previsto dall'art. 7 della menzionata Proposta di regolamento sull'*ecodesign*, si veda lo studio della Institute for Sustainability Leadership (CISL) della University of Cambridge e del Wuppertal Institute, *Digital Product Passport: the ticket to achieving a climate neutral and*

contrasto alle pratiche imprenditoriali di “greenwashing” e “greenhushing”¹⁵, alla novella sul diritto alla riparazione del consumatore¹⁶.

Nel *pantheon* dei valori perseguiti dal diritto privato europeo “regolatorio” fa, dunque, irruzione un protagonista inedito, e in un certo senso esoterico, qual è la sostenibilità ambientale del sistema di produzione e di consumo rispetto al modello classico di crescita tendente ad infinito del prodotto interno lordo, tipico delle economie occidentali contemporanee¹⁷. Beninteso, non nel senso che la tutela dell’ambiente sia da considerare una novità nel quadro normativo europeo, bensì che le *policies* di sostenibilità ecologica instaurano una rinnovata relazione con quelle di regolazione del mercato: non più esclusivamente mero limite esterno all’esercizio delle attività economiche, declinato secondo la logica repressiva della sanzione condensata nel principio “chi inquina, paga” scolpito dal diritto europeo primario e secondario¹⁸; piuttosto, direttrice che innerva dall’interno il modo di essere e di svolgersi del gioco concorrenziale e dei processi di produzione e scambio, orientandoli verso un paradigma di sviluppo economico non più lineare ed esponenziale, ma circolare e verde.

circular European economy?, Cambridge, 2022; nonché DUCUING, C. - REICH, R. H.: “Data governance: Digital product passports as a case study”, *Competition and Regulation in Network Industries*, 2023, pp. 3–23.

- 15 Su queste pratiche è intervenuta la recentissima Direttiva (Ue) 2024/825 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 Febbraio 2024 che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell’informazione. In modo ancor più mirato, la Proposta di Direttiva sulle *cd. green claims* Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull’attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite (direttiva sulle asserzioni ambientali), del 22 marzo 2023 (COM(2023) 166 final, approvata dal Parlamento Europeo nel marzo 2024 e sotto l’esame del Consiglio Europeo, irrobustisce le regole informative e gli strumenti di contrasto al fenomeno noto come *greenwashing*, dichiarandosi *lex specialis* in questo settore rispetto alla *lex generalis* consegnata all’UCPD.
- 16 Cfr. Direttiva (ue) 2024/1799 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828. Per una riflessione, in termini serratamente critici, sulla proposta di direttiva si vedano, in particolare, AUGENHOFER, S. ET AL.: *Feedback of the European Law Institute on the European Commission’s Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods* (COM(2023) 155 final), 2023; AUGENHOFER, S.: *European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse*, 2022, entrambi reperibili sul sito <https://www.europeanlawinstitute.eu>.
- 17 Per riflessioni di taglio generale sul tema della sostenibilità nella cornice della disciplina dei rapporti privati cfr. LIPARI, N.: “Premesse per un diritto civile dell’ambiente”, *Riv. dir. civ.*, 2024, pp. 209-228; PENNASILICO, M.: “Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”, *Persona e mercato*, 2021, p. 712 ss.; Id.: “La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civilcostituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”, *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 4 ss.; CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018; nonché IMBRUGLIA, D.: “Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori”, *Persona e mercato*, 2021, p. 495 ss.
- 18 Il vigente articolo 191, paragrafo 2, del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), secondo il quale “La politica dell’Unione in materia ambientale [...] è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”, compendia un’evoluzione normativa che si radica nell’attribuzione di una competenza alla CEE in materia ambientale da parte dell’Atto Unico Europeo di Roma nel 1987 e nel successivo Trattato di Maastricht del 1993. A tali principi dà attuazione un complesso apparato normativo nel diritto secondario dell’UE, che ruota attorno alla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale. Riflessioni lungo la traiettoria evolutiva di questa materia per tutti in SALANITRO, U.: “La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico”, *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 229 ss.; Id.: “Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema”, *Jus civile*, 2019, p. 504 ss.; Id.: “La nuova disciplina della responsabilità per danno all’ambiente”, *Danno e resp.*, 2006, p. 228 ss.

In questo mutato orizzonte, balza all'occhio come sia assente ingiustificata, tanto nei programmi di riforma del legislatore europeo e interno quanto nelle elaborazioni dottrinali, la riflessione sull'impatto ambientale sortito dalla diade esercizio del diritto di recesso da parte dei consumatori e conseguenti restituzioni dei prodotti acquistati, nello specifico ambito della conclusione di contratti a distanza, in specie *online*. Com'è intuitivo -ma verrà approfondito con più circostanziati riscontri empirici nel paragrafo seguente- il recesso del consumatore svela un lato sinora oscuro sul fronte della sua tollerabilità ecologica: ogni qualvolta, infatti, il consumatore eserciti il suo diritto di ripensamento e, per l'effetto, restituisca il bene che gli sia stato consegnato in forza del contratto dal quale si è svincolato, quella merce prodotta, imballata, distribuita e trasportata in giro per il globo andrà incontro a un nuovo trasporto, un altro imballaggio e poi a una sorte alquanto incerta, con un notevole aggravio di materiali e risorse energetiche impiegate, emissioni inquinanti, rifiuti generati.

Dall'angolo visuale di una sorta di "analisi ecologica del diritto", il recesso di pentimento del consumatore contribuisce, pertanto, ad alimentare un serio problema ambientale che, nell'epoca della transizione verde e della maturata consapevolezza dell'urgenza della crisi climatica nel mutato orizzonte assiologico, non può più essere trascurato dall'interprete. In altri termini, lungo questo suo asse portante, la legislazione consumeristica europea si rivela non soltanto digiuna della sua proiezione ambientale, quanto addirittura proclive a forme di esercizio opportunistiche e calcolatrici dello strumento di tutela da parte dei consumatori che possono risultare ecologicamente nocive.

Questo studio si propone, pertanto, di verificare in quali termini la vigente disciplina europea del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza concorra all'aggravarsi di tale fenomeno -con specifico riguardo al settore della moda e, in particolare, di quella "usa e getta" (cd. *fast fashion*), ove si palesa nelle sue sembianze più esasperate- e quali contromisure il civilista possa suggerire. Su un piano sistematico, il tema in esame diviene banco di prova sul quale vagliare la traiettoria del processo di costruzione di un paradigma nuovo di consumo e concorrenza sostenibile, che miri a creare una nuova *koinè* tra buon funzionamento del dispositivo concorrenziale, *consumer protection* e politiche di sostenibilità ambientale.

Invero, i primi cinquant'anni del diritto europeo dei consumatori sono stati immagine fedele e *longa manus* della società consumeristica di massa novecentesca, fondata su un modello economico di crescita infinita, che cospira verso un aumento *ad libitum* dei livelli di consumo e, quindi, di produzione¹⁹. Rispetto a

¹⁹ Sul punto le riflessioni di NICOLUSSI, A.: "I consumatori negli anni Settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica", *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 901 ss. Per una rappresentazione di taglio sociologico della società consumeristica v. TRENTMANN, F.: *The Empire of Things. How we Became a World of Consumers*,

questo modo di intendere il consumo -atto mondano cifra dell'*hic et nunc* che non contempla limiti di sorta- l'orizzonte della sostenibilità, e cioè della solidarietà e dell'eguaglianza in chiave diacronica, appare del tutto inconciliabile. L'operazione di "trapianto dogmatico" di valori ambientalistici, fintantoché percepiti come alieni se non addirittura idiosincratici rispetto a questo modello, sconta dunque l'alto rischio di una "crisi di rigetto". Essa deve, perciò, esser sostenuta da un processo di profondo cambiamento culturale nel quale il giurista europeo, nel ripensare le fondamenta politiche e le *rationes* giuridiche del *Consumer Law*, deve ergersi a protagonista, compenetrando le istanze di sostenibilità ambientale nei tessuti connettivi delle regole e delle tutele consumeristiche²⁰.

Sul piano metodologico, la cassetta degli attrezzi del civilista deve, pertanto, essere necessariamente integrata dall'analisi ecologica e comportamentale delle discipline di regolazione dei rapporti di mercato, ossia dalla valutazione delle ricadute sul piano della sostenibilità ambientale delle condotte "regolate" dei loro attori protagonisti²¹.

II. DIGRESSIONE DI TAGLIO EMPIRICO SULL'IMPATTO AMBIENTALE DELLE RESTITUZIONI DA RECESSO NEL SETTORE DELLA MODA.

L'industria della moda mobilita un apparato produttivo che impiega enormi quantità di materie prime, collocandosi tra i settori produttivi più inquinanti sul pianeta. La produzione tessile necessita di ingenti quantitativi di acqua, oltre che dell'utilizzo dei terreni adibiti alla coltivazione del cotone e di altre fibre. Secondo le stime del Parlamento Europeo per fabbricare una sola maglietta di

from the Fifteenth Century to the Twenty-First, Londra, 2016; BAUMAN, Z.: *Consuming Life*, trad. it., *Consumo, dunque sono*, Roma, 2007.

20 Nella letteratura europea cfr. MICKLITZ, H.W.: "Squaring the Circle?", cit., pp. 229-230; MAK, V. - TERRY, E.: "Circular Economy", cit., pp. 227-248

21 L'importanza assunta dal *background* e della risposta comportamentale del recesso europeo è evidenziata, fra gli altri, da ESPOSITO, F.: "Conceptual Foundations for a European Consumer Law and Behavioural Sciences Scholarship", in *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, a cura di MICKLITZ, H.W. – SIBONY, A.L. - ESPOSITO, F., Cheltenham, 2018, pp. 61-63; BACCIARDI, E.: "Il recesso del consumatore", cit., passim; Id., "Il nuovo statuto", cit., p. 416 ss.; KARAMPATZOS, A.: *Private Law, Nudging*, cit., passim.; LUZAK, J.A.: "To Withdraw", cit., p. 15; SMITS, J.M., "The right", cit., 9. Più in generale l'ascesa della riflessione sull'analisi comportamentale, specie nel campo dei diritti dei consumatori, nella civilistica è testimoniata dagli studi di CATERINA, R.: *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giur. dell'econ.*, 2012, p. 1 ss.; Id.: "Architettura delle scelte e tutela del consumatore", *Consum., dir. e merc.*, 2012, 73 ss.; AA.VV.: *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di CATERINA, E., Milano, 2008; ZOPPINI, A.: "Contratto ed economia comportamentale", in *Enc. Dir., I Tematici, Contratto*, diretto da D'AMICO, G., Roma, 2021, p. 314 ss. Cfr. altresì BELLANTUONO, C.: "Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto", in *Liuc Papers* n. 94; AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di ROJAS ELGUETA, G. - VARDI, N., Roma, 2014. Cfr. altresì AQUINO, P.: "Anomalie cognitive e scelte dei consumatori", *Cons., dir. e merc.*, 2008, p. 56; SIBONY, A.L.: "Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive", *EJPL*, 2014, p. 901 ss.

cotone occorrono 2.700 litri di acqua dolce, un volume pari a quanto una persona dovrebbe bere in due anni e mezzo²².

La produzione e il consumo di prodotti tessili a livello globale sono raddoppiati tra il 2000 e il 2015 e, confermando tale tendenza, entro il 2030 potrebbero triplicare. I cittadini europei consumano ogni anno quasi 26 kg di prodotti tessili e circa 5,8 milioni di tonnellate finiscono in discarica, in media 12 kg a persona²³. Questo *trend* è sospinto dall'avvento sul mercato globale della moda "usa e getta", ulteriormente accentuata dal fenomeno recente e ancor più estremo del cd. *ultra-fast fashion*²⁴. Ad amplificare le conseguenze di questo apparato ecologicamente insostenibile concorrono, in modo decisivo, gli acquisti sul web: il settore dell'abbigliamento *online* risulta fra i più rilevanti e sviluppati dell'e-commerce *business-to-consumer* europeo e mondiale.

A livello globale, si calcola che l'industria della moda sia responsabile del 10% delle emissioni globali di carbonio, un valore maggiore del totale di tutti i voli internazionali e del trasporto marittimo messi insieme. Nella sola UE, nel corso del 2020, il settore tessile è stato la terza fonte di degrado delle risorse idriche e dell'uso del suolo, il quarto settore per impatto sull'ambiente e sui cambiamenti climatici²⁵. Si stima che la produzione tessile sia responsabile di circa il

22 Cfr. il rapporto del Parlamento Europeo "L'impatto della produzione e dei rifiuti tessili sull'ambiente", del 29.12.2020 aggiornato al 27.3.2024, 2, disponibile su <https://www.europarl.europa.eu/topics/it/article/20201208STO93327/l-impatto-della-produzione-e-dei-rifiuti-tessili-sull-ambiente-infografica>.

23 Una esecrabile vicenda di antistorico imperialismo coloniale europeo racconta che, nel solo 2021, in Kenya sono arrivati 900 milioni di indumenti usati da tutto il mondo. Di questi, quasi 150 milioni provenivano dall'Unione europea e dal Regno Unito. Un quantitativo di impossibile da gestire, soprattutto perché un capo di abbigliamento su tre contiene plastica: questo flusso tossico, continuo e crescente, genera conseguenze devastanti per l'ambiente e le comunità locali. Attualmente, oltre i due terzi (69%) dei tessuti sono realizzati in fibre di plastica, come nylon, poliestere e acrilico. Essendo di plastica, derivati dai combustibili fossili, petrolio e gas, non sono biodegradabili e rimangono nell'ambiente per secoli. Invia in Kenya 3.679.390 capi di abbigliamento ogni anno. Di questi circa 1 milione è spazzatura. Anche il Cile oggi è uno dei più grandi importatori di vestiti usati: nella regione di Iquique ne arrivano ogni anno 60.000 tonnellate; di questi, meno della metà vengono effettivamente rivenduti, il grosso finisce in discariche abusive nel deserto, creando problemi giganteschi alla cittadinanza e agli ecosistemi locali. Il Deserto di Atacama, una delle meraviglie del pianeta, è diventato una discarica a cielo aperto di vestiti scartati dall'Occidente.

24 Caso di scuola è Shein, marchio di moda cinese, rappresenta il simbolo dell'*ultra-fast fashion*: produce circa 7200 nuovi modelli al giorno e mette a disposizione dei consumatori più di 470 mila prodotti. Il raffronto con altri colossi della moda come H&M e Zara, che lo scorso anno hanno immesso sul mercato complessivamente 10.000 nuovi capi, è emblematico. L'intero processo produttivo è *data-driven* e *AI based*, si fonda cioè sul controllo capillare e massivo delle tendenze legate agli abiti che la gente visiona sui social media. Il processo produttivo è rapido e organizzato e i costi talmente bassi che Shein è in grado di riprodurre una tipologia di capo, intercettata dai suoi algoritmi in rete, in meno di dieci giorni. Grazie a questo approccio, nel giro di quattro anni la startup cinese è passata da una valutazione di 5 miliardi di dollari a una di 100 (più di Zara e H&M messe assieme), superando Amazon come app più scaricata negli USA e rastrellando più di 43 milioni di acquirenti in tutto il mondo. Sulla piattaforma, che ha le sembianze dei più popolari *social network*, i capi hanno prezzi irrisori (7500 articoli in media diversi sotto i 5 euro), che il consumatore può permettersi di ordinarne in blocco per avere la possibilità di sfoggiare un outfit diverso ogni giorno, spesso con un'accentuata tendenza all'usa e getta. Sul punto si veda <https://www.fanpage.it/attualita/ultra-fast-fashion-la-moda-tossica-che-sta-soffocando-il-pianeta/>.

25 Cfr. "L'impatto della produzione e dei rifiuti tessili sull'ambiente", cit., 3-4: lo studio riporta che sono stati necessari in media nove metri cubi di acqua, 400 metri quadrati di terreno e 391 chilogrammi di materie prime per fornire abiti e scarpe per ogni cittadino dell'UE.

20% dell'inquinamento globale dell'acqua potabile a causa dei vari processi chimici cui gli abiti vanno incontro, come la tintura e la finitura, e che il lavaggio di capi sintetici rilasci ogni anno 0,5 milioni di tonnellate di microfibre nei mari²⁶. Secondo l'Agenzia europea dell'ambiente, gli acquisti di prodotti tessili nell'UE, nel 2020, hanno generato circa 270 kg di emissioni di CO₂ per persona, pari a 121 milioni di tonnellate di gas serra²⁷.

Guardando più da vicino al problema delle restituzioni di capi d'abbigliamento da parte dei consumatori, negli Stati Uniti il fenomeno è in crescita vertiginosa, tanto che nel 2023 ha raggiunto un valore commerciale pari a 100 miliardi di dollari (sia per gli acquisti *online* che in negozio)²⁸. I resi *online* sono i più frequenti con un tasso di restituzione del 17,6%. Secondo uno studio condotto da Optoro, società di logistica dei resi, nel 2022 negli USA il totale dei resi (non esclusivamente nel settore della moda) ha causato 24 milioni di tonnellate di emissioni di CO₂, l'equivalente di 5 milioni di automobili in circolazione in un anno²⁹.

Guardando al Regno Unito, la gestione del processo dei resi, nel campo dell'abbigliamento, ha generato 750 mila tonnellate di emissioni di CO₂ nel 2022. In un recente *report*, il British Fashion Council stima che il 30% degli articoli di moda comprati *online* venga restituito³⁰. Nel solo Regno Unito 23 milioni di capi di abbigliamento restituiti sono finiti in discarica o bruciati nel 2022, determinando ulteriore inquinamento del suolo, dell'acqua e dell'aria.

In Germania, i tassi di restituzione di prodotti tessili acquistati variano tra il 20 e il 50% sul totale degli acquisti, più del doppio rispetto ai prodotti elettronici che, insieme ai vestiti, rappresentano quelli più acquistati *online*.

26 Secondo il menzionato report del Parlamento Europeo "L'impatto della produzione e dei rifiuti tessili sull'ambiente", 3, un unico carico di bucato di abbigliamento in poliestere può comportare il rilascio di 700.000 fibre di microplastica che possono finire nella catena alimentare. La maggior parte delle microplastiche derivanti dai tessili viene rilasciata durante i primi lavaggi. La moda veloce si basa sulla produzione di massa a prezzi bassi e volumi di vendita elevati che promuovono numerosi primi lavaggi. Il lavaggio dei prodotti sintetici ha portato a un accumulo pari a mezzo milione di tonnellate di microplastiche sul fondo degli oceani ogni anno. Oltre a questo problema globale, l'inquinamento generato dalla produzione di abbigliamento ha un impatto devastante sulla salute delle persone locali, degli animali e degli ecosistemi dove si trovano le fabbriche.

27 Si veda l'articolo intitolato "Come rendere più sostenibili il consumo e la produzione di prodotti tessili", del 27.8.2023, reperibile sul sito dell'European Environmental Agency <https://www.eea.europa.eu/it/articles/come-rendere-piu-sostenibili-il>.

28 Sono le stime della *National Retail Federation* statunitense, disponibili su <https://nrf.com/media-center/press-releases/nrf-and-apriss-retail-report-743-billion-merchandise-retained-2023>.

29 L'indagine del 2022, intitolata "Making Returns Better for Customers, Retailers, and the Planet", è disponibile *online*: https://4771362.fs1.hubspotusercontentna1.net/hubfs/4771362/2022%20Impact%20Report/Optoro_2022%20Impact%20Report.pdf.

30 Cfr. il report del British Fashion Council <https://www.britishfashioncouncil.co.uk/bfcnews/4717/SOLVING-FASHIONS-PRODUCT-RETURNS-AI> Al primo posto di questa speciale classifica troviamo l'abbigliamento, al secondo le scarpe e al terzo le borse. In 7 miliardi di sterline è stata calcolato il costo dei resi nel 2022 per l'e-commerce del settore moda. Una perdita di profitto considerato che circa la metà degli articoli restituiti vengono rimessi in vendita scontati del 40%.

Uno studio condotto da Greenpeace Italia fornisce dati illuminanti su un campione di ventiquattro prodotti d'abbigliamento acquistati sulle piattaforme digitali di otto giganti della *fast fashion* e poi restituiti secondo le rispettive condizioni contrattuali di "reso": ne è stato tracciato il tragitto e stimata la distanza percorsa dai vari mezzi di trasporto adoperati, allo scopo di valutare l'impatto ambientale delle restituzioni³¹. I risultati di questa indagine sono allarmanti: pacchi che viaggiano anche per decine di migliaia di chilometri, venduti e resi fino a tre volte, con nessun costo sostenuto dai consumatori "pentiti", irrisori per le aziende, ma insostenibile per il pianeta³². Alla luce di questa indagine, per ciò che più rileva -ai limitati fini di questa riflessione- il solo trasporto del capo reso comporterebbe un aumento dell'impatto di 1,95 kg CO₂eq (proporzionato in base al peso), pari cioè al 24% delle emissioni di carbonio³³.

Secondo la ricerca condotta dalla società di consulenza McKinsey, il 10% dei resi della moda finisce direttamente in discarica³⁴. Per di più, dal momento che le scorte vengono aggiornate sulla base del venduto, i resi non fanno che aumentare la sovrapproduzione³⁵. Ne consegue un ulteriore aggravio nell'impiego di risorse energetiche, materiali, imballaggi ed emissioni, di difficile quantificazione³⁶.

L'istantanea che emerge da questi dati, pur nella complessità della loro interpretazione, illustra come le restituzioni di beni conseguenti all'esercizio del recesso di pentimento -strumento di tutela *par excellence* del consumatore

31 Si veda l'indagine condotta da Greenpeace Italia e da Report del febbraio 2024, dal titolo "Moda in viaggio. Il costo nascosto dei resi online: i mille giri del fast fashion che inquina il pianeta", disponibile sul sito <https://www.greenpeace.org/static/planet4-italy-stateless/2024/02/d25c1da6-inchiesta-report-1.pdf>

32 La relazione mostra che i 24 capi di abbigliamento hanno percorso circa 100.000 chilometri attraverso 13 Paesi europei (inclusa la Svizzera) e la Cina. Sette capi d'abbigliamento hanno fatto una tratta in aereo volando complessivamente per oltre 34.000 chilometri. Sono stati venduti e rivenduti complessivamente 40 volte, con una media di 1,7 vendite per capo, e resi per ben 29 volte. 14 capi su 24, pari al 58% del totale, risultavano invenduti o toccati e solo 10 effettivamente rivenduti. In media, un pacco è confezionato con 74 g di plastica e 221 g di cartone. L'impatto medio del trasporto di ogni ordine e reso è risultato pari a 2,78 kg di CO₂ equivalente (CO₂eq).

33 Così "Moda in viaggio. Il costo nascosto dei resi online: i mille giri del fast fashion che inquina il pianeta", cit., 24.

34 Si veda il rapporto stilato da McKinsey nel 2021 "Returning to order: Improving returns management for apparel companies", leggibile su <https://www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/returning-to-order-improving-returns-management-for-apparel-companies>.

35 Lo ricorda il The Guardian, in un articolo del 31 marzo 2023, significativamente intitolato "Buy. Return. Repeat ... What really happens when we send back unwanted clothes?", che si può leggere su <https://www.theguardian.com/global-development/2023/mar/31/what-happens-when-we-send-back-unwanted-clothes>.

36 Secondo la ricerca condotta da Quantis Italia, un approccio sistemico e science-based consente di mappare i processi rilevanti e di individuare fra questi gli hotspot, ovvero le aree da aggredire con priorità per ridurre. Nello scenario di base, l'hotspot principale responsabile delle emissioni di gas serra del canale di distribuzione e-commerce è rappresentato dal *packaging* di consegna, che determina il 75% delle emissioni di gas serra. La logistica di spedizione e consegna contribuisce al 15% delle emissioni di gas serra. Lo shopping online, ovvero la ricerca del prodotto su siti web e il completamento dell'acquisto online da parte del consumatore, genera invece il 7% delle emissioni di gas serra. Assumendo un tasso di reso medio del 14%, la fase di *reverse logistics* contribuisce al 3% delle emissioni di gas serra. Nel caso di *player e-commerce* puri, per i quali il tasso di reso potrebbe arrivare al 50%, l'impatto di questa categoria sale a circa il 9% delle emissioni di gas serra per ordine di acquisto.

europeo- rappresentano una significativa concausa di un drammatico problema ambientale e climatico, sul quale devono essere puntati i riflettori degli studiosi.

3. EFFETTI COMPORTAMENTALI DELLA DISCIPLINA EUROPEA SUL RECESSO DEL CONSUMATORE E CONDOTTE OPPORTUNISTICHE DEI “RESTITUTORI SERIALI”.

Si è, dunque, appreso dalle evidenze ambientali che le restituzioni di beni conseguenti all'esercizio del diritto di recesso nei contratti a distanza cospirano al peggioramento di una situazione gravemente nociva per l'ecosistema. Ne riluce, su un piano generale, la tensione che può ingenerarsi tra le ragioni di protezione del consumatore e quelle di salvaguardia dell'ambiente e le asperità che è destinato a incontrare il civilista che voglia provare a coniugare ambedue le istanze valoriali.

Pur nella tendenziale omogeneità delle sue regole di esercizio, così come fissate dalla *Consumer Rights Directive* (dir. 2011/83/UE, del 25 ottobre 2011, di seguito CRD), il recesso del consumatore è invero figura cangiante e polivalente, capace cioè di assolvere scopi diversi in ragione delle differenti modalità di negoziazione e conclusione del contratto, della sua natura e del suo oggetto. Soffermandosi “a monte” sui presupposti del recesso del consumatore nell'ambito dei contratti a distanza aventi ad oggetto il trasferimento di beni materiali, la dottrina sostiene generalmente che esso mira a correggere una condizione strutturale, non emendabile, di asimmetria informativa tra professionista e consumatore: quest'ultimo non conoscendo le caratteristiche concrete dei beni che sta acquistando, non può valutarli adeguatamente³⁷. Attribuire un “cooling-off period” consente al consumatore di scrutinare, in modo più accurato, le *search qualities* del prodotto e, dunque, ripensare alla convenienza del contratto concluso ed eventualmente sciogliere il vincolo, sterilizzandone gli effetti³⁸. Il contraente debole viene, perciò, munito di uno *spatium deliberandi* di pentimento o ripensamento dell'adeguatezza dell'affare già concluso, emendando, per tale via, possibili “fallimenti” in cui siano incorse le relazioni di mercato.

37 In questo senso, in luogo di molti, SIRENA, P.: “Effetti e vincolo”, in Tratt. del contratto, diretto da ROPPO, V., III, Effetti, a cura di COSTANZA, M., 2° ed., 2022, p. 121 ss.

38 Il considerando 37 della *Consumer Rights Directive* chiarisce che al consumatore dovrebbe essere riconosciuto il diritto di recesso poiché “nel caso delle vendite a distanza non è in grado di vedere i beni prima di concludere il contratto. Per lo stesso motivo, al consumatore dovrebbe essere consentito di testare e ispezionare i beni che ha acquistato nella misura necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni”. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è costante nel sostenere che il diritto di recesso sia “finalizzato a tutelare il consumatore nella particolare situazione di una vendita a distanza, in cui egli non ha in concreto la possibilità di visionare il bene o di prendere conoscenza delle caratteristiche del servizio prima della conclusione del contratto. Si reputa pertanto che tale diritto compensi lo svantaggio che risulta per il consumatore da un contratto a distanza, accordandogli un termine di riflessione appropriato durante il quale egli ha la possibilità di esaminare e testare il bene acquistato”: si veda CGUE, 27 marzo 2019, c-681/17, punti 34 e 42; 27 marzo 2019, c-681/17, punto 33; 23 gennaio 2019, C-430/17, punto 45, reperibili su <https://curia.europa.eu/>.

Ciò detto, mettendo invece a fuoco “a valle” l’analisi dei comportamenti degli attori del mercato ingenerati dalla regolamentazione europea e municipale del recesso del consumatore, emerge una serie di *effetti collaterali* estremamente significativi sul piano delle ripercussioni ecologiche sulle quali a momenti si tornerà³⁹.

Il riferimento corre a talune previsioni caratterizzanti della CRD: i) l’art. 9, par. 1, CRD che dispone un termine di quattordici giorni, decorrente dalla consegna del bene, per l’esercizio del diritto di recesso (recepito dall’art. 52, comma 1, cod. cons.), e il susseguente termine di ulteriori quattordici giorni per restituire i beni acquistati dal momento della comunicazione della decisione di recedere (art. 57, comma 1, cod. cons.). Entrambe le previsioni sono, com’è noto, derogabili convenzionalmente soltanto in favore del consumatore (art. 3, par. 6, CRD); ii) la disposizione che disegna il perimetro applicativo generale dello *ius poenitendi*, includendo i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza, ma non i contratti stipulati all’interno dei locali commerciali (cd. *brick-and-mortar contracts*), con previsione di armonizzazione massima (art. 4 CRD); iii) la regola che, com’è noto, sancisce che il consumatore possa recedere “senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi” (art. 9 CRD; art. 52, comma 1, cod. cons.), con eccezione di quelli previsti dalla direttiva medesima (artt. 13, par. 2 e 14, CRD; art. 56, comma 2 e 57 cod. cons.), previsioni derogabili *ex contractu* nel solo interesse del consumatore; iv) l’art. 14, par. 1, CRD ove ammette che il professionista possa impegnarsi anche a ritirare i beni dal consumatore, senza che questi debba sostenere neanche il costo della restituzione (art. 57, comma 1, cod. cons.); v) l’art. 14, par. 2, il quale chiama il consumatore a rispondere “unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni” (art. 57, comma 2, cod. cons.).

Dalla prospettiva dei professionisti, il regime di derogabilità *in melius* ha innescato un meccanismo concorrenziale in virtù del quale la quasi totalità dei giganti del *fast fashion* hanno esteso i termini entro cui esercitare il recesso ben oltre i quattordici giorni dal ricevimento dei prodotti, così da aumentare le vendite e “fidelizzare” la clientela; nonché hanno previsto che i “resi” siano totalmente gratuiti, non dovendo il consumatore sopportare alcun tipo di costo, inclusi anche quelli relativi alla spedizione⁴⁰.

39 Secondo YILMA, K: “Scope of Rights of Withdrawal vis-à-vis Auctions under the Consumer Rights Directive”, *EuCML*, 2013, IV, p. 219, il recesso può determinare tanto un problema di *buyer opportunism*, ma anche un ulteriore *adverse effect* consistente nel favorire condotte di acquisto non razionale dei consumatori.

40 Guardando alle condizioni contrattuali di recesso e restituzione dei beni acquistati dei principali colossi della moda, la tendenza appare conclamata: Zara lascia immutato il termine legale di 14 giorni dalla consegna della merce, mentre estende a 30 giorni (decorrenti però dalla spedizione degli abiti) il termine per restituzione; il ritiro dei beni restituire al domicilio del consumatore è offerto a pagamento, sono consentiti i resi di beni acquistati *online* nel punto vendita fisico. Anche H&M conferma il termine legale di 14 giorni dalla consegna della merce, ed estende a 16 giorni dalla comunicazione del recesso il termine per restituire. Le restituzioni possono essere effettuate tanto in negozio, che presso punti di raccolta e

Dall'angolo visuale dei consumatori, i caratteri distintivi della libertà, che può trascendere nell'arbitrarietà, e gratuità del recesso hanno determinato il successo dell'istituto. Per di più, oltre la linea tracciata dalla nota giurisprudenza "Messner" della Corte di Giustizia⁴¹, al consumatore si attribuisce una facoltà di "manipolare" il bene per verificarne natura, caratteristiche e funzionamento -strumentale ad una valutazione consapevole della decisione di esercitare o meno il proprio diritto di recesso- che certo non gli spetterebbe nel camerino di un locale commerciale⁴².

Questi e altri fattori hanno trascinato il commercio *online* verso gli odierni *exploit*, facendo progressivamente propendere i consumatori verso l'acquisto su piattaforma digitale piuttosto che nei negozi fisici. Ne è, altresì, scaturito un duplice ordine di effetti comportamentali su consumatori, sempre più avvezzi al meccanismo

ritiro, che con corriere gratuitamente. Zalando allunga a cento giorni dal ricevimento del prodotto il lasso temporale entro il quale il consumatore può esercitare il recesso, provvedendo alla restituzione; queste ultime sono offerte gratuitamente dal professionista anche mediante il ritiro al domicilio e il trasporto. Analogamente Temu fissa un termine di 90 giorni decorrente dalla data di acquisto per provvedere alle eventuali restituzioni (interpretabili come forma concludente di esercizio del diritto di ripensamento); si precisa che la spedizione del reso è gratuita per il primo reso di uno o più articoli per ogni ordine. Shein prevede ulteriori 45 giorni per restituire i beni acquistati dal loro ricevimento. La prima "etichetta di reso" è gratuita per ogni ordine, le spese relative alle successive spedizioni sono a carico del consumatore. Asos non apporta modificazioni contrattuali ai termini di legge per l'esercizio del recesso e le conseguenti restituzioni da parte del consumatore, prevedendo invece che quest'ultimo non sarà tenuto a sostenere alcuna spesa.

- 41 Nella menzionata decisione della Corte giust. UE, 10.4.2008, causa C-412/06, nel caso *Messner*, ove si precisa che "Tuttavia, se anche la direttiva 97/7 mira a tutelare il consumatore nella particolare situazione di un contratto a distanza, essa non è intesa ad accordargli diritti che vadano oltre quanto necessario a consentirgli di esercitare effettivamente il suo diritto di recesso. Di conseguenza, il fine della direttiva 97/7 e, in particolare, il divieto stabilito al suo art. 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, non osta, in linea di principio, alla normativa di uno Stato membro la quale imponga al consumatore il pagamento di un'equa indennità nel caso in cui egli abbia fatto uso del bene acquistato tramite un contratto a distanza in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa" (parr. 25-27). Sul punto cfr. le riflessioni di PAGLIANTINI, S.: "La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore", *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 281 ss.; RENDE, F.: Il recesso comunitario, cit., p. 545 ss.; nonché WATSON, J.: "Withdrawal Rights", in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, a cura di TWIGG-FLESNER, C., Cheltenham, 2016, p. 241 ss. Rispetto alla giurisprudenza "Messner", la Corte di Giustizia sembra aver fatto un ulteriore passo avanti in favore dei consumatori, in seno alla menzionata decisione della Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2023, C97/22: si afferma, infatti che "la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (cd. *Consumer Rights Directive*), del 25 ottobre 2011 deve essere interpretata nel senso che esonera il consumatore da qualsiasi obbligo di pagare le prestazioni fornite in esecuzione di un contratto negoziato fuori dei locali commerciali, qualora il professionista di cui trattasi non gli abbia trasmesso le informazioni di cui a tale articolo 14, paragrafo 4, lettera a), i), e tale consumatore abbia esercitato il suo diritto di recesso dopo l'esecuzione di tale contratto". Secondo DALMARTELLO, A.: "Il recesso del consumatore", cit., p. 2, "la Corte di Giustizia non nega spazi all'opportunismo rimediabile nella tutela individuale del consumatore, al quale pare riservare un ruolo non marginale, là dove conferisce una curvatura (almeno in apparenza) inedita al principio di ingiustificato arricchimento, ricostruito in chiave ancipite, distinguendo tra la pretesa del consumatore (sempre ammessa) e quella del professionista (viceversa, esclusa)". Va segnalato come si trattasse della specifica ipotesi dell'inadempimento da parte del professionista dell'obbligo informativo sulla sussistenza del diritto di recesso del consumatore in un contratto di prestazione di servizi: sul punto evidenzia BENEDETTI, A.M.: "Recesso del consumatore", cit., p. 977, nt. 124 "può ritenersi non scorretto l'uso anche intensivo ch'egli abbia fatto del bene durante il termine (lungo) per recedere, giacché egli non sapeva, per colpa del professionista inadempiente ai suoi obblighi, che il contratto poteva essere risolto facilmente e che il bene avrebbe poi dovuto essere restituito a controparte. Se l'avesse saputo, può presumersi ch'egli avrebbe usato il bene in modo diverso, o non l'avrebbe usato per niente".
- 42 Vedi LUZAK, J.A.: "To Withdraw", cit., p. 6; KARAMPATZOS, A.: *Private Law, Nudging*, cit., p. 94.

del recesso e delle restituzioni, di forte impatto sul piano ambientale⁴³. Un primo di natura “compulsiva”: il consumatore che sa di poter recedere senza dover addurre motivazioni, senza dover sostenere alcun tipo di costo, entro un ampio lasso temporale, e potendo fare del bene sostanzialmente ciò che vuole, può essere incoraggiato ad acquistare incautamente, precipitosamente e ossessivamente. Diviene, in altri termini, succube della logica per cui “*buy-first, reflect-later*”⁴⁴, che lo porterà a comprare più del voluto e molto più del necessario, conscio della possibilità di restituire senza sopportare alcun apprezzabile sacrificio. Il che sul versante della sostenibilità ecologica – tralasciando le non banali considerazioni di ordine sociologico – genera evidenti risvolti negativi, per l'aumento dei livelli di produzione, di emissioni inquinanti per imballaggi e trasporti, di sprechi e rifiuti generati⁴⁵.

Il secondo ordine di effetti, correlato al primo, è di tipo “opportunistico”: edotto del suo potere arbitrario di recesso, scevro da costi, entro un esteso arco temporale, e potendo fare del bene quasi tutto ciò che ritiene, il consumatore viene a situarsi in un'area *grigia* di *moral hazard* ove paiono legittimate forme di sfruttamento speculativo del rimedio di cui questi è stato equipaggiato in termini così laschi⁴⁶.

Dalla visuale privilegiata dei risvolti ambientali delle restituzioni da recesso, si staglia, in particolare, il problema dell'insostenibilità ecologica dei cd. restitutori seriali (*returnaholics*), soggetti che fanno abuso del congegno di tutela fondato sulla coppia recesso-restituzione⁴⁷. Diffusa è, ad esempio, la pratica del cd. *fittingrooming*, in cui i consumatori ordinano intenzionalmente più taglie e colori dello stesso capo d'abbigliamento, con l'intenzione di restituire tutti gli articoli tranne uno, mimando la funzione del camerino del negozio di vestiti⁴⁸. Altra condotta comune è il cd. *wardrobing*: un prodotto viene acquistato per un evento specifico, come un matrimonio, una festa o anche solo per produrre un contenuto digitale da

43 Cfr. SANTOS SILVA, M. – GARCÍA-MICO, T.G.: “Cooling-off hot deals. a plea for green sludge in distance sales contracts. A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts”, in *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*, Londra, 2024, spec. p. 372 ss.

44 Cfr. LOOS, M.B.M.: “Rights of Withdrawal”, cit., p. 15; nonché WATSON, J.: “Withdrawal Rights”, cit., p. 245 ss.

45 Cfr. TERRY, E. – VAN GOOL, E.: “The Role of European Consumer”, cit., spec. p. 98.

46 Sul punto v. KARAMPATZOS, A: *Private Law, Nudging*, cit., p. 88; già LOOS, M.B.M.: “Rights of Withdrawal”, cit., p. 15.

47 In tema BEN-SHAHAR, O. – PORAT, A.: “Personalizing Mandatory Rules in Contract Law”, *The University of Chicago Law Review*, 2019, p. 257, KARAMPATZOS, A: *Private Law, Nudging*, cit., p. 103; SANTOS SILVA, M. – GARCÍA-MICO, T.G.: Cooling-off hot deals, cit., p. 375. Nella dottrina italiana, un primo riferimento, seppur da una diversa prospettiva, BACCIARDI, E.: “Usi e abusi”, cit., p. 286.

48 Per un primo riferimento a studi sociologici di taglio empirico cfr. PEI, Z. – PASWAN, A.: “Consumers Legitimate and Opportunistic Product Return Behaviors in Online Shopping”, *Journal of Electronic Commerce Research*, 2018, p. 301; CHANG, H.H. – YANG, T.S.: “Consumer Rights or Unethical Behaviors: Exploring the Impacts of Retailer Return Policies”, *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2022.

pubblicare sui *social network*, anche qui pianificando di restituirlo subito dopo l'impiego al fine di ottenere il rimborso del prezzo pagato⁴⁹.

In una singolare *eterogenesi dei fini*, questo tipo di condotte “predatorie” si pongono in aperta contraddizione con lo spirito originale del recesso consumeristico, mezzo di tutela del contraente debole, rimedio a una strutturale condizione di asimmetria di potere ed informazione nella quale versa il consumatore. Lungi dall'essere espressione di un ripensamento o di un pentimento, lo strumento viene piegato a una strategia opportunistica ponderata e premeditata del consumatore, che compra già deciso a venir meno all'impegno assunto e a restituire quanto comperato, approfittando del margine di *overprotection* che la normativa in parola determina.

IV. SEGUE. L'“ABUSO” DEL RECESSO CONSUMERISTICO E LE TUTELE DEL PROFESSIONISTA.

Ci si trova, pertanto, al cospetto di pratiche commerciali sleali “alla rovescia”, tenute cioè dai consumatori nei confronti dei professionisti, tollerate, se non indotte, dalla disciplina consumeristica europea e aventi portata potenzialmente “plurioffensiva”: oltre cioè a risultare, sul piano degli interessi generali, ecologicamente insostenibili, da una prospettiva strettamente negoziale deve esserne scrutinata la compatibilità con il principio di correttezza al quale, com'è noto, tutte le parti contrattuali, anche quella astrattamente debole, devono informare le rispettive condotte⁵⁰.

49 Per un'indagine empirica HJORT, K. – LANTZ, B.: “(R)e-Tail Borrowing of Party Dresses: An Experimental Study”, 40 *Int. J. Ret. Distr. Man.*, 2002, p. 997.

50 L'attualità e la complessità del tema è corroborata dalla ricorrenza di decisioni nella quale è portata all'attenzione della Corte di Giustizia la questione del carattere abusivo dell'esercizio del rimedio del recesso da parte del consumatore, senza che tuttavia affronti in modo chiaro e rigoroso il problema, indulgendo in orientamenti “ultrapaternalistici” verso il consumatore: così è nel caso “BMW Bank” (CGUE, sentenza 21/12/2023, cause riunite n. C-38/21, C- 232/21 C- 47/21, in *Foro italiano*, 2024, n. 3, p. 152 con nota di SANTARPIA, D.: “Recesso di pentimento e abuso del diritto: il c.d. decalogo della grande sezione”; nonché il commento di PAGLIANTINI, S.: “Non tutte le civette sono la noddia di Minerva che inizia il suo volo sul far del crepuscolo: chiose, sul recesso di pentimento, a margine di ‘BMW Bank’”, *ivi*, p. 158) rispetto all'ipotesi dell'esercizio del recesso oltre l'integrale esecuzione delle prestazioni scaturenti dal contratto (di credito) dal quale il consumatore intenda svincolarsi, nel caso di inadempimento da parte del professionista dell'obbligo informativo relativo all'esistenza del diritto. Nel suo apparato argomentativo la Corte si chiede se il creditore possa eccepire l'abuso da parte del consumatore del diritto di recesso nell'ambito di un credito al consumo: in modo alquanto pilatesco, la Corte dapprima che la direttiva in materia non contiene disposizioni che disciplinino la questione dell'abuso, da parte del consumatore, dei diritti che la direttiva stessa gli conferisce; poi soggiungendo che “tuttavia, secondo una giurisprudenza consolidata, nel diritto dell'Unione esiste un principio generale di diritto secondo cui i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme del diritto dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2019, T Danmark e Y Denmark, C-116/16 e C-117/16, EU:C:2019:135, punto 70 e giurisprudenza *ivi* citata). Il rispetto di tale principio generale è obbligatorio per i singoli. Infatti, l'applicazione delle norme dell'Unione non può essere estesa sino a comprendere operazioni effettuate allo scopo di beneficiare fraudolentemente o abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione”. Analogamente, seppur in termini e contesti normativi differenti, è nel caso “Sofatutor” del recesso “postumo” da un contratto articolato in più fasi (contratto gratuito di abbonamento “in prova” di un servizio streaming che diviene a titolo oneroso, obbligando il consumatore a pagare un canone, dopo un mese di accesso e fruizione), che il consumatore pretenda di esercitare a partire dalla trasformazione in un servizio “a pagamento” (CGUE, sentenza 05/10/2023, n. C-565/22, in *Foro it.*, 2, 2024, p. 93 ss., con il commento di PAGLIANTINI,

Si dischiude, pertanto, la questione della configurabilità di un “abuso” del diritto di recesso da parte del consumatore rispetto al quale il giudizio può assumere due diverse declinazioni: un primo relativo alla sindacabilità delle motivazioni che muovano il consumatore nell'esercizio del diritto di recesso; un secondo concernente la valutazione a stregua di correttezza e buona fede della condotta da questi tenuta nel lasso di tempo durante il quale è esercitabile il diritto di ripensamento. Ciò al fine di verificare quali siano le tutele azionabili dal professionista e -per ciò che più interessa ai limitati fini di questo lavoro- se e quali effetti benefici possano sortire, sia pur indirettamente, sul piano della sostenibilità ambientale dei modelli di consumo.

Con riguardo al primo profilo, la lettera normativa europea e interna è volta, in modo incontrovertibile, a presidiare le motivazioni poste a fondamento dell'esercizio del diritto potestativo di scioglimento unilaterale del vincolo negoziale da parte del consumatore da ogni sorta di controllo (“senza dover fornire alcuna motivazione”: art. 9, par. I, CRD e art. 54, comma I, cod. cons.)⁵¹. L'insindacabilità assoluta delle ragioni sottostanti all'esercizio del potere di recesso, così reso libero e persino arbitrario, persegue manifestamente il *telos* del ribilanciamento del gioco di forza delle parti a favore del consumatore: il quale risulterebbe fortemente depotenziato, se non del tutto vanificato, ove si sottoponesse *a posteriori* al vaglio di correttezza e buona fede il movente del consumatore che il legislatore *a priori* ha voluto schermare⁵². Evidentemente, una simile lettura implica un certo tasso di cinico calcolo, azzardo morale e, dunque, *consumer overprotection*. È, invero, nella natura delle cose che uno strumento di ideale tutela generalizzata e indistinta di una classe, invece molto eterogenea, di contraenti possa in concreto esser opportunisticamente ribaltato - in certi casi e da alcuni componenti della medesima classe - in un abuso di potere, in una forma di prevaricazione sulla controparte: in una singolare inversione di ruoli e rapporti di forza tra soggetto debole e forte. Tuttavia, oltre all'improbabile difficoltà di verificare caso per caso la bontà

S.: “La boutade del recesso di pentimento plurimo ed in memoriam, pro-consumatore, del “soddisfatti o rimborsati”.

- 51 Secondo BENEDETTI, A.M.: “Recesso del consumatore”, cit., p. 97. Sul punto cfr. ATELLI, M.: “Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito “ex lege” al consumatore”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 359 ss.; nonché PILA, C.: *Accordo debole*, cit., 388. Nella dottrina europea propendono, piuttosto, per la opportunità di un sindacato secondo *good faith* dell'esercizio del recesso da parte del consumatore TERRY, E. - VAN GOOL, E.: “The Role of European Consumer”, cit., p. 99.
- 52 D'altro canto, non sembra di per sé riproducibile il (già controverso) sindacato giudiziale sull'abuso del diritto di recesso - coniato, com'è noto, dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alle modalità di esercizio del recesso *ad nutum* di fonte contrattuale ad opera del contraente forte nell'ambito della contrattazione tra imprese (l'assai nota pronuncia di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, p. 5, con commento critico di D'AMICO, G.: “Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto”) - in seno ad una fattispecie nella quale, viceversa, si è dinanzi ad un recesso libero e discrezionale riconosciuto *ex lege* al consumatore, parte negoziale debole. Il primo è un potere (auto)attribuito *ex contractu* dalla parte forte, la cui discrezionalità serve a garantire libertà e agilità nel governare le relazioni con le controparti, che può trovare in ogni caso limite nel principio generale di correttezza; mentre il secondo è un diritto riconosciuto dalla legge al contraente debole, ove l'insindacabilità assoluta delle ragioni sottostanti serve a preservarne la funzione di riequilibrio dell'asimmetria di potere tra professionisti e consumatori. Cfr. BENEDETTI, A.M.: “Recesso del consumatore”, cit., p. 977

delle motivazioni subietive del consumatore recedente, ragionare diversamente significherebbe minare alle radici l'effettività dello strumento di tutela.

D'altro canto, la perdurante incensurabilità dei motivi del recesso non equivale a ritenere che, in questo segmento dei rapporti tra professionisti e consumatore, si approdi in una sorta di *porto franco* entro il quale le condotte del consumatore siano affrancate dall'osservanza del dovere generale di correttezza. In altri termini, se lo "scudo" normativo impedisce, anche *obliqua via*, di mettere in discussione i *perché* della scelta del consumatore, non sembra invece essere inibito un controllo sul *quomodo*, vale a dire sulle modalità di esercizio del diritto da parte del consumatore e, specialmente, di (ab)uso del bene nel compasso temporale che si apre tra la conclusione del contratto e l'esercizio del recesso. Il sindacato di buona fede, precluso sul piano delle motivazioni interne del consumatore, si "riespande" allora alle forme esteriori di esercizio dello *ius poenitendi* e alle condotte da questi tenute nel predetto lasso di tempo. Così lascia intendere, d'altronde, l'art. 14, par. 2, CRD, allorché chiama il consumatore a rispondere di una diminuzione del valore del bene da restituire risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento (art. 57, comma 2, cod. cons.), nella lettura resa dalla giurisprudenza europea⁵³. Sicché il consumatore che si sia servito del bene in modo da cagionarne una riduzione di valore o un eccessivo deterioramento, e poi si sia svincolato, deve essere chiamato a risarcire il danno cagionato al professionista. Tuttavia, la logica "sanzionatoria" del risarcimento del danno non sembra offrire rimedio adeguato ai professionisti per i casi menzionati del *fittingrooming* o del *wardrobing*, i quali non necessariamente postulano una qualche forma di perdita di valore o usura dei beni comperati e poi restituiti. Più calzante rispetto ai problemi sollevati all'attenzione dell'interprete pare la via dell'indennizzo da corrispondere al professionista per l'impovertimento e il conseguente arricchimento senza (più) causa ritratto dal consumatore che abbia tratto da quel bene utilità ulteriori e improprie rispetto a quelle derivanti dall'uso consentito dal menzionato art. 14 CRD: salvo poi dover circoscrivere il perimetro delle utilità ritratte dal consumatore che siano prodotto giuridicamente rilevante della fattispecie complessa contratto-abuso-recesso, per distinguerle da quelle che in essa trovino solo una mera *occasio*⁵⁴.

53 Sul punto la riflessione di PAGLIANTINI, S.: "La forma informativa", cit., pp. 88-93; nonché GUERINONI, E.: *I contratti del consumatore: principi e regole*, Milano, 2011, p. 421 e, più di recente, BACCIARDI, E.: "Usi e abusi", cit., p. 291.

54 Si pensi esemplificativamente all'arricchimento ritratto dall'*influencer*, che abbia indossato capi acquistati e poi restituiti per un contenuto digitale pubblicato su un profilo di un *social network*, da ricondurre principalmente alla sua popolarità e, quindi al numero di *follower* e di visualizzazioni. In questa esemplificazione, si potrebbe, a ben vedere, ritenere che a monte questo tipo di *influencer* non sia affatto un consumatore perché conclude l'acquisto entro l'ambito della propria attività professionale e non sia titolare, *ab ovo*, del diritto di recesso.

Tuttavia, dalla visuale privilegiata delle ripercussioni ecologiche del recesso del consumatore, tutte queste opzioni appaiono fondate ed esplorabili ma non risolutive: anzitutto, perché postulano un contenzioso giudiziale di dimensioni abnormi; in secondo luogo, perché rimangono, almeno in parte, confinate alla logica particolare del *case by case*; infine, perché l'interesse dei professionisti -nella logica dei grandi numeri, salvo casi liminali di eccessi e reiterazioni del recesso da parte di singoli consumatori- punta a favorire il più possibile acquisti e consumi, allargando le maglie del diritto di recesso dei consumatori anche a costo di tollerarne un esercizio alquanto disinvolto.

Si rende, pertanto, necessario prospettare *de lege ferenda* soluzioni generali che ricerchino un nuovo punto di equilibrio, pur inevitabilmente precario, tra le ragioni del mercato, le esigenze di tutela del consumatore e le pressanti preoccupazioni ambientali e climatiche.

V. PROPOSTE DI REVISIONE “SOSTENIBILI” DELLA DISCIPLINA EUROPEA DEL RECESSO DEL CONSUMATORE NEI CONTRATTI ONLINE.

Lo sforzo cui è chiamato il civilista europeo nell'ipotizzare prospettive di riforma della disciplina del recesso di pentimento -uno degli strumenti più effettivi ed efficaci di riequilibrio delle posizioni di forza sul mercato, faticosamente consolidato all'*acquis* europeo di protezione del consumatore- risulta improbo e alquanto indigesto. Tuttavia, l'urgenza della crisi ambientale e climatica lo rende altrettanto ineluttabile.

Preme chiarire che l'obiettivo, ancor'oggi utopico⁵⁵, di rendere circolari e sostenibili i processi di produzione e consumo, specie nel settore della moda, esige un approccio sistemico che investa globalmente, anzitutto, le regole sulla produzione ecosostenibile, in specie sull'impiego di materiali (come le fibre tessili) riciclati e riciclabili; l'espansione del mercato del *second hand* e di nuovi modelli di *business* per il noleggio di indumenti; il contrasto alle pratiche di *greenwashing*; lo sviluppo di canali di trasporto ecologicamente più sostenibili specie nel cd. *last mile* (ad esempio i cd. *pick-up points*)⁵⁶; la gestione responsabile dei rifiuti tessili; e, infine, il rafforzamento delle tutele del consumatore per le difformità nella vendita di beni⁵⁷.

55 Secondo la menzionata relazione di Greenpeace Italia, soltanto il 3% della moda è circolare e appena 1□1% dei nuovi abiti viene prodotto a partire da vecchi vestiti.

56 Cfr. PÁLSSON, H. - PETTERSSON, F. - WINSLOTT HISÉLIUS, L.: “Energy Consumption in E-Commerce versus Conventional Trade Channels-Insights into Packaging, the Last Mile, Unsold Products and Product Returns””, *Journal of Cleaner Production*, 2017, p. 765 ss.

57 Le iniziative d'avanguardia in questo campo provengono dalla Francia: segnatamente, una recente proposta di legge (*Proposition de loi de Mme Anne-Cécile Violland et plusieurs de ses collègues visant à réduire l'impact environnemental de l'industrie textile, n°2129, déposée le mardi 30 janvier 2024*), approvata dall'Assemblea nazionale e sotto l'esame del Senato, al momento in cui si scrive, prevede che ogni e-commerce, accanto al prezzo dei prodotti, dovrà inserire informazioni sul loro impatto ambientale e messaggi che incoraggino il

Dalla dottrina europea più sensibile alla costruzione di modelli ecologicamente sostenibili di consumo sono state avanzate alcune proposte di revisione della disciplina del recesso nei contratti a distanza, tra le quali: a) la riduzione del termine entro il quale poter esercitare il diritto di recesso ed eseguire le restituzioni; b) l'imposizione di una *fee* che accompagni l'esercizio del diritto di recesso⁵⁸; c) la derogabilità dell'intera disciplina del recesso del consumatore; d) la creazione di *black-list* di consumatori che abusano del recesso di pentimento e la loro penalizzazione⁵⁹; e) la previsione di "*pre-cooling off period*", antecedenti cioè al perfezionamento dell'acquisto, per i restitutori seriali⁶⁰; f) l'estensione del novero delle eccezioni all'esercizio del diritto di recesso di cui all'art. 16 CRD⁶¹. La soluzione *sub a)*, ossia la riduzione del periodo per l'esercizio del diritto di recesso, non risulta soddisfacente per due ragioni principali. In primo luogo, può determinare un effetto di esclusione dalla protezione di un consumatore che si comporta secondo correttezza, il quale non abbia tempo sufficiente per valutare la bontà del prodotto. In secondo luogo, alcuni studi dimostrano che i consumatori sono più propensi a esercitare il diritto di recesso quando hanno a disposizione meno tempo per farlo, per la naturale inclinazione umana alla procrastinazione e il cd. *optimistic bias*, che porta i consumatori a credere che, alla fine, restituiranno tempestivamente il prodotto⁶².

Analogamente, non convincono le proposte *sub b)* e *c)* che prevedono l'imposizione di una *fee* a carico del consumatore correlata all'esercizio del diritto di recesso ovvero che optano per la natura pienamente dispositiva e derogabile della regolamentazione positiva del recesso. Vero è che consentire una scelta individuale al consumatore sul riconoscimento di siffatto diritto secondo un meccanismo di *opt-in*, che si riverberi sul prezzo del prodotto, potrebbe essere astrattamente la soluzione preferibile sul piano dell'efficienza e concorrenzialità dei mercati. Tuttavia, ciò costringerebbe il consumatore a decidere se il recesso valga l'aumento di prezzo che sarebbe tenuto a versare al professionista, con

riuso e la riparazione così da limitare le pratiche "usa e getta" tipiche del fast fashion. L'art. 2 della proposta introduce una vera e propria tassa (un sovrapprezzo che andrà da 5 a 10 euro) basata sul principio europeo della responsabilità estesa del produttore: il produttore deve, cioè, assumersi la responsabilità di gestire tutte le fasi del ciclo di vita del prodotto – dalla sua produzione al suo smaltimento – secondo il quadro normativo europeo. La tassa da aggiungere al prezzo base del capo dipenderà quindi anche dal suo impatto ambientale e dalla stima delle emissioni di carbonio connesse al suo ciclo di vita. L'ultimo articolo limita la pubblicità relativa ad articoli di *fast fashion* e *ultra-fast fashion*. Uno dei marchi citati esplicitamente nella proposta di legge è Shein, uno dei più inquinanti del settore, i cui prodotti sono stati anche al centro della nostra indagine che ha rilevato nei vestiti la presenza di sostanze chimiche pericolose superiori ai livelli consentiti dalla legislazione europea. Inoltre, in base alla menzionata proposta di legge, tutti gli introiti che verranno generati dalle sanzioni saranno usati per gestire la raccolta, lo smistamento e il trattamento dei rifiuti tessili, ma anche per erogare dei bonus alle aziende che sceglieranno di produrre i capi partendo da principi di circolarità e di finanziare campagne pubbliche sull'impatto ambientale del *fast fashion*.

58 Cfr. KARAMPATZOS, A.: *Private Law, Nudging*, cit., p. 98 ss.

59 Così WATSON, J.: "Withdrawal rights", cit., p. 247.

60 Vedi SANTOS SILVA, M. - GARCÍA-MICÓ, T.G.: "Cooling-off hot deals", cit., p. 376.

61 Cfr. TERRY, E. - VAN GOOL, E.: "The Role of European Consumer", cit., p. 97.

62 Ibidem, p. 96.

un effetto negativo sul piano dei livelli generali di protezione dei consumatori europei⁶³. Per un verso, simile scenario potrebbe sortire un *disparate impact* sui consumatori che agiscono secondo correttezza, i quali potrebbero non essere in grado o non esser disposti a pagare per la titolarità di tale diritto⁶⁴. Soprattutto, si tratta di una soluzione fortemente antidemocratica e non inclusiva, poiché tende appunto ad escludere proprio quei consumatori meno abbienti che più avrebbero bisogno di esser tutelati. Si finirebbe per seguire una logica del “prezzo” dei diritti, che rischia di penalizzare le fasce più deboli e, in ogni caso, di intaccare la libertà e genuinità della scelta del consumatore medio che preferisca risparmiare piuttosto che irrobustire il proprio ventaglio di rimedi.

Non persuasivi paiono, altresì gli approcci *sub d)* ed *e)* che suggeriscono la redazione di liste di “proscrizione” o l'imposizione di periodi di *cooling-off* anticipato: tanto per la loro dubbia effettività sul piano attuativo; quanto, soprattutto, per l'eccessiva invasività della libertà, della riservatezza, della protezione dei dati personali dei consumatori.

Con riguardo alla proposta *sub f)*, l'introduzione di due ulteriori eccezioni alle categorie di beni per i quali sia escluso l'attribuzione del diritto di recesso – come i beni che non possono essere rivenduti come nuovi⁶⁵, nonché i prodotti “monouso” non vietati dalla direttiva sulle plastiche monouso⁶⁶ – rischia di andare nella direzione dello svuotamento di contenuto precettivo la norma generale e di invertire sostanzialmente il rapporto tra regola ed eccezione⁶⁷.

63 Secondo il modello della “*mandated-choice*” suggerito dalla *Behavioural Law and Economics*, che vuol porsi in posizione mediana tra la tecnica legislativa della regola imperativa e quella della regola derogabile dai privati, imponendo una “libera, ma necessaria” scelta al consumatore tra alternative già prefissate dal legislatore: così KARAMPATZOS, A.: *Private Law, Nudging*, cit., p. 98 ss., il quale descrive il prezzo del recesso come una sorta di premio assicurativo contro il rischio di dover o voler restituire il prodotto; già EIDENMÜLLER, H.G.M.: “*Why Withdrawal*”, cit., pp. 134-139.

64 In letteratura, si veda TERRY, E. - VAN GOOL, E.: “*The Role of European Consumer*”, cit., p. 99.

65 Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, nella cornice della quale è evidentemente sinora assente ogni considerazione sul piano della sostenibilità ambientale delle condotte e delle scelte degli agenti di mercato, Cfr. BEN-SHAHAR, O - POSNER, E.A.: “*The Right to Withdraw*”, cit., p. 115, per i quali “if the depreciation of a good following consumer's use is substantial, no right of withdrawal should be permitted”.

66 Il riferimento va alla Direttiva (UE) 2019/904 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente.

67 Estremamente significativa è l'interpretazione teleologica che la CGUE (sentenza del 27 marzo 2019, c-681/17, cit.) rende dell'articolo 16, lettera e), della direttiva 2011/83 rispetto alla nozione di “beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna”, per i quali il consumatore non può vantare il diritto di recesso dal contratto di acquisto. Ad avviso del giudice europeo, si deve ritenere che tale eccezione al diritto di recesso si applica soltanto se, una volta aperto il suo imballaggio, il bene da esso contenuto non sia definitivamente più in condizione di essere commercializzato, per motivi igienici o connessi alla protezione della salute, poiché è impossibile o eccessivamente difficile, a causa della natura stessa di tale bene, che il professionista adotti misure che consentano di rimetterlo in vendita senza per questo nuocere all'una o all'altra di tali esigenze. Pertanto, secondo la Corte, tale previsione deve essere interpretata nel senso che non rientra ai sensi di tale disposizione, un bene come un materasso, la cui protezione sia stata rimossa dal consumatore dopo la consegna dello stesso. La Corte soggiunge che “sotto il profilo del diritto di recesso, un materasso può essere equiparato a un indumento”: è pacifico che numerosi indumenti, qualora siano provati conformemente alla loro destinazione, possono entrare direttamente in contatto con il corpo umano, cosa che non può essere esclusa nel caso dei materassi, senza tuttavia essere soggetti nella prassi a requisiti di

Punto di partenza di una diversa proposta risiede in ciò, che il diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza non possa *d'emblée* scomparire dalla legislazione europea e, di riflesso, essere rimesso alla libera contrattazione tra professionisti e consumatori, per l'evidente rischio di veder demolita, o fortemente compromessa, l'intera impalcatura su cui si regge il diritto europeo dei consumatori. Ciò nella consapevolezza più generale che il fine della sostenibilità ecologica del modello di produzione e consumo non possa esser perseguito passando da una radicale regressione del grado di protezione dei consumatori, quanto piuttosto per il tramite di modalità di attuazione delle tutele consumeristiche che "mettano a bilancio" anche le ricadute ambientali che ne scaturiscono.

Un primo tassello del processo di revisione della regolamentazione del recesso nei contratti conclusi *online* potrebbe essere rappresentato dalla piena inderogabilità della disciplina positiva, volta a escludere anche pattuizioni contrattuali di maggior favore per il consumatore: ciò per ridurre i margini di *consumer overprotection* attualmente consentiti e disincentivare condotte opportunistiche ecologicamente insostenibili. Sul piano delle politiche concorrenziali, i mercati digitali sono ormai talmente maturi da poter sopportare il venir meno di questo incentivo alla contrattazione a distanza, la quale anzi tende a fagocitare il commercio locale. Sul versante della protezione del consumatore, la contrazione del livello di tutela sarebbe complessivamente contenuta alla rigidità dei termini di recesso e delle conseguenziali restituzioni e alla circostanza che questi sarebbe sempre chiamato a sostenere le spese di spedizione: tali lievi modificazioni potrebbero rappresentare un primo correttivo ad una eccessiva propensione al "reso".

Accanto allo strumento più classico ed "impersonale" della disposizione di legge di natura inderogabile, limitativa dell'autonomia contrattuale di ambedue i paciscenti, deve riflettersi altresì sull'opportunità di introdurre regole che, in chiave promozionale⁶⁸, orientino e incentivino il consumatore *uti singulus* a compiere decisioni di consumo *green* anche al momento della scelta delle modalità di restituzione dei beni a seguito dell'esercizio del recesso. In chiave di personalizzazione della regola⁶⁹, pare auspicabile l'introduzione di un obbligo per

protezione speciale per evitare tale contatto al momento della prova [...] anche in caso di contatto diretto di tali beni con il corpo umano, si può presumere che il professionista sia in grado, dopo la loro restituzione dal parte del consumatore, mediante un trattamento come pulitura o disinfezione, di rendere detti beni idonei a un nuovo utilizzo da parte di un terzo e, pertanto, a una nuova commercializzazione, senza compromettere le esigenze di protezione della salute o igieniche. Tuttavia, conformemente all'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2011/83, letto alla luce del suo considerando 47, il consumatore è responsabile della diminuzione del valore di un bene risultante da manipolazioni dei beni diverse da quelle necessarie per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dello stesso, senza tuttavia decadere dal proprio diritto di recesso (v., per analogia, sentenza del 3 settembre 2009, Messner, C-489/07, EU:C:2009:502, punto 29)".

68 Sulla funzione promozionale del diritto è d'obbligo la citazione di BOBBIO, N.: "Sulla funzione promozionale del diritto", *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1969, pp. 1312-1329, ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 3 ss.

69 È sempre più consistente e variegato il panorama scientifico, specialmente dalla prospettiva dell'AEL, che mette in dubbio l'approccio impersonale *one size fits all* tipico della disposizione di legge generale e

il professionista di differenziazione dei costi delle diverse opzioni di restituzione rispetto alle quali il consumatore avrebbe facoltà (e onere) di scelta: meno onerose (ma non *zero price*) qualora siano verdi (ad esempio, in un punto di ritiro vicino casa ovvero secondo lo schema del *buy online-return in store*); per converso, con funzione deterrente, significativamente più costose se meno sostenibili. In tal modo, non si perseguirebbe la cruda logica della negoziabilità e monetizzazione dei diritti del consumatore, quanto piuttosto quella responsabilizzazione sulle ricadute ambientali delle scelte di consumo, resa più consapevole ed “appariscnte” dalla sua traduzione in termini economici. In sede di esercizio del diritto di recesso, sarà necessario, altresì, prevedere l'obbligo del professionista di fornire informazioni mirate e personalizzate volte ad accrescere la trasparenza e la conoscenza del consumatore in merito all'impatto ambientale delle diverse forme di consegna⁷⁰.

Lungo questo processo, si potrebbe, altresì, valutare la concreta fattibilità dell'introduzione di un'eccezione all'applicazione del diritto di recesso del consumatore per i contratti di acquisto *online* che abbiano ad oggetto capi d'abbigliamento al di sotto di un certo valore, al fine di scoraggiare punte estreme ecologicamente intollerabili del fenomeno della *fast fashion*.

Se queste possano rappresentare tappe intermedie che conducano al più drastico esito finale della limitazione o radicale eliminazione del diritto di recesso dalla disciplina europea dei contratti a distanza, è ancora epilogo incerto e, al momento, alquanto improbabile. Certo è, invece, che la dimensione ecologica del consumo rappresenti, tuttora, un *punto cieco* della legislazione consumeristica europea: di talché, di fronte alle incalzanti sfide della crisi ecologica e climatica rispetto alle quali l'Unione Europea si candida al ruolo di *leader* nell'assetto geopolitico globale, deve considerarsi concluso il primo capitolo della storia del diritto europeo dei consumatori e ancora tutte da scrivere le nuove pagine. In esse sembra prender forma un diritto privato dei consumatori sempre più eccentrico rispetto alle logiche del diritto comune perché sempre più “contaminato” dal perseguimento di interessi generali e pubblicistici quale la sostenibilità ambientale dei modelli di produzione e consumo.

astratta, propendendo per differenti modelli di normazione più “personalistici” affidati ora alla tecnica della *personalized default rule* ora dell'*active choice* ora della *mandated choice* dello specifico destinatario della regola: per un primo riferimento cfr. SUNSTEIN, C.: “Impersonal default rules vs. active choices vs. personalized default rules: a triptych”, 2013, disponibile sul sito: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171343; HACKER, P.: “Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates”, *Eur. Rev. Priv. Law*, 2017, pp. 651–679; BUSCH, C.: “Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law”, *Univ. Chicago Law Rev.*, pp. 309–331; BEN-SHAHAR, O. – PORAT, A.: “Personalizing mandatory”, cit., pp. 255–282; VERSTEIN, A.: “Privatizing personalized law”, ivi, pp. 551–580; CASEY, A. – NIBLETT, A.: “The death of rules and standards”, *Indiana Law J.*, 2019, pp. 1401–1447. Con specifico riguardo alla disciplina del recesso v. KARAMPATZOS, A. - ILIĆ, N.: “Law and Economics of the Withdrawal Right in EU Consumer Law”, *Review of Law & Economics*, 2023, pp. 435–452.

70 Il dovere di *disclosure* del professionista concernente le ripercussioni ambientali delle scelte del consumatore deve indubbiamente far parte della complessiva strategia normativa attraverso la quale perseguire la sostenibilità dei consumi, ma non può costituire l'unico strumento per il noto rischio di *information overloading* cui va incontro il consumatore: sul punto cfr., *ex plurimis*, BEN-SHAHAR, O. - SCHNEIDER, C.E.: *More Than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Consumer Protection in a Circular Economy*, a cura di KEIRSBILCK, B. - TERRY, E., Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019.

AA.VV.: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di ROJAS ELGUETA, G. - VARDI, N., Roma, 2014.

AA.VV.: *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di CATERINA, E., Milano, 2008;

ALESSI, R.: "Consensus ad idem e responsabilità contrattuale, in Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo", a cura di MAZZAMUTO, S., Torino, 2002.

AQUINO, P.: "Anomalie cognitive e scelte dei consumatori", *Cons., dir. e merc.*, 2008.

ATELLI, M.: "Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito "ex lege" al consumatore", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001.

ATTANASIO, C.: *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022.

AUGENHOFER, S.: *European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse*, 2022, reperibile sul sito <https://www.europeanlawinstitute.eu>.

AUGENHOFER, S. ET AL.: *Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final)*, 2023, reperibile sul sito <https://www.europeanlawinstitute.eu>.

BACCIARDI, E.: "Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori", *Nuova giur. civ. comm.*, III, 2017.

BACCIARDI, E.: *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019

BACCIARDI, E.: "Usi e abusi del diritto di ripensamento", *Pactum*, 2022.

BARCELLONA, M.: "L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali", *Eur. e dir. priv.*, 2011.

BATTELLI, E.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimordenizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti", *Eur. e dir. priv.*, 2014.

BAUMAN, Z.: *Consuming Life*, trad. it., *Consumo, dunque sono*, Roma, 2007.

BECHER, S. - BAR GILL, O.: "Consumer Protection", *Harvard Public Law Working Paper*, n. 18-42, 2012, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3194411>.

BELLANTUONO, C.: "Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto", in *Liuc Papers*, n. 94.

BEN-SHAHAR, O. – POSNER, E.A.: "The Right to Withdraw in Contract Law", *The Journal of Legal Studies*, 2011.

BEN-SHAHAR, O. - SCHNEIDER, C.E.: *More Than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014.

BEN-SHAHAR, O. – PORAT, A.: "Personalizing Mandatory Rules in Contract Law", *The University of Chicago Law Review*, 2019.

BENEDETTI, A.M.: "La difesa del consumatore dal contratto: la natura "ambigua" dei recessi di pentimento", in *Annali del contratto*, Torino, Giappichelli, 2011.

BENEDETTI, A.M.: "Recesso del consumatore", in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011.

BENEDETTI, G.: "Tutela del consumatore e autonomia contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.

BOBBIO, N.: "Sulla funzione promozionale del diritto", *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1969, ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

BUSCH, C.: "Implementing personalized law: personalized disclosures in consumer law and data privacy law", *Univ. Chicago Law Rev.*

CASEY, A. – NIBLETT, A.: "The death of rules and standards", *Indiana Law J.*, 2019.

CATERINA, R.: "Architettura delle scelte e tutela del consumatore", *Consum., dir. e merc.*, 2012.

CATERINA, R.: Psicologia della decisione e tutela del consumatore, in *Analisi giur. dell'econ.*, 2012.

CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018.

CHANG, H.H. –YANG, T.S.: “Consumer Rights or Unethical Behaviors: Exploring the Impacts of Retailer Return Policies”, *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2022.

CHERUBINI, M.C.: *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, 2005.

COLLINS, J.: *Regulating Contracts*, Oxford, 1999.

COMPARATO, G.: “Public policy through private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law”, *Eur. L.J.*, 2016.

COMPARATO, G.: “What is European Regulatory Private Law? Stakes and perspectives”, *Revue internationale de droit économique*, 2018.

CONFORTINI, C.: “A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura”, *Eur. dir. priv.*, 2017.

CUFFARO, V.: “Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21”, *Corr. giur.*, 2014.

D'ACUNTO, L.: *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, Napoli, 2018.

D'AMICO, G.: “Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto”, in *I contratti*, 2010.

DALIA, C.: “Il recesso consumeristico da libera valutazione dell'affare”, *Riv. dir. priv.*, 2015.

DALMARTELLO, A.: “Il recesso del consumatore tra tutela del mercato e del soggetto debole”, in *Liber Amicorum per Aldo A. Dolmetta*, a cura di GINEVRA, E. ET AL., Pisa, 2021.

DALMARTELLO, A.: “Il recesso del consumatore come rimedio nel canone della Corte di giustizia UE tra regolazione del mercato e “opportunismo” della parte protetta”, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2023.

DE CRISTOFARO, G.: “La disciplina unitaria del “diritto di recesso”: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali”, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di DE CRISTOFARO, G., Torino, 2009.

DE CRISTOFARO, G.: “Il regime dei contratti a distanza e fuori dai locali commerciali”, in *Trattato dei contratti*, diretto da ROPPO, V. - BENEDETTI, A.M., Vol. 5, Mercati regolati, Milano, 2014.

DE NOVA, G.: *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993.

DE NOVA, G.: "voce Recesso", in Dig. disc. priv., sez. civ., XVI, Torino 1997.

DEAN, M.: "Foucault and the Neoliberalism Controversy", in *The SAGE Handbook of Neoliberalism*, a cura di CAHILL, D. – COOPER, M. – KONINGS, M. E PRIMROSE, D., Londra, 2018.

DELFINI, F.: "La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori", *Giustiziacivile.com*, 2014.

DENOZZA, F.: "Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio", *Accademia*, 2024.

DUCUING, C. - REICH, R. H.: "Data governance: Digital product passports as a case study", *Competition and Regulation in Network Industries*, 2023.

DWORKIN, R.: "The model of rules", *U. Chi. L. rev.*, 1967.

DWORKIN, R.: *Law's Empire*, Cambridge, 1986.

EIDENMÜLLER, H.G.M.: "Why Withdrawal Rights?", *ERCL*, 2011.

ESPOSITO, F.: "Conceptual Foundations for a European Consumer Law and Behavioural Sciences Scholarship", in *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, a cura di MICKLITZ, H.W. – SIBONY, A.L. - ESPOSITO, F., Cheltenham, 2018.

FARNETI, M.: "Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014.

GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985,

GABRIELLI, G. - PADOVINI, F.: "Recesso (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

GRANDI, M.: "Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori", *Contr. impr./Eur.*, I, 2013.

GRANELLI, C.: "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del consumo", *Contratti*, 2015.

GUERINONI, E.: *I contratti del consumatore: principi e regole*, Milano, 2011.

HACKER, P.: "Personalizing EU private law: from disclosures to nudges and mandates", *Eur. Rev. Priv. Law*, 2017.

HESELINK, M.W.: "Contract theory and EU contract law", in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016.

HJORT, K. – LANTZ, B.: "(R)e-Tail Borrowing of Party Dresses: An Experimental Study", 40 *Int. J. Ret. Distr. Man.*, 2002.

IMBRUGLIA, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Persona e mercato*, 2021.

KARAMPATZOS, A.: *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model*, Londra, 2020.

KARAMPATZOS, A. - ILIĆ, N.: "Law and Economics of the Withdrawal Right in EU Consumer Law", *Review of Law & Economics*, 2023.

KENNEDY, D.: "Three Globalizations of Law and Legal Thought", in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, a cura di TRUBEK, D.M. – SANTOS, A., Cambridge, 2006.

LIPARI, N.: "Premesse per un diritto civile dell'ambiente", *Riv. dir. civ.*, 2024.

LOOS, M.B.M.: "Rights of Withdrawal", in *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, a cura di HOWELLS, G. – SCHULZE, R., Berlino, 2009.

LUZAK, J.A.: "To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers", in *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2013.

MAK, V. - TERRY, E.: "Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment through Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 2020, p. 227 ss.

MICHEL, A.: "The design and production stage: ecodesign requirements", in *Consumer Protection in a Circular Economy*, a cura di KEIRSBILCK, B. - TERRY, E., Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019.

MICKLITZ, H.: "The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism", in *EUI Law*, 2008

MICKLITZ, H.W.: "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", *EuCML*, 2019.

MICKLITZ, H.W. ET AL.: "E-Commerce and the Trade-Off between Consumer Protection and Sustainability", in Publication of the Advisory Council for Consumer Affairs, 2020, reperibile su www.svrverbraucherfragen.de/en/

MONTI, G.: "The European Climate Law: Making the Social Market Economy Fit For?", *Common Market Law Review*, 2021.

MOROTTI, E.: "I frequenti recessi del consumatore e il rifiuto di contrarre del professionista nel commercio elettronico", *ivi*, 2020.

NICOLUSSI, A.: "I consumatori negli anni Settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica", *Eur. e dir. priv.*, 2007.

NIVARRA, L.: *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010.

PAGLIANTINI, S.: "La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore", *Riv. dir. civ.*, II, 2010.

PAGLIANTINI, S.: "La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese?)", *Contratti*, 2014.

PAGLIANTINI, S.: "L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento", *Riv. dir. civ.*, 2015.

PAGLIANTINI, S.: "La boutade del recesso di pentimento plurimo ed in memoriam, pro-consumatore, del "soddisfatti o rimborsati", in *Foro it.*, I, 2024.

PAGLIANTINI, S.: "Non tutte le civette sono la noddola di Minerva che inizia il suo volo sul far del crepuscolo: chiose, sul recesso di pentimento, a margine di 'BMW Bank'", in *Foro italiano*, I, 2024.

PÄLSSON, H. – PETTERSSON, F. - WINSLOTT HISELIUS, L.: "Energy Consumption in E-Commerce versus Conventional Trade Channels-Insights into Packaging, the Last Mile, Unsold Products and Product Returns", *Journal of Cleaner Production*, 2017.

PATTI, F.P.: "Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa", *Eur. e dir. priv.*, 2012.

PEI, Z. – PASWAN, A.: "Consumers Legitimate and Opportunistic Product Return Behaviors in Online Shopping", *Journal of Electronic Commerce Research*, 2018.

PENNASILICO, M.: “La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civilcostituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”, *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020.

PENNASILICO, M.: “Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”, *Persona e mercato*, 2021.

PIGNALOSA, M.P.: *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016.

PILIA, C., *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008; ID.: *Contratti a distanza e tutela del consumatore*, Padova, 2012.

RENDE, F.: “Il ruolo dell’informazione sul recesso dopo la sentenza Walbusch Walter Busch”, in *NGCC*, 2019.

RIVA, I.: ““La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta”, *Contr. e impr. Eur.*, 2011.

SALANITRO, U.: “La nuova disciplina della responsabilità per danno all’ambiente”, *Danno e resp.*, 2006.

SALANITRO, U.: “Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema”, *Jus civile*, 2019.

SALANITRO, U.: “La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico”, *Riv. dir. civ.*, 2024.

SÁNCHEZ ABRIL, P. - OLIVA BLÁZQUEZ F. - MARTÍNEZ EVORA, J.: “The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law”, *Dret*, 2018.

SANTARPIA, D.: “Recesso di pentimento e abuso del diritto: il c.d. decalogo della grande sezione”, in *Foro italiano*, I, 2024.

SANTOS SILVA, M. – GARCÍA-MICÓ, T.G.: “Cooling-off hot deals. a plea for green sludge in distance sales contracts. A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts”, in *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*, Londra, 2024.

SIBONY, A.L.: “Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive”, *EJPL*, 2014.

SIRENA, P.: “L’europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato”, *Oss. Dir. civ. comm.*, 2014.

SIRENA, P.: "Effetti e vincolo", in Tratt. del contratto, diretto da ROPPO, V., III, Effetti, a cura di COSTANZA, M., 2° ed., 2022.

SMITS, J.M.: "The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law", in Maastricht European Private Law Institute Working Paper, 2011.

SUNSTEIN, C.: "Impersonal default rules vs. active choices vs. personalized default rules: a triptych", 2013, disponibile sul sito: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171343.

SUWELACK, T. – HOGREVE, J. – HOYER, W. D.: "Understanding Money-Back Guarantees: Cognitive, Affective, and Behavioral Outcomes", *Journal of Retailing*, 2011.

TERRY, E.: "The New Consumer Agenda: A Further Step Toward Sustainable Consumption?", *EuCML*, 2021.

TERRY, E. - VAN GOOL, E.: "The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce", *EuCML*, 2021.

TRENTMANN, F.: *The Empire of Things. How we Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*, Londra, 2016.

TWIGG-FLESNER, C. – SCHULZE, R.: "Protecting National Choice Information and the Right of Withdrawal", in Handbook of Research on International Consumer Law, a cura di HOWELLS, G. - RAMSAY I. - WILHELMSSON, T., Cheltenham, 2010.

VERSTEIN, A.: "Privatizing personalized law", *Univ. Chicago Law Rev.*

WATSON, J.: "Withdrawal Rights", in Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, a cura di TWIGG-FLESNER, C., Cheltenham, 2016.

YILMA, K.: "Scope of Rights of Withdrawal vis-à-vis Auctions under the Consumer Rights Directive", *EuCML*, IV, 2013.

ZOPPINI, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

ZOPPINI, A.: "Contratto ed economia comportamentale", in *Enc. Dir.*, I Tematici, Contratto, diretto da D'AMICO, G., Roma, 2021.

ZOPPINI, A.: "Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio", *Ars interpretandi*, 2021.

LA VALIDEZ JURÍDICA DE LAS PRÓRROGAS DE LOS
CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES
INMUEBLES PERTENECIENTES A MENORES SUJETOS A
PATRIA POTESTAD*

*THE LEGAL VALIDITY OF EXTENSIONS OF LEASE
AGREEMENTS FOR REAL ESTATE BELONGING TO MINORS
SUBJECT TO PARENTAL AUTHORITY*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 362-383

* El presente trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación en el CIJE de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto financiada por la Convocatoria submodalidad 3.I "Estancias breves en centros de investigación extranjeros", del Plan Propio de Investigación "Enrique Aguilar Benítez de Lugo" 2024 de la Universidad de Córdoba, y es parte del Proyecto I+D+i PID2023-151074NB-C22, "La representación y el Derecho Civil. presente y futuro", concedido a la Universidad de Córdoba (España), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación (10.13039/501100011033) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional UE. Investigador Principal. Prof. Dr. Ignacio Gallego Domínguez, Catedrático de la Universidad de Córdoba.

María del Pilar
MESA TORRES

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Los padres no podrán dar en arrendamiento bienes inmuebles por un plazo superior a seis años sin autorización judicial previa, conforme al límite establecido por el art. 1548 CC, al considerarse actos de administración extraordinaria o dispositivos. En cambio, los arrendamientos inferiores a seis años se clasifican como actos de administración ordinaria y no requieren de autorización judicial. Sin embargo, el art. 10 LAU introduce una aparente excepción al prever prórrogas automáticas tras los primeros cinco años, permitiendo que la duración efectiva del contrato supere el límite de seis años sin necesidad de un nuevo acuerdo. Este artículo analiza la validez de estos contratos que, aunque respetan inicialmente el límite impuesto por el art. 1548 CC, terminan extendiéndose más allá del mismo mediante las prórrogas previstas en la LAU. Asimismo, el estudio ofrece una visión del derecho comparado con el derecho civil foral o especial de Aragón y Cataluña, así como con la legislación civil portuguesa.

PALABRAS CLAVE: Prórroga de arrendamientos; menores; autorización judicial; patria potestad; actos de administración extraordinaria.

ABSTRACT: Parents may not lease real estate for a term exceeding six years without prior judicial authorization, in accordance with the limit established by Article 1548 of the Spanish Civil Code (CC), as such leases are considered acts of extraordinary administration or disposition. In contrast, leases for terms shorter than six years are classified as ordinary administrative acts and do not require judicial authorization. However, Article 10 of the Urban Lease Act (LAU) introduces an apparent exception by allowing automatic extensions after the first five years, thereby enabling the actual duration of the lease to exceed the six-year limit without requiring a new agreement. This article analyzes the validity of such contracts which, while initially complying with the six-year limit imposed by Article 1548 of the CC, ultimately extend beyond this limit through the extensions provided under the LAU. Additionally, the study offers a comparative perspective with the regional civil law of Aragón and Catalonia, as well as Portuguese civil legislation.

KEY WORDS: Extension of leases; minors; judicial authorization; parental authority; acts of extraordinary administration.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES DE MENORES NO EMANCIPADOS POR LOS PROGENITORES EN EL CÓDIGO CIVIL.- III. CONCORDANCIAS CON LA TUTELA DE MENORES.- IV. LAS PRÓRROGAS DE LOS ARRENDAMIENTOS DE BIENES INMUEBLES URBANOS.- I. Prórrogas obligatorias.- 2. Prórrogas voluntarias.- 3. Prórrogas extraordinarias.- V. CONCORDANCIAS CON LOS DERECHOS CIVILES FORALES O ESPECIALES.- VI. CONCORDANCIAS CON LA LEGISLACIÓN CIVIL PORTUGUESA.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La institución de la patria potestad ha evolucionado en el ordenamiento jurídico español, adaptándose a los cambios sociales y legislativos, que buscan priorizar el interés superior del menor. Según CASTÁN VÁZQUEZ¹, la patria potestad constituye un conjunto de derechos y deberes de los que se valen los progenitores sobre la persona y patrimonio del menor, para realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.

De este modo, la patria potestad trasciende la noción tradicional de autoridad sobre el menor, incorporando elementos de responsabilidad parental². Este cambio de paradigma fue reforzado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, al establecer en el art- 154 del Código Civil -en adelante CC-, que la patria potestad debe ejercerse siempre “en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”³. Así, el derecho de los progenitores queda subordinado al bienestar del menor, orientándose a la defensa de sus intereses en todas las decisiones que afectan a su persona y patrimonio⁴.

1 CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^º: *La patria potestad*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 9-10.

2 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, Familia*, 4ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 390-391. La patria potestad se entiende como una función dual de ambos progenitores, que el ordenamiento jurídico reconoce y califica como responsabilidad parental, otorgándoles una serie de facultades y obligándoles al cumplimiento de deberes y funciones.

3 Al respecto, cabe citar la STS 24 abril 2000 (RJ\2000, 2982). En su FJ. 1.º, recoge expresamente: “La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2)”.

4 La primera vez que aparece la expresión «interés del menor» es en la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1386 de la Asamblea General), que en su Principio 7.º dispone

• María del Pilar Mesa Torres

Profesora Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, acreditada a Profesora Contratada Doctora por la ANECA. Correo electrónico: d02metom@uco.es.

En lo que respecta a los bienes de los menores, el régimen patrimonial bajo la patria potestad incluye actos de administración que, conforme al art. 164 CC, deben realizarse “con la misma diligencia que los suyos propios”. Sin embargo, ciertos actos de disposición, como los arrendamientos de inmuebles por plazos superiores a seis años, requieren autorización judicial según el art. 1548 CC. Este límite temporal busca equilibrar la autonomía de los progenitores en la gestión de los bienes de sus hijos con la necesidad de proteger su patrimonio frente a decisiones que podrían comprometer su estabilidad económica a largo plazo.

El presente trabajo analiza la validez jurídica de las prórrogas en contratos de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a menores sujetos a patria potestad, cuyo plazo inicial de seis años se ha extendido mediante prórrogas automáticas, excediendo así el límite que exige autorización judicial previa para los actos de administración extraordinaria, de conformidad con el art. 1548 CC. Además, se ofrece una visión comparada con el derecho civil foral o especial de Aragón y Cataluña, así como con el ordenamiento jurídico portugués, aportando una visión comparada que enriquece este estudio.

II. EL ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES DE MENORES POR LOS PROGENITORES EN EL CÓDIGO CIVIL.

La cesión en arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a menores ha sido tradicionalmente objeto de cautela, debido al riesgo de que tales contratos, especialmente los de larga duración, puedan tener un impacto en el patrimonio del menor, equiparable al de los actos de disposición. Como señala PARRA LUCÁN⁵, la prolongada ocupación de un bien por parte de un arrendatario puede limitar tanto el uso y disfrute del propietario, como las posibilidades de disponer del bien, al dificultar la búsqueda de compradores interesados. En estos casos, el contrato podría asimilarse a un gravamen que disminuye considerablemente el valor del bien.

El art. 166 CC establece límites en la administración y disposición de los bienes de los menores por parte de sus progenitores. En concreto, prohíbe la enajenación o el gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo en casos de necesidad o utilidad justificada y previa autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal. Asimismo, el mencionado precepto, en su párrafo tercero, permite que los menores mayores de dieciséis años consientan ciertos actos en documento público, eximiendo así la necesidad de autorización judicial.

que “[e]l interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen responsabilidad de su educación y orientación”.

5 PARRA LUCÁN, M.^a. A.: “Comentario a los artículos 271 a 273 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2426.

Los actos que no estén sujetos a esta limitación pueden ser realizados libremente por los titulares de la patria potestad, y, por tanto, atendiendo al art. 166 CC, se establece una diferenciación fundamental entre actos de administración ordinaria y de disposición. En este sentido, PARRA LUCÁN⁶ subraya que la autorización judicial en los actos de disposición no actúa como un complemento de capacidad, sino como un elemento esencial del acto, destinado a proteger los intereses del menor. Por su parte, GALLEGU DOMÍNGUEZ⁷ aboga por una interpretación amplia del concepto de “administración”, que abarque tanto los actos de administración en sentido estricto -entre los que se encuentran los actos de conservación, los actos encaminados a obtener rendimientos de los bienes-, como los de disposición -refiriéndose a estos últimos, de modo particular, el art. 166 CC, estableciendo ciertas limitaciones-. Este autor señala que “[p]or actos de administración debemos entender aquellos referidos a la conservación y defensa de los bienes, o a la explotación necesaria para la obtención de frutos y reinversión de los mismos, mientras que, por actos de disposición, debemos entender aquellos comprensivos de la enajenación o gravamen de los bienes, aquellos que suponen su enajenación o salida del patrimonio del menor, los actos de gravamen o imposición de derechos que comprometen el destino de los bienes de modo duradero”⁸.

El arrendamiento de bienes inmuebles no está incluido de manera expresa, entre los actos que requieren autorización judicial, según el art. 166 CC. Sin embargo, esta necesidad surge cuando la duración del contrato supera los seis años, conforme al art. 1548 CC, que dispone que los progenitores o tutores no podrán dar en arrendamiento bienes del menor, por un plazo superior a seis años sin contar con autorización judicial. En tales casos, dicho contrato deja de considerarse un acto de mera administración, y se califica como un acto de disposición o de administración extraordinaria⁹.

Este criterio ha sido confirmado por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -en adelante DGSJFP- de 27 de septiembre de 2023¹⁰, subraya que la duración del arrendamiento determina su naturaleza

6 PARRA LUCÁN, M.ª. A.: “Comentario a los artículos 271 a 273 del Código Civil”, cit., pp. 2433-2434.

7 GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: “Bienes y derechos de los menores de edad excluidos de la administración de los padres que ejercen la patria potestad en el Derecho español”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, La Ley-Uruguay, núm. 19, 2022, p. 1002 y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: “Comentarios a los artículos 164 a 168 del CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2021, p. 338.

8 GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: “La disposición a título oneroso de acciones y de participaciones titularidad de menores de edad bajo patria potestad”, en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez*, tomo I, (dir. por F. YÁÑEZ VIVERO, M.ª. B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DONADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ, E. ABAD ARENAS), Dykinson, 2023, p. 1360.

9 SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Comentario al artículo 1548 del CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil. T. IV. Arts. 1156 a 1582* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 6997.

10 La Resolución DGSJFP, de 27 de septiembre de 2023. En concreto, en su hecho primero recoge expresamente: “[...] por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del arrendamiento, se trata de una

jurídica, considerándose dispositivo o de administración extraordinaria si excede de seis años. Por su parte, la STS de 3 de diciembre de 1954¹¹ refuerza este criterio al señalar que los contratos de arrendamiento por más de seis años se consideran actos de disposición debido a su larga duración y la trascendencia económica del bien, requiriendo la necesidad de autorización judicial¹².

Asimismo, la SAP La Rioja, de 23 de noviembre de 2023¹³, destaca que los contratos de arrendamiento con una duración superior a seis años no constituyen actos de mera administración o gestión, sino que, debido a su trascendencia económica y la afectación al bien, deben considerarse actos de disposición¹⁴.

III. CONCORDANCIAS CON LA TUTELA DE MENORES.

El art. 287 CC regula los actos de disposición que los tutores pueden realizar en relación con los bienes de sus pupilos y que requieren autorización judicial previa. Este precepto, que regula la curatela representativa de las personas con discapacidad, se aplica supletoriamente a la tutela de menores, según lo dispuesto en el art. 224 CC. Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el legislador ha mantenido el régimen de autorizaciones judiciales previsto en el anterior art. 271 CC, con el objetivo de controlar las actuaciones del tutor en aquellos casos de mayor relevancia personal y patrimonial, introduciendo además, nuevos supuestos

cuestión tradicionalmente debatida y cuya resolución recae hoy en la duración del mismo. En ese sentido, tal y como tiene declarado la DGSJyFP "resultan ilustrativos los artículos 271.7.º (hoy 287.2.º) y 1548 CC que, para los casos de arrendamientos concertados por tutores o padres, solo exigen autorización judicial cuando el contrato tenga una duración superior a seis años; es decir, se considera acto de disposición cuando supera este plazo. Y, en el mismo sentido, la jurisprudencia del TS, partiendo de la consideración del arriendo, en general, como acto de administración, lo reputa dispositivo cuando por su duración (que ha venido fijando en más de seis años) pueda ser calificado de tal" [R. 26-I-2015; R. 9-I-2020; R. 15-7-2021]"

- 11 STS 3 diciembre 1954. La Sentencia dispone lo siguiente: "[...] cualquiera que sean las dudas que puedan suscitar las opiniones de los autores, sin fuerza de doctrina legal, en torno a la naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento, es lo cierto que, en nuestro sistema positivo, constituye, por regla general, un acto de mera administración, a no ser que se concierte por un plazo de duración superior a seis años, ya que, en tal supuesto, le están reconocidos, por virtud de la instrucción, ciertos efectos reales frente al adquirente ulterior, según lo prevenido en el artículo 1.561 del Código Civil, en relación con el párrafo quinto del artículo segundo de la ley Hipotecaria, sin que, por eso, pierda su carácter de relación esencialmente obligatoria, como tiene declarado esta Sala, ello aparte de que fuese una u otra naturaleza de la institución, tal problema carece de trascendencia en el presente caso, por cuanto concretamente lo resuelve el artículo 1.548 del repetido Código, al autorizar, de modo explícito, al padre para arrendar los bienes de su hijo por plazo que no exceda del referido; por lo que el fallo impugnado no incide en la infracción del artículo 164 y doctrina legal que se invoca en el motivo primero".
- 12 Asimismo, cabe citar en este sentido las SSTs 7 marzo 1996; 24 abril 1999; 10 junio 2010 (RJ\2010\5387).
- 13 SAP La Rioja 23 noviembre 2023 (JUR\2024\73396). Así lo señala expresamente en su Fundamento de Derecho quinto: "[...] un arrendamiento por tiempo superior a seis años no es un acto de mera gestión o administración de un inmueble, sino un negocio que por su trascendencia económica y por la afectación del bien, se equipara a los actos de disposición. Y no es preciso, porque el artículo 271.6 Código Civil vigente en la fecha de celebración del contrato, establecía paladina y claramente la exigencia de autorización judicial previa para un negocio de este tipo".
- 14 Véase SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Comentario al artículo 1548 del CC", cit., p. 6998.

concretos que refuerzan dicho control y prescinden de fórmulas genéricas, como las que se referían a actos que comprometían gravemente el patrimonio de la persona bajo tutela¹⁵.

El art. 287 CC, de contenido similar al art. 166 CC, y, en consecuencia, es de aplicabilidad por analogía, así como los pronunciamientos judiciales sobre la materia. La normativa sobre los actos de disposición en la administración de los bienes de los menores, tanto en el ámbito de la patria potestad como en la tutela, refleja una protección reforzada de los intereses del menor, especialmente cuando dichos actos exceden la gestión ordinaria.

En particular, el art. 287.2° CC exige autorización judicial para actos como “dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años”. Este requisito aclara una cuestión que, en la anterior regulación, recogida en el art. 271.6.° CC, generaba incertidumbre, al señalar únicamente que el tutor requería autorización judicial para arrendamientos “por tiempo superior a seis años”. Con la redacción actual, queda claro que no se requiere autorización judicial para dar en arrendamiento inmuebles con un plazo inicial inferior a seis años, aunque este plazo pueda extenderse en virtud de las prórrogas previstas en los arts. 9 y 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos -en adelante LAU-, un aspecto que generaba ambigüedades en su anterior regulación.

La Resolución de la DGSJFP de 15 de julio de 2021¹⁶, aclara que, para determinar si un arrendamiento excede los seis años y, por lo tanto, requiere autorización judicial, únicamente debe considerarse el término inicial del contrato, sin incluir las prórrogas automáticas a favor del arrendatario. Según dicha Resolución “[...] para apreciar si la duración del plazo previsto en el contrato excede o no de los seis años y, por tanto, si es un acto de disposición o de administración, no deben tenerse en cuenta las prórrogas legales forzosas, sino únicamente el “término inicial”. Esta interpretación fue ratificada durante la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, con el objetivo de evitar que las prórrogas forzosas dificultaran la celebración de contratos de arrendamiento sin autorización judicial¹⁷.

¹⁵ *Ibidem*, p. 7000.

¹⁶ Resolución de DGSJFP de 15 de julio de 2021.

¹⁷ Grupo Parlamentario Socialista. Enmienda número 261 durante la tramitación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, XIV Legislatura, Núm. 172, 2021, p. 186, disponible en https://www.senado.es/legisl4/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_T_14_172.PDF (Consultado el 3 de diciembre de 2024). Durante la elaboración parlamentaria de la nueva norma, se justificó así en la enmienda número 261 del Grupo Parlamentario Socialista: “Ordinal segundo: Mejoras técnicas: (i) Cambio de la expresión «arrendar» por «dar en arrendamiento», en consonancia con el art. 1548, para evitar ambigüedad; (ii) Se incluye la palabra «término inicial» en lugar de «tiempo» dado que, de lo contrario, podría interpretarse que no se puede arrendar ninguna vivienda sin autorización judicial, teniendo en cuenta la existencia de prórrogas forzosas en favor del arrendatario; (iii) Cambio de «los referidos bienes» por «los bienes mencionados en este párrafo»”.

En esta misma línea, PARRA LUCÁN¹⁸ destaca que al no aclarar expresamente el precepto si las prórrogas deben incluirse dentro del plazo de seis años, se entiende que, dado que el plazo mínimo legal es de cinco años y las prórrogas sucesivas son potestativas, no es necesaria la autorización judicial si el plazo inicial del contrato no excede de seis años.

En nuestra opinión, sería beneficioso que el art. 166 CC incorporara una redacción similar al art. 287.2º CC, exigiendo autorización judicial para “dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años”. Esta reforma armonizaría las disposiciones aplicables tanto a los tutores como a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, mejorando la coherencia y claridad normativa. Además, garantizaría una mayor protección patrimonial para los menores, protegiendo su estabilidad económica frente a actos que pudieran comprometer su futuro.

IV. LAS PRÓRROGAS DE LOS ARRENDAMIENTOS DE BIENES INMUEBLES URBANOS.

En los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a menores, las prórrogas constituyen un elemento esencial para determinar su validez y alcance jurídico. Estas extensiones, previstas en la LAU, pueden modificar de manera significativa la duración inicial pactada, para los bienes administrados bajo la patria potestad o tutela. Este apartado analiza las distintas modalidades de prórrogas -obligatorias, voluntarias y extraordinarias- con el propósito de analizar su incidencia en los derechos patrimoniales de los menores y evaluar la conformidad jurídica de los contratos de arrendamiento que, al incluir dichas prórrogas, puedan exceder el límite temporal previsto en el art. 1548 CC.

I. Prórrogas obligatorias.

La duración inicial del contrato de arrendamiento se determinará conforme a la voluntad expresamente manifestada por las partes contratantes. En defecto de pacto explícito, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 LAU, se entenderá que la duración mínima del contrato será de un año. Este plazo comenzará a computarse desde la fecha de formalización del contrato, salvo que la puesta a disposición del inmueble al arrendatario se produzca en una fecha posterior, en cuyo caso, el cómputo se iniciará desde dicho momento¹⁹.

18 PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Comentario a los artículos 271 a 273 del Código Civil”, cit., p. 2429.

19 Véase DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Lección 17. El arrendamiento urbano”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2023, pp. 377 y ss.

En los arrendamientos de vivienda, la LAU dispone un plazo mínimo obligatorio de cinco años si el arrendador es una persona física, y de siete años si es una persona jurídica, aunque las partes hayan pactado una duración inicial más breve²⁰. Durante este periodo, las renovaciones se producen de forma automática por plazos anuales, salvo que el arrendatario comunique su intención de no renovar con al menos un mes de antelación a la finalización de cada anualidad. Esta disposición es de carácter imperativo, conforme al art. 6 LAU, que implica que cualquier acuerdo que excluya el beneficio de la prórroga forzosa en favor del inquilino será considerado nulo de pleno derecho. En estos casos, se trataría de una nulidad parcial, reemplazándose el acuerdo inválido por lo previsto en el art. 9.I LAU²¹.

El art. 9.3 LAU contempla la posibilidad de que el arrendador pueda recuperar la vivienda para destinarla a su propio uso, al de sus familiares en primer grado de consanguinidad, o al de su cónyuge en caso de separación, divorcio o nulidad matrimonial, siempre que esta necesidad esté expresamente contemplada en el contrato de arrendamiento. En ausencia de esta previsión, el arrendador no podrá ejercerla durante el período de prórrogas obligatorias, otorgando seguridad jurídica al arrendatario frente a reclamaciones inesperadas. Esta posibilidad de recuperar la vivienda, introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, requería inicialmente un preaviso de dos meses, bastando con que el arrendatario fuese informado. Sin embargo, tras la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, se exige que dicha posibilidad esté expresamente prevista en el contrato, que haya transcurrido al menos el primer año de duración del arrendamiento y que el arrendador sea una persona física. Se mantiene el mismo plazo de preaviso y debe especificar el arrendador por qué causa necesita la vivienda. Como destaca MANZANO FERNÁNDEZ²², aunque el precepto indica que la causa debe ser una de las contempladas en el párrafo anterior, el legislador únicamente distingue entre los sujetos en los que puede recaer la necesidad -el arrendador o sus parientes-, sin detallar otros supuestos. Así, la necesidad de vivienda constituye la única causa reconocida. El arrendatario está obligado a entregar la finca arrendada en el mismo plazo de dos meses si las partes no llegan a un acuerdo distinto.

20 Novedad esta última introducida por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

21 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Lección 17. El arrendamiento urbano", cit., p. 378. En este sentido, puede consultarse la STS 9 septiembre 2009 (RJ 2009, 4585).

22 MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. M.: "El contrato de arrendamiento de fincas urbanas en la legislación especial", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil, Volumen III. Obligaciones y contratos. Contratos Civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO y coord. por I. GALLEGU DOMÍNGUEZ), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2ª ed., 2024, p. 137.

No obstante, compartimos la opinión de LOSCERTALES FUERTES²³, quien sostiene que la obligatoriedad de prever necesidades futuras carece de sentido práctico, dado que es imposible anticipar con certeza las circunstancias de los próximos cinco o siete años. Esta necesidad, que ya había sido rectificada por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, que modificaba la LAU de 1994, y fue mantenida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, ha sido reincorporada en la normativa vigente, generando un grado adicional de incertidumbre para ambas partes del contrato.

En consecuencia, LOSCERTALES FUERTES²⁴ propone que los contratos de arrendamiento incluyan cláusulas específicas que detallen de manera exhaustiva las posibles eventualidades previstas en el art. 9.3 LAU, proporcionando así mayor claridad y seguridad jurídica. Esta recomendación busca evitar conflictos interpretativos en torno a la aplicación de este precepto. No obstante, aún persiste la duda sobre si una ampliación genérica de los supuestos contemplados, como la inclusión de una cláusula que abarque “y todos aquellos supuestos que puedan surgir para las personas que figuran en el artículo 9.2”, sería considerada válida por los tribunales. La falta de precedentes claros y la diversidad de interpretaciones judiciales podrían limitar la eficacia de esta fórmula, subrayando la importancia de que las cláusulas contractuales sean formuladas con precisión y en línea con la finalidad protectora de la normativa arrendaticia.

Para que el arrendador pueda ejercer el derecho de recuperar la vivienda, es necesario que notifique al arrendatario con una antelación mínima de dos meses, conforme a lo dispuesto en el art. 9.3 LAU. Si, tras el desalojo, la vivienda no es ocupada en un plazo de tres meses, el arrendatario podrá optar, en un plazo de treinta días, entre ser repuesto en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta cinco años, manteniendo las condiciones contractuales, o recibir una indemnización equivalente a una mensualidad por cada año restante del contrato, salvo que la no ocupación sea debida a fuerza mayor -art. 9.3 *in fine* LAU-.

23 LOSCERTALES FUERTES, D.: Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos: aplicación de la Ley 29/1994 según fecha, contrato y posteriores modificaciones (Ley 4/2013, RD Ley 7/2019 y Ley 12/2023), A Coruña, Colex, 2023, 12^a ed., pp. 52-53. Este autor señala que le “[p]arece mentira que se vuelva a la incertidumbre, que es algo que siempre hay que evitar, toda vez que este precepto obligará al arrendador a «inventar-se» todas las necesidades conocidas a la firma del contrato, ya sea para una separación, divorcio o nulidad del matrimonio, hijos, etc., considerando que el texto anterior era mucho mejor, fruto de la Ley 19/2009 y que fue ratificado por la Ley 4/2013”.

24 *Ibidem*, p. 53. LOSCERTALES FUERTES propone esta ampliación genérica con la que nos mostramos favorables.

2. Prórrogas voluntarias.

Una vez finalizado el período de prórrogas obligatorias establecido en el art. 9.I LAU, que garantiza una duración mínima de cinco años cuando el arrendador es una persona física, o de siete años si se trata de una persona jurídica, el contrato de arrendamiento puede extinguirse o continuar, dependiendo de la voluntad expresada por las partes. Este régimen proporciona una notable flexibilidad, ya que, tras cumplir el período mínimo obligatorio, no es necesario formalizar un nuevo contrato. Sin embargo, la continuidad del contrato está supeditada a la falta de notificación expresa de la intención de no renovarlo. El arrendador debe comunicar su decisión con una antelación mínima de cuatro meses, mientras que el arrendatario dispone de un plazo de preaviso reducido a dos meses. Si ninguna de las partes realiza dicha notificación en el plazo correspondiente, el contrato se prorrogará automáticamente. De este modo, la vigencia del contrato puede extenderse hasta un máximo de ocho años en el caso de arrendadores personas físicas o hasta diez años si el arrendador es una persona jurídica, al incluirse los tres años de prórrogas voluntarias -o también llamadas prórrogas tácitas²⁵-.

Por ejemplo, supongamos un contrato de arrendamiento firmado el 1 de diciembre de 2024, en el que el arrendador es un menor de ocho años representado por su tutor legal, con una duración inicial inferior a cinco años. Según el art. 9.I LAU, el contrato se extendería automáticamente hasta el 1 de diciembre de 2029, cuando el arrendador cumpla trece años. Si ninguna de las partes comunica en los plazos correspondientes su intención de finalizarlo, el contrato se prorrogaría anualmente hasta el 1 de diciembre de 2032, momento en que el arrendador alcanzaría los dieciséis años. En este caso, el contrato habría estado vigente durante un período total de ocho años, superando los límites de capacidad de disposición establecidos en el art. 1548 CC para los menores respecto a bienes arrendados.

Una cuestión relevante relacionada con el régimen de prórrogas voluntarias es la ausencia de una previsión expresa en el art. 10 LAU que permita extinguir el contrato si el arrendador necesita recuperar la vivienda para destinarla a su residencia habitual. Por el contrario, el art. 9.3 LAU prevé esta posibilidad exclusivamente durante las prórrogas obligatorias, siempre que el arrendador comunique al arrendatario, con al menos dos meses de antelación, la necesidad de ocupar la vivienda para uso propio, de familiares en primer grado de consanguinidad o adopción, o de su cónyuge en casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y esté contemplada esta causa expresamente en el contrato.

No obstante, consideramos que una interpretación extensiva del art. 9.3 LAU podría aplicarse también a las prórrogas voluntarias, especialmente en

25 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Lección 17. El arrendamiento urbano", cit., p. 380.

casos que justifiquen una necesidad objetiva y sobrevenida del arrendador. En particular, cuando el arrendador sea un menor que, tras alcanzar la mayoría de edad o emanciparse, requiera el uso de la vivienda como residencia habitual, esta necesidad debería considerarse una causa legítima para la extinción anticipada del contrato. Dicha interpretación sería coherente con la finalidad protectora del art. 9.3 LAU, que busca equilibrar los derechos del arrendatario con las circunstancias legítimas y razonables del arrendador.

Para ello, sería imprescindible que el arrendador, o su representante legal, notificara al arrendatario dicha necesidad con una antelación razonable, siguiendo los plazos establecidos para las prórrogas obligatorias o, en su defecto, los estipulados contractualmente. Para evitar posibles interpretaciones ambiguas y garantizar la seguridad jurídica de ambas partes, consideramos deseable que el régimen de prórrogas voluntarias incorpore una disposición expresa que contemple esta posibilidad. Una regulación clara y específica contribuiría a establecer un marco jurídico equilibrado, que resguarde tanto los derechos del arrendador como la estabilidad contractual del arrendatario.

3. Prórrogas extraordinarias.

La Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, ha modificado de manera significativa la regulación anterior; respecto a las prórrogas de los contratos de arrendamiento, introduciendo una nueva redacción en el art. 10 LAU a través de su Disposición Final Primera. En concreto, se da nueva redacción al apartado 2 y se han añadido los apartados 3 y 4.

Una vez finalizado el régimen de prórrogas obligatorias o voluntarias previsto en la LAU, el arrendatario tiene la posibilidad de solicitar una prórroga extraordinaria en circunstancias excepcionales, según lo dispuesto en los arts. 10.2 y 10.3 de la mencionada normativa. Estas prórrogas buscan proporcionar una protección adicional al arrendatario, particularmente en contextos de especial vulnerabilidad o en zonas de mercado residencial tensionado, pero están sujetas a requisitos estrictos y limitaciones específicas²⁶.

De conformidad con el art. 10.2 LAU, si el arrendatario acredita, mediante un informe de los servicios sociales, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o social, podrá solicitar una prórroga extraordinaria de un año²⁷. Esta solicitud deberá ser atendida de forma obligatoria por el arrendador, pero únicamente si este tiene la condición de gran tenedor de vivienda, según

26 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Lección 17. El arrendamiento urbano", cit., pp. 380-381.

27 Véase MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. M.: "El contrato de arrendamiento de fincas urbanas en la legislación especial", cit., p. 138.

la definición establecida en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda²⁸. En estos casos, el arrendador no puede negarse a la prórroga, salvo que existan circunstancias legales que justifiquen la denegación²⁹.

Por otro lado, el art. 10.3 LAU introduce un mecanismo especial para los contratos de arrendamiento situados en zonas declaradas de mercado residencial tensionado³⁰. En estas áreas, el arrendatario puede solicitar prórrogas anuales de hasta tres años adicionales, con las mismas condiciones pactadas en el contrato original. Sin embargo, la aceptación de estas prórrogas por parte del arrendador está condicionada a que este no haya comunicado en los plazos establecidos en el art. 9.3 LAU su intención de recuperar la vivienda para destinarla a su residencia habitual, o para familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción, o para su cónyuge en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Tomando como ejemplo el caso planteado anteriormente, en el que el contrato de arrendamiento se extendió durante un periodo de ocho años mediante las prórrogas obligatorias y voluntarias, el arrendador menor de edad habría alcanzado los dieciséis años al término del contrato. Si el arrendador comunica en plazo su voluntad de no renovar el contrato, pero el arrendatario acredita encontrarse en una situación de vulnerabilidad mediante el informe correspondiente de los servicios sociales, el contrato podrá prolongarse un año más, hasta el 1 de diciembre de 2025. Esta extensión se aplicará incluso si el arrendador no desea renovar, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en el art. 10.2 LAU y el arrendador sea un gran tenedor de vivienda.

Sin embargo, existe una excepción relevante a estas prórrogas extraordinarias. Si el arrendador ha comunicado, dentro de los plazos y conforme a las condiciones previstas en el art. 9.3 LAU, su necesidad de ocupar la vivienda para sí mismo, para familiares en primer grado de consanguinidad o adopción, o para su cónyuge en caso de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, la prórroga extraordinaria no será aplicable. En este caso, se otorga prioridad a la necesidad legítima del arrendador de recuperar el inmueble para uso personal o familiar.

28 En el punto III del preámbulo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, señala que se considera "gran tenedor" a la persona física o jurídica que posea diez o más inmuebles urbanos -excluyendo garajes y trasteros-, o bien una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados, destinada a uso residencial.

29 LOSCERTALES FUERTES, D., *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos: aplicación de la Ley 29/1994 según fecha, contrato y posteriores modificaciones (Ley 4/2013, RD Ley 7/2019 y Ley 12/2023)*, cit., p. 55. Este autor destaca la incoherencia en la redacción del art. 10.2 LAU, el cual establece que el arrendador "podrá" aceptar la prórroga solicitada por el arrendatario, mientras que en el propio precepto se indica posteriormente que dicha solicitud "deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador".

30 Según el art. 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, estas zonas se definen como aquellas donde existe un riesgo significativo de que la oferta de vivienda sea insuficiente para cubrir las necesidades de la población, dificultando que esta pueda acceder a ellas en el mercado en condiciones asequibles, teniendo en cuenta las particularidades de cada territorio.

Este régimen de prórrogas extraordinarias refuerza la protección del arrendatario en situaciones especialmente delicadas, pero mantiene un equilibrio con los derechos del arrendador; al establecer limitaciones claras para su aplicación y excepciones que atienden a necesidades objetivas de recuperación del inmueble.

Finalmente, el apartado 4 del art. 10 LAU establece que, en caso de que el contrato sea prorrogado, continuará rigiéndose por el régimen legal y convencional al que estaba sujeto originalmente.

V. CONCORDANCIAS CON LOS DERECHOS CIVILES FORALES O ESPECIALES.

El art. 15.1.e) del Código del Derecho Foral de Aragón -en adelante CDFA- establece que “[e]l representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para (...) [d]ar en arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años, computándose a estos efectos el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato”. A diferencia de lo previsto en el art. 287.2º CC, para los tutores, la normativa foral aragonesa amplía el alcance de esta autorización, incorporando las prórrogas dentro del plazo total del arrendamiento. Esta divergencia en la regulación destaca la particularidad de este sistema foral, donde las prórrogas se consideran dentro del plazo total del contrato, incrementando las situaciones en las que se requiere autorización judicial.

Un aspecto relevante del derecho foral aragonés que debemos tener en cuenta, es que permite la emancipación del menor a partir de los catorce años, frente a los dieciséis años exigidos por el Código Civil español. Esta emancipación temprana, regulada por los arts. 30 a 32 CDFA, implica que el menor emancipado podrá administrar sus bienes como si fuera mayor de edad, aunque con ciertos límites. En este sentido, el art. 33.1.a) CDFA establece que, aunque el menor emancipado pueda gestionar su persona y bienes, requerirá la asistencia de sus progenitores o tutor para realizar actos como el arrendamiento de bienes inmuebles por más de seis años, incluyéndose en este cómputo las prórrogas.

Por su parte, en Cataluña, el art. 236-27.1.g) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia – en adelante CC de Cataluña- establece que se requiere autorización judicial para otorgar arrendamientos de bienes inmuebles por un plazo superior a quince años. El precepto recoge expresamente: “1. Los progenitores o, si procede, el administrador especial, con relación a los bienes o derechos de los hijos, necesitan autorización judicial para los siguientes actos: / g) Otorgar arrendamientos sobre bienes inmuebles por un plazo superior a quince años”. Este plazo es considerablemente más largo que el de seis años previsto por el Código Civil

español y la normativa aragonesa. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, como el régimen aragonés o el art. 287 CC para los tutores, el CC de Cataluña no especifica si las prórrogas deben incluirse en el cómputo de los quince años, lo que puede generar dudas interpretativas.

La SAP Barcelona de 14 de septiembre de 2023³¹ refleja que el arrendamiento por menos de quince años es considerado un acto de administración ordinaria, mientras que el que excede dicho plazo se considera un acto de administración extraordinaria, siguiendo el criterio interpretativo consolidado por el Tribunal Supremo. En este sentido, la mencionada resolución recoge expresamente: “En cuanto a lo que deba entenderse por administración ordinaria o extraordinaria, ha venido siendo doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000, que cita las Sentencias de 18 de diciembre de 1973, 8 de octubre de 1985, 30 de marzo, y 12 de noviembre de 1987, 1 de junio de 1991, 10 de abril de 1995 y 7 de marzo de 1996), la que, a partir de preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como son los artículos 1280.2 ° y 1548 del Código Civil, o el artículo 2.5° de la Ley Hipotecaria”. Por lo tanto, se concluye que el otorgamiento de arrendamientos por más de quince años es un acto de administración extraordinaria, que requiere la preceptiva autorización judicial.

No obstante, en Aragón, el art. 15.1.e) del CDFA amplía esta regulación, incluyendo las prórrogas dentro del cómputo total del arrendamiento, lo que genera una mayor exigencia de autorización judicial para los arrendamientos que superen los seis años, incluso cuando el arrendatario tenga derecho a prórrogas. Esta diferencia refleja una particularidad del derecho foral aragonés, que proporciona un control más estricto sobre las disposiciones patrimoniales de los menores.

En cuanto a la emancipación del menor, el CDFA permite que el menor se emancipe a partir de los catorce años, lo que contrasta con el Código Civil español, que establece la emancipación a los dieciséis años. Sin embargo, los menores emancipados en Aragón continúan necesitando la asistencia de sus progenitores o tutor para realizar actos relevantes, como el arrendamiento de bienes inmuebles por más de seis años, incluidas las prórrogas, lo que mantiene la protección de su patrimonio aún después de la emancipación.

Por otro lado, en Cataluña, el art. 236-27.1.g) del CC de Cataluña establece que se requiere autorización judicial para los arrendamientos de bienes inmuebles de menores por un plazo superior a quince años. Este umbral es significativamente más largo que el de seis años establecido por el Código Civil español y la normativa aragonesa. Sin embargo, la ley catalana no aclara si las prórrogas deben

31 SAP Barcelona 14 septiembre 2023 (JUR\2023\387047). FD. 1º.

ser incluidas en este cómputo, lo que ha generado cierta ambigüedad, aunque la jurisprudencia, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de septiembre de 2023, ha dejado claro que un arrendamiento por más de quince años se considera un acto de administración extraordinaria, lo que implica la necesidad de autorización judicial.

VI. CONCORDANCIAS CON LA LEGISLACIÓN CIVIL PORTUGUESA.

En el ordenamiento jurídico portugués, la administración de los bienes de los menores se encuentra regulada principalmente en el Código Civil Português³² -en adelante, CC portugués-, específicamente en los artículos relativos “à poder paternal” - figura equiparable a la patria potestad en el Derecho español-. Esta normativa tiene como finalidad primordial garantizar la protección de los intereses patrimoniales de los menores, estableciendo restricciones significativas sobre los actos que puedan comprometer sus bienes.

El art. 1889.º del CC portugués establece las reglas generales relativas a los actos de disposición de bienes de menores realizados por sus progenitores, exigiendo autorización judicial para aquellos actos que supongan un riesgo patrimonial significativo. En particular, el apartado I, letra m), establece que los padres, en su calidad de representantes legales, no podrán formalizar contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles pertenecientes al menor por un período superior a seis años sin contar con la correspondiente autorización judicial. Esta restricción busca evitar contratos de arrendamientos a largo plazo que puedan perjudicar el patrimonio del menor y asegurar un control judicial sobre actos con repercusiones económicas relevantes.

Estas restricciones se encuentran igualmente presentes en la normativa aplicable a los tutores. En concreto, el art. 1938.º. I. a) del CC portugués dispone que los tutores requieren autorización judicial para llevar a cabo los mismos actos de disposición que se imponen a los progenitores en virtud del art. 1889.º, apartado I. De este modo, se establece una equiparación entre las obligaciones y responsabilidades de los tutores y las de los padres, garantizando que los actos de disposición patrimonial que afecten a los bienes de los menores, ya sea bajo patria potestad o tutela, queden sometidos al mismo nivel de control judicial. Esta uniformidad refuerza el principio de protección patrimonial de los menores, evitando actos que puedan comprometer su futuro económico sin la supervisión adecuada.

32 Decreto-Lei núm. 47344. Diário do Governo núm. 274/1966, Série I de 1966-11-25. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação.

El Código Civil portugués establece de manera explícita la exigencia de autorización judicial para que los progenitores puedan celebrar contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles pertenecientes a menores, requisito que contrasta con el art. 166 CC español, donde no se contempla expresamente esta obligación. No obstante, el Código Civil portugués no especifica si dicho plazo de seis años incluye o no las prórrogas automáticas, limitándose a señalar que la autorización judicial es necesaria cuando el arrendamiento tiene una duración superior a seis años.

Por otro lado, el art. 1096.º del CC portugués regula la renovación automática de los contratos de arrendamiento a plazo determinado. Según esta disposición, en ausencia de pacto en contrario, dichos contratos se renuevan automáticamente al término del plazo inicial, por períodos sucesivos de igual duración o, si el plazo inicial es inferior, por períodos de tres años. Estas renovaciones automáticas pueden ser limitadas mediante estipulación contractual o conforme a la normativa aplicable a determinados arrendamientos específicos, como los previstos en el art. 1095.º, apartado 3, del CC portugués.

Un contraste significativo entre ambas legislaciones radica en la capacidad del menor para consentir ciertos actos jurídicos. El art. 166.2 CC español introduce una excepción que permite a los menores de dieciséis años consentir ciertos actos, como la disposición de bienes inmuebles, mediante documento público y sin necesidad de autorización judicial. Esto otorga al menor una capacidad de obrar en relación con su patrimonio, siempre que cumpla con los requisitos de edad y formalidad establecidos por la ley.

En el Derecho portugués, no se contempla una excepción de esta naturaleza basada en la edad. La capacidad de obrar de los menores se encuentra regulada de manera más restrictiva. La institución de la emancipación, anteriormente prevista en los arts. 134 a 137 del CC portugués, fue derogada mediante el Decreto-Ley Núm. 496/77, de 25 de noviembre de 1977, en vigor desde el 1 de abril de 1978. Este cambio legislativo se justificó en el preámbulo del Decreto-Ley, al considerar que no era razonable otorgar a los menores de dieciocho años la capacidad plena de obrar derivada de la emancipación³³. Sin embargo, se mantuvo la emancipación derivada del matrimonio, reconociendo que, dada la edad mínima para contraer matrimonio -dieciséis años-, era coherente mantener la emancipación en tales casos. Esta consideración se basa en la tradición jurídica portuguesa, según la cual el estado civil confiere la capacidad plena para ejercer los derechos derivados de la emancipación, tal como lo establece el art. 132 del CC portugués.

³³ Decreto-Ley núm. 496/77. Diário da República, núm. 273/1977, Suplemento I.º, Serie I, de 25 de noviembre de 1977, punto 7 del preámbulo, disponible en https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=781&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo= (Consultado el 3 de diciembre de 2024).

VII. CONCLUSIONES.

El ordenamiento jurídico español, de conformidad con el art. 1548 CC, establece que los arrendamientos de bienes inmuebles pertenecientes a menores por un plazo superior a seis años requieren autorización judicial. Esta exigencia tiene como finalidad garantizar la protección patrimonial de los menores, evitando decisiones que puedan comprometer su estabilidad económica y asegurando una adecuada gestión de su patrimonio.

El Código Civil distingue entre actos de administración ordinaria, como los arrendamientos de corta duración, y actos de disposición o administración extraordinaria, para aquellos que superen el plazo de seis años. Mientras los primeros no precisan autorización judicial, los segundos, por su mayor trascendencia económica, sí requieren dicho control judicial para proteger los intereses del menor.

Aunque las prórrogas voluntarias y extraordinarias previstas en la LAU permiten extender la duración de los contratos más allá del plazo inicial, estas no se consideran a efectos del cómputo del límite de seis años establecido por el art. 1548 CC. Esta interpretación ha sido respaldada tanto por la doctrina como por resoluciones administrativas y jurisprudenciales, que excluyen dichas prórrogas del cálculo inicial.

Por otro lado, si bien el art. 9.3 LAU reconoce la posibilidad de que el arrendador recupere la vivienda durante el período de prórrogas obligatorias, no prevé expresamente esta facultad en las prórrogas voluntarias. Consideramos que esta facultad debería extenderse también a dichas prórrogas, particularmente en situaciones excepcionales, como la emancipación del menor, que podría justificar la necesidad del arrendador de recuperar la vivienda para destinarla a su residencia habitual. En este sentido, sería deseable que el art. 10 LAU incluyera esta posibilidad de manera explícita, reforzando la protección del arrendador en estos casos.

La normativa autonómica también evidencia disparidades significativas. La legislación foral aragonesa adopta un enfoque más estricto, al incluir las prórrogas en el cómputo total del arrendamiento, ampliando así las situaciones que requieren autorización judicial. Por el contrario, el Código Civil de Cataluña, en su art. 236-27.l.g), establece que solo se requiere autorización judicial para los arrendamientos superiores a quince años, sin especificar si las prórrogas deben ser computadas.

Desde una perspectiva normativa, sería conveniente revisar el art. 166 CC para incluir de forma explícita los arrendamientos con plazos iniciales superiores a seis años entre los actos de disposición sujetos a autorización judicial. Esta reforma permitiría armonizar el precepto con el art. 287.2º CC, así como con sistemas

jurídicos comparados como el portugués, que regula esta cuestión en los arts. 1889.º y 1938.º de su Código Civil, reforzando así la coherencia y protección del patrimonio de los menores en el ámbito arrendaticio.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: "Comentarios a los artículos 164 a 168 del CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a.: *La patria potestad*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Lección 17. El arrendamiento urbano", en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2023.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.:

- "Bienes y derechos de los menores de edad excluidos de la administración de los padres que ejercen la patria potestad en el Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Privado*, La Ley-Uruguay, núm. 19, 2022.
- "La disposición a título oneroso de acciones y de participaciones titularidad de menores de edad bajo patria potestad", en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez, tomo I*, (dir. por F. YÁÑEZ VIVERO, M^a. B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DONADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ, E. ABAD ARENAS), Dykinson, 2023.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, Familia*, 4ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.

LOSCERTALES FUERTES, D.: *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos: aplicación de la Ley 29/1994 según fecha, contrato y posteriores modificaciones (Ley 4/2013, RD Ley 7/2019 y Ley 12/2023)*, A Coruña, Colex, 12ª ed., 2023.

MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. M.: "El contrato de arrendamiento de fincas urbanas en la legislación especial", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil, Volumen III. Obligaciones y contratos. Contratos Civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO y coord. por I. GALLEGO DOMÍNGUEZ), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2ª ed., 2024.

PARRA LUCÁN, M^a. A.: "Comentario a los artículos 271 a 273 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, T. II* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Comentario al artículo 1548 del CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil. T. IV. Arts. 1156 a 1582* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



**¿PROTEGER O NO PROTEGER? REFLEXIONES SOBRE
DATOS Y ALGORITMOS Y SU COMERCIALIZACIÓN**

***TO PROTECT OR NOT TO PROTECT? REFLECTIONS ON DATA
AND ALGORITHMS AND THEIR MARKETABILITY***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 384-415

Pablo
MURUAGA
HERRERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Estamos inmersos en la que se considera la cuarta -o quinta- revolución industrial, marcada por avances tecnológicos que transforman nuestras realidades cotidianas. Sin embargo, estos avances suponen un reto enorme para el Derecho, que debe adaptarse a un ritmo trepidante. Aparecen -o reaparecen- objetos de altísimo valor, como los datos, macrodatos y algoritmos, y el Derecho debe encontrar formas de protegerlos para garantizar la seguridad jurídica y del tráfico porque con ellos se comercia en el mercado; y son algunos de los bienes -inmateriales- más valiosos, habiendo provocado que nuestra economía gire sobre ellos. Debemos plantearnos si el sistema jurídico actual es capaz de hacer frente a los desafíos que los avances tecnológicos nos imponen y si puede garantizar una negociación segura de estos nuevos activos.

PALABRAS CLAVE: Algoritmos; datos; macrodatos; secretos empresariales.

ABSTRACT: *We are immersed in what is considered the fourth -or fifth- industrial revolution, marked by technological advances that are transforming our everyday realities. However, these advances pose a huge challenge for law, which must adapt at a rapid pace. Objects of the highest value, such as data, Big Data and algorithms, are appearing -or reappearing- and the law must find ways to protect them to ensure legal and traffic security because they are traded in the marketplace; and they are some of the most valuable - immaterial - goods, having caused our economy to revolve around them. We must ask ourselves whether the current legal system can meet the challenges that technological advances impose on us and whether it can guarantee secure trading of these new assets.*

KEY WORDS: *Algorithms; data; Big Data; trade secrets.*

SUMARIO.- I. LOS NUEVOS TIEMPOS DEL COMERCIO Y DE LOS CONTRATOS. ¿EL DERECHO ESTÁ PREPARADO?.- II. CONCEPTUALIZACIÓN DE NUESTROS OBJETOS.- I. Del concepto de “dato” -y de “macrodatos”-.- 2. Del concepto de “algoritmo”.- III. IDEAS SOBRE SU NATURALEZA ECONÓMICA: ENTRE BIENES PÚBLICOS Y PRIVADOS.- IV. SU PROTECCIÓN: UN CAMINO POSIBLE PARA ELLO.- 1. La ineficiente e inadecuada protección a través del derecho sobre las bases de datos.- 2. El recurso de los secretos empresariales.- V. CONSIDERACIONES FINALES A VUELAPLUMA.

I. LOS NUEVOS TIEMPOS DEL COMERCIO Y DE LOS CONTRATOS. ¿EL DERECHO ESTÁ PREPARADO?

La ciencia historiográfica, como cualquier ciencia o arte, ha centrado tradicionalmente gran parte de su estudio en la periodización de la historia, siendo una muestra más de ese afán taxonomista que caracteriza al ser humano. La fragmentación de la historia -como la de cualquier movimiento artístico- siempre es realizada *a posteriori* y sus protagonistas jamás fueron conscientes de que sus actos marcaban, como referencia, el final o el inicio de una edad porque en aquellos momentos no se podía saber a ciencia cierta la repercusión que podía tener o dejar de tener un concreto acto¹. Y, en cierto modo, esto es lo que ocurre en la actualidad: nuevas realidades -sobre todo, científico-técnicas- y el Derecho en busca de respuestas y soluciones.

Se nos afirma que estamos inmersos en la cuarta revolución industrial² -o, incluso, en la quinta³- y se nos avisa de que estamos viviendo un cambio histórico, en el que las nuevas tecnologías -o ya viejas, puesto que la obsolescencia en el sector tecnológico es la mayor de las constantes- lo inundan todo, en el que la inteligencia artificial o el *Big Data* ya no son elementos de la ciencia ficción, sino de nuestra realidad presente, en el que el entramado cibernético tiene una importancia equiparable a la que en su día tuvieron las grandes vías romanas

1 Más allá de que la compartimentación haya sido criticada por parte de los historiadores, pues su interés, en el mejor de los casos, es pedagógico. Al respecto, vid. GOFF, J. LE: *¿Realmente es necesario cortar la historia en rebanadas?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

2 Vid. v.gr. BOTANA AGRA, M.J.: “Los derechos de propiedad intelectual en el marco de la industria 4.0”, en AA.VV.: *4ª revolución industria: Retos de la sociedad y economía digital en la era pos-covid-19* (dir. por C. GARCÍA NOVA y L. OTERO GONZÁLEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, e-book; y KAMPERMAN SANDERS, A.: “Data and Technology Transfer: Competition Law in the Fourth Industrial Revolution”, en AA.VV.: *Intellectual Property Law and the Fourth Industrial Revolution* (ed. por C. HEATH, A. KAMPERMAN SANDERS y A. MOERLAND), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2020, pp. 199-220.

3 ZIATDINOV, R., ATTERAYA, M.S. y NABIYEV, R.: “The Fifth Industrial Revolution as a Transformative Step towards Society 5.0”, *Societies*, núm. 14, 2024, pp. 1-15.

• Pablo Muruaga Herrero

Investigador predoctoral FPU en el Departament de Dret Civil de la Universitat de València. Doctorando en Derecho Civil en la Universitat de València. Correo electrónico: pablo.muruaga@uv.es. Debo agradecer a los profesores Á. BUENO BIOT, J. ESPLUGUES GARCÍA y G. MUÑOZ RODRIGO su inestimable apoyo. El trabajo que el lector tiene entre sus manos constituye una aproximación superficial a un problema que presenta una mayor complejidad y que será estudiada y analizada más profunda y profusamente en futuras ocasiones.

o las primeras líneas ferroviarias europeas. Todos estos cambios están ya entre nosotros y, por tal razón, de un tiempo a esta parte, el civilista, junto con el estudio de las grandes instituciones clásicas, se centra en realidades inimaginables hace no demasiado tiempo⁴. Ahora bien, nos advertía SCHWAB que, con esta revolución corremos un riesgo, puesto que “[l]os cambios son tan profundos que, desde la perspectiva de la historia de la humanidad, nunca ha habido un momento más prometedor o potencialmente peligroso”, a lo que añadía que los responsables de tomar decisiones jurídicas, si no se adaptan correctamente, pueden verse “atrapados con demasiada frecuencia en un pensamiento tradicional, lineal y no disruptivo; o absorbidos por preocupaciones inmediatas como para pensar estratégicamente en las fuerzas de la disrupción y la innovación que configuran nuestro futuro”⁵.

Precisamente, una de las materias que parece estar quedándose obsoleta es la regulación de la propiedad intelectual⁶, incapaz no solo de dar respuesta a la problemática surgida en torno a la inteligencia artificial, sino incapaz de adaptarse a las necesidades del mercado tecnológico en el que aparecen nuevas realidades, como los datos y como los algoritmos, instituciones respecto de las que, en principio, no se establece ninguna protección jurídica, debiendo buscar el jurista la forma de encajar estas novedosas figuras -aunque cada vez sean menos novedosas- en las instituciones protectoras preexistentes. Se trata de hacer encajar nuevas piezas en un puzzle heredado. Los problemas, empero, van más allá, puesto que tanto los datos como los algoritmos tienen un valor, situación que implica que haya un claro interés en transmitirlos, en que sean objeto del tráfico jurídico y comercial⁷. ¿Y cómo los transmitimos? ¿Es posible “comprar” y “vender” un dato? ¿Y un algoritmo?

4 Podemos destacar, solo con carácter ejemplificativo de esta nueva realidad insoslayable, entre otras las siguientes obras de SAIZ GARCÍA, C.: “Propmters, ¿nuevos protagonistas en la escenas de las artes visuales?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, núm. 2023, 2024, pp. 321-360; o de HIDALGO CEREZO, A.: “Obsolescencia programada y obsolescencia provocada: la falta de conformidad sobrevenida por las actualizaciones de contenidos digitales y el derecho al regreso a la versión anterior”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 77, núm. 2, 2024, pp. 617-666.

5 SCHWAB, K.: *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016, p. 8.

6 Aquí optamos por utilizar la denominación “propiedad intelectual” para referirnos conjuntamente a los derechos de autor y a la propiedad industrial. En España, a diferencia de lo que ocurre en la gran mayoría de ordenamientos, ha sido habitual utilizar la denominación “propiedad intelectual” para referirnos a los derechos de autor, contraponiéndolo al término “propiedad industrial”, que se encargaba del estudio de las creaciones industriales y de los signos distintivos. No obstante, a pesar de la tradición de tales términos, compartimos la opinión de LÓPEZ Y LÓPEZ, quien considera que, más allá de que la compartimentación parece haberse quedado obsoleta, conviene utilizar la denominación amplia de “propiedad intelectual” a la vista del predominio del Derecho de corte anglosajón en el mundo de los negocios. Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M.: “Propiedad intelectual y perplejidades del Derecho civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 2, 2015, p. 171.

7 Se atribuye a HUMBY la siguiente frase, “los datos son el petróleo de la economía digital”, la cual evidencia la importancia económica que pueden tener en nuestra sociedad y economía actuales. Sobre el origen de esta expresión, vid. SCHOLZ, L.H.: “Big Data is Not Big Oil: The Role of Analogy in the Law of New Technologies”, *Tennessee Law Review*, vol. 86, núm. 4, 2019, pp. 863-893. En un sentido coincidente, vid. ÍÑIGUEZ ORTEGA quien sostiene que “[l]os datos son el oxígeno del ecosistema de la información y la moneda de cambio de la economía de la información”: ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: “Intellectual Property Rights, artificial Intelligence and Big Data: Future Perspective”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 41, 2020-

El mercado, los negocios y la economía van a un ritmo trepidante, llevando por adagio la máxima darwiniana de “adaptarse o morir”, conscientes de que la oferta y la demanda marcan su vida y esencia. Y en ellos no hay duda de que se negocia con estos “objetos”. En cambio, el Derecho, como arte y como ciencia, suele ser reacio a los cambios hasta que no están enteramente consagrados y, quizá, llegando, en ocasiones, tarde a la llamada de la realidad. En las necesidades del mercado, la economía es la vanguardia; el Derecho, la retaguardia. La economía es el riesgo y la imprudencia; el Derecho, la cautela y la circunspección. Bien valdría a los economistas emular a los juristas y a estos imitar a aquellos; encontrar ese preciado *aurea mediocritas* entre dos materias que tienen más en común de lo que las diferencia.

De esta suerte, en las próximas páginas plantaremos, al menos, los términos que debieran ser analizados y resueltos. Por ello, en primer lugar, trataremos el concepto de dato y de algoritmo⁸, así como algunas notas sobre su naturaleza jurídica o su consideración como bienes -en particular, desde una perspectiva económico-jurídica-. Seguidamente se analizará, a grandes rasgos, la posibilidad de que estas figuras, de que los datos y los algoritmos, sean protegidos jurídicamente, observando si serían subsumibles en las diversas instituciones tuitivas existentes o si, como consideramos, terminarán, ante la ausencia de un mejor encaje, siendo protegidas a través de la figura de los secretos empresariales. Y, finalmente, apuntaremos una serie de ideas sobre los problemas que puede representar la transmisión de los datos y de los algoritmos, siempre que consideremos -como lo hace la economía- que son transmisibles; es decir, si admitimos que un dato y que un algoritmo pueden ser “comprados” y “vendidos”, ¿cómo se podrá llevar a cabo tal contrato?, ¿cómo se podrá comprobar que se ha cumplido? ¿cómo se podrá entregar un dato o un algoritmo? Si el Derecho no se adapta a las nuevas situaciones y no adopta medidas y regulaciones adecuadas y convenientes, el mercado se parecerá más bien a aquel mítico *wild west*.

Somos conscientes de que estamos en una nueva era y estamos viviendo en nuestras carnes una nueva revolución, pero ¿nuestro régimen jurídico está preparado para los cambios que ya han venido y para los que vendrán? En definitiva, ¿el ordenamiento jurídico me permite proteger adecuadamente un

2021, p. 114. Igualmente, sobre la importancia, *vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Propiedad intelectual e innovación basada en los datos*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 9 y ss.

8 Se estudian ambos juntos por la especial relación que presentan. Hay que tener en cuenta que los datos son la base de los algoritmos, pues, como señala SUÑOL LUCEA, «[g]racias a los datos, los agentes pueden desarrollar algoritmos complejos que hacen posible que ordenadores simulen o reproduzcan habilidades cognitivas similares a las de los seres humanos. La recopilación y tratamiento de datos permiten obtener más datos, los cuales sirven a su vez, para mejorar el funcionamiento de los algoritmos»; recordándonos la lapidaria sentencia de BALKIN: “Los algoritmos sin datos están vacíos; los datos sin algoritmos están ciegos”. *Vid.* SUÑOL LUCEA, A.: “La protección de los datos como secreto empresarial en la era de la inteligencia artificial”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 41, 2020-2021, p. 194; BALKIN, J. M.: “The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data”, *Ohio State Law Journal*, vol. 78, núm. 5, 2017, p. 1220.

dato y un algoritmo y me permite negociar con ellos con total seguridad? En la era de la “datificación”⁹ y de la “economía datificada”¹⁰, ¿estamos preparados jurídicamente?¹¹.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE NUESTROS OBJETOS.

I. Del concepto de “dato” -y de “macrodatos”-.

¿Qué es un “dato”? ¿Qué es un “algoritmo”? Son palabras que, cada vez, con mayor frecuencia, se utilizan en todos los ámbitos y conversaciones. Han pasado a formar parte del habla común, entrando en la conversación ajena a lo computacional o a tecnológico. Eso representa un riesgo -o, al menos, para nosotros lo es-: la desfiguración de lo que técnicamente son los datos y los algoritmos, pues no hay que olvidar que tanto unos como otros son realidades prejurídicas, encuadradas en la tecnología -ya sea en la de la información, ya sea en la matemática y computacional- y esta es la que ha construido su definición. Por ello, cualquier intento que quisiéramos llevar a cabo para realizar una definición propia de estos términos sería infructuoso debido a nuestros limitados y exiguos conocimientos científico-técnicos¹². Por tanto, la primera cuestión que debemos esbozar, aunque sea someramente, es qué concepto de «dato» y de «algoritmo» vamos a tomar de base en este artículo.

A pesar de que en ciertas ocasiones se emplee el término «dato» como sinónimo de «información»¹³, en realidad, el dato es el sustrato de la información¹⁴,

9 MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner, Madrid, 2013, pp. 98-100.

10 VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Titularidad y responsabilidad en la economía del dato”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46, 2018, electrónica.

11 Señalan APLIN, RADAUER, BADER y SEALER que “[l]os datos impulsan las economías. [...] Los responsables políticos europeos llevan varios años intentando regular cómo se protegen, comparten y reutilizan los datos mediante una serie de normas”: APLIN, T., RADAUER, A., BADER, M.A. y SEARLE, N.: “The Role of EU Trade Secrets Law in Data Economy: An Empirical Analysis”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2023, vol. 54, pp. 827 y 828. En un sentido coincidente, WIEBE indica que «[a]unque la protección de datos personales tiene una larga historia legal, la cuestión de la protección de datos industriales como una cuestión clave de la economía de datos ha surgido recientemente. La razón es bastante obvia. El enorme aumento de la digitalización en todas las áreas de la sociedad y la economía ha llevado a una explosión en la producción, recopilación y reutilización de datos en todos los campos»: WIEBE, A.: “Protection of Industrial Data-A New Property Right for the Digital Economy?”, *GRUR International*, vol. 65, núm. 10, 2016, p. 877.

12 En un sentido similar, vid. MERCADER UGUINA, J.R.: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 18.

13 V. gr. en el art. 4 del Reglamento General de Protección de Datos; o en el art. 2 del Reglamento de Gobernanza de Datos, en el que se define como “toda representación digital de actos, hechos o información, así como su recopilación, incluso como grabación sonora, visual o audiovisual”.

14 Asumiendo aquí la teoría constructivista que considera que el dato es el sustrato de la información y que esta a su vez es la base del conocimiento. Aunque estas teorías hayan recibido críticas, entendemos que son las que mejor representan la complejidad de los datos para el Derecho. Entre otros, vid. ALAVI, M. y LEIDNER, D.: “Knowledge Management Systems: Issues, Challenges, and Benefits”, *Communications of the Association for Information Systems*, vol. 1, núm. 7, 1999, pp. 1-37. En este sentido, resulta fundamental entender la denominada cadena de valor de los datos desarrollada, entre otros, por RUBINFELD y GAL. De acuerdo con estos autores, nos encontramos con cuatro fases. La primera, la de recogida de datos, centrada en su

pues esta puede ser definida como un «conjunto de datos, más o menos sistematizados, estructurados y ordenados»¹⁵. Así, los datos son la unidad mínima de información que una persona es capaz de comprender de manera aislada, son las «micropartículas» de la información, de acuerdo con la afortunada expresión de GÓMEZ SEGADÉ¹⁶; el dato es, en definitiva, una «entidad semántica, como representación inmaterial de una entidad dotada de significado para el hombre» que es observable¹⁷ o, simplemente, los “elementos que pueden abstraerse de fenómenos medidos (o datos por estos) y registrados de diversas maneras”¹⁸. Ahora bien, aunque un solo dato, considerado individualmente, pueda tener un valor incalculable, desde la perspectiva que aquí tratamos, lo que realmente presenta un interés -esencialmente práctico- son los macrodatos -o datos masivos o *Big Data*-¹⁹, es decir, un conjunto de datos caracterizado por tres “v”: su volumen

extracción de la realidad; la segunda, la de almacenamiento de datos, consistente en su volcado en bases de datos; la tercera, el análisis, en la que, valga la redundancia, se analizan los datos para comprenderlos; y la cuarta, la utilización, en la que se extraen de todos los datos almacenados y analizados información relevante para poder utilizarla en la práctica: RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S.: “Access Barriers to Big Data”, *Arizona Law Review*, vol. 59, núm. 1, 2017, pp. 339-381.

- 15 MASSAGUER FUENTES, J.: “De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 51, 2019, p. 51.
- 16 GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “La protección de los macrodatos (*Big Data*) mediante las normas sobre secretos empresariales”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 121.
- 17 OTTOLIA, A.: *Derecho, Big Data e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch-G. Giappichelli Editore, Valencia, 2018, pp. 12 y 13. En profundidad sobre el concepto de “dato”, entre otros, vid. GELLERT, R.: “Comparing Definitions of Data and Information in Data Protection Law and Machine Learning: A Useful Way Forward to Meaningfully Regulate Algorithms?”, *Regulation & Governance*, vol. 16, núm. 1, 2020, pp. 156-176; ZECH, H.: “Information as Property”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 6, núm. 3, 2015, pp. 192-197; ROSENBERG, D.: “Data Before the Fact”, en AA.VV.: *Raw Data is an Oxymoron* (ed. por L. GITELMAN), The MIT Press, Cambridge, 2013, pp. 15-40.
- 18 KITCHIN, R.: *The DATA Revolution*, SAGE Publications, London, 2014, p. 2.
- 19 En este sentido, vid. GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “La protección”, cit., pp. 121 y ss.; y SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., pp. 198 y ss. Igualmente lo señala OLMEDO PERALTA: «Los datos, por sí mismos, tienen poco valor. La compra que ha hecho un consumidor aislado, las preferencias de un usuario, o la geolocalización o desplazamientos de un sujeto, individualmente considerado carecen de valor para las empresas. Es cuando estos datos se acumulan y se agregan en enormes cantidades de información (*Big Data*) y tal información es procesada para definir las estrategias comerciales de las empresas cuando se despliega el potencial económico de los mismos. Es por ello por lo que la competencia en los mercados digitales se construye sobre la combinación de *Big Data*, procesamiento algorítmico de información y adopción de decisiones y tratamiento a través de inteligencia artificial”: OLMEDO PERALTA, E.: “El reto de adaptar el Derecho de la competencia a la lógica de la economía de los datos”, en AA.VV.: *La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos* (dir. por E. OLMEDO PERALTA), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 18. No obstante, no hay unanimidad acerca de lo que es o de lo que deja de ser un macrodato. Indicaba CLAICI que “[n]o hay una definición universal de ‘Big Data’ [...] ni tampoco un consenso claro de cuál es el umbral para que un volumen determinado de datos pueda considerarse macro”: CLAICI, A.: “*Big Data* y política de la competencia”, *Papeles de la Economía Española*, núm. 157, 2018, p. 253. Así, no faltan autores que han considerado -casi por economía del lenguaje- que el *Big Data* es el proceso de análisis de los datos y no los macrodatos en sí mismo considerados. En puridad, no deja de ser un recurso metonímico en el que tomamos el nombre del contenido para hacer referencia al proceso por el que los comprendemos. Al final, la conclusión es la misma o francamente similar, sin que influya realmente en lo que a nosotros nos interesa jurídicamente. Es importante tener en cuenta, los datos, salvo excepciones, no tienen valor por sí mismos. Para que tengan valor es necesario someterlos a un determinado procedimiento. En primer lugar, son recopilados por una o por varias fuentes para tener un número suficiente como para que puedan ser considerados macrodatos o *Big Data*. Seguidamente, estos datos recopilados serán analizados a través de los procesos de minería de datos -generalmente, a través de algoritmos- con los que se pretende descubrir patrones en los datos, parecidos, relaciones, predicciones... Este proceso podría hacerlo una persona, pero por el volumen, la velocidad de su generación y su variabilidad son los algoritmos -la inteligencia

-una cantidad ingente de datos-, velocidad -su obtención y almacenamiento es veloz- y variedad -son heterogéneos, tanto por las fuentes de los que provienen como por su amplia tipología, incluyéndose datos estructurados, no estructurados y semiestructurados²⁰.

2. Del concepto de “algoritmo”.

Por otro lado, el término “algoritmo” es uno de esos vocablos utilizados -igual que el de “datos”- de manera cada vez más habitual, empero, al mismo tiempo, en gran cantidad de ocasiones, sin ajustarse a lo que realmente son²¹. Así, podría ser definido este término como una “una secuencia de operaciones simples y/o bien definidas que deben realizarse en un orden exacto para llevar a cabo una determinada tarea o clase de tareas o para resolver un determinado problema o clase de problemas”²²; como una “secuencia ordenada y finita de instrucciones que ha de ser aplicada a un número finito de datos para llevar a cabo una tarea específica”²³; o como “procesos estructurados de toma de decisiones que

artificial- las herramientas idóneas para ello. Además, se da la paradoja de que estos algoritmos que buscan, por ejemplo, patrones al tiempo que los encuentran se entrenan y perfeccionan mientras los buscan. Sobre ello, vid. GERVAIS, D.: “Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 10, núm. 3, 2019, pp. 26 y ss.

- 20 LANEY, D.: “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety”, *META Group Research*, 2001, pp. 1-4; STROWEL, A.: “Big Data and Data Appropriation in the EU”, en AA.VV.: *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (ed. por T. APLIN), Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 107 y ss. No obstante, algunos autores han añadido otras “v” a estas tres, como es la relativa al valor, porque “cuando mayor es el número de datos de los que se dispone y sobre los que los algoritmos pueden buscar patrones y deducir información, más probabilidades hay de conseguir resultados útiles” [vid. GARCÍA VIDAL, Á.: “Big Data e internet de las cosas: su impacto en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 27 y 28), o las de “variedad, visualización [y] veracidad” [vid. NAVAS NAVARRO, S.: “El internet de las cosas”, en AA.VV.: *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas* (auts. S. NAVAS NAVARRO y S. CAMACHO CLAVIJO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 24]. En general, también, vid. ANTÓN JUÁREZ, I.: “Personalización de precios a través de la inteligencia artificial y el Big Data”, en AA.VV.: *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho privado* (dir. por M. PANIAGUA ZURERA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 382 y ss.; GERVAIS, D.: “Exploring the”, cit., pp. 22-38; MAURO, A. DE, GRECO, M. y GRIMALDI, M.: “A formal Definition of Big Data Base on its Essential Features”, *Library Review*, vol. 65, núm. 3, 2016, pp. 122-135; PUYOL MONTERO, J.: *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 9 y ss.; y BAGNOLI, V.: “Competition for Effectiveness of Big Data Benefits”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 46, 2015, pp. 629-631.
- 21 Indicaba APARICIO VAQUERO que “[m]anejamos, por lo tanto, una noción extrajurídica que es acogida, como de saber común, [...], y que suele identificarse de forma aproximada (no muy errada pero no del todo correcta) con ‘método’, ‘método lógico’ (o ‘matemático’), o ‘fórmula’, y, en ocasiones (de forma equívoca como concepto, aunque pudieran llegar a coincidir en algún caso), con [programa de ordenador] (software) o ‘código informático’”: APARICIO VAQUERO, J.P.: “Derecho de autor y más allá: Algoritmos, códigos de los programas de ordenador y apps”, *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 71, 2022, p. 18.
- 22 KNUTH, D.E.: *The Art of Computer Programming. Fundamental Algorithms*, vol. 1, 3.ª ed., Addison-Wesley, Reading, 1997, pp. 1 y ss.
- 23 ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 38, 2017-2018, p. 81. O como un “conjunto de reglas que, aplicadas sistemáticamente a unos datos de entrada apropiados, resuelven un problema con un número finito de pasos elementales”: PEÑA MARÍ, R.: *De Euclides a Java. Historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación*, Nivola, Madrid, 2006, p. 16.

automatizan procedimientos computacionales para generar resultados decisorios a partir de datos de entrada”²⁴.

Definiciones que, posiblemente, para la mayoría de los juristas nos resulten totalmente lejanas, pudiendo ser, entonces, más interesante la definición propuesta por MERCADER UGUINA, quien define el algoritmo, a través de tres preguntas esenciales -¿para qué sirven?, ¿qué hacen?, ¿cuál es su lógica?, como “formulaciones que analizan experiencias pasadas de las que sabemos qué resultado produjeron utilizando para ello grandes cantidades de datos (no ‘muestras’), de modo que por medio de lenguaje matemático y el uso de determinados ‘indicadores’ (*proxy*), se extraen predicciones, correlaciones o aproximaciones (no inferencias causales) a partir de las cuales se identifica qué características o grupo de características han llevado a los mejores resultados para, sobre esta base, adoptar decisiones automáticas o humanas”²⁵.

III. IDEAS SOBRE SU NATURALEZA ECONÓMICA: ENTRE BIENES PÚBLICOS Y PRIVADOS.

Aclarado lo que entenderemos tanto por “dato” -y por “macrodatos”- como por “algoritmo” es necesario plantearse una serie de cuestiones, muy brevemente, sobre su caracterización económica. La teoría económica distingue entre bienes públicos y privados atendiendo a dos factores, su rivalidad y su exclusividad²⁶. Así, un bien será público cuando se considere no-rival, es decir, cuando su uso por parte de una persona no impida que otros lo usen o cuando su consumo no reduzca la capacidad de consumo por parte de otros, y no-excluyente, es decir, que no se pueda impedir que otros sujetos puedan utilizarlo²⁷. Esta cuestión no es baladí, aunque nos hayamos saltado un paso de gran importancia en esta construcción lógica: la consideración de los datos y de los algoritmos -en definitiva, de la información- como bienes.

Sin entrar en disquisiciones sobre si los bienes y las cosas son términos sinónimos, desde una perspectiva económica el bien es todo aquello que existe, de manera material o inmaterial, que presenta una utilidad para el ser humano,

24 CORMEN, T.H., LEISERSON, C.E., RIVEST, R.L. y STEIN, C.: *Introduction to Algorithms*, 4.ª ed., The MIT Press, Cambridge, 2022, p. 5.

25 MERCADER UGUINA, J.R.: *Algoritmos e inteligencia*, cit., pp. 18 y 19.

26 Con carácter epitomador, sobre la teoría económica de la información, vid. STIGLER, G.I.: “The Economics of Information”, *Journal of Political Economy*, vol. 69, núm. 3, 1961, pp. 213-225.

27 En general, sobre estas cuestiones, vid. CORNES, R. y SANDLER, T.: *The Theory of Externalities. Public Goods and Club Goods*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 1 y ss. y 645 y ss.; Menger, C.: *Principios de Economía política*, 3.ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2020, pp. 15 y ss.; MUSGRAVE, R.A.: “The Planning Approach in Public Economy: A Reply”, *The Quarterly of Economics*, vol. 55, núm. 2, 1941, pp. 319-324; SAMUELSON, P.A.: “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, 1954, pp. 387-389.

quien lo utiliza para satisfacer sus intereses²⁸. ¿Encaja en esta definición económica el concepto de “dato” o de “algoritmo”? No tengo ninguna duda de que sí²⁹. Los datos -en particular, los macrodatos- y los algoritmos tienen una utilidad enorme para el ser humano y satisfacen -su aplicación- una necesidad; tienen un indudable valor económico y comercial. Ahora bien, ¿son bienes públicos o privados? En principio, atendiendo a la naturaleza de estos bienes la respuesta nos llevaría a considerar que son bienes públicos³⁰ porque el “titular” de, por ejemplo, un algoritmo -al menos, de acuerdo con su naturaleza- no puede impedir que otros lo utilicen -siempre que lo conozcan-, al mismo tiempo que su utilización por una persona no reduce su utilidad para las otras -piénsese en el algoritmo detrás del motor de búsqueda de Google, el cual es utilizado por millones de personas-³¹.

¿Y por qué es importante esta clasificación? Porque los bienes públicos no se rentabilizan por parte de los sujetos privados ya “que pertenecen a todos”. Los bienes inmateriales -desde la perspectiva jurídica tradicional sobre la que se sustenta nuestro sistema jurídicos- son esencialmente públicos y una persona no puede aprovecharse de ellos económicamente excluyendo a los demás de tales ganancias. Entonces, si un algoritmo es un bien público, ¿puedo impedir que otro lo utilice?

Ahí está el gran problema que se debe abordar. Los macrodatos y los algoritmos tienen un enorme valor y el mercado está interesado en que sean protegidos hasta cierto punto para garantizar que quien los ha desarrollado obtenga un rédito económico, una recompensa por su esfuerzo -las bases fundamentales de la propiedad intelectual³²-. Los bienes inmateriales públicos únicamente pueden convertirse en privados si el ordenamiento jurídico³³ establece un mecanismo -en esencia, un derecho de algún tipo- que permita a su titular aprovecharse

28 SAMUELSON, P. A.: “The Pure Theory”, cit.

29 En el mismo sentido, entre otros, vid. FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R.: “El delito de daños y el espionaje empresarial: dos ataques compatibles contra la información como bien inmaterial”, *InDret*, núm. 1, 2018, pp. 1-27; MASSAGUER FUENTES, J.: “De nuevo”, cit., p. 51; y SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., pp. 195 y ss.

30 SLEDZIEWSKA, K. y WLOCH, R.: “Should We Treat Big Data as a Public Good?”, en AA.VV.: *The Responsibilities of Online Service Providers* (ed. por M. TADDEO y L. FLORIDI), Springer, Gewerbestrasse, 2017 pp. 267-273; STRANDBURG, K. J.: “Monitoring, Datafication, and Consent: Legal Approaches to Privacy in the Big Data Context”, en AA.VV.: *Privacy, Big Data, and the Public Good* (ed. por J. LANE, V. STODDEN, S. BENDER y H. NISSENBAUM), Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 5-43; TAYLOR, L.: “The Ethics of Big Data as a Public Good: Which Public? Whose Good?”, *Philosophical Transactions Royal Society*, núm. 374, 2016, pp. 1-13; WILLIAMS, S.: *Data Action. Using Data for Public Good*, The MIT Press, Cambridge, 2020, pp. 187 y ss.

31 Vid., a este respecto, KITCHIN, R.: *The DATA*, cit., pp. 1-10.

32 Por todos, vid. BENTLY, L. y SHERMAN, B.: *Intellectual Property Law*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, *passim*.

33 Realmente, sobre los bienes materiales también se requiere que el ordenamiento jurídico establezca la atribución de su aprovechamiento a favor de una persona, pero presentan dos grandes diferencias con los bienes materiales. Por un lado, que la sociedad ya tiene interiorizada esta realidad -es decir, que los bienes materiales “pertenecen” a alguien-. Y, por otro lado, que los bienes materiales son rivales, es decir, en la mayoría de las ocasiones, la utilización o consumo por parte de una persona impide que otra pueda utilizarlo o consumirlo. Ello provoca que, aunque el ordenamiento jurídico no lo estableciera, la realidad material implica que los bienes materiales no pueden ser disfrutados simultáneamente por una sola persona,

económicamente de él e impedir que otros puedan aprovecharse -se trata de un sistema de *numerus clausus*³⁴-. Sin el reconocimiento del ordenamiento jurídico, la protección es inexistente -o prácticamente inexistente- y nos encontramos con la situación de que bienes con un valor incalculable -¿cuál es el valor del algoritmo de *Instagram*? ¿cuál es el valor de todos los datos recopilados por *Google* de las personas de una determinada población?- no tendrán protección de ningún tipo... ¿O sí?³⁵.

IV. SU PROTECCIÓN: UN CAMINO POSIBLE PARA ELLO.

I. La ineficiente e inadecuada protección a través del derecho sobre las bases de datos.

Ya he dejado entrever la problemática existente alrededor de la protección de estos dos particulares objetos, los datos y los algoritmos, adelantando -a medias- la conclusión -o, al menos, una conclusión parcial-. Por extensión y por profundidad no puede entrar a analizar todas las posibles formas de proteger los datos y los algoritmos o la conveniencia de acudir a una figura u otra. Aquí únicamente plantearemos algunos de los inconvenientes a grandes rasgos de la mayoría de las figuras protectoras de los bienes inmateriales y apuntaremos cuál consideramos que podría ser una solución adecuada: los secretos empresariales.

Al tratar la protección jurídica de los datos la primera idea que puede asaltarnos a la cabeza es la de acudir a la tutela de las bases de datos, o bien conforme al art. 12 TRLPI, o bien conforme a los arts. 133 y ss. TRLPI.

La primera opción hemos de rechazarla porque lo que se protege, a través de tal régimen, son “las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos”. El precepto protege la base de datos como obra intelectual, exigiéndose, por tanto, los requisitos de originalidad y de creatividad³⁶ y sin que se extienda a los elementos integrantes

34 Entre otros, vid. OHLY, A.: “Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?”, en AA.VV.: *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts-Festschrift für Gerhard Schricker* (ed. por A. OHLY, T. BODEWIG, T. DREIER, H. P. GÖTTING, M. W. HAEDICKE y M. LEHMANN), Beck, München, 2005, pp. 105-121.

35 Precisamente, GIORDANELLI señalaba que, aunque los datos fueran muy valiosos, no se podían comparar con el petróleo porque los datos son bienes no-rivales, duraderos y, por naturaleza, no-excluyentes: GIORDANELLI, F.: “IPRS and Big Data: A Proposal for a Fair Balance Between Businesses’ Legitimate Interests and Data Sharing in the Light of the EU Data Act”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 42, 2022, p. 110. Entonces, la pregunta sería ¿cómo convertir en rival y excluyente los datos?

36 La originalidad es “el requisito esencial para que una creación pueda ser considerada como una obra objeto de la propiedad intelectual” [GALACHO ABOLAFIO, A.F.: *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 287]. Se distingue, a su vez, entre la concepción objetiva de la originalidad -“una creación nueva, es decir, una novedad fruto del ingenio del autor”- y la subjetiva -“reflejo de la personalidad del autor de la obra, lo que conlleva que la obra tenga su origen en la personalidad del autor, aunque el resultado creativo no sea nuevo”-. [MARTÍN SALAMANCA, S.: “Derecho de autor”, en AA.VV.: *Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial* (dir. por M. Ruíz Muñoz), Tirant lo

de la base de datos, es decir, a los propios datos. Así, aunque la base de datos cumpliera los requisitos para ser protegida por la vía del art. 12 TRLPI, difícilmente se protegerían los macrodatos³⁷. En definitiva, podríamos conseguir proteger el continente, pero no el contenido con lo que no conseguiríamos el propósito protector perseguido.

La segunda de las opciones indicadas, conforme a los arts. 133 y ss. TRLPI, es el derecho *sui generis* sobre las bases de datos, mediante el que se “protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”. ¿Se protegen los macrodatos? No exactamente. Con esta protección se impide que terceros puedan extraer o reutilizar la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base de datos, “evaluada cualitativa o cuantitativamente, siempre que la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo”. Ahora bien, esta protección plantea diversos problemas en relación con la protección de los datos: i. conforme al art. 136 TRLPI, el derecho nace “en el mismo momento en que se dé por finalizado el proceso de fabricación de la base de datos, y expirará quince años después”; entonces si los datos se van añadiendo constantemente -recuérdese las características de los macrodatos-, ¿solo se protegen los datos existentes en el momento en que se dé por terminado el proceso de fabricación? ¿No se entiende terminada nunca mientras haya datos que se le agreguen?; y ii. la protección no se da respecto del dato en sí mismo considerado, sino que lo que se impide es una extracción de una parte sustancial de los datos o una extracción no sustancial, pero sistemática. Así, se pueden extraer grandes cantidades de datos de manera puntual siempre que no sea una parte sustancial e incluso hay tecnologías como los algoritmos que actualmente permiten, sin extraer los datos, memorizarlos a través de su simple acceso. ¿Esa situación estaría

Blanch, Valencia, 2017, pp. 61-63]. La originalidad en las bases de datos es un aspecto bastante complejo, puesto que esta se debe encontrar en su estructura. En la STJUE 1 marzo 2012, *Football Dataco* (C-604/10), el alto tribunal europeo lo dejó claro: “la protección del derecho de autor prevista en esa Directiva tiene por objeto la ‘estructura’ de la base de datos y no su ‘contenido’ ni, por lo tanto, los elementos constitutivos de esta. [...] Por lo que se refiere a la constitución de una base de datos, ese criterio de la originalidad se cumple cuando, mediante la selección o la disposición de los datos que contiene, su autor expresa su capacidad creativa de manera original tomando elecciones libres y creativas [...] e imprime así su ‘toque personal’ [...]. En cambio, ese criterio no se cumple cuando la constitución de la base de datos es dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa [...] Ningún criterio salvo el de la originalidad es aplicable para apreciar si una base de datos puede ser objeto de la protección conferida por el derecho de autor previsto en dicha Directiva”. En profundidad sobre estas cuestiones, entre otros, vid. MORILLAS JARILLO, M. J.: “Artículo 12”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por F. PALAU RAMÍREZ y G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 238-261; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La protección jurídica de las bases de datos”, *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 1, 1999, pp. 11-66.

37 Claramente en contra y con razones fundadas, GARCÍA VIDAL, Á.: “La protección de los macrodatos: exclusividad versus libre acceso”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 46 y 47.

protegida?³⁸ Ciertas dudas surgen inmediatamente a este respecto porque en el mejor de los casos nos encontraríamos con algún dato protegido en determinadas circunstancias y para determinadas cuestiones siempre que estuviera integrado en una base de datos, pero no por su propia naturaleza³⁹.

Si se observan los restantes derechos protectores de los bienes inmateriales, la respuesta es igualmente negativa. Pléñese en la protección a través de las patentes -y sus requisitos de patentabilidad conforme al art. 4 LPA. ¿Acaso un dato es una invención? ¿Implican actividad inventiva? ¿Y un algoritmo?⁴⁰-, de los derechos de autor “genéricos” -y de nuevo los problemas en torno a la originalidad, conforme al art. 10 TRLPI⁴¹-, de la protección de los programas de ordenador -¿un dato es un programa? ¿Y un algoritmo?⁴²-, de las obtenciones vegetales, de la

38 En general, sobre la extracción de datos y su licitud e ilicitud, vid. GARCÍA MIRETE, C.M.: “La ‘extracción’ de bases de datos: El pulso europeo entre la protección jurídica y el acceso a la información”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 29, 2008-2009, pp. 137-156; GIORDANELLI, F.: “IPRS and”, cit., pp. 107-130.

39 También en contra se muestra DREXL, J.: “Designing Competitive Markets for Industrial Data”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 8, núm. 4, 2017, pp. 267 y ss.; GARCÍA VIDAL, Á.: “La protección de”, cit., pp. 57-59; GIORDANELLI, F.: “IPRS and”, cit., pp. 116-117; HUGENHOLTZ, P.B.: “Data Property in the System of Intellectual Property Law: Welcome Guest of Misfit?”, en AA.VV.: *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, (ed. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMAYER), Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 75-99; ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: “Intellectual Property”, cit., pp. 117 y ss.; y LEISTNER, M.: “Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform”, en AA.VV.: *Trading Data in the Digital Economy: legal Concepts and Tools* (ed. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMAYER), Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 27-57.

40 Téngase en cuenta que, por ejemplo, en el caso estadounidense *Alice Corp. v. CLS Bank Int'l*, 573 US 208 (2014), la Corte Suprema negó que un algoritmo pudiera ser patentado por ser una idea abstracta. Muy duro fue el voto particular del juez MOORE, en el que llegó a afirmar: “Y seamos claros: si todas estas reivindicaciones, incluidas las reivindicaciones de sistema, no son patentables, este caso supondrá la muerte de cientos de miles de patentes, incluidas todas las patentes de métodos comerciales, sistemas financieros y software, así como muchas patentes implementadas por ordenador y de telecomunicaciones”. Sobre este caso, vid. RYAN, M. J.: “Secret Algorithms, IP Rights, and Public Interest”, *Nevada Law Journal*, vol. 21, núm. 1, 2020, pp. 61 y ss.

41 Crítico sobre la posibilidad de proteger los datos a través de los derechos de autor se muestra GRAEF, I.: “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition Law and Economics Review*, 2015, vol. 38, núm. 4, pp. 473-505. En cambio, BOTANA AGRA, M.J.: “Protección jurídica de algoritmos y programas de ordenador”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 157, admite que, si los algoritmos presentan un grado suficiente de originalidad y de creatividad, estos puedan ser protegidos a través de la protección de los derechos de autor.

42 Está claro que un dato no es un programa de ordenador. En cambio, no está tan claro que un algoritmo no pueda ser protegido como un programa de ordenador. La mayoría de la doctrina [vid. v.gr. GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La patentabilidad de la inteligencia artificial. La compatibilidad con otros sistemas de protección”, *La Ley Mercantil*, núm. 59, 2019, electrónico] ha negado que puedan ser protegidos como programas de ordenador por considerar que están excluidos por el considerando undécimo de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, en el cual se dispone que “[p]ara evitar cualquier duda, debe establecerse claramente que solo se protege la expresión del programa de ordenador y que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa, incluidas las de sus interfaces, no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor con arreglo a la presente Directiva. De acuerdo con este principio de derechos de autor, en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación abarquen ideas y principios, estos últimos no están protegidos con arreglo a la presente Directiva”. En cambio, otro sector [vid. v.gr. APARICIO VAQUERO, J.P.: “Derecho de autor”, cit., pp. 27 y ss.; y DELGADO PORRAS, A.: “La Directiva de las Comunidades Europeas sobre la protección de los programas de ordenador”, en DELGADO PORRAS, A.: *Derecho de autor y derechos afines al autor*, vol. 1, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, pp. 411-430] ha venido considerando que la exclusión no se refiere a los algoritmos, pues estos -sostiene APARICIO VAQUERO, J. P.: “Derechos de autor”, cit., p. 29- “quedan protegidos como tales en cuanto constituyen ya una primera forma de expresión de los mismos. Y ello, incluso aunque no lleguen a codificarse, aunque no llegue a crearse una versión ejecutable del programa, si son lo suficientemente detallados [...] para permitir dicha

topografía de los semiconductores, de los diseños industriales, etc. Los datos, es decir, los macrodatos y los algoritmos -como un derivado de los anteriores- no encajan en ninguno de ellos. Entonces, volvemos a la misma pregunta: siendo elementos sumamente valiosos, ¿acaso el Derecho no establece ninguna forma de protegerlos?

Tres posibilidades se me antojan posibles⁴³: i. contractualizar su protección, aunque eso se ve limitado a las personas con las que se entablan relaciones de diversa índole en relación con los datos y los algoritmos -colaboradores, trabajadores...; ii. el recurso a los mecanismos protectores de la disciplina competencial, si bien es un medio reactivo -es decir, no protege *ex ante*, sino que solamente en caso de que concurran los requisitos establecidos en la Ley de Competencia Desleal se podrá obtener una protección *ex post*; y iii. la utilización de la figura de los secretos empresariales. Así, de la triada señalada, nos centraremos únicamente en la tercera, en la protección a través de la figura de los secretos empresariales⁴⁴, entre cuyas funciones destaca precisamente la de ser una especie de cláusula de cierre del sistema de protección de los bienes inmateriales -o, incluso, si se prefiere, un cajón de sastre-⁴⁵.

creación mediante su 'simple' [...] codificación en el lenguaje de programación de elección". El problema de esta solución -más allá de las dudas que pueden surgir por la interpretación de la normativa- es que no otorga una protección al algoritmo por ser algoritmo, sino únicamente por constituir un programa de ordenador o estar integrado en uno. Por otro lado, no podemos dejar de mencionar la STJUE 2 mayo 2012, *Sas Institute Inc. (C-406/10)*, en la que, aunque fuera bajo la anterior normativa, el alto tribunal europeo negó la posibilidad de proteger un algoritmo bajo la protección otorgada a los programas de ordenador.

- 43 Dejamos en este momento de lado la posibilidad de crear un derecho *sui generis* sobre los datos tal y como se ha propuesto por algún autor por ser una cuestión *de lege ferenda*; y, sobre todo a raíz de la propuesta de la Comisión del año 2017. Entre otros, sobre estas cuestiones, *vid.* HUGENHOLTZ, B.: "Data Property", cit., pp. 75-99; y ZECH, H.: "A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, núm. 6, 2016, pp. 460-470.
- 44 La opción de la contractualización la omitimos en este momento no porque carezca de utilidad -pues es una opción de gran relevancia-, sino porque su estudio no incidiría en la naturaleza de los datos y de los algoritmos, sino que se limitaría a aplicar una regla contractualizadora general que no depende del concreto objeto. En cambio, la referencia a la competencia desleal puede ser igualmente útil en ciertas circunstancias, pero el estudio de las conductas que en su normativa se regulan no aporta tampoco una solución tuitiva general sobre los datos y los algoritmos, sino que se limitaría a establecer, atendiendo a las circunstancias concurrentes, cuando una actuación -con independencia de cuál fuera el objeto- es contraria a la competencia y merece el rechazo y reproche del ordenamiento jurídico. Aun así, no podemos dejar de señalar que la contractualización es en la práctica el mecanismo jurídico más utilizado para proteger los macrodatos [en este sentido, *vid.* el *Estudio sobre la protección de los secretos empresariales en el contexto de la economía de los datos*, (GRO/SME(20/F/206), julio de 2022, de la Comisión Europea].
- 45 Es cierto que la normativa de los secretos empresariales no estaba pensada para proteger los datos, macrodatos y algoritmos [*vid.* WIEBE, A.: "Protection of", cit., p. 880], pero ello no implica necesariamente que no se puedan entender incluidos -o, al menos, que se analice esta posible inclusión-, entre otras razones, por sus términos vagos y difusos que denotan esa búsqueda de amplitud, pues se trata, como afirmó DREXL, de un "régimen de protección de aplicación general y tecnológicamente neutral" [DREXL, J.: "Data Access and Control in the Era of Connected Devices", *Study on behalf of BEUC*, electrónico, 2018]. Más allá de eso, hay un argumento que puede ser definitivo para defender la protección de los datos como secretos empresariales y es el hecho de que en el considerando trigésimo quinto de la Directiva comunitaria se dispone que "[e]s importante que se respete el derecho al respeto de la vida privada y familiar y a la protección de los datos personales de toda persona cuyos datos personales puedan ser tratados por el poseedor de un secreto [empresarial] cuando se tomen medidas para la protección del secreto [empresarial], o de toda persona implicada en un proceso judicial relativo a la obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos comerciales, con arreglo a la presente Directiva, y cuyos datos personales sean objeto de tratamiento. La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo regula el

2. El recurso de los secretos empresariales.

En la actualidad, el art. 1.1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales contiene la definición de “secreto empresarial” a través de una suma de requisitos. Dispone que tendrá esta consideración “cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”. Por tanto, es necesario comprobar si los macrodatos podrían ser subsumibles en esta figura o en qué condiciones lo serían.

tratamiento de los datos personales efectuado en los Estados miembros en el contexto de la presente Directiva y bajo la supervisión de las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular las autoridades públicas independientes designadas por estos. Así pues, la presente Directiva no debe afectar a los derechos y obligaciones previstos en la Directiva 95/46/CE, en particular los derechos del interesado de acceder a aquellos de sus datos personales que sean objeto de tratamiento y de obtener la rectificación, supresión o bloqueo de los datos debido a su carácter incompleto o inexacto y, en su caso, la obligación de tratar los datos de carácter sensible de conformidad con el artículo 8, apartado 5, de esa misma Directiva”. Si la Directiva de Secretos Empresariales apunta que su normativa no debe entrar en conflicto con las obligaciones que se establecen en la regulación de los datos personales es, entre otras razones, porque prevé que los datos puedan también ser considerados secretos empresariales. En el mismo sentido, *vid.* SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., p. 198. Ahora bien, avanzamos ya que de manera general la doctrina se ha mostrado totalmente a favor de entender que los datos y los algoritmos podrían ser protegidos a través del recurso de los secretos empresariales. Entre otros, además de los citados, *vid.* APARICIO VAQUERO, J. P.: “Derechos de autor”, cit., pp. 37 y ss.; BOTANA AGRA, M.J.: “Protección jurídica”, cit., pp. 157 y 158; FRANCESCHI, A. DE Y LEHMANN, M.: “Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection”, *The Italian Law Journal*, vol. 1, núm. 1, 2015, p. 66; GARCÍA VIDAL, Á.: “La protección”, cit., pp. 59 y ss.; GIORDANELLI, F.: “IPRS and”, cit., pp. 117 y ss.; GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: “La protección”, cit., pp. 134 y ss.; GRAEF, I.: “Market Definition”, cit., pp. 480 y ss.; GUILLÉN CATALÁN, R.: “Propiedad intelectual de los algoritmos en la economía del dato”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 62, 2023, electrónica; ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: “Intellectual Property”, cit., *passim*; KRÜGER, S., WIENCKE, J. y KOCH, A.: “Der Datenpool als Geschäftsgeheimnis”, *GRUR*, vol. 122, núm. 6, 2020, pp. 578-584; LARA GARCÍA, A.L.: “La protección del Big Data a través del secreto de empresa”, en AA.VV.: *La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos* (dir. por E. OLMEDO PERALTA), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 335 y ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Propiedad intelectual*, cit., pp. 65 y ss.; MINERO ALEJANDRE, G.: “Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de protección de las bases de datos: de los errores no reconocidos a las modificaciones indirectas de la Directiva. Identificación de las imprecisiones de la futura Data Act a la luz de la doctrina jurisprudencial vigente”, *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 72, 2022, p. 36; MÜLLER, J.: “Der Schutz faktischer Kontrolle durch die Rechtsordnung. Einordnung des Data Acts in das bestehende Datenrecht”, *Recht Digital*, vol. 4, núm. 7, 2024, pp. 297-304; OTTOLA, A.: *Derecho, Big*, cit., pp. 31 y ss.; PLAZA PENADÉS, J.: “Propiedad intelectual de los algoritmos y la ciencia de datos”, en AA.VV.: *Ciencia de datos y perspectivas de la inteligencia artificial* (coord. por F. RAMÓN FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 57 y ss.; SAGSTETTER, T.: “Big Data und der europäische Rechtsrahmen: Status quo und Reformbedarf im Lichte der Trade-Secrets-Richtlinie 2016/943/EU”, en AA.VV.: *Recht als Infrastruktur für Innovation* (ed. por L. MAUTE y M.O. MACKENRODT), Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 285-318; y SURBLYTÉ, G.: “Data Mobility at the Intersection of Data, Trade Secret Protection and the Mobility of Employees in the Digital Economy”, *Research Paper of Max Planck Institute for Innovation and Competition*, núm. 16, 2016, electrónico.

La primera cuestión que se debe abordar es constatar si los macrodatos y los algoritmos pueden ser considerados “información” -o “conocimiento”⁴⁶-. Y la primera respuesta debe ser afirmativa. Se ha definido, precisamente, el término “información” -a los efectos que nos interesa- como un «conjunto de datos dotados de significado que constituyen un mensaje susceptible de interpretación por el ser humano»⁴⁷. Así, no hay dudas de que, al menos, cuando los datos estén estructurados y ordenados podrán encuadrarse en el concepto de “información”. Ahora bien ¿qué sucede con los denominados “raw data” -“datos en bruto”-⁴⁸? Un amplio sector doctrinal ha admitido que también podrán ser susceptibles de protección como secreto empresarial realizando una interpretación amplia del término “información”, acercándose a una perspectiva semántica y no sintáctica de la información⁴⁹. Esta conclusión no la comparto totalmente. Es cierto que los datos son el sustrato de la información y que hay datos que pueden alcanzar cierto grado de estructuración como para entender que son informaciones, pero de manera general -pues entiendo que puede haber excepciones- los datos sin procesar solo son datos que requieren de un esfuerzo -su procesamiento- para poder transformarlos en información⁵⁰.

Sentado lo anterior, es decir, admitido que los datos y algoritmos pueden ser considerados informaciones, debemos analizar si unos y otros -entendidos, por tanto, como informaciones- cumplirían los requisitos para ser considerados secretos empresariales⁵¹. De este modo, siguiendo la definición contenida en el art. 1.I LSE, el primer requisito es que la información sea secreta. ¿Qué debemos entender por

46 En España la legislación protectora de los secretos empresariales utiliza el término “información” y el término “conocimiento”. Aunque, en realidad, haya diferencias entre ambos -recuérdese la escala que se ha señalado con anterioridad-, por cuestiones prácticas nos referiremos a ambos bajo un único término, “información”.

47 Así la define GUILLÉN MONGE: GUILLÉN MONGE, P.: “Artículo 1. Objeto”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. por J.M. LISSÉN ARBELOA), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, electrónico. Además, aunque lo hayamos criticado con anterioridad, no podemos dejar de traer a colación la definición de “datos personales” que se contiene en el art. 4.1 del Reglamento de Protección de Datos, donde se produce una equiparación de este término con el de “información”, al definirse como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, pudiéndose definir, por tanto, aunque no lo compartamos, el “dato” como “cualquier información relacionada con un tema o asunto determinado” [vid. NORDBERG, A.: “Trade Secrets, Big Data and Artificial Intelligence Innovation: a Legal Oxymoron?”, en AA.VV.: *The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU. An Appraisal of the EU Directive* (ed. por E. SCHOVSBØ, T. MINSEEN y T. RIIS), Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 194].

48 Datos que no han sido procesados, transformados, organizados ni modificados tras haber sido obtenidos.

49 SUÑOL LUCEA afirma que “[e]n el bien entendido que lo eventualmente amparado es la ‘información’ codificada en ese sistema binario (información semántica) y no las secuencias de bits y bytes (información sintáctica)”, aunque reconoce rápidamente que se trata de una cuestión que “reclama una aclaración” [SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., p. 197]. En el mismo sentido, ZECH, H.: “Information as”, cit., *in fine*.

50 Coincidente con esta posición, vid. NORDBERG, A.: “Trade Secrets”, cit., p. 202; y WIEBE, A.: “Protection of”, cit., p. 92.

51 En esta ocasión no nos adentramos en el análisis del carácter empresarial de la información. Para ser titular de un secreto empresarial no se requiere ser empresario, pues tanto en la Directiva de Secretos Empresariales como en la Ley de Secretos Empresariales no se hace depender la consideración de secreto empresarial de cualquier requisito subjetivo de su titular. En este sentido, el titular puede ser cualquier persona, física o jurídica, sea o no empresaria, pues lo determinante es que la información, aunque no se aplique en el momento concreto en el mercado, sea susceptible de ser aplicada empresarialmente -entendiendo este último término igualmente de un modo amplio, haciendo referencia a cualquiera de los

“secreta”? Este propio precepto nos indica las claves para entender este término, deduciéndose, primeramente, que no es necesario que sea un secreto absoluto, sino que basta con que sea relativo, es decir, para ser protegido como secreto empresarial no se requiere que se trate de una información desconocida para todas las personas -a excepción de su titular-⁵². En segundo lugar, este carácter de secreto relativo se hace depender, a su vez, de dos subrequisitos acumulativos: i. que la información no sea generalmente conocida “por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice” la información en cuestión; y ii. que esa información no sea “fácilmente accesible para ellas”. La exigencia de los dos requisitos es superflua y son reconducibles a uno solo, el de la facilidad en el acceso, porque si una información es “generalmente conocida” por las personas pertenecientes a dichos círculos también será “fácilmente accesible” -cosa que no ocurre a la inversa, porque podría no ser conocida por ellas, pero sí fácilmente accesible-⁵³. ¿Puede ser complicado acceder a los datos y a los algoritmos? Es decir, ¿pueden ser secretos, aunque sea relativamente? La respuesta vuelve a ser claramente afirmativa.

La doctrina diferencia dos supuestos⁵⁴. Por un lado, los datos individualmente considerados; y, por otro lado, los macrodatos. ¿Por qué esta diferenciación? Porque se entiende que los datos si son apreciados individualmente rara vez podrán ser secretos en el sentido de que no sean fácilmente accesibles, ya que sostiene que en la mayoría de las ocasiones cualquier dato se puede obtener de manera sencilla. Se trata, no obstante, de una generalización y como toda generalización, aunque se acerque a la verdad, presenta alguna matización. Por supuesto que un dato aislado es más fácil de obtener que millones de datos ordenados y sistematizados provenientes de diversas fuentes, pero no es menos cierto que tal dato puede no ser fácilmente accesible -piénsese, por ejemplo, en las coordenadas geográficas de un concreto lugar en el que hay un yacimiento mineral de altísimo valor-, es decir, la individual consideración no empece que se pueda calificar de secreta la información⁵⁵.

círculos de la empresa, desde externos, como sería la comercialización de productos, hasta internos, como serían ciertos asuntos financieros-.

- 52 Sobre esta cuestión de la relatividad del carácter secreto, entre otros, vid. BUSTILLO SAIZ, M. M.: *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 69 y ss.; y GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 44 y ss.
- 53 Así se han pronunciado, entre otros, MASSAGUER FUENTES, J.: “De nuevo”, cit., p. 54; y ROWE, E. A.: “Snapshot of Trade Secret Developments”, *William & Mary Law Review Online*, vol. 60, 2019, pp. 52 y 53; y SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., p. 198; y *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 132 y ss.
- 54 Por todos, vid. GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “La protección”, cit., pp. 140 y 141; y SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., pp. 198-200. Ahora bien, LARA GARCÍA, A.L.: “La protección”, cit., pp. 335 y ss. diferencia según los datos sean personales o no. En nuestra opinión, esta diferenciación no es totalmente necesaria en la medida en que los datos personales puedan ser anonimizados.
- 55 A favor de la protección como secreto empresarial de los datos individualmente considerados, vid. SCHEJA, K.: “Schutz von Algorithmen in Big Data Anwendungen”, *Computer und Recht*, vol. 34, núm. 8, 2018, pp. 485-491. Más problemas presentan ciertos datos que pueden entrar en conflicto con la regulación de

El segundo caso, en cambio, no presenta dudas: un conjunto de datos puede ser secreto. Es más. Puede serlo, aunque alguno de los datos que lo componen sean conocidos, pues el propio art. 1.1 LSE dispone que el requisito de ser secreto puede serlo también respecto de “su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes”; es decir, no importa en esta calificación que alguno de sus elementos -datos- sean conocidos⁵⁶. No obstante, hemos de matizar nuevamente esta aserción, puesto que, en ocasiones, un conjunto de datos, por sus particulares circunstancias, tampoco podrá ser considerado secreto. Piénsese, por ejemplo, en un conjunto proveniente de una única fuente, que, además, sea pública; o en la forma en la que puede influir el almacenamiento en la nube y las interconexiones de los diversos aparatos. Con todo, *grosso modo*, los macrodatos, como regla general, podrán ser secretos, tal y como se entiende este término en la normativa, mientras que los datos individualmente considerados, en principio, no podrán ser así calificados, sin perjuicio de que los primeros en ocasiones no se encuadren en este concepto de “secreto”, al tiempo que los segundos sí que puedan serlo⁵⁷.

los datos personales, constituyendo el ejemplo paradigmático los listados de clientes o de proveedores, mencionados expresamente tanto en el preámbulo de la Ley de Secretos Empresariales como en el considerando segundo de la Directiva comunitaria. Estos datos individualmente considerados entran plenamente en el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de los datos personales, pero el problema se encuentra, como indica SUÑOL LUCEA, en que ni la normativa reguladora de los datos personales ni la de los secretos empresariales “se pronuncian de forma clara acerca de qué derecho (el derecho de acceso y portabilidad de los datos de carácter personal o el derecho del titular del secreto a mantenerlos bajo reserva) prevalece en caso de conflicto. En efecto, los arts. 15.4 y 20.4 del Reglamento establecen que el derecho de acceso y el de portabilidad no deben afectar negativamente a los secretos empresariales, limitación, esta, que el considerando 63 parece extender también al art. 15.1 y 15.3 del mismo texto. Por su parte, el considerando 35 Directiva de secretos empresariales declara que esta no debe afectar a los derechos y obligaciones previstos en la (ahora derogada) Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales y, en particular, y entre otros, el derecho del interesado de acceder a aquellos de sus datos personales que sean objeto de tratamiento. Por tanto, la resolución de este eventual conflicto, si acaso lo hay, solo puede determinarse atendiendo a las concretas circunstancias del caso”: SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., p. 198. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Propiedad intelectual*, cit., pp. 68 entiende que cualquier problema que pueda haber en relación con los datos personales y su protección como secreto empresarial desaparece desde el momento en que los datos personales son anonimizados.

- 56 Como indica GÓMEZ SEGADÉ, “[n]o se exige que sean desconocidos el conjunto y los elementos de la información, porque la LSE, siguiendo lo dispuesto en la Directiva opta por una solución alternativa y basta con que se mantenga secreto el conjunto o bien los elementos que lo integran”: GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: “La nueva Ley de Secretos Empresariales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 40, 2019-2020, p. 152. Manteniendo esta cuestión, en concreto, respecto de los datos, vid. SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., p. 199; y WIEBE, A. y SHUR, N.: “Protection of trade secrets in a data-driven, networked environment: Is the update already out-dated?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, núm. 10, 2019, p. 816. Podemos traer igualmente a colación, a pesar de su antigüedad y aunque sea una resolución judicial inglesa, el caso *Coco v. A.N. Clark (Engineers) Ltd.* [1969] RPC, en el que se sostuvo, si bien mezcla elementos que a nosotros no nos atañen, que “[a]lgo que ha sido construido únicamente a partir de materiales de dominio público puede poseer la necesaria cualidad de confidencialidad: porque algo nuevo y confidencial puede haber sido creado mediante la aplicación de la habilidad y el ingenio de la mente humana. La novedad depende de la cosa en sí, y no de la calidad de las partes que la componen. De hecho, a menudo cuanto más sorprendente es la novedad, más comunes son sus componentes”.
- 57 Sobre estas cuestiones, también, vid. GRÜTZMACHER, M.: “Dateneigentum-ein Flickenteppich”, *Computer und Recht*, vol. 8, núm. 32, 2016, pp. 485-495; SANDEEN, S.K.: “Lost in the Cloud: Information Flows and the Implications of Cloud Computing for Trade Secret Protection”, *Virginia Journal of Law and Technology*, vol. 19, núm. 1, 2014, pp. 1-10; SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, cit., pp. 199 y 200; y SURBLYTE, G.: “Data Mobility”, cit. Mayores problemas puede presentar el hecho de conjugar la protección como secreto empresarial y la necesidad de compartir datos con colaboradores -o incluso con competidores-, conociéndose como la paradoja de la apertura, puesto que compartir datos en determinadas circunstancias puede determinar que la información deje de estar protegida como secreto empresarial, al tiempo que si no se comparten

Los algoritmos, como bienes derivados de los datos, también perfectamente pueden considerarse secretos, siempre que no sean conocidos por las personas de los círculos referidos -fácilmente accesibles-. Aunque, sin duda alguna, presentan también notables problemas. No tanto en relación con su propia naturaleza, sino con las normativas circundantes -v.gr. con ciertas normas de transparencia⁵⁸- o con algunas circunstancias aledañas a la utilización de algoritmos secretos, como pudiera ser cuestiones relativas a sesgos discriminatorios que subyacen a los códigos de estos bienes⁵⁹.

El segundo requisito para que una información sea considerada secreto empresarial es que debe tener valor empresarial, “ya sea real o potencial,

se pierden beneficios potenciales [vid. ARORA, A., ATHREY, S. y HUANG, C.: “The Paradox of Openness Revisited: Collaborative Innovation and Patenting by UK Innovators”, *Research Policy*, vol. 45, núm. 7, 2016, pp. 1352-1361]. Iguales o mayores problemas se plantean, también, en relación con las políticas de *open data*, cada vez más extendidas en diversos ámbitos. Ahora bien, el problema en estos casos se enfoca de manera incorrecta. Está claro que para mantener el carácter secreto no se pueden publicar abiertamente los datos, pero ello no empece que puedan compartirse con colaboradores para aumentar el nivel de innovación: el régimen de los secretos empresariales precisamente suple la falta de protección a la hora de compartir los datos con terceros y, ante una cada vez menor importancia de la confianza personal, esta se suple por un régimen salvavidas.

58 Vid. la regulación contenida en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 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. Se afirma, por ejemplo, en su considerando 107 que “[c]on el fin de aumentar la transparencia en relación con los datos utilizados en el entrenamiento previo y el entrenamiento de los modelos de IA de uso general, incluidos los textos y los datos protegidos por el Derecho en materia de derechos de autor, procede que los proveedores de dichos modelos elaboren y pongan a disposición del público un resumen suficientemente detallado de los contenidos utilizados para el entrenamiento del modelo de IA de uso general. Este resumen debe tener debidamente en cuenta la necesidad de proteger los secretos comerciales y la información empresarial confidencial y, al mismo tiempo, debe ser exhaustivo en general en su alcance en vez de técnicamente detallado, a fin de facilitar que las partes con intereses legítimos, incluidos los titulares de derechos de autor, ejerzan y hagan cumplir sus derechos en virtud del Derecho de la Unión, por ejemplo, enumerando los principales conjuntos o recopilaciones de datos que hayan servido para entrenar al modelo, como los grandes archivos de datos o bases de datos privados o públicos, y proporcionando una explicación descriptiva sobre otras fuentes de datos utilizadas. Conviene que la Oficina de IA proporcione un modelo para el resumen, que debe ser sencillo y eficaz y permitir que el proveedor proporcione el resumen requerido en forma descriptiva”; mientras que en su art. 25.2, 3 y 5 se dispone que “[e]l proveedor inicial cooperará estrechamente con los nuevos proveedores y facilitará la información necesaria, el acceso técnico u otra asistencia razonablemente previstos que sean necesarios para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento, en particular en lo que respecta al cumplimiento de la evaluación de la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo. [...] Se entenderá sin perjuicio de la necesidad de observar y proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial, la información empresarial confidencial y los secretos” empresariales. Si el algoritmo es un secreto empresarial, ¿cómo se va a poder publicar el algoritmo, es decir, cómo se van a poder cumplir las obligaciones de transparencia impuestas si, al mismo tiempo, la normativa reconoce que el secreto empresarial estará protegido. ¿Puede haber un secreto empresarial transparente? ¿O es un oxímoron jurídico?

59 Aunque no nos detengamos tampoco en ello, no se puede perder de vista la posibilidad de que un algoritmo, por el sesgo que contenga, sea discriminatorio. ¿Hasta qué punto se puede mantener su protección en tal caso? Por otro lado, por ejemplo, en Estados Unidos se ha planteado el siguiente problema. Gran cantidad de aparatos técnicos utilizados en procedimientos penales en dicho país -por ejemplo, pruebas de ADN o de alcoholemia- están basados en complejas fórmulas y algoritmos mantenidos en secreto por sus fabricantes. Esto implica que el condenado basándose en tal prueba desconoce cómo funciona y, bajo el paraguas de la protección del secreto empresarial, al condenado no se le permite conocer el funcionamiento y si pudo haber un fallo en el algoritmo que subyace a la prueba. Sobre esta cuestión, vid. RYAN, M.J.: “Secret Conviction Programs”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 77, núm. 1, 2020, pp. 269-342.

precisamente por ser secreto". Se ha dicho que una información tendrá valor empresarial, real o potencial, cuando otorgue a su titular una ventaja competitiva en términos de dinero, tiempo o esfuerzo⁶⁰. Ahora bien, la expresión al valor "real o potencial" implica que no necesariamente debe tener valor en el preciso momento en que se analiza, sino que este pueda darse en una situación futura, es decir, no importa que el valor sea actual -por estar siendo aplicado a una concreta actividad- o que lo tenga porque en un futuro podría utilizarse en alguna actividad empresarial.

Sin embargo, para apreciar la concurrencia de este requisito no es suficiente con que los macrodatos o el algoritmo tengan valor, sino que es necesario que este valor sea consecuencia de su mantenimiento en secreto. La cuestión, por tanto, está en determinar si los macrodatos o los algoritmos tienen valor por ser mantenidos en secreto -o, al menos, una parte de su valor proviene de este desconocimiento-⁶¹. Realmente, es, de nuevo, un requisito que también sería prescindible: desde el punto de vista económico, toda información mantenida en secreto ya tiene un extra de valor por el hecho de ser desconocida para el resto de los agentes del mercado -cuestión distinta es que descubierta, pierda todo su valor o se constate que jamás lo tuvo-⁶².

Y este valor es predicable también respecto de los datos individualmente considerados. Gran parte de la doctrina lo niega porque entiende que estos datos "no son útiles ni significativos de manera aislada"⁶³, pero el problema de esa posición es que es fruto de una equivocación en torno a la interpretación del requisito. Es cierto que puede ser que los datos individuales -analizados desde su sustancia- carezcan de valor por ser insignificantes, pero ese valor no es el que exige la normativa reguladora -lo requerido es que tengan valor por ser secretos-⁶⁴. En todo caso, se podrá intentar argumentar que tales datos individuales

60 GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: "La nueva", cit., p. 153; y SUÑOL LUCEA, A.: *El secreto*, cit., p. 142.

61 Como indica acertadamente GARCÍA VIDAL, Á.: "La protección", cit., p. 62.

62 En un sentido coincidente, vid. SUÑOL LUCEA, A.: *El secreto*, cit., pp. 142 y ss.

63 APLIN, T., RADAUER, A., BADER, M.A. y SEARLE, N.: "The Role", cit., p. 841; DREXL, J.: "Data Access", cit., pp. 92 y 93; NOTO LA DIEGA, G. y SAPPA, C.: "The Internet of Things (IoT) at the Intersection of Data Protection and Trade Secrets. Non-Conventional Paths to Counter Data Appropriation and Empower Consumers", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 3, 2020, *passim*; y STEPANOV, I.: «Introducing a Property Right over Data in the EU: the Data Producer's Right-An Evolution», *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 34, núm. 1, 2020, pp. 65-86. En el mismo sentido, ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: "Intellectual Property", cit., p. 128, señala que «puede ser difícil demostrar que un dato individualmente considerado tiene valor empresarial por ser secreto. Muchos datos solo se considerarán valioso si forman parte de un conjunto de datos mayor»; y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Propiedad intelectual*, cit., p. 70 justifica la protección de ciertos datos individualmente considerados porque estos pueden tener un gran valor. Pero ese no es el requisito exigido por la normativa: el valor debe derivarse de su carácter secreto.

64 En relación con todo ello, también se ha negado que se cumpla este requisito en aquellos macrodatos que, aun siendo mantenidos en secreto, provienen de diversas fuentes -como podrían ser ciertos dispositivos conectados- que son públicas porque en tal caso -sostienen- que el valor de tales macrodatos proviene del conjunto de todos ellos, pero no de su carácter secreto porque todos ellos están disponibles públicamente [vid. SANDEEN, S.K. y APLIN, T.: "Trade Secrecy, Factual Secrecy and the Hyper Surrounding AI", en AA.VV.: *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence* (ed. por R. ABBOTT), Edward Elgar,

no pueden ser protegidos como secretos empresariales porque son excluidos del concepto de “secreto empresarial” por ser informaciones de escasa importancia o triviales⁶⁵, pero no por no cumplir el requisito del valor vinculado al secreto, el cual se cumplirá, en mi opinión, en todo caso, ya que los datos o los algoritmos incrementan o adquieren valor “por su carácter secreto, pues permite su uso exclusivo o su comercialización a terceros”⁶⁶.

El tercer y último requisito establecido en la legislación es el relativo a las medidas razonables de seguridad para mantener la información secreta. Se trata de una cuestión casuística, dependiente de la voluntad del titular de la información: es él quien decide si cierta información ha de ser protegida o no. Las medidas, no obstante, deben ser razonables, si atendemos al texto de la norma. ¿Y ello qué significa? No se puede buscar una razonabilidad objetiva, sino, más bien, subjetiva, atendiendo a las concretas circunstancias que concurren -una misma medida no presenta la misma razonabilidad en todos los casos, pues esta depende, por ejemplo, del número de agentes que haya en el mercado-. Se trata, por tanto, de medidas que reducen las probabilidades de que la información secreta sea descubierta atendiendo a los esfuerzos -generalmente económicos- que implican su adopción. No se puede dar una respuesta conclusiva a este respecto, pero sí que podemos apuntar que este requisito no plantea grandes desafíos si lo trasladamos a los datos y a los algoritmos, puesto que no dejan de ser informaciones que pueden estar sujetas a medidas de la más diversa índole: técnicas, como serían ciertos entramados de ciberseguridad -o, sencillamente, contraseñas de acceso a ellos-, o jurídicas, a través de la conclusión de acuerdos de confidencialidad⁶⁷ con

Cheltenham, 2022, pp. 442-459]. Pero el problema de esta argumentación es el mismo. Si la combinación de datos públicos es mantenida en secreto, por tal condición ya tiene un valor añadido, pues el resto de los agentes del mercado desconocen tal realidad. Y una misma respuesta podríamos dar a la cuestión de si los datos de entrenamiento pueden ser protegidos como secretos empresariales. En nuestra opinión, no habría ningún inconveniente, a pesar de que las autoras citadas lo nieguen por la misma razón esgrimida. A favor de nuestra posición, *vid.* SUÑOL LUCEA, A.: “La protección”, *cit.*, pp. 200 y 201.

65 Sobre la trivialidad de los datos, se ha llegado a afirmar que “tanto los datos brutos como los datos inferidos mediante análisis de datos son objeto de protección de secretos comerciales, porque la trivialidad de una información es un concepto relativo y contextual y, en el caso de los macrodatos, las correlaciones de datos individuales que son ‘triviales’ por sí mismas pueden dar lugar a nuevos resultados valiosos, de modo que la ‘trivialidad’ no alcanza”: GIORDANELLI, F.: “IPRS and”, *cit.*, p. 18. En el mismo sentido, *vid.* WIEBE, A. y SHUR, N.: “Protection of”, *cit.*, pp. 814-821.

66 GARCÍA VIDAL, Á.: “La protección”, *cit.*, p. 62.

67 Sobre la construcción de los acuerdos de confidencialidad, aunque sea en relación con la compraventa de empresas, *vid.* MURUAGA HERRERO, P.: *Acuerdos de confidencialidad en la compraventa de empresas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. En concreto, sobre la virtualidad de los acuerdos como medida razonable para mantener el carácter secreto, *vid. v.gr.* AZEVEDO, A., PEREIRA, P.J. y RODRIGUES, A.: “Non-Compete Covenants, Litigation and Garden Leaves”, *Journal of Business Research*, vol. 88, 2018, pp. 197-211; y SANDEEN, S.K. y APLIN, T.: “Trade Secrecy”, *cit.*, *passim*; SAPPA, C.: “What Does Trade Secrecy Have to Do with the Interconnection-based paradigm of the Internet of Things?”, *European Intellectual Property Review*, vol. 40, núm. 8, 2018, pp. 518 y ss. En la jurisprudencia, *vid.*, en España, SAP Sevilla, civil, de 5 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APSE:2022:2989); en Estados Unidos, *vid.* *Aircraft Gear Corp. v. Lentsch*, 18 C 50244 (N.D. Ill. Sep. 29, 2022) o *Sentry Data Sys., Inc. v. CVS Health*, 361 F.Supp. 3d 1279 (S.D.Fla. 2018). En general, sobre las distintas medidas de protección que pueden establecerse, *vid.* NORDBERG, A.: “Trade Secrets”, *cit.*, pp. 214 y ss.; y REIMSBACH-KOUNATZE, C.: “Enhancing access to and sharing of data: Striking the balance between openness and control over data”, en AA.VV.: *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare* (ed. por GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION), Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 25-68.

las personas que pudieran acceder a los datos o a los algoritmos; o, en definitiva, una mezcla de unas y otras. En resumen, este requisito -el cual, en nuestra opinión, es capital, pues fácilmente de él dependen los otros dos anteriores, puesto que si no se establecen medidas de seguridad, la información será fácilmente accesible- puede ser cumplido sin excesivas complicaciones y si el titular del dato o del algoritmo lo protege prácticamente se está a un paso de obtener la protección otorgada por el régimen de la Ley de Secretos Empresariales⁶⁸.

V. CONSIDERACIONES FINALES A VUELAPLUMA.

BORRELL Y SOLER afirmó que “de las cosas necesarias para la vida, pocas pueden adquirirse por ocupación, algunas por producción directa, pero las más necesitan solicitarse del que las tiene sobrantes, y no puede contarse con que este las facilite gratuitamente. De aquí la necesidad de recurrir al cambio de las cosas y productos”⁶⁹. Y no le faltaba razón. En el mercado, *se vende y se compra hasta el sol*. Ahora bien, ¿cómo se puede comprar y vender un dato o un algoritmo? O, en definitiva, ¿cómo se pueden transmitir? A modo de conclusión, solamente apuntaremos una serie de notas sobre la contratación con estos bienes; en concreto, sobre los contratos traslativos tomando como referencia el contrato de compraventa. El mercado no espera; se comercia con datos y con algoritmos y el Derecho debe plantear la forma en que se puede negociar con ellos, aportando seguridad jurídica y del tráfico⁷⁰.

Varias notas a vuelapluma, planteadas, pero que, por extensión, no podemos responder en esta ocasión ¿Cuáles son las obligaciones de las partes? Dicho de otro modo: si asumimos que un dato -o los macrodatos- y un algoritmo pueden comprarse y venderse, ¿cómo se materializan, con estos particulares objetos -etéreos, si se quiere-, las obligaciones de las partes? ¿De qué modo se puede articular la obligación de entrega? ¿Se puede “entregar” un dato? ¿Qué se debe “entregar”? Entiendo que con la puesta a disposición del adquirente de la tales datos y algoritmos. ¿Es suficiente con la entrega por parte del transmitente para entender transmitido los datos o los algoritmos? Entiendo que no, puesto que, dada la ubicuidad de estos bienes, nada impide, en principio, que el antiguo titular

68 Vid. AJM Barcelona 23 julio 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:89A) en el que se señala expresamente lo siguiente en el FJ 4º: “ No cabe duda de que la información que obtiene una empresa de la evolución de una página web de su titularidad a través de los datos que le suministra la herramienta Google Analytics puede tener la consideración, con carácter general, de secreto empresarial o, al menos tiene una enorme potencialidad de que sea así considerada, siempre que la empresa emplee algún tipo de medio para preservar el carácter secreto de la información”. Si se adoptan medidas protectoras se está a un paso de que la información sea considerada secreto empresarial.

69 BORRELL Y SOLER, A.M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, p. 5.

70 PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 176, 1985, pp. 7-40.

tuviera o bien una copia o bien fuera capaz de recordarlos⁷¹. Por ello, la obligación de entrega debe ir acompañada de una obligación de destrucción de las posibles copias existentes o de una obligación de confidencialidad y no explotación de los datos o algoritmos que queden en poder del transmitente. Se trata, en definitiva, de evitar que, aun teniéndolos, pueda hacer uso de ellos y explotarlos. Ahora bien, ¿cómo sabrá el adquirente del dato o del algoritmo que el vendedor ha cumplido sus obligaciones? ¿Cómo podrá saber si ha cumplido o incumplido su obligación de entrega? ¿Puede saber realmente si le “entrega” todos los datos? ¿Puede saber si el algoritmo “entregado” es realmente el debido?

En resumen, por recapitular y concluir, los datos y los algoritmos pueden llegar a ser protegidos como secretos empresariales puesto que, en primer lugar, pueden ser, según las circunstancias, considerados secretos por no ser fácilmente accesibles; en segundo lugar, pueden tener valor por el hecho de ser mantenidos en secreto -una ventaja competitiva-; y, en tercer lugar, pueden ser objeto de medidas razonables de seguridad por parte de su titular para evitar que sean conocidos por los terceros. Ahora bien, aunque este régimen no sea perfecto, aporta una solución temporal hasta que se decida si se quiere apostar por la creación de un derecho protector específico sobre ellos o si se prefiere lo contrario, dejando su protección bajo la nebulosidad de los secretos empresariales. Más allá de estas cuestiones, lo que sí que se debería atajar es la regulación de su transmisión a la vista -aunque aquí solamente hayamos apuntado unas preguntas sin contestación- de que los moldes del clásico contrato de compraventa no se adaptan a la perfección a estos objetos. Se necesita, sin duda alguna, un estudio detallado y circunstanciado de los datos y de los algoritmos -que ya no son ni tan siquiera nuevos objetos- como objetos del comercio y del mercado, pues la economía no duda en comerciar con ellos y el Derecho, como arte y como ciencia, no puede quedarse detrás.

71 Memorizar unos datos, quizá, sea menos factible cuando hablamos de grandes cantidades de ellos; pero, en cambio, memorizar un algoritmo es factible. Aunque sea una cuestión extrajurídica recuérdese el pasaje final de la película *Cortina rasgada*, dirigida por A. HITCHCOCK.

BIBLIOGRAFÍA

ALAVI, M. y LEIDNER, D.: "Knowledge Management Systems: Issues, Challenges, and Benefits", *Communications of the Association for Information Systems*, vol. 1, núm. 7, 1999.

ANTÓN JUÁREZ, I.: "Personalización de precios a través de la inteligencia artificial y el Big Data", en AA.VV.: *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho privado* (dir. por M. PANIAGUA ZURERA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

APARICIO VAQUERO, J. P.: "Derecho de autor y más allá: Algoritmos, códigos de los programas de ordenador y apps", *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 71, 2022.

APLIN, T., RADAUER, A., BADER, M. A. y SEARLE, N.: "The Role of EU Trade Secrets Law in Data Economy: An Empirical Analysis", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 54, 2023.

ARORA, A., ATHREYE, S. y HUANG, C.: "The Paradox of Openness Revisited: Collaborative Innovation and Patenting by UK Innovators", *Research Policy*, vol. 45, núm. 7, 2016.

AZEVEDO, A., PEREIRA, P.J. y RODRIGUES, A.: "Non-Compete Covenants, Litigation and Garden Leaves", *Journal of Business Research*, vol. 88, 2018.

BAGNOLI, V.: "Competition for Effectiveness of Big Data Benefits", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 46, 2015.

BALKIN, J. M.: "The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data", *Ohio State Law Journal*, vol. 78, núm. 5, 2017.

BENTLY, L. y SHERMAN, B.: *Intellectual Property Law*, 4.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La protección jurídica de las bases de datos", *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 1, 1999.

BORRELL Y SOLER, A. M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.

BOTANA AGRA, M. J.:

- "Los derechos de propiedad intelectual en el marco de la industria 4.0", en AA.VV.: *4ª revolución industria: Retos de la sociedad y economía digital en la*

era pos-covid-19 (dir. por C. GARCÍA NOVA y L. OTERO GONZÁLEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, e-book.

- “Protección jurídica de algoritmos y programas de ordenador”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BUSTILLO SAIZ, M. M.: *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

CORMEN, T.H., LEISERSON, C.E., RIVEST, R.L. y STEIN, C.: *Introduction to Algorithms*, 4.^a ed., The MIT Press, Cambridge, 2022.

CORNES, R. y SANDLER, T.: *The Theory of Externalities. Public Goods and Club Goods*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

CLAICI, A.: “Big Data y política de la competencia”, *Papeles de la Economía Española*, núm. 157, 2018.

DELGADO PORRAS, A.: “La Directiva de las Comunidades Europeas sobre la protección de los programas de ordenador”, en DELGADO PORRAS, A.: *Derecho de autor y derechos afines al autor*, vol. I, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007.

DREXL, J.:

- “Data Access and Control in the Era of Connected Devices”, *Study on behalf of BEUC*, electrónico, 2018.
- “Designing Competitive Markets for Industrial Data”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 8, núm. 4, 2017.

FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R.: “El delito de daños y el espionaje empresarial: dos ataques compatibles contra la información como bien inmaterial”, *InDret*, núm. I, 2018.

FRANCESCHI, A. DE y LEHMANN, M.: “Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection”, *The Italian Law Journal*, vol. I, núm. I, 2015.

GALACHO ABOLAFIO, A.F.: *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GARCÍA MIRETE, C. M.: “La ‘extracción’ de bases de datos: El pulso europeo entre la protección jurídica y el acceso a la información”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 29, 2008-2009.

GARCÍA VIDAL, Á.: “Big Data e internet de las cosas: su impacto en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GARCÍA VIDAL, Á.: “La protección de los macrodatos: exclusividad versus libre acceso”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GELLERT, R.: “Comparing Definitions of Data and Information in Data Protection Law and Machine Learning: A Useful Way Forward to Meaningfully Regulate Algorithms?”, *Regulation & Governance*, vol. 16, núm. 1, 2020.

GERVAIS, D.: “Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 10, núm. 3, 2019.

GIORDANELLI, F.: “IPRS and Big Data: A Proposal for a Fair Balance Between Businesses’ Legitimate Interest and Data Sharing in the Light of the EU Data Act”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 42, 2022.

GOFF, J. LE: *¿Realmente es necesario cortar la historia en rebanadas?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

GÓMEZ SEGADE, J. A.:

- *El secreto industrial* (Know-how). *Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.
- “La nueva Ley de Secretos Empresariales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 40, 2019-2020.
- “La protección de los macrodatos (*Big Data*) mediante las normas sobre secretos empresariales”, en AA.VV.: *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (dir. por Á. GARCÍA VIDAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GRAEF, I.: “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition Law and Economics Review*, vol. 38, núm. 4, 2015.

GRÜTZMACHER, M.: "Dateneigentum-ein Flickenteppich", *Computer und Recht*, vol. 8, núm. 32, 2016.

GUILLÉN CATALÁN, R.: "Propiedad intelectual de los algoritmos en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 62, 2023.

GUILLÉN MONGE, P.: "Artículo I. Objeto", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. por J. M. LISSÉN ARBELOA), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, electrónico.

HUGENHOLTZ, P. B.: "Data Property in the System of Intellectual Property Law: Welcome Guest of Misfit?", en AA.VV.: *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools* (ed. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMAYER), Nomos, Baden-Baden, 2017.

ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: "Intellectual Property Rights, artificial Intelligence and Big Data: Future Perspective", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 41, 2020-2021.

KITCHIN, R.: *The Data Revolution*, SAGE Publications, London, 2014.

KNUTH, D.E.: *The Art of Computer Programming. Fundamental Algorithms*, vol. I, 3.^a ed., Addison-Wesley, Reading, 1997.

KRÜGER, S., WIENCKE, J. y KOCH, A.: "Der Datenpool als Geschäftsgeheimnis", *GRUR*, vol. 122, núm. 6, 2020.

HIDALGO CEREZO, A.: "Obsolescencia programada y obsolescencia provocada: la falta de conformidad sobrevinida por las actualizaciones de contenidos digitales y el derecho al regreso a la versión anterior", *Anuario de Derecho Civil*, t. 77, núm. 2, 2024.

KAMPERMAN SANDERS, A.: "Data and Technology Transfer: Competition Law in the Fourth Industrial Revolution", en AA.VV.: *Intellectual Property Law and the Fourth Industrial Revolution* (ed. por C. HEATH, A. KAMPERMAN SANDERS y A. MOERLAND), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2020.

LANEY, D.: "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety", *META Group Research*, 2001.

LARA GARCÍA, A. L.: "La protección del *Big Data* a través del secreto de empresa", en AA.VV.: *La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos* (dir. por E. OLMEDO PERALTA), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

LEISTNER, M.: "Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform", en AA.VV.: *Trading Data in the Digital Economy: legal Concepts and Tools* (ed. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos, Baden-Baden, 2017.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M.: "Propiedad intelectual y perplejidades del Derecho civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 2, 2015.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Propiedad intelectual e innovación basada en los datos*, Dykinson, Madrid, 2021.

MARTÍN SALAMANCA, S.: "Derecho de autor", en AA.VV.: *Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial* (dir. por M. RUÍZ MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MASSAGUER FUENTES, J.: "De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 51, 2019.

MAURO, A. DE, GRECO, M. y GRIMALDI, M.: "A formal Definition of Big Data Base on its Essential Features", *Library Review*, vol. 65, núm. 3, 2016.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K.: *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner, Madrid, 2013.

MENGER, C.: *Principios de Economía política*, 3.^a ed., Unión Editorial, Madrid, 2020.

MINERO ALEJANDRE, G.: "Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de protección de las bases de datos: de los errores no reconocidos a las modificaciones indirectas de la Directiva. Identificación de las imprecisiones de la futura *Data Act* a la luz de la doctrina jurisprudencial vigente", *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 72, 2022.

MORILLAS JARILLO, M.J.: "Artículo 12", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por F. PALAU RAMÍREZ y G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MÜLLER, J.: "Der Schutz faktischer Kontrolle durch die Rechtsordnung. Einordnung des Data Acts in das bestehende Datenrecht", *Recht Digital*, vol. 4, núm. 7, 2024.

MURUAGA HERRERO, P.: *Acuerdos de confidencialidad en la compraventa de empresas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MUSGRAVE, R.A.: "The Planning Approach in Public Economy: A Reply", *The Quarterly of Economics*, vol. 55, núm. 2, 1941.

NAVAS NAVARRO, S.: "El internet de las cosas", en AA.VV.: *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas* (auts. S. NAVAS NAVARRO y S. CAMACHO CLAVIJO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

NORDBERG, A.: "Trade Secrets, Big Data and Artificial Intelligence Innovation: A Legal Oxymoron?", en AA.VV.: *The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU. An Appraisal of the EU Directive* (ed. por E. SCHOVSBO, T. MINSEEN y T. RIIS), Edward Elgar, Cheltenham, 2020.

NOTO LA DIEGA, G. y SAPPÀ, C.: "The Internet of Things (IoT) at the Intersection of Data Protection and Trade Secrets. Non-Conventional Paths to Counter Data Appropriation and Empower Consumers", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 3, 2020.

OHLY, A.: "Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?", en AA.VV.: *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts — Festschrift für Gerhard Schricker* (ed. por A. OHLY, T. BODEWIG, T. DREIER, H.P. GÖTTING, M.W. HAEDICKE y M. LEHMANN), Beck, München, 2005.

OLMEDO PERALTA, E.: "El reto de adaptar el Derecho de la competencia a la lógica de la economía de los datos", en AA.VV.: *La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos* (dir. por E. OLMEDO PERALTA), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

OTTOLIA, A.: *Derecho, Big Data e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch-G. Giappichelli Editore, Valencia, 2018.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 176, 1985.

PEÑA MARÍ, R.: *De Euclides a Java. Historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación*, Nivola, Madrid, 2006.

PLAZA PENADÉS, J.: "Propiedad intelectual de los algoritmos y la ciencia de datos", en AA.VV.: *Ciencia de datos y perspectivas de la inteligencia artificial* (coord. por F. RAMÓN FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

PUYOL MONTERO, J.: *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

REIMSBACH-KOUNATZE, C.: "Enhancing access to and sharing of data: Striking the balance between openness and control over data", en AA.VV.: *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare* (ed. por GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION), Nomos, Baden-Baden, 2021.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: "Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 38, 2017-2018.

ROSENBERG, D.: "Data Before the Fact", en AA.VV.: *Raw Data is an Oxymoron* (ed. por L. GITELMAN), *The MIT Press*, Cambridge, 2013.

ROWE, E.A.: "Snapshot of Trade Secret Developments", *William & Mary Law Review Online*, vol. 60, 2019.

RUBINFELD, D.L. y GAL, M. S.: "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review*, vol. 59, núm. 1, 2017.

RYAN, M. J.:

- "Secret Algorithms, IP Rights, and Public Interest", *Nevada Law Journal*, vol. 21, núm. 1, 2020.
- "Secret Conviction Programs", *Washington and Lee Law Review*, vol. 77, núm. 1, 2020.

SAGSTETTER, T.: "Big Data und der europäische Rechtsrahmen: Status quo und Reformbedarf im Lichte der Trade-Secrets-Richtlinie 2016/943/EU", en AA.VV.: *Recht als Infrastruktur für Innovation* (ed. por L. MAUTE y M.O. MACKENRODT), Nomos, Baden-Baden, 2018.

SAIZ GARCÍA, C.: "Prompters, ¿nuevos protagonistas en las escenas de las artes visuales?", *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, núm. 2023, 2024.

SAMUELSON, P. A.: "The Pure Theory of Public Expenditure", *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, 1954.

SANDEEN, S. K.: "Lost in the Cloud: Information Flows and the Implications of Cloud Computing for Trade Secret Protection", *Virginia Journal of Law and Technology*, vol. 19, núm. 1, 2014.

SANDEEN, S. K. y APLIN, T.: "Trade Secrecy, Factual Secrecy and the Hyper Surrounding AI", en AA.VV.: *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence* (ed. por R. ABBOTT), Edward Elgar, Cheltenham, 2022.

SAPPA, C.: "What Does Trade Secrecy Have to Do with the Interconnection-based paradigm of the Internet of Things?", *European Intellectual Property Review*, vol. 40, núm. 8, 2018.

SCHEJA, K.: "Schutz von Algorithmen in Big Data Anwendungen", *Computer und Recht*, vol. 34, núm. 8, 2018.

SCHOLZ, L. H.: "Big Data is Not Big Oil: The Role of Analogy in the Law of New Technologies", *Tennessee Law Review*, vol. 86, núm. 4, 2019.

SCHWAB, K.: *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016.

SLEDZIEWSKA, K. y WLOCH, R.: "Should We Treat Big Data as a Public Good?", en AA.VV.: *The Responsibilities of Online Service Providers* (ed. por M. TADDEO y L. FLORIDI), Springer, Gewerbestrasse, 2017.

STEPANOV, I.: «Introducing a Property Right over Data in the EU: the Data Producer's Right-An Evolution», *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 34, núm. 1, 2020.

STIGLER, G.I.: "The Economics of Information", *Journal of Political Economy*, vol. 69, núm. 3, 1961.

STRANDBURG, K.J.: "Monitoring, Datafication, and Consent: Legal Approaches to Privacy in the Big Data Context", en AA.VV.: *Privacy, Big Data, and the Public Good* (ed. por J. LANE, V. STODDEN, S. BENDER y H. NISSENBAUM), Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

STROWEL, A.: "Big Data and Data Appropriation in the EU", en AA.VV.: *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (ed. por T. APLIN), Edward Elgar, Cheltenham, 2020.

SUÑOL LUCEA, A.:

- *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Cizur Menor, 2009.
- "La protección de los datos como secreto empresarial en la era de la inteligencia artificial", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 41, 2020-2021.

SURBLYTÈ, G.: "Data Mobility at the Intersection of Data, Trade Secret Protection and the Mobility of Employees in the Digital Economy", *Research Paper of Max Planck Institute for Innovation and Competition*, núm. 16, 2016.

TAYLOR, L.: "The Ethics of Big Data as a Public Good: Which Public? Whose Good?", *Philosophical Transactions Royal Society*, núm. 374, 2016.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46, 2018.

WIEBE, A.: "Protection of Industrial Data-A New Property Right for the Digital Economy?", *GRUR International*, vol. 65, núm. 10, 2016.

WIEBE, A. y SHUR, N.: "Protection of trade secrets in a data-driven, networked environment : Is the update already out-dated?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, núm. 10, 2019.

WILLIAMS, S.: *Data Action. Using Data for Public Good*, The MIT Press, Cambridge, 2020.

ZECH, H.:

- "A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, núm. 6, 2016.
- "Information as Property", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 6, núm. 3, 2015.

ZIATDINOV, R., ATTERAYA, M. S. y NABIYEV, R.: "The Fifth Industrial Revolution as a Transformative Step towards Society 5.0", *Societies*, núm. 14, 2024.

**ANÁLISIS COMPARADO DE LA PLURALIDAD
DE SUJETOS EN LA OBLIGACIÓN: ENTRE LA
PARCIARIEDAD Y LA SOLIDARIDAD***

***COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PLURALITY OF SUBJECTS
IN THE OBLIGATION: BETWEEN DIVIDED AND SOLIDARY
LIABILITY***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 416-445

* Este trabajo es resultado del proyecto de investigación PID2021-124444NB-I00, "Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

Nieves
ROJANO
MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El presente trabajo analiza la regulación de las diferentes estructuras organizativas de las obligaciones de sujeto plural en algunos de los principales Códigos Civiles europeos (en particular, el español, el francés y el alemán), así como en diversos instrumentos normativos nacionales e internacionales recientes en el ámbito contractual, a saber: la Propuesta revisada de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación (en adelante, PMCC), la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en lo sucesivo, PCCAPDC), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y el Marco Común de Referencia (DCFR). Así, tras un primer examen de las particularidades de las distintas formas de organización de la pluralidad de acreedores y deudores, se ponen de relieve las novedades introducidas por esos textos normativos, analizando si los nuevos desarrollos en la materia ofrecen soluciones que superan los esquemas tradicionales del derecho de obligaciones y tratando de identificar posibles tendencias hacia la presunción de uno u otro régimen.

PALABRAS CLAVE: Pluralidad de deudores; pluralidad de acreedores; obligaciones solidarias; obligaciones parciarias; obligaciones mancomunadas.

ABSTRACT: *This paper analyses the regulation of the different organizational structures of plural subject obligations in some of the main European Civil Codes (in particular, the Spanish, French and German Codes), as well as in several recent national and international normative instruments in the contractual field, namely: the Revised Proposal for the Modernization of the Civil Code on Obligations and Contracts prepared by the General Codification Commission (hereinafter PMCC), the Civil Code Proposal of the Association of Civil Law Professors (hereinafter PCCAPDC), the Principles of European Contract Law (PECL) and the Common Frame of Reference (DCFR). Thus, after a first examination of the particularities of the different forms of organization of the plurality of creditors and debtors, the novelties introduced by these regulatory texts are highlighted, analysing whether the new developments in the field offer solutions that go beyond the traditional schemes of the Law of Obligations and trying to identify possible tendencies towards the presumption of one or other regime.*

KEY WORDS: *Plurality of debtors; plurality of creditors; solidary obligations; separate or divided obligations; joint or communal obligations.*

SUMARIO.- I. LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA: POSIBILIDADES ORGANIZATIVAS.- 1. La solidaridad.- 2. La parciariedad.- 3. La mancomunidad.- II. LAS OBLIGACIONES PARCIARIAS.- 1. Naturaleza y efectos.- 2. El principio de división del crédito o la deuda.- A) *La presunción de división del crédito o la deuda.*- B) *La distribución igualitaria del crédito o la deuda como regla supletoria.*- III. LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS.- IV. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.- V. TENDENCIAS OBSERVADAS: HACIA LA SOLIDARIDAD PASIVA.

I. LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA: POSIBILIDADES ORGANIZATIVAS.

Con carácter general, son tres los esquemas que pueden distinguirse cuando concurren varios sujetos en el lado activo, pasivo o en ambos lados de la relación: solidaridad, parciariedad y mancomunidad. Como quiera que su denominación varía en función del sistema jurídico que se esté considerando, conviene aclarar primero las características esenciales de cada uno de ellos.

I. La solidaridad.

En el esquema *solidario* cada deudor está obligado a cumplir la íntegra prestación, lo que permite al acreedor reclamar el total a cualquiera de ellos hasta que se satisfaga la deuda por completo. Ese adjetivo “*solidario*” es el que utilizan los principales Códigos Civiles europeos. En particular, el Código Civil español emplea la expresión “*obligaciones solidarias*” en la Sección 4.ª del Capítulo III del Título I del Libro IV, donde se regulan las obligaciones con múltiples sujetos (así puede verse, por ejemplo, en los arts. 1137, 1140, 1141, 1142 y 1143). La misma terminología (“*L’obligation solidaire*”) acoge el Código Civil francés en la rúbrica del Parágrafo I de la Subsección 2.ª (“*La pluralité de sujets*”) de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título IV del Libro III. En el derecho alemán, por su parte, se habla de “*Gesamtschuldner*” para hacer referencia a los deudores solidarios (§ 421 BGB) y de “*Gesamtgläubiger*” para aludir los acreedores de la misma clase (§ 428 BGB).

Por lo que se refiere a las propuestas existentes en el ámbito nacional español, la denominación empleada por el Código Civil se ha mantenido en la PMCC, cuya Sección 2.ª del Capítulo III (“Obligaciones con pluralidad de sujetos”) del Título I (“Obligaciones”) del Libro IV lleva por título “*Obligaciones solidarias*”, y en la PCCAPDC, cuyo art. 513-1.4 incluye de manera expresa el concepto de “obligaciones solidarias”. En la misma línea, los PECL y el DCFR utilizan el término *solidary* [art. 10:101 (I) y art. III.-4:102 (I), respectivamente].

• Nieves Rojano Martín

Contratada predoctoral FPU de Derecho Civil de la Universidad de Málaga. Correo electrónico: nrojan@uma.es. ORCID: 0009-0004-7018-6733.

2. La parciariedad.

El modelo parciario se caracteriza por una división de la obligación en un número de fracciones igual al de número de deudores o acreedores que la integren. Cada deudor deberá, por tanto, sólo la parte que le corresponda, y esa parte será la única que pueda reclamar el acreedor o cada uno de los que haya, en su caso. El problema es que la mayoría de los Códigos Civiles europeos no utilizan de forma expresa el adjetivo “parciario” (o “separado” o “dividido”), problema que se ve incrementado por el hecho de que, bien la legislación de algunos países, bien su propia doctrina, denomina de forma diferente ese esquema organizativo de pluralidad de sujetos en la obligación. En particular, la confusión viene por el empleo de términos que no reflejan con precisión la naturaleza y régimen jurídico de este tipo de obligaciones. Así ocurre en el derecho francés y español.

En el sistema jurídico español, el art. 1138 del Código Civil se refiere a una obligación a la que no atribuye una calificación específica, estableciendo simplemente una presunción de división del crédito o la deuda en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya y disponiendo que esas partes se reputarán créditos o deudas distintos unos de otros¹. Con todo, el Código parece aludir a este tipo de obligación como obligación mancomunada divisible, pues el art. 1139 prevé un régimen distinto al del precepto que le precede cuando la obligación no puede dividirse², y el art. 1150 (que complementa al art. 1139) menciona explícitamente la obligación mancomunada indivisible. La misma conclusión se extrae de la rúbrica de la Sección 4.^a del Capítulo III del Título I del Libro IV -donde se ubican los arts. 1138 y 1139 del Código-, que distingue únicamente entre obligaciones solidarias y mancomunadas. Dado que los arts. 1137 y 1140 a 1148 se ocupan de las obligaciones solidarias, los arts. 1138 y 1139 han de aludir a las mancomunadas, si bien a las dos subcategorías de estas comentadas.

Ocorre, sin embargo, que el término “mancomunadas” no está en consonancia con la verdadera naturaleza y régimen de las obligaciones a las que se refiere el art. 1138 del Código Civil, pues pese a tener su origen en un mismo crédito, tienden a ser completamente independientes unas de otras. Por este motivo, la doctrina española estima preferible denominarlas *parcarias*³. Se ha sostenido, asimismo, que el término “mancomunidad” debe reservarse para los casos en los que el crédito o la deuda pertenecen conjuntamente a todos los sujetos que se encuentran en el lado activo o pasivo de la obligación; es decir, que su uso debe limitarse a la forma

1 “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”.

2 “Si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores [...]”.

3 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 198.

de organización de la pluralidad de acreedores y deudores que contempla el art. 1139 del Código y no extenderse a la prevista en el artículo que le precede⁴.

En el *Code civil*, antes de la reforma operada por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, este tipo de obligaciones estaba vinculado a las obligaciones divisibles, regulándose sus efectos en los arts. 1220 y 1221. Del primero de tales preceptos deriva la doctrina francesa el principio general de la división de los créditos y las deudas, empleando el término *conjointe* para aludir a las obligaciones parciarias. Tal principio general, cuyo origen se remonta al derecho romano y fue objeto de debate durante algún tiempo por un sector de la doctrina francesa⁵, ha sido mantenido por la reforma y consagrado en el art. 1309, destinado a sentar las bases de la regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos. Sin embargo, ni el término “*conjointe*” ni el de “*disjointe*”, propuesto por algunos autores ante la confusión a que el primero da lugar -por cuanto da una idea opuesta a la de división-⁶, han sido acogidos tras la reforma de 2016 por el Código Civil francés, cuyo art. 1320 hace ahora referencia únicamente a la obligación de prestación indivisible, superando así la tradicional distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles.

Tampoco el BGB recoge explícitamente el concepto de “deuda parciaria” o “crédito parciario”, sino que es la doctrina alemana la que introduce los términos “*Teilschuld*” para referirse a la primera y “*Teilgläubigerschaft*” para aludir a la titularidad parcial del crédito. El § 420 BGB, ubicado en la Sección 7.^a (“Pluralidad de deudores y acreedores”) del Título 4 del Libro Segundo, regula el supuesto en que varios deudores deben (o varios acreedores pueden exigir) una prestación divisible, estableciendo que, en caso de duda, la deuda o el crédito se dividen por partes iguales⁷.

La regulación europea moderna sobre derecho de obligaciones, por su parte, con el fin de describir con rigor la naturaleza de las diversas clases de deudas o créditos, ha acogido de manera expresa términos que, si bien aluden a conceptos

4 CAFFARENA LAPORTA, J.: “Comentario al artículo 1138 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES/R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/L. DIEZ-PICAZO/P. SALVADOR CODERCH), t. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 121.

5 Vid. DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations*, Dalloz, Paris, 2015, p. 171.

6 Consúltese MALAURIE, P./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux Cedex, núm. 1350, 2015, p. 711, y TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil: Les obligations*, 10e. ed., Dalloz-Sirey, Paris, 2009, p. 1227, nota 2. El propio legislador francés, consciente de la ambigüedad del término, ha decidido no introducirlo en la reforma operada en el Código Civil francés por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016 (vid. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de la République Française, 11 février 2016, NOR: JUSC1522466P).

7 “Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt”.

ampliamente conocidos, son completamente novedosos por cuanto se apartan de los empleados tradicionalmente por los sistemas jurídicos nacionales⁸. Ello es especialmente evidente en la regulación de las llamadas obligaciones parciarias, donde la terminología adoptada por los textos refleja fielmente el efecto propio de este tipo de obligaciones, que consiste en que cada deudor se obliga sólo a cumplir su parte y, por tanto, cada acreedor sólo puede reclamar la porción correspondiente a cada uno de ellos. Así, el DCFR emplea la palabra “divided” [arts. III.-4:102 (2), III.-4: 202 (2) y III.-4: 204], mientras que en los PECL se opta por “separate” [arts. 10:101(2) y 10:201 (2)]; términos, como se observa, ligeramente diferentes, pero que sin duda aluden al mismo concepto.

A nivel nacional, el art. 1131 PMCC, conservando el enfoque del art. 1138 del Código Civil, se refiere a las obligaciones parciarias como “mancomunadas con prestación divisible”⁹. Y a aquellas que sí son propiamente mancomunadas o conjuntas el artículo que le precede también las denomina “mancomunadas”, precisando, eso sí, que estas son de prestación indivisible¹⁰. Se ha decidido no seguir aquí, por tanto, las voces doctrinales que sugieren el uso del adjetivo “parciaria” o “pro parte” para calificar con precisión las obligaciones a las que la PMCC llama mancomunadas con prestación divisible¹¹.

La PCCAPDC, en cambio, sí distingue entre “obligaciones mancomunadas” y “obligaciones colectivas”. Las primeras serían las que hemos venido denominando “parciarias” (art. 513-1.2: “Las obligaciones son mancomunadas cuando la deuda o el crédito se dividen en tantas partes como deudores o acreedores haya [...]”) y las segundas serían las mancomunadas en sentido estricto o conjuntas (art. 513-1.3: “Las obligaciones son colectivas cuando todos los deudores están obligados a cumplir de forma conjunta y el acreedor solo puede exigir el cumplimiento de ellos como grupo, o cuando el deudor debe cumplir en favor de todos los acreedores”). Con todo, quizá hubiera sido preferible utilizar el término “mancomunadas” para hacer referencia a las obligaciones a las que la PCCAPDC llama colectivas y acoger el de “parciarias” para aludir a las reguladas en el art. 513-1.2 (y en el 513-3), evitando así la confusión a que da lugar la vinculación de la idea de “mancomunidad” con la de división del crédito o la deuda.

8 Vid. CLIVE, E.: “PECL III-An Overview and Assessment”, en AA.VV.: *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. por A. VAQUER ALOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 17.

9 Art. 1131: “En la obligación mancomunada con prestación divisible, el crédito y la deuda quedarán divididos en tantas partes como acreedores y deudores haya [...]”.

10 Art. 1130: “1. A la obligación mancomunada con prestación indivisible, siendo varios los acreedores, se le aplicarán las reglas siguientes: 1.ª El deudor solo se libera pagando a todos conjuntamente. 2.ª Cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos, salvo que del título de la obligación resulte otra cosa [...]”.

11 Véase la nota a pie de página 3 del presente trabajo. Vid. también, en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 5.ª edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 27.

3. La mancomunidad.

Como ya se ha adelantado, existe una tercera forma básica organizativa en la que el acreedor ha de exigir el cumplimiento a todos los deudores conjuntamente, debiendo estos realizar la prestación también colectivamente para que se produzca su efectiva liberación. Tradicionalmente, debido a la influencia del *ius commune*, este tipo de deudas o créditos han estado vinculados a las obligaciones indivisibles, de modo que algunos ordenamientos jurídicos han intentado superar esa asociación estableciendo que, aunque la obligación sea susceptible de división, es posible que la indivisibilidad venga dispuesta por pacto o ley¹². Los textos básicos para la modernización del futuro derecho europeo de obligaciones no enfrentan, en cambio, esta limitación, pues, como se verá más adelante, en su articulado la figura de las deudas o créditos colectivos no se encuentra restringida a las obligaciones indivisibles¹³.

Uno de esos sistemas jurídicos que siguen la tradición romanista en el ámbito de las obligaciones con pluralidad de sujetos es el francés. Dicha tradición distingue fundamentalmente dos regímenes jurídicos: el de las obligaciones solidarias (al que se acomodan las obligaciones indivisibles) y el de las obligaciones mancomunadas (al que se amoldan las obligaciones divisibles)¹⁴. En sus orígenes, el Código Civil francés de 1804 regulaba las obligaciones divisibles e indivisibles en los arts. 1217 a 1225, ubicados en la Sección V ("*Des obligations divisibles et indivisibles*") del Capítulo IV ("*Des diverses espèces d'obligations*") del Título III del Libro III. El precepto que aquí interesa es el art. 1223, que establecía que cada uno de los que habían contraído conjuntamente una deuda indivisible respondía de la totalidad de esta, aunque la obligación no hubiera sido contraída solidariamente. Se trata, pues, de un régimen jurídico similar al de la solidaridad.

Tras la reforma operada por la Ordenanza de 2016, el Código Civil francés se refiere únicamente a las obligaciones con prestación indivisible, quedando sustituidos los arts. 1217 a 1225 -relativos, según se ha dicho, a las obligaciones divisibles e indivisibles- por el art. 1320. La regulación de las obligaciones divisibles se ubica ahora en el art. 1309 del *Code civil*, que es el primero de todos los preceptos dedicados a las obligaciones con pluralidad de sujetos y en el que se recoge la presunción de división del crédito o la deuda en tales supuestos. Pero el efecto de la indivisibilidad sigue siendo el mismo que se preveía antes de la reforma, pues el citado art. 1320 dispone que cada uno de los acreedores de una obligación con prestación indivisible, por naturaleza o por contrato, puede exigir

12 MEIER, S.: "Plurality", *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, University Press, Oxford, 2012, p. 1286.

13 MEIER, S.: "Plurality", cit., *ibidem*.

14 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: "Pluralidad de acreedores y modernización del Derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 2, 2017, p. 412.

y recibir el pago íntegro. Por tanto, el ordenamiento jurídico francés continúa asociando la indivisibilidad al régimen de la solidaridad. Novedosa es, con todo, la regulación en distintos párrafos, dentro de la subsección dedicada a la obligación con pluralidad de sujetos, de la obligación solidaria (arts. 1310-1319) y la obligación con prestación indivisible (art. 1320), reconocidas ahora como subespecies de aquella¹⁵. Este cambio de estructura parece responder a la postura doctrinal francesa que contempla, como modalidad de las obligaciones de sujeto plural, la indivisibilidad. Esta última y la solidaridad son, pues, los dos supuestos en los que se ve excepcionado el principio general de división de la obligación de sujeto múltiple¹⁶.

El Código Civil español, en cambio, no sigue la tradición romanista, sino que se alinea con el antiguo derecho germánico, donde la deuda y el crédito en mano común eran figuras conocidas. En nuestro ordenamiento, por tanto, sí se contempla un régimen diferenciado para la obligación indivisible con pluralidad de sujetos, no asociándolo ni a la solidaridad ni a la parciariedad. Como se ha dicho antes, nuestro Código Civil utiliza la expresión “obligación indivisible mancomunada” en el tenor literal del art. 1150, no así en el anterior y primer precepto dedicado a las obligaciones indivisibles (art. 1139). Y se ha dicho también ya que las dos formas principales de pluralidad de sujetos en la obligación que regula el Código son la mancomunidad y la solidaridad, diferenciando, dentro de la primera categoría, las obligaciones divisibles (art. 1138 CC) y las indivisibles (arts. 1139 y 1150 CC)¹⁷. Luego, existe un régimen específico dentro de las obligaciones indivisibles de sujeto múltiple, al que la mayoría de la doctrina denomina “mancomunidad en sentido estricto” u “obligaciones en mano común”, en virtud del cual “los créditos se atribuyen en común al grupo o consorcio y la deuda es una deuda común y consorcial”¹⁸.

Ya hemos visto que la PMCC, al igual que el Código Civil, únicamente hace distinción entre las obligaciones solidarias y las mancomunadas, utilizando este

15 Antes de la reforma de 2016, las obligaciones solidarias y las obligaciones divisibles e indivisibles se regulaban de forma separada, como categorías diferentes de las obligaciones, sin quedar englobadas bajo una misma sección dedicada específicamente a las obligaciones de sujeto plural.

16 Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., pp. 194-195.

17 Para GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario a los arts. 1137 a 1140 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1983, pp. 198-199, “la referencia que el artículo 1150 hace expresamente a la obligación *indivisible mancomunada* lleva a disipar cualquier duda que pudiera existir sobre el encuadramiento de la hipótesis del artículo 1139 dentro de la obligación mancomunada, como una mera modalidad de la que sanciona el artículo 1138 y no como una especie o manifestación de las obligaciones *conjuntas* o en *mano común*”. Y añade este autor que “mientras en la obligación contemplada en el artículo 1139 la actuación conjunta de los sujetos procede de la naturaleza indivisible de la prestación, que la impone como único modo de cumplimiento específico, y por lo mismo desaparece la exigencia del proceder colectivo cuando este es sustituido por el resarcimiento de daños y perjuicios (v. art. 1150), en la obligación *en mano común* tal actuación conjunta deriva bien de la titularidad del crédito o de la deuda, atribuidos colectivamente, bien del propio vínculo obligatorio que la establece con independencia de la naturaleza divisible o indivisible de la obligación”.

18 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 198.

último término para referirse a dos supuestos de naturaleza y efectos jurídicos completamente distintos: las obligaciones colectivas o en mano común (art. 1130) y las obligaciones parciarias (art. 1131). En este sentido, la Propuesta se ha apartado de la más adecuada diferenciación de conceptos por la que optan los textos modernos de derecho contractual europeo, que sí utilizan términos que no solo permiten distinguir adecuadamente entre obligaciones parciarias y colectivas o en mano común, sino que son mucho más acordes con su naturaleza y efectos. Así, para designar las obligaciones colectivas o en mano común, los PECL acuñan el término *communal obligations* (art. 10:101) en caso de que haya varios deudores y el de *communal claims* (art. 10:201) para aquellos supuestos en que la pluralidad de sujetos se da en el lado activo de la obligación. De forma similar, el DCFR habla de *joint obligations* [art. III.-4:102] en la primera de las hipótesis mencionadas y de *joint rights* [art. III.-4:102] en la segunda. En la misma línea, la PCCAPDC introduce en sus arts. 513-1.1, 513-1.3 y 513-4 la expresión “obligaciones colectivas”, recogiendo así a la perfección -y a diferencia de la PMCC- la idea de que todos los deudores deben cumplir conjuntamente y el acreedor solo puede exigir el cumplimiento de ellos como grupo o, en caso de pluralidad de acreedores, de que el deudor ha de cumplir en favor de todos ellos.

En el BGB, por su parte, la regulación es diferente según que la pluralidad de sujetos se dé en el lado activo o pasivo de una obligación indivisible. En el primer caso, el § 432 (1) BGB establece que el deudor sólo puede cumplir frente a todos los acreedores de forma conjunta y cada uno de estos únicamente puede reclamar el pago para todos¹⁹. Se trata, por tanto, de una consecuencia propia de los créditos colectivos o en mano común y que, ante la ausencia de estos términos en el Código Civil alemán, han sido denominados por la doctrina alemana “*Mitgläubigerschaft*”²⁰. Distinto es el efecto que se prevé cuando son varios los deudores de una prestación indivisible, pues el § 431 BGB dispone que responden solidariamente, lo que, sin duda, se aparta del modelo que aquí se analiza. Sin embargo, la doctrina alemana mayoritaria estima que en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación requiere una actuación conjunta de todos los deudores no procede aplicar el régimen de la solidaridad; lo que hay entonces es una *deuda común* (“*gemeinschaftliche Schuld*”), un concepto no regulado en el BGB y que alude a la necesidad de que el acreedor exija el cumplimiento a todo el conjunto de deudores y no a uno solo o a varios de ellos²¹.

19 “(1) Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern [...]”.

20 Vid. MEDICUS, D./LORENZ, S.: *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 21. Auf., C. H. Beck, München, 2015, p. 399.

21 LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, 9. Auf., Vahlen, München, 2011, pp. 412 y 413, Rn. 1574.

II. LAS OBLIGACIONES PARCIARIAS.

I. Naturaleza y efectos.

Al igual que ocurre con otros ordenamientos jurídicos, nuestro Código Civil ni ofrece una definición ni utiliza una terminología concreta para describir con precisión este esquema organizativo de pluralidad de sujetos en una obligación. Como ya se ha dicho, el art. 1138 del Código se limita a reconocer su existencia a partir de una presunción *iuris tantum* de división del crédito o la deuda en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, siendo, por tanto, la doctrina española la que acuña la expresión "obligaciones parciarias".

De forma parecida, el Código Civil alemán se limita a establecer, en su § 420 que, en caso de prestación indivisible, se presume que los deudores se obligan por partes iguales. Y si son varios los acreedores, se presume, asimismo, que los acreedores solo pueden exigir una parte igual a la de los demás.

En Francia, antes de la Ordenanza que reformó el *Code civil* en el año 2016, el principio general de división de los créditos y las deudas también había dimanado tradicionalmente de la interpretación doctrinal del art. 1220, ubicado en el Parágrafo I ("*Des effets de l'obligation divisible*"). Este precepto establecía, en su primer inciso, que la obligación que es susceptible de división debe cumplirse entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible, es decir, que el acreedor no podía ser obligado a aceptar un pago parcial. Era en el segundo inciso del artículo donde se imponía la división del crédito o la deuda entre los herederos del acreedor o deudor fallecido y, por tanto, del que la doctrina francesa derivaba el referido principio.

La reforma de 2016, en cambio, eliminó la obligación divisible como categoría de la obligación, contemplando solo, como ya se ha visto, dos tipos de obligaciones de sujeto múltiple: la obligación solidaria (regulada en los arts. 1310 a 1319) y la obligación de prestación indivisible (regulada en el art. 1320, sucesor de los preceptos que anteriormente trataban de las obligaciones divisibles e indivisibles). Sin utilizar un término concreto para denominar tales obligaciones, el nuevo marco normativo recoge simplemente en su art. 1309, que abre la regulación dedicada a las obligaciones de sujeto plural, el principio de división de la obligación entre los acreedores y los deudores, así como entre sus herederos. Los efectos de esa presunción se establecen en el párrafo segundo del citado precepto, que dispone que cada uno de los acreedores sólo tiene derecho a su parte del crédito común y cada uno de los deudores sólo está obligado a cumplir su parte de la deuda común. Luego, parece que la reforma del Código Civil francés de 2016 acerca este ordenamiento a aquellos que, como el nuestro, no precisan el concepto de obligaciones parciarias, pero sí recogen, dentro de las normas sobre obligaciones

con pluralidad de sujetos, una presunción *iuris tantum* de división de la deuda o el crédito.

Por el contrario, los textos básicos para la modernización del derecho europeo de obligaciones no solo definen esta forma básica de organización de pluralidad de sujetos, sino que también acogen una denominación de este tipo de obligaciones que refleja adecuadamente sus principales rasgos característicos, lo que, sin duda, supone un gran avance con respecto a los sistemas jurídicos nacionales. Así, el art. III-4:102 (2) DCFR establece que una obligación es *parciaria* cuando cada deudor está obligado a cumplir tan solo una parte de la obligación y el acreedor puede exigir de cada deudor sólo el cumplimiento de la parte que le corresponde; y para el caso de pluralidad de acreedores, el art. III-4:202 (2) DCFR dispone que el derecho a exigir el cumplimiento es *parciario* cuando cada acreedor únicamente puede exigir el cumplimiento de la parte que le corresponde y el deudor solamente debe a cada acreedor su parte. La misma línea siguen, respectivamente, los arts. 10:101 (2) y 10:201 (2) PECL.

Por un camino más próximo a los Códigos Civiles europeos ha optado, en cambio, la PMCC, cuyo art. 1131 tampoco define claramente esta forma básica de organización de la pluralidad de sujetos en la obligación ni utiliza una terminología que evidencie con exactitud su naturaleza y efectos: continúa refiriéndose a la “obligación mancomunada” -precisando, eso sí, que las reguladas en tal precepto son las que tienen prestación divisible-, lo que perpetúa la confusión existente en nuestro Código Civil con las obligaciones mancomunadas propiamente dichas o en mano común. Siguiendo la estela del art. 1138 del Código, el art. 1131 PMCC establece, en su párrafo primero, la división del crédito y la deuda en tantas partes como acreedores y deudores haya, si del título constitutivo o de la finalidad de la obligación no se dedujere otra cosa. Y en su párrafo segundo añade, en similares términos a los que utiliza el art. 1138 del Código Civil en su último inciso, que, una vez divididos, los créditos y las deudas se reputan distintos y pueden ejercitarse o cumplirse independientemente unos de otros.

Sí presenta una regulación que se alinea más con los textos básicos para un futuro derecho contractual europeo la PCCAPDC. Por un lado, recoge de modo claro, en su art. 513-1.2, los caracteres esenciales de este tipo de obligaciones, estableciendo que “las obligaciones son mancomunadas cuando la deuda o el crédito se dividen en tantas partes como deudores o acreedores haya, de tal modo que cada deudor queda obligado a pagar solo la parte de la deuda que le corresponde y cada acreedor pueda reclamar tan solo su parte”. Por otro lado, si bien la denominación empleada (“obligaciones mancomunadas”) no es la más apropiada, por cuanto no refleja la nota de división que caracteriza a estas obligaciones, la PCCAPDC logra un avance importante al diferenciar entre estas

obligaciones, a las que llama mancomunadas -pero que, *de facto*, como hemos visto, son las parciarias- y las obligaciones colectivas. Estas últimas son definidas en el art. 513-1.3 PCCAPDC como aquellas en las que todos los deudores deben cumplir conjuntamente y el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de ellos como grupo, o el deudor debe cumplir en favor de todos los acreedores. Se trata, por tanto, de una diferenciación que no se limita al ámbito terminológico, sino que también abarca aspectos conceptuales y relativos a los correspondientes efectos.

2. El principio de división de la deuda o el crédito.

A) La presunción de división del crédito o la deuda.

El art. 1138 del Código Civil español establece, salvo que del texto de la obligación resulte otra cosa, una doble presunción: la división de la deuda o el crédito y la igualdad de las partes en que se dividen estos. Dos matizaciones cabe hacer al citado precepto. La primera es que esta presunción de parciariedad tiene una importante función de distribución de la carga probatoria, de modo que quienes afirmen que la deuda o el crédito no debe dividirse han de probar los hechos en que fundamenten esa solución²². La segunda es que la regla opera bajo dos presupuestos: que el crédito o la deuda sea objetivamente divisible y que ni la ley ni la voluntad de las partes hayan previsto un régimen distinto²³.

Este doble principio de presunción de fragmentación del crédito o la deuda y de igualdad de cuotas se encuentra en muchos sistemas jurídicos europeos, no siendo, por tanto, exclusivo de nuestro ordenamiento. En Francia, como ya se ha dicho, antes de la Ordenanza de 2016 la doctrina derivaba el principio de división de los créditos y las deudas del art. 1220 del *Code civil* y, si bien este precepto aludía únicamente a la división de créditos y deudas entre herederos tras el fallecimiento del acreedor o deudor, la idea de división como norma general se extendía más allá de ese caso particular²⁴. Esta regla de parciariedad se complementaba en el derecho francés con la no presunción de solidaridad ni entre acreedores (art.

22 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 204.

23 Sostiene GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Madrid, 2007, p. 84 que esta regla general de división únicamente se ve desplazada por un acuerdo de solidaridad o por la naturaleza indivisible de la prestación.

24 Esta norma se aplica únicamente cuando no hay indivisibilidad derivada de la naturaleza de la cosa, de estipulación contractual, de la ley o de decisión judicial en sentido contrario (TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil*, cit., núm. 1242, p. 1227). Señala DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 192 que "el Derecho español no ha aceptado el principio de división automática de las deudas entre los herederos del deudor, principio -perjudicial para los acreedores- que, procedente del Derecho Romano, pasó al Código de Napoleón y a los Códigos que se inspiraron en éste. Cuando tal principio se acepta, la calificación de una obligación como divisible o indivisible cobra una gran importancia, ya que es indispensable establecer la divisibilidad o indivisibilidad para articular la reclamación conjunta o separada del crédito o de la deuda por el heredero o frente a los herederos". Según este autor, la reorganización de la regulación de la indivisibilidad y la reducción drástica de su contenido obedece a que "el Anteproyecto de 1882-1888 recibió del Proyecto de 1851 la desaparición del principio de la división automática de las deudas del causante, que estaba en la base de la organización tradicional de la obligación indivisible" (cit., p. 197).

1197 *Code civil*) ni entre deudores (art. 1202 *Code civil*). Tras la reforma de 2016, este principio de división de los créditos y las deudas ha sido consagrado -como también se ha dicho ya- en el art. 1309 del *Code civil*, que, a diferencia del art. 1220 anterior, se aplica a las partes iniciales de la obligación y no solo a sus herederos. Previsión esta que ha sido completada con la presunción de distribución igualitaria salvo pacto o disposición legal en contrario, tampoco recogida expresamente en la anterior normativa²⁵.

En el derecho alemán, el ya citado § 420 BGB también contiene, para el caso de que la prestación sea divisible, una doble presunción de división del crédito o la deuda y de la igualdad de partes resultantes de aquella. Así, dispone el mentado precepto que, en la duda, cada deudor sólo está obligado a una parte igual a la de sus codeudores y cada acreedor sólo tiene derecho a una parte igual a la de los demás acreedores.

Pero la preferencia por la parciariedad no se queda ahí en algunos de los ordenamientos jurídicos europeos. En nuestro Código Civil, por ejemplo, el principio de fragmentación del crédito o la deuda del art. 1138 se ve reforzado, además, por la exigencia del artículo que le precede (art. 1137 CC) de que la solidaridad se establezca expresamente²⁶. Una clara influencia del modelo francés revela los antecedentes históricos de esta disposición²⁷. En efecto, antes de la Ordenanza de 2016, el ya citado art. 1197 del Código Civil francés establecía que una obligación es solidaria entre varios acreedores cuando el título confiere “expresamente” a cada uno de ellos el derecho a exigir el pago de la totalidad del crédito y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor. Y, en materia de solidaridad pasiva, el antiguo art. 1202 del *Code civil* disponía que la solidaridad no se presume y que debe ser estipulada expresamente.

Precisamente en Francia, tras la reforma de 2016, el principio de no presunción de la solidaridad, recogido antes de manera separada -como se ha visto- para la solidaridad activa y pasiva, se contiene ahora en el art. 1310, ubicado dentro de los preceptos dedicados a la obligación solidaria en general, sin distinguir, por tanto, entre ambas clases de solidaridad²⁸. La novedad más significativa es que en

25 El tenor literal del art. 1309.I del *Code civil* es el siguiente: “L’obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l’obligation fût-elle solidaire. Si elle n’est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales”.

26 “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

27 CAFFARENA LAPORTA, J.: “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en: *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia* (coord. por J. CAFFARENA LAPORTA y J. ATAZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 29.

28 Art. 1310 *Code civil*: “La solidarité est légale ou conventionnelle; elle ne se présume pas”.

el nuevo art. 1310 ya no se exige que la solidaridad se establezca expresamente, de manera que una voluntad implícita de las partes podría bastar para aplicar tal régimen²⁹.

Los textos básicos para la modernización del futuro derecho europeo de obligaciones, por su parte, establecen un principio distinto para la pluralidad de acreedores y deudores: se presume la división del crédito, pero no la de la deuda, que se presume, en cambio, solidaria. Así, el art. III-4: 203 (2) DCFR dispone que, si los términos no determinan otra cosa, el derecho de los acreedores es parciario. Los PECL, por el contrario, no establecen esa presunción de manera directa, sino que se limitan a presuponer, en su art. 10:202, la igualdad de las partes en que se divide un crédito parciario, salvo que el contrato o la ley prevean lo contrario³⁰. Con todo, esta disposición debe ser complementada con los comentarios al art. 10:201 PECL, donde se indica que, para que haya créditos solidarios, debe existir un acuerdo contractual en tal sentido; se presume así, por tanto, la no solidaridad entre los sujetos que se encuentran en el lado activo³¹. La doctrina, al intentar explicar la razón de esta ausencia de una presunción explícita de fragmentación del crédito en los PECL, señala que se prefiere que sean la interpretación de la voluntad de las partes o la ley las que determinen el régimen aplicable³².

En el ámbito del derecho español, la PMCC introduce cambios importantes que marcan un avance frente a la regulación tradicional del Código Civil. Como ya se ha apuntado, el art. 1137 del Código establece una presunción de no solidaridad tanto en el caso de pluralidad de acreedores como en el de pluralidad de deudores. Sin embargo, es bien sabido que, en los últimos años, se ha producido una divergencia significativa entre el texto de este precepto y la interpretación doctrinal y jurisprudencial que de él se ha llevado a cabo. En particular, se ha desarrollado en la práctica una presunción de solidaridad pasiva³³. Esta evolución doctrinal y jurisprudencial ha sido recogida en el art. 1111.I PMCC, que dispone que, siempre que no tengan la condición de consumidoras o usuarias, “cuando en virtud de un mismo contrato, dos o más personas sean deudoras de una misma prestación y cualquiera de ellas pueda realizarla íntegramente, quedarán obligadas

29 DISSAUX, N./JAMIN, C.: *Projet de Réforme*, cit. p. 172.

30 “*Separate creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise*”.

31 LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds): *Principles*, cit., p. 77. El DCFR, por tanto, no se ha limitado a adoptar el contenido de los PECL, sino que ha sido más preciso en ciertas materias; precisión que ha sido aplaudida por OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La solidaridad activa en el derecho contractual europeo: aplicación a las cuentas bancarias con pluralidad de titulares indistintos”, en AA.VV.: *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, (dir. por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 494-495, por cuanto se recoge ya de manera expresa el principio de división del crédito.

32 MEIER, S.: “Plurality”, cit., p. 1286.

33 Explica CAFFARENA LAPORTA, J.: “La extensión” cit., pp. 35 y ss. que la consideración de que en numerosos casos el régimen de la solidaridad resulta más adecuado para equilibrar los intereses en conflicto ha llevado al Tribunal Supremo, y también a una parte significativa de la doctrina, a limitar el alcance del art. 1137 CC “de tal modo que no sería exagerado afirmar que en la actualidad rige en la práctica el principio, opuesto al legal, de presunción de solidaridad”.

solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato". Entre acreedores, sin embargo, solo habrá solidaridad, a tenor del art. 1124 PMCC, cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley.

Este tratamiento diferencial en cuanto a la presunción de solidaridad activa y pasiva refleja un claro cambio de paradigma en la forma en que se concibe la pluralidad de acreedores y deudores en el derecho contractual español, apartándose de la idea tradicional de que ambas figuras deben ser tratadas de forma simétrica. Si bien se mira, la Comisión General de Codificación ha optado por regular la pluralidad de acreedores y deudores de distinta manera pero con un mismo fin: la protección del crédito. Por un lado, la presunción de solidaridad pasiva proporciona al acreedor mayor seguridad en el cobro de la deuda; por otro, la presunción de no solidaridad activa protege a los acreedores de los riesgos inherentes a dicho esquema organizativo, tales como la posibilidad de que uno de los acreedores reclame la integridad de la deuda y dilapide su importe total. Esta regulación busca, por tanto, evitar un régimen en el que los acreedores queden expuestos al riesgo de mala fe y de insolvencia del acreedor que ha recibido el pago³⁴. Ello explica que, en la práctica, la solidaridad activa sea raramente estipulada, utilizándose fundamentalmente en las cuentas bancarias. Obsérvese, además, que para evitar los problemas de una reclamación parciaria de la deuda es posible recurrir a otras figuras jurídicas, como el mandato³⁵. Pero aún hay una razón más que justifica que no se presuma la solidaridad entre acreedores: la especial relación de confianza que existe entre los sujetos que se encuentran en el lado activo de la obligación. Y esa relación de confianza, como cualquier otra, no ha de ser presumida³⁶.

Con todo, la PMCC ha atenuado la regulación restrictiva de la solidaridad activa que prevé el art. 1137 del Código Civil al exigir que dicho régimen se haya dispuesto expresamente. En efecto, el art. 1124 PMCC, al establecer que solo habrá solidaridad activa cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley, elimina la necesidad de que las partes manifiesten de forma expresa su deseo de adoptar tal régimen, permitiendo aplicarlo cuando de la interpretación de la voluntad de los contratantes así se dedujere. Menos claro es, en cambio, si sería posible determinar la aplicación del régimen de solidaridad mediante una interpretación objetiva del contrato, independientemente de la intención de las partes; aquí, a mi juicio, habría que responder en sentido negativo³⁷.

34 MALAURIE, P./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, cit., núm. 355, p. 715, y MEDICUS, D./LORENZ, S.: *Schuldrecht*, cit., pp. 398-399. En igual sentido, los comentarios al art. III.-4: 202 DCFR (VON BAR, C./CLIVE, E. (eds): *Principles...*, cit., p. 998).

35 TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil*, cit., núm. 1245, p. 1229.

36 ASÍ, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "La solidaridad", cit., p. 495.

37 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: "Pluralidad", cit., p. 424.

Con idéntico tenor literal al art. 1124 PMCC, la PCCAPDC recoge en su art. 513-2.c) el principio de no solidaridad entre acreedores. Por tanto, también la PCCAPDC se aparta de la falta de flexibilidad propia del régimen de solidaridad que prevé el art. 1137 CC y no exige que la solidaridad se declare expresamente.

B) La regla supletoria de la distribución igualitaria del crédito o la deuda.

Dado que la parciariedad implica que el crédito o la deuda se divide en tantos créditos o deudas independientes como acreedores o deudores haya³⁸, la pregunta que surge es qué criterio se utiliza para realizar dicha división. En los ordenamientos nacionales, la regla general es el reparto igualitario del crédito o la deuda entre todos los acreedores o deudores que participan en la obligación. Ahora bien, nada obsta a que en virtud de pacto o ley se establezca una distribución desigualitaria, pues se trata de un criterio general que se aplica supletoriamente. Escogen ese criterio de igualdad, como hemos visto, el Código Civil español (art. 1138), el BGB (§ 420) y el *Code civil* tras la reforma introducida por la Ordenanza de 2016 (art. 1309) -si bien, como también se ha dicho, ya antes de la reforma la doctrina francesa abogaba por tal solución³⁹-.

También los textos básicos para la modernización del futuro derecho europeo de obligaciones contienen reglas similares. Así, el art. III.-4:104 DCFR establece que los deudores vinculados por una obligación parciaria son responsables por partes iguales y, en el caso de los derechos parciarios, el art. III.-4:204 DCFR dispone que los acreedores tienen partes iguales. En la misma línea se pronuncian, respectivamente, los arts. 10:103 y 10:202 PECL, pero, a diferencia del anterior cuerpo legal, en este sí se menciona expresamente que esa regla puede verse excepcionada en virtud de contrato o disposición legal⁴⁰. Con todo, y pese a la omisión de esta puntualización en los DCFR, en los comentarios a su art. III.-4:204 se precisa que la regla que en él se establece puede ser desplazada por una disposición contraria en los términos que regulen el derecho⁴¹. Se dice también que el citado precepto es la contrapartida de la norma aplicable en caso de pluralidad de deudores, de modo que lo dicho sería extrapolable a este supuesto. En efecto, sería ilógico -además de injusto- permitir a los acreedores pactar un reparto no igualitario del crédito y no brindar esa posibilidad, en cambio, a quienes deben pagarlo.

38 MALAURIE, P./AYNÈS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, cit., núm. 1350, p. 711.

39 TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil*, cit., núm. 1242, p. 1227.

40 En este sentido, señala MALO VALENZUELA, M. A.: "Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009, p. 1458 que se trata simplemente de una presunción *iuris tantum*.

41 VON BAR, C./CLIVE, E. (eds): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. I, Sellier, Munich, 2009, p. 1003.

Una regulación parecida se contiene en los arts. 1109 y 1131 PMCC. El segundo dispone, para las que denomina obligaciones mancomunadas con prestación divisible, la división de la deuda o el crédito en tantas partes como deudores o acreedores haya, y en el primero se recoge el principio de fragmentación igualitaria del crédito o la deuda que consagra el art. 1138 del Código Civil, excepcionándolo en el caso de que del título de la obligación o de la ley resulte otra cosa. Con relación a estas excepciones a dicho principio de división del crédito o la deuda en partes iguales cabe apreciar una variación con respecto a la PMCC de 2009. El art. 1124 párrafo segundo de esta última establecía que “la división se hará por partes iguales, salvo que resulte otra cosa de la relación existente entre los deudores o entre los acreedores”. La duda que surgía entonces era si también de la naturaleza de la relación interna entre los deudores o acreedores, siempre que fuese conocida por la otra parte, resultaba posible una distribución diferente o únicamente en virtud de pacto expreso. Y pese a que el citado precepto no especificaba que fuese necesario que el deudor tuviera conocimiento de dicho acuerdo interno entre los sujetos, su tenor literal parecía encerrar implícitamente esa posibilidad⁴². Tras la reforma de 2023, la PMCC parece haber zanjado la cuestión omitiendo tal excepción y aludiendo ahora simplemente al título de la obligación y a la ley como mecanismos capaces de modificar esa distribución en partes iguales.

En la misma línea, el art. 513-1.2 PCCAPDC dispone la división de la deuda o el crédito en tantas partes como deudores o acreedores haya si se trata de obligaciones “mancomunadas”. Esta disposición se completa con el art. 512-3.2 de la citada propuesta, donde se recoge el principio de distribución igualitaria de la deuda o el crédito; principio que se ve excepcionado en el mismo caso previsto en el párrafo segundo del art. 1124 de la PMCC de 2009, esto es, cuando resulte otra cosa de la relación existente entre los deudores o entre los acreedores.

III. LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS.

Las llamadas obligaciones mancomunadas son, por más que esa denominación se utilice también -a mi juicio, equívocamente- para designar obligaciones con características distintas, aquellas en las que el crédito o la deuda corresponde a un conjunto de acreedores o deudores que deben ejercitarlo o cumplirla de forma conjunta. En este tipo de deudas o créditos, todos los deudores o acreedores comparten toda la prestación⁴³; de ahí que se denominen deudas o créditos colectivos o en mano común. Tres son los posibles orígenes que pueden tener estos

42 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: “Pluralidad”, cit., p. 430. El ejemplo que cita esta autora es el de la venta de una casa a un tercero por sus propietarios, en cuyo caso estos tienen derecho a recibir el precio de venta en proporción a la cuota que tenían en la comunidad y no por partes iguales. Vid. también, al respecto, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 210 y CARRASCO PERERA, A. F.: “Comentario al artículo 1138 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8370-8371.

43 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 211.

créditos o deudas: i) cuando la prestación es objetivamente indivisible; ii) cuando, aun siendo la prestación objetivamente divisible, las partes así lo acuerdan⁴⁴; iii) en defecto de los criterios anteriores, cuando el crédito o la deuda forma parte de un patrimonio colectivo del que son titulares una pluralidad de sujetos, como podría ser el caso de una herencia o del patrimonio de una sociedad.

En caso de pluralidad de acreedores, los créditos parciarios, como ya se dijo, permiten que cada acreedor reclame al deudor su parte correspondiente de la prestación, facilitando así la participación de cada uno de ellos en la satisfacción del crédito. Sin embargo, cuando no se puede dividir el crédito, los créditos colectivos garantizan igualmente que todos los acreedores participen sin que tenga lugar la fragmentación del objeto de la obligación⁴⁵. Al asegurar la recepción por los acreedores de la prestación en su totalidad, se evita el riesgo de conflictos entre ellos derivados de posibles engaños y la necesidad de recurrir a mecanismos de reembolso, cuyo cumplimiento puede resultar complejo⁴⁶. Como ejemplos de este tipo de créditos pueden citarse los siguientes: a) dos sujetos celebran un contrato de depósito con un banco y establecen el depósito como mancomunado, de modo que los depositantes solo pueden pedir el dinero al banco cuando los dos lo hacen de forma conjunta (así, deberán firmar ambos la solicitud para retirar dinero del depósito)⁴⁷; b) un grupo de amigos celebra un contrato de alquiler de vehículo con conductor para una excursión (como dicho servicio sólo puede ser prestado en favor del grupo, los amigos son acreedores colectivos)⁴⁸.

En el supuesto de pluralidad de deudores, si estos no cumplen de forma conjunta la obligación, esta quedará incumplida. Piénsese, por ejemplo, en el paciente que necesita ser operado y contrata para ello un equipo médico formado por una cirujana, una anestesista y un enfermero. Para que se cumpla la obligación por parte del equipo médico se requiere una actuación conjunta (un acto colectivo) de todos sus miembros, de manera que la falta de asistencia de cualquiera de los tres a la intervención quirúrgica determinará el incumplimiento total de la obligación⁴⁹.

44 En este sentido, señala DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 212 que "la mancomunidad puede obedecer a los fines empíricos perseguidos por las partes, a quienes interesa que el derecho de crédito se ejercite consorcialmente, pactado con el deudor este tipo de organización, aunque la prestación sea objetivamente divisible. Por ejemplo, Ticio y Cayo constituyen en un banco un depósito de cien acciones de la sociedad X y establecen que para cancelar el depósito o disponer total o parcialmente del mismo será necesaria la firma conjunta de los dos depositantes".

45 MEIER, S.: "Plurality", cit., p. 1285.

46 LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht*, cit, p. 403, Rn. 1574.

47 RUIZ RICO, J. M./GÁLVEZ CRIADO, A./ARIAS DÍAZ, M. D.: *Lecciones de Derecho Civil*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, pp. 201 y 202.

48 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: "Pluralidad", cit., p. 452.

49 Este ejemplo aparece recogido en RUIZ RICO, J. M./GÁLVEZ CRIADO, A./ARIAS DÍAZ, M. D.: *Lecciones*, cit., p. 201.

Por lo que se refiere al reconocimiento legal de las obligaciones colectivas, es posible identificar dos grupos de sistemas jurídicos nacionales⁵⁰. Un primer grupo sigue la tradición romanista, pues el derecho romano clásico trababa de forma similar la solidaridad derivada de pacto y la solidaridad objetiva que emanaba de la indivisibilidad de la prestación⁵¹. El derecho común asume esta doctrina, recogiénzose en el Código Civil francés de 1804 y en algunos de los códigos en los que este influye. En este contexto, se atribuye a cada acreedor de una obligación indivisible la facultad de exigir el cumplimiento total, aproximándose así sus efectos con los de la obligación solidaria. Por tanto, como se ha dicho, esta tradición reconoce, fundamentalmente, el régimen jurídico de la solidaridad (al que se adapta la indivisibilidad) y el de la mancomunidad (al que se acomoda la divisibilidad)⁵².

En Francia, antes de la ordenanza de 2016, la doctrina coincidía en señalar que los efectos de las obligaciones indivisibles resultaban muy similares a los de las obligaciones solidarias, en particular, en lo relativo a la exigibilidad y cumplimiento de la prestación⁵³. Entre los artículos que regulan los efectos de la indivisibilidad (arts. 1222 a 1225 *Code civil*), tiene especial importancia el art. 1224.1.º, pues dispone la facultad de cada heredero del acreedor de reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible.

Este régimen se ve modificado por la reforma de 2016, que unifica los artículos dedicados a las obligaciones divisibles e indivisibles (arts. 1217 a 1225) en el nuevo art. 1320, dedicado a la obligación de prestación indivisible. Particularmente novedosa es la consideración de la obligación de prestación indivisible y la obligación solidaria, ya diferenciadas, como dos categorías independientes dentro de las obligaciones con pluralidad de sujetos, regulándose cada una en su propio párrafo⁵⁴.

Otros ordenamientos, en cambio, se inspiran en el antiguo derecho germánico, que reconocía la figura de la deuda y el crédito en mano común. Estos sistemas, aun sin utilizar explícitamente el término “crédito colectivo”, sí establecen un régimen concreto para las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos, distinguiéndolo tanto de la solidaridad como de la parciariedad y situándolo, no en la parte que regula los efectos de las obligaciones que no pueden dividirse, sino en

50 Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: “Pluralidad”, cit., p. 452.

51 Con todo, en la época de Justiniano se establece un régimen particular para la solidaridad que deriva de la naturaleza indivisible de la prestación, apartándola de la solidaridad estricta y confiriéndole ciertos rasgos distintivos derivados de esta combinación de pluralidad subjetiva con indivisibilidad objetiva. Vid. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario”, cit., p. 206.

52 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los arts. 1149-1151 Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1983, p. 411.

53 TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil*, cit., núm. 2175, p. 1255.

54 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: “Pluralidad”, cit., pp. 453-454.

la sección dedicada a la organización de la pluralidad de acreedores y deudores. Dentro de este grupo se encuentran el BGB y el Código Civil español.

El art. 1139 de nuestro Código Civil recoge, para las obligaciones indivisibles de sujeto plural, una regla especial. Dicha regla consiste en la exigencia de una actuación conjunta de todos los acreedores para que los actos que puedan perjudicar al crédito tengan eficacia, disponiendo, asimismo, que es preciso proceder contra todos los deudores para que la deuda pueda hacerse efectiva. Junto a la solidaridad y la parciariedad, se introdujo en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888 un régimen particular para las obligaciones indivisibles: el régimen de las que podrían llamarse “obligaciones en mano común”. Ello supuso un alejamiento del tradicional vínculo de las obligaciones indivisibles con el régimen de las solidarias, y, en consecuencia, de la tradición romanista⁵⁵. La reestructuración de este régimen estuvo influenciada por la eliminación del principio de división automática de las deudas y créditos del causante, que había sido clave en la organización clásica de las obligaciones que no pueden dividirse⁵⁶. Probablemente como resultado de esa eliminación, las obligaciones indivisibles dejaron de estar asociadas al régimen de solidaridad que prevé el Código Civil español, adoptándose un esquema organizativo de obligaciones de sujeto múltiple no susceptibles de división cuya denominación ha de ser obligaciones en mano común⁵⁷.

Con todo, no puede decirse que nuestro Código Civil haya adoptado por completo la construcción germanista al desvincularse de la concepción romanista de las obligaciones que no pueden dividirse⁵⁸. En efecto, la diferencia fundamental radica en que, mientras el Código Civil español aplica el régimen de las obligaciones en mano común tanto en caso de pluralidad de acreedores como de deudores de una prestación indivisible, el BGB distingue entre ambos supuestos. Según el § 432 (I) BGB, que regula el caso en el que varios sujetos son acreedores de una prestación indivisible, el deudor sólo puede cumplir frente a todos los acreedores conjuntamente, y cada uno de estos únicamente puede exigir la prestación para todos⁵⁹. Sin embargo, el tratamiento es distinto cuando, tratándose de una prestación indivisible, la pluralidad de sujetos se da en el lado pasivo de la obligación, en cuyo caso el BGB aplica el régimen de la solidaridad (§ 431). Ninguno de los párrafos citados emplea el término deuda o crédito “colectivo” o “en mano común”: el § 431 BGB lleva por rúbrica “varios deudores de una prestación

55 GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario”, cit., p. 206 explica que en nuestro derecho histórico “básicamente se estima que la obligación indivisible plural coincide con la solidaria desde la perspectiva de la exigencia y del cumplimiento” y que ese régimen es propio de la doctrina romanista.

56 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: “Pluralidad”, cit., p. 455.

57 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, cit., p. 198.

58 Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario”, cit. p. 411.

59 “Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern [...]”.

indivisible” y el § 432 BGB exactamente la misma, pero sustituyendo la palabra “deudores” por la de “acreedores”. Es, como ya se dijo, la doctrina alemana la que acuña las expresiones técnicas “*gemeinschaftliche Schuld*” y “*Mitgläubigerschaft*” para conceptualizar, respectivamente, este esquema de pluralidad de deudores y acreedores⁶⁰.

Importantes novedades introducen, a nivel español, tanto la PMCC como la PCCAPDC. Por un lado, el art. 1130 PMCC habla de “obligación mancomunada” para hacer referencia a este tipo de obligaciones y, si bien las características de las obligaciones en mano común harían acertada esta denominación, el empleo del mismo término por el art. 1131 PMCC para aludir en realidad a las obligaciones parciarias genera cierta confusión. A diferencia de la PMCC de 2009, se precisa ahora que las reguladas en el art. 1131 son las mancomunadas “con prestación divisible”, mientras que las del precepto que le precede son las que tienen prestación indivisible, pero esa distinción no es suficiente para superar la referida confusión, pues bien puede existir una obligación en mano común cuyo objeto sea una prestación susceptible de división (piénsese en el ejemplo antes citado del depósito bancario mancomunado: aunque el dinero, por naturaleza, es divisible, se necesitará la firma conjunta de todos los titulares del depósito para poder retirarlo). Es más, esa diferenciación ha provocado que las obligaciones propiamente mancomunadas (o colectivas o en mano común) con prestación divisible no se contemplen ahora -al menos, de forma expresa- en la PMCC, pues, aunque el art. 1131 lleve por rúbrica esa denominación, en realidad, como se ha dicho, son las obligaciones parciarias a las que el precepto hace alusión⁶¹. Más técnico es, en cambio, el art. 513-4 PCCAPDC, que utiliza el término “obligaciones colectivas” para referirse a este esquema organizativo de pluralidad de sujetos en la obligación, concepto que sí refleja con exactitud la naturaleza y los elementos distintivos de este tipo de deudas y créditos.

En contra de la defendida ausencia de contemplación por la PMCC de las obligaciones en mano común con prestación divisible se podría argumentar, no obstante, que el art. 1131 PMCC debe ser interpretado en el sentido de que, si la prestación es divisible y del título constitutivo o de la finalidad de la obligación se desprende la oposición a la división, el régimen a aplicar es el de la mancomunidad en sentido estricto, es decir, el previsto en el art. 1130 PMCC. Pero, aunque se admitiera esa consideración “residual” por la PMCC de las obligaciones propiamente mancomunadas con prestación divisible, ¿acaso la oposición a la división implica necesariamente una voluntad de configurar la obligación como colectiva o, como

60 LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht*, cit., pp. 412 y 413, Rn. 1574; MEDICUS, D./LORENZ, S.: *Schuldrecht*, cit., p. 399.

61 “1. En la obligación mancomunada con prestación divisible, el crédito y la deuda quedarán divididos en tantas partes como acreedores y deudores haya, si del título constitutivo o de la finalidad de la obligación no se dedujere otra cosa. 2. Los créditos y las deudas, una vez divididos, se reputan distintos y pueden ejercitarse o cumplirse independientemente unos de otros”.

pienso, podría suponer también, en cambio, una intención de establecer un vínculo solidario? Si bien se mira, todo el problema viene porque la PMCC utiliza la misma denominación para designar obligaciones a las que asigna un régimen bien distinto en función de la naturaleza divisible o indivisible de la prestación. Pero es que el régimen que prevé en caso de prestación susceptible de división no es, por más que así la llame, el de una obligación propiamente mancomunada (en el sentido de obligaciones colectivas o en mano común), sino -insisto- el de una obligación parciaria. Por tanto, parece preferible entender que la PMCC, al regular en el art. 1130 las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible, está pensando en las obligaciones colectivas o en mano común, que -y aquí es donde, a mi juicio, yerra la propuesta- no necesariamente han de tener por objeto una prestación no susceptible de división, pues la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación no impide la operatividad del régimen de mancomunada. No se entiende cómo, habida cuenta de la confusión terminológica que ha existido tradicionalmente en torno a estas obligaciones, se ha decidido que el art. 1131 PMCC lleve por rúbrica "obligaciones mancomunadas" -dando así una idea totalmente opuesta a la de división, por más que se añada la expresión "con prestación divisible"- en lugar de optar por la denominación de obligaciones parciarias, que es ampliamente conocida en la doctrina y que se ajusta perfectamente a la naturaleza y efectos de las obligaciones que dicho precepto regula. Lejos de simplificar la cuestión, lo único que se consigue con tal denominación es incrementar todavía más la confusión.

Ligado a lo anterior, el otro gran acierto de la PCCAPDC, en detrimento -de nuevo- de la PMCC y del art. 1139 del Código, es el abandono de la tradicional vinculación exclusiva de las obligaciones colectivas con la noción de obligación indivisible. En efecto, el art. 513-2.1.a) PCCAPDC dispone que la obligación es colectiva si así lo establece su título constitutivo o la ley, y solo en su defecto se aplica la regla según la cual la obligación se considera colectiva si la prestación es material o jurídicamente indivisible.

Al margen de la mayor o menor precisión de la terminología empleada, lo que sí clarifican las dos propuestas españolas, frente al art. 1139 del Código Civil, son los rasgos distintivos de este tipo de obligaciones. Así, los arts. 513-1.3 y 513-4.a) PCCAPDC y el art. 1130 PMCC coinciden en señalar que, si son varios los acreedores, el deudor solo queda liberado si paga de forma conjunta a todos los acreedores, y que cualquiera de estos está facultado para reclamar el pago para todos; si son varios los deudores, los citados preceptos establecen la necesidad de que el acreedor proceda contra todos ellos. Del art. 1139 del Código solo mantienen ambos textos la limitación de los actos que perjudican al derecho de los acreedores a los que con carácter colectivo realicen estos.

Muy probablemente, la regulación que ha inspirado las apuntadas novedades son los textos básicos para la modernización del futuro derecho europeo de obligaciones. En estos, además de utilizarse una terminología que responde a la perfección a la naturaleza y rasgos característicos de las obligaciones colectivas -naturaleza y rasgos que, por lo demás, se encuentran claramente especificados en su articulado-, los conceptos de obligación indivisible y obligación en mano común no están exclusivamente vinculados. Así, señala el art. III.-4:102 (3) DCFR que una obligación es mancomunada cuando los deudores están obligados a cumplir conjuntamente la obligación y el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento a todos ellos en conjunto. Para el caso de pluralidad de acreedores, el art. III.-4:202 (3) DCFR establece que el derecho a exigir el cumplimiento es mancomunado cuando cualquiera de los acreedores sólo puede exigir el cumplimiento en beneficio de todos ellos y el deudor debe cumplir frente a todos los acreedores. En idéntico sentido se pronuncian los arts. 10:101 (3) y 10:201 (3) PECL cuando en una misma obligación hay múltiples deudores y acreedores, respectivamente⁶².

IV. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.

Cuando una pluralidad de deudores se obliga solidariamente, cualquiera de ellos debe cumplir la totalidad de la prestación en tanto el derecho del acreedor no quede íntegramente satisfecho; del mismo modo, en caso de pluralidad de acreedores solidarios, cada uno de ellos tiene derecho a exigir y obtener del deudor el total de la prestación, quedando este último liberado por completo al pagar el todo a cualquiera de aquellos. Tales rasgos característicos aparecen recogidos, si bien en preceptos distintos, en el Código Civil español: el derecho del acreedor a reclamar la totalidad de la prestación y el deber del deudor de cumplirla íntegramente se mencionan en su art. 1137, mientras que el efecto liberatorio que supone para el deudor el pago a cualquiera de los acreedores es aludido por su art. 1145.

Algo similar ocurre en la PMCC y la PCCAPDC, si bien en estas tales rasgos característicos están aún más espacialmente repartidos: el primero de los caracteres referidos (esto es, el *ius electionis*) se recoge en un precepto para el lado pasivo de la obligación (art. 1112.I PMCC y art. 513-6.I PCCAPDC) y en otro distinto para el lado activo (art. 1125.I PMCC y art. 513-15.I PCCAPDC), estableciéndose, asimismo, el efecto liberatorio en otra disposición (art. 1114.I PMCC y art. 513-7 PCCAPDC).

62 Art. 10:101 (3) PECL: "An obligation is communal when all the debtors are bound to render the performance together and the creditor may require it only from all of them".

Art. 10:201 (3) PECL: "A claim is communal when the debtor must perform to all the creditors and any creditor may require performance only for the benefit of all".

Por el contrario, los textos básicos para un futuro derecho contractual europeo solo recogen la *libera electio* [art. 10:101 (I) PECL y art. III.-4:102 (I) DCFR para la pluralidad de deudores; art. 10:201 (I) PECL y art. III.-4:202 (I) DCFR para la pluralidad de acreedores], sin mencionar, por tanto, el efecto liberatorio, que sí se recoge, en cambio, en los comentarios a los arts. 10:205 PECL y III.-4:207 DCFR⁶³. En cuanto a los ordenamientos nacionales europeos, aluden a esos dos rasgos característicos conjuntamente, por ejemplo, el Código Civil francés (art. 1311 tras la reforma de 2016, heredero del anterior 1197) y el BGB (§ 421)⁶⁴.

Con respecto al origen que, en los distintos sistemas jurídicos, puede tener la solidaridad, dos son las fuentes que se pueden diferenciar: la ley y la voluntad de las partes. En nuestro Código Civil, el art. 1137, inspirado en el antiguo art. 1197 del *Code civil*, establece que la solidaridad debe constar expresamente en el título constitutivo de la obligación. Sin embargo, la Ordenanza de 2016 ha eliminado este requisito del Código Civil francés. Ahora, su art. 1310, aplicable tanto a la solidaridad de deudores como a la de acreedores, dispone que la solidaridad puede tener origen legal o convencional y no se presume. Se da así cabida, siempre que de la voluntad de las partes así se desprenda, a una solidaridad implícita, posibilidad que el régimen anterior no concebía.

También en la PMCC y la PCCAPDC se observan variaciones con respecto al tenor literal del art. 1137 de nuestro Código Civil. En caso de pluralidad de deudores, el art. 1111 PMCC presume la solidaridad siempre que estén obligados en virtud del mismo contrato y deban la misma prestación. Solo cuando de la ley o del contenido del contrato resulte otra cosa o cuando los deudores hayan actuado como consumidores o usuarios esta regla no será aplicable. Entre acreedores, por el contrario, solo habrá solidaridad, según el art. 1124 PMCC, cuando el título de la obligación o la ley así lo hayan determinado. En similares términos se pronuncia el art. 513-2.1 PCCAPDC, que presume, con los mismos presupuestos y excepciones, la solidaridad en caso de pluralidad de deudores y no, en cambio, cuando son varios los acreedores. En cualquier caso, lo que en ambas propuestas se ha eliminado, con relación al art. 1137 del Código Civil español, es el requisito de que la solidaridad se determine expresamente. Y, si bien nuestros Tribunales han flexibilizado la interpretación de esta exigencia, de modo que no es estrictamente necesario utilizar el término “solidaridad” para que esta exista, sino que es posible

63 LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds): *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, p. 82 y VON BAR, C./CLIVE, E. (eds): *Principles...*, cit., p. 1008.

64 Art. 1311 *Code civil*: “La solidarité entre créanciers permet à chacun d’eux d’exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l’un d’eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l’égard de tous. Le débiteur peut payer l’un ou l’autre des créanciers solidaires tant qu’il n’est pas poursuivi par l’un d’eux”.
§ 421 BGB: “Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet”.

deducirla de la voluntad de las partes de conseguir los efectos típicos de este régimen, no está claro si para averiguar esa intención hay que atender únicamente al contenido textual de la obligación o si es posible inferir la solidaridad de la propia conducta de las partes⁶⁵. Por la primera de tales opciones parecen decantarse la PMCC y la PCCAPDC, pues ambas aluden, como fuente de la solidaridad en caso de pluralidad de acreedores, al “título de la obligación”, sin abrir la puerta a interpretaciones basadas en comportamientos concretos.

En sentido parecido se pronuncian los textos básicos para la elaboración de un futuro derecho contractual europeo, que presumen la solidaridad en caso de pluralidad de deudores y no, como se ha visto, cuando son varios los acreedores. Así, el art. III.-4:103 (2), primer inciso, DCFR establece que, si los términos no establecen otra cosa, la responsabilidad de dos o más deudores para cumplir la misma obligación es solidaria. Y el mismo régimen aplica el art. 10:102 (1) PECL, salvo que el contrato o la ley dispongan algo distinto, cuando varios deudores están obligados a una misma prestación frente a un acreedor en virtud de un mismo contrato.

V. TENDENCIAS OBSERVADAS: HACIA LA SOLIDARIDAD PASIVA.

A la hora de decidir a qué régimen de los expuestos debe quedar sometida una obligación, el punto de partida debe ser, en el ámbito de las obligaciones contractuales, el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de una manifestación contractual en este sentido, la ley intervendrá proporcionando reglas supletorias que actúan como criterio en caso de silencio o de ambigüedad en la voluntad de los contratantes. Pues bien, a la vista de lo expuesto en las líneas precedentes, es posible hacer un esbozo de las tendencias que en este sentido prevalecen.

En caso de pluralidad de acreedores, la presunción de parciariedad es generalizada tanto en los ordenamientos nacionales analizados como en los textos básicos para la modernización del futuro derecho europeo de obligaciones. Lo cierto es que la solidaridad activa, aunque teóricamente relevante, tiene escasa importancia práctica en la actualidad, limitándose su aplicación a las cuentas corrientes bancarias indistintas, donde cada uno de los titulares tiene la facultad de disponer del saldo total. La razón de esta limitada aplicación práctica es el alto riesgo que supone la solidaridad para los acreedores, en tanto que cada acreedor tiene el poder de exigir y recibir la totalidad de la prestación, lo que expone a los demás acreedores al peligro de insolvencia o fraude por parte del que recibe el

65 Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 200. LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos*, cit. p. 30 defiende una interpretación más restrictiva del art. 1137 del Código al señalar que, si bien no es imprescindible el empleo de un determinado *nomen* que aluda explícitamente a la solidaridad, sí se exige que la voluntad esté expresada en el acto constitutivo.

pago íntegro⁶⁶. Por ello, la solidaridad activa, por cuanto implica una gran concesión de poderes, solo es adecuada en situaciones en las que los acreedores confían plenamente entre sí y, al estar sus intereses muy próximos -tanto que el pago realizado a uno de ellos satisface a su vez el interés del otro-, quieren simplificar las gestiones relativas al cobro⁶⁷.

Desde el punto de vista del lado pasivo de la obligación, mientras que algunos ordenamientos jurídicos presumen la solidaridad, más ventajosa para el acreedor, otros optan por establecer como regla general la parciariedad, de la que se beneficia el deudor. Con todo, las múltiples ocasiones en las que esta última regla se ve excepcionada y la preferencia en la práctica por restringir su aplicación pueden hacer que las consecuencias de ambos modelos experimenten una considerable aproximación⁶⁸.

Como hemos visto, nuestro Código Civil y el francés no presumen la solidaridad (arts. 1310 *Code civil* y 1137 CC), sino que establecen una presunción *iuris tantum* de parciariedad. Presunción que no opera, lógicamente, cuando se trata de una obligación de prestación indivisible (arts. 1309.III, 1320 *Code civil* y 1139 CC) o cuando, por ejemplo, en virtud de pacto o ley, se aplique otro régimen (v. gr., como señala el art. 1309.III *Code civil*, el de solidaridad). Y es que son muchas, como ya he dicho, las limitaciones que presenta el principio general de parciariedad, pues no son pocos los casos en los que la ley presume la solidaridad⁶⁹. Así, en el derecho francés, rige una presunción de solidaridad, basada en una norma consuetudinaria, para las obligaciones mercantiles, aplicándose la parciariedad únicamente a las obligaciones civiles⁷⁰. La solidaridad es, asimismo, el régimen tradicionalmente aplicado por nuestro Tribunal Supremo a las obligaciones mercantiles⁷¹ y recogido en el art. 415-I.1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. Y, como ya se ha apuntado, esta expansión de la solidaridad se ha visto favorecida también por la relativización por la jurisprudencia española y francesa del carácter expreso exigido por el art. 1137 del Código Civil y el antiguo art. 1202 del *Code civil* (ya derogado por la Ordenanza de 2016)⁷².

66 Así, DACORONIA, E.: "PECL III-Plurality of creditors. A comparison with the Greek Civil Code", en AA.VV.: *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. por A. VAQUER ALOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 62.

67 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: "Pluralidad", cit., p. 435.

68 GÓMEZ CALLE, E., "La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, 2017, p. 6.

69 Así, los arts. 1731 y 1748 de nuestro Código Civil. Sobre los casos de solidaridad *ex lege* en Francia, vid. TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil*, cit., núm. 1250, pp. 1234-1236.

70 MALAURIE, P./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, cit., p. 718, núm. 1358; TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil*, cit., núm. 1250, p. 1234.

71 Vid. SSTS de 31 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7351) y de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 4977).

72 Véase MALAURIE, P./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, cit., núm. 1357, p. 717. Entre nosotros, CAFFARENA LAPORTA, J.: "Obligación indivisible", en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. por A. Montoya Melgar), vol. III, Civitas, Madrid, 1995.

En otros textos, la solidaridad de deudores, si bien de forma supletoria, sí se presume. Como ejemplos pueden citarse el § 427 BGB y los arts. 10:102 (1) PECL, III.-4:103 (2), primer inciso, DCFR, IIII.1 PMCC y 513-2.1.b) PCCAPDC (aunque en estos dos últimos la presunción no se aplica cuando los deudores han actuado como consumidores). Así, el BGB, que presume la parciariedad en las obligaciones con prestación divisible (§ 420), establece en su § 427 que, siendo la prestación de la misma naturaleza, si los deudores se han obligado a realizarla conjuntamente, responden, en caso de duda, solidariamente. En el caso de los arts. IIII.1 PMCC, 513-2.1.b) PCCAPDC y 10:102(1) PECL, la presunción de solidaridad se aplica únicamente cuando los deudores están obligados *en virtud del mismo contrato*; exigencia que, si bien no impide que se aplique el régimen de solidaridad entre obligaciones que derivan de diversos contratos (siempre que así se desprenda de la voluntad de las partes o lo disponga la ley), ha sido interpretada como una injustificada limitación del ámbito de aplicación de la presunción⁷³.

Se observa, en suma, una preferencia de las propuestas regulatorias más recientes por la presunción de la solidaridad entre deudores en el ámbito contractual, lo que refleja una clara tendencia hacia el reforzamiento de la posición acreedora. Y esa inclinación hacia la solidaridad pasiva en las obligaciones contractuales es muy significativa, pues se aparta de la postura legislativa tradicional, que históricamente -en ordenamientos como el nuestro- ha partido del principio opuesto (la parciariedad), para alinearse con la propia práctica contractual, donde la solidaridad de deudores es hoy una frecuente realidad.

73 Así, respecto a los PECL, WHITTAKER, S.: "A few observations on the «plurality of debtors», and on the effects of release", en AA.VV.: *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. por A. VAQUER ALOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 35-38.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los arts. 1149-1151 Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1983.

CAFFARENA LAPORTA, J.:

- “Comentario al artículo 1138 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES/R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/L. DíEZ-PICAZO/P. SALVADOR CODERCH), t. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en: *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia* (coord. por J. CAFFARENA LAPORTA y J. ATAZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- “Obligación indivisible”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. por A. MONTOYA MELGAR), vol. III, Civitas, Madrid, 1995.

CARRASCO PERERA, Á. F.: “Comentario al artículo 1138 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CLIVE, E.: “PECL III-An Overview and Assessment”, en AA.VV., *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. por A. VAQUER ALOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

DACORONIA, E.: “PECL III-Plurality of creditors. A comparison with the Greek Civil Code”, en AA.VV.: *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. por A. VAQUER ALOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GÓMEZ CALLE, E.: “La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, 2017.

GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario a los arts. 1137 a 1140 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1983.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 5.ª edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011.

LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds): *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.

LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, 9. Auf., Vahlen, München, 2011.

MALAURIE, P./AYNÈS, L./STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015.

MALO VALENZUELA, M. A.: "Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009.

MEDICUS, D./LORENZ, S.: *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 21. Auf., C. H. Beck, München, 2015.

MEIER, S.: "Plurality of creditors", *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, University Press, Oxford, 2012.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "La solidaridad activa en el derecho contractual europeo: aplicación a las cuentas bancarias con pluralidad de titulares indistintos", en AA.VV.: *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (dir. por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: "Pluralidad de acreedores y modernización del Derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 2, 2017, pp. 397-471.

RUIZ RICO, J. M./GÁLVEZ CRIADO, A./ARIAS DÍAZ, M. D.: *Lecciones de Derecho Civil*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.

TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y.: *Droit civil: Les obligations*, 10e éd., Dalloz-Sirey, Paris, 2009.

VON BAR, C./CLIVE, E. (eds): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. I, Sellier, Munich, 2009.

WHITTAKER, S.: "A few observations on the «plurality of debtors», and on the effects of release", en AA.VV.: *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo* (ed. por A. VAQUER ALOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.



**LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* Y EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO**

***THE REBUS SIC STANTIBUS CLAUSE AND THE LEASE
CONTRACT***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 446-471

José Luis
SOBREVIELA
BRAVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El texto aborda la evolución del contrato de arrendamiento en España, enfocándose en la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta cláusula permite la modificación o resolución de contratos ante circunstancias imprevistas que alteran el equilibrio contractual. En Francia y Alemania, la cláusula está compilada, facilitando su aplicación. En España, sin embargo, carece de codificación expresa, siendo su desarrollo y aplicación el resultado de la evolución jurisprudencial. Se destaca su uso durante la crisis de 2008 y la pandemia de COVID-19, lo que ha generado debate sobre la necesidad de su regulación normativa para asegurar una mayor seguridad jurídica en el ámbito del Derecho contractual español.

PALABRAS CLAVE: Contrato de arrendamiento; cláusula *rebus sic stantibus*; Código Civil; Derecho comparado.

ABSTRACT: The text deals with the evolution of the lease contract in Spain, focusing on the *rebus sic stantibus* clause. This clause allows for the modification or termination of contracts in the event of unforeseen circumstances that alter the contractual equilibrium. In France and Germany, the clause is compiled, facilitating its application. In Spain, however, it lacks express codification, its development and application being the result of jurisprudential evolution. Its use during the 2008 crisis and the COVID-19 pandemic is highlighted, which has generated debate on the need for its normative regulation to ensure greater legal certainty in the field of Spanish contract law.

KEY WORDS: Lease contract; *rebus sic stantibus* clause; Civil Code; comparative law.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.- 1. Antecedentes históricos de la cláusula *rebus sic stantibus*.- 2. Evolución de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* en España.- A) *Primera etapa: la posguerra civil española*.- B) *Segunda etapa: la gran recesión de 2008*.- C) *Tercera etapa: la pandemia del COVID 19*.- III. CODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO COMPARADO.- 1. Codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en Europa.- 2. Codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en países iberoamericanos.- 3. Antecedentes de la codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en España.- IV. ANÁLISIS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.- 1. Equilibrio y adaptación contractual: Principios clave ante la alteración sobrevenida de las circunstancias.- 2. La alteración sobrevenida de las circunstancias en el Código Civil español.- 3. La alteración sobrevenida de las circunstancias en la LAU.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La evolución normativa del arrendamiento en nuestro país ha sido característicamente dispar, reflejando una adaptación continua a las necesidades cambiantes de la sociedad. A lo largo del tiempo, las reformas legales han intentado abordar el problema de la escasez de vivienda disponible para alquilar, implementando diversas soluciones con el objetivo de equilibrar los intereses de las partes involucradas.

No obstante, estas reformas no siempre han logrado el éxito deseado en términos de proporcionar seguridad jurídica. Por ejemplo, cuando la normativa ha favorecido a los arrendadores para incentivar la oferta de viviendas en el mercado de alquiler, se ha observado que los arrendatarios enfrentan un incremento constante en los precios del arrendamiento. Esto se debe a la posición dominante de los propietarios, quienes, aprovechando ciertos vacíos legales, podrían imponer aumentos de renta significativos, forzando en ocasiones al inquilino a abandonar la vivienda.

Por otro lado, cuando los cambios legislativos han buscado proteger los derechos de los arrendatarios, se ha producido un efecto contrario: los arrendadores, desincentivados por la regulación, retiran sus inmuebles del mercado, lo que reduce la oferta disponible y, como consecuencia, aumenta los precios, perjudicando nuevamente a los arrendatarios.

Un análisis histórico de la evolución normativa del arrendamiento en España nos lleva hasta 1792, con la aprobación de la Real Provisión de 31 de julio, que regulaba el arrendamiento de casas en Madrid. Esta normativa fue pionera, aunque de alcance limitado. Más tarde, la Ley Sancionadora sobre Inquilinato de Casas y

• **José Luis Sobreviela Bravo**

Doctorando en Derecho civil en la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: joseluis@sobrevielajuridicos.com.

Otros Predios de 9 de abril de 1842, conocida como la “Ley de Inquilinatos”, extendió la regulación a nivel nacional, introduciendo por primera vez el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la celebración de contratos de arrendamiento, sentando así un precedente importante en la normativa arrendaticia en España.

Es pertinente destacar que la Ley de Inquilinato de 1842, junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, establecieron los primeros fundamentos del Derecho moderno en materia de arrendamientos. No obstante, con la promulgación del Código Civil en 1889 mediante el Real Decreto de 24 de julio de dicho año, se derogó la Ley de Inquilinato, instaurándose una regulación de carácter liberal del arrendamiento recogida en los arts. 1542 al 1603 del citado Código.

La Ley de 12 de junio de 1911, comúnmente conocida como la “Ley de casas baratas”, fue un intento legislativo de paliar la escasez de viviendas en alquiler. Esta ley fomentó la creación de cooperativas mixtas compuestas por la administración pública y sujetos privados, como constructores y promotores, con el objetivo de incrementar la oferta de viviendas a precios accesibles.

En 1920, se aprobó el Real Decreto de 21 de junio, iniciando así una legislación especial sobre arrendamientos urbanos, la cual, tras diversas modificaciones, culminó con la promulgación de la primera Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) el 31 de diciembre de 1946. Posteriormente, mediante el Decreto 4104/1964, se aprobó el texto refundido de la LAU de 1964, normativa que estuvo en vigor hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1994, que establece la LAU actual, vigente a pesar de varias reformas durante los últimos 30 años.

A lo largo de estas normativas, ha prevalecido el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la celebración de contratos de arrendamiento. De hecho, se observa la pervivencia de reglas derivadas de la Real Provisión de 31 de julio de 1792 en la actual LAU. Por ejemplo, la primera regla de dicha Provisión reconocía la autonomía de la voluntad de las partes, similar a lo dispuesto en los arts. 9 “plazo mínimo” y 17 “determinación de la renta” de la LAU, donde se consagra la libertad de pacto, con ciertas limitaciones, para fijar tanto el plazo como la renta.

Otras similitudes incluyen la segunda regla de la Provisión, que reconocía el derecho de subrogación mortis causa del cónyuge en la posición del arrendatario, paralela al art. 16 “muerte del arrendatario” de la LAU; la tercera regla, que imponía la obligación de disponer de una fianza para cubrir posibles daños, reflejada en el art. 36 “fianza” de la LAU; la cuarta regla, que prohibía el subarriendo, alineada con el art. 8 “cesión del contrato y subarriendo” de la LAU; la quinta regla, que estipulaba un adelanto de rentas con régimen de devolución, invertida en el art. 11

“desistimiento del contrato” de la LAU; y, finalmente, la décima regla, que preveía la necesidad del arrendador para recuperar la vivienda, similarmente regulada, aunque con restricciones, en el art. 9.3 “plazo mínimo” de la actual LAU.

En este contexto, surge la pregunta: ¿Qué tienen en común estas normativas? La respuesta radica en que ninguna de ellas contempla la posibilidad de modificar el contrato de arrendamiento ante una situación sobrevenida que ponga en riesgo la equidad del contrato y su finalidad. Esto significa que, si tras la firma del contrato se presentan circunstancias imprevisibles que generen una excesiva onerosidad, provocando un desequilibrio entre las partes, no se permite la modificación del contrato, debiendo ambas partes atenerse a lo pactado inicialmente. Esta rigidez contractual ha contribuido, en parte, al elevado porcentaje de incumplimientos e impagos de las rentas de alquiler en la actualidad.

En España y con base en los microdatos proporcionados por la Encuesta de Condiciones de Vida (ECV) realizada anualmente por el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹, se observa un incremento en el porcentaje de hogares que reconocen haber experimentado retrasos en los pagos del alquiler en los últimos doce meses, pasando de un 10,8% en el año 2019 a un 16,3% en el año 2023, fenómeno que se asocia directamente a las dificultades económicas que enfrentan los inquilinos, derivadas de crisis financieras, desempleo y cambios significativos en el panorama económico nacional.

Ante la ausencia de una regulación específica que permita la modificación de los contratos en situaciones imprevistas, cobra especial relevancia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como herramienta jurídica. Sin embargo, la interpretación y aplicación de esta cláusula queda a la discreción de los Tribunales, lo que introduce un elemento de incertidumbre en su utilización práctica.

II. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.

I. Antecedentes históricos de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En cuanto a los antecedentes históricos de la cláusula *rebus sic stantibus*² (*cl.r.s.st.*), y, contrariamente a lo que suele decirse, en el Derecho romano ya existía una cláusula tácita según la cual “la obligación se ejecuta si permanece la misma situación que existía en el momento de la firma del contrato”. Sin embargo, esto era excepcional, ya que la cláusula *rebus* no se tenía como regla de conducta. El

1 Disponible en:
https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944566313&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259937499084

2 La traducción literal de *rebus sic stantibus* es “estando así las cosas”.

motivo por el cual no se tuvo como tal es el *corpus iuris civilis*³ (cuerpo del Derecho Civil) una recopilación del Derecho romano realizada 500 años antes de cristo, donde tampoco se recogía la cláusula *rebus sic stantibus* como una institución legal.

No será hasta el siglo XIII, cuando Bartolo junto con su discípulo Baldo, ambos monjes de la época de los posglosadores⁴, iniciaron la formulación de la cláusula *rebus sic stantibus* desarrollando el principio por el cual “los contratos de tracto sucesivo se entienden permaneciendo así las cosas en el mismo estado”, es decir, permanecerá la obligación del contrato para las partes si no existe un cambio sobrevenido posterior a la firma del mismo. Así lo recogieron en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756⁵ y en el ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) de Austria de 1811⁶.

Entonces, si el principio ya existía con anterioridad, ¿por qué no se implantó en nuestro Código Civil de 1889? La respuesta la hallamos a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, donde la teoría de la *cl.r.s.st.* cayó en desprestigio en su aplicación en el Derecho privado a medida que iba imponiéndose el racionalismo positivista del movimiento cultural de la Ilustración; asimismo, tal descrédito tuvo su causa en el excesivo uso y extensión que la jurisprudencia hizo de esta teoría afectando a la estabilidad de los contratos y al hecho de no haberse desarrollado una fundamentación jurídica sólida más allá de la ficción de presumir que en todo contrato iba implícita la *cl.r.s.st.*

Con todo ello, surgen las primeras reacciones frente a la aplicación de la mencionada cláusula mediante la publicación de las obras de los autores Jean Domat y Robert Joseph Pothier, quienes tuvieron una influencia decisiva en la

3 Cuerpo de Derecho Civil, es la más importante recopilación de Derecho Romano de la historia. Fue realizado entre 529 y 534 d.C. por orden del emperador bizantino Justiniano I (527-565 d.C.) y dirigida por el jurista Triboniano.

4 La escuela de posglosadores nace en Orleans (Francia) a finales del siglo XIII y principios del siglo XIV; se conoce con este nombre porque viene inmediatamente después del glosa. Aunque su nacimiento se produjo en Francia, su nombre nace la corriente *mos Italus* (estilo italiano), entre sus características más relevantes están: la separación del Derecho de la retórica; sus estudios se basaron en el *lura* y las Leyes (el digesto); integraban los derechos municipales; no solo interpretaban bajo la norma, sino, que adicionalmente realizaban comentarios. La principal diferencia entre glosadores y posglosadores, es que estos últimos trataron de llevar a la práctica los preceptos recogidos en el *corpus iuris civilis*, además de entender que el Derecho romano se podía amoldar y combinar con otros derechos, por ejemplo, con el Derecho canónico.

5 El *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* es un código civil promulgado en 1756 en Baviera, un estado de lo que hoy es Alemania, bajo el gobierno del príncipe elector Maximiliano III José. Es una de las primeras codificaciones legales importantes en el Sacro Imperio Romano Germánico y está considerado como un precursor de las modernas codificaciones de Derecho civil.

6 LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de contratos*, Comares, Granada, 2002, pp. 101-104. El Código civil austriaco de 1811 (entró en vigor el 1 enero 1812) no incorpora la doctrina *rebus sic stantibus* con carácter general, sino en una disposición especial, concretamente en el epígrafe 936 al regular el precontrato toma en consideración el supuesto de frustración del fin del contrato, estableciendo que el precontrato es obligatorio tan solo cuando “las circunstancias no se hayan modificado de tal modo que la finalidad expresamente determinada o deducible de las circunstancias se frustrase a consecuencia de ello o desapareciera la confianza de una u otra parte”.

codificación francesa. En consecuencia, en el Código de Napoleón⁷ no se reguló la *cl.r.s.st.* ya que, según este Código, lo que no está en la voluntad contractual no constituye Derecho.

Por ende, y dada la influencia de la codificación francesa en la formación de nuestro Código Civil, es lo que condicionó que este no contenga ninguna institución próxima a la *cl.r.s.st.* sino que al contrario, se reafirme el principio del *pacta sunt servanda*⁸, consagrado en el art. 1091 CC y dejando su impronta en los arts. 1255, 1256 y 1258 CC.

2. Evolución de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* en España.

La evolución de la doctrina jurisprudencial relativa a la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro ordenamiento jurídico evidencia la existencia de tres etapas diferenciadas, en las cuales se ha perfilado una tendencia concreta en cuanto a la interpretación y aplicación de dicha figura. Cada uno de estos períodos ha dejado una impronta relevante en el enfoque jurídico y en la comprensión de la referida cláusula, marcando con ello el desarrollo de criterios jurisprudenciales específicos que han influido de manera significativa en su utilización dentro del marco del Derecho contractual.

A) Primera etapa: la posguerra civil española.

A partir de la década de 1940, se evidenció una inclinación hacia una postura más conservadora en la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta tendencia se caracterizó por un enfoque primordial en la estricta observancia de los términos contractuales, bajo el principio del *pacta sunt servanda*. Se mostró una notable reticencia a considerar circunstancias imprevistas que pudieran afectar el equilibrio contractual, argumentando que dicha cláusula no contaba con un reconocimiento legal formal, sino que se sustentaba en una construcción doctrinal.

En consecuencia, se la consideraba una cláusula peligrosa, cuya aplicación debía ser admitida con extrema cautela, exigiendo para ello el cumplimiento de condiciones estrictas, tales como la alteración extraordinaria de las circunstancias, la desproporción desorbitante fuera de todo cálculo y la aparición de circunstancias

7 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E.: “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*, génesis y evolución de un principio jurídico”, *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y los derechos humanos*, núm. 74, 2016, pp. 312. En el Código de Napoleón de 1804 triunfó la idea de la irrevocabilidad absoluta del contrato, elevando la obligación contractual a la categoría sagrada de vínculo irrompible. Y así quedó establecido en el art. 1134 del *Code Civil*, según el cual los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y no pueden ser revocados más que por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza, las cuales se reducen en Derecho francés a la fuerza mayor (arts. 1147-1148).

8 Principio del derecho romano, siendo su traducción literal: “Los pactos deben cumplirse”.

radicalmente imprevisibles⁹. Esta posición estableció una clara preferencia por lo que en adelante se conocería como la “doctrina jurisprudencial tradicional”¹⁰.

B) Segunda etapa: la gran recesión de 2008.

En el año 2008, con la irrupción de la crisis económica que impactó severamente en nuestro país, se produjo un cambio significativo en la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En este contexto, los tribunales comenzaron a adoptar una postura más flexible respecto a la adaptación de los contratos ante circunstancias imprevistas o eventos extraordinarios que emergieran durante la ejecución del contrato¹¹. En este sentido, se empezó a considerar elementos esenciales como la “excesiva onerosidad”, en lugar de una desproporción desorbitante fuera de todo cálculo, y la “imprevisibilidad sobrevenida”¹², en lugar de la radicalidad de la imprevisibilidad. Se observa una mayor apertura hacia la equidad y la revisión de los términos contractuales con base en el principio de buena fe.

Como resultado de las SSTs 30 junio 2014 y 15 octubre 2014¹³, se estableció un decálogo de “cuatro principios fundamentales” para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: 1. Debe tratarse de un contrato de tracto sucesivo; 2. Debe haber un cambio de circunstancias imprevisibles al momento de la celebración del contrato “imprevisibilidad sobrevenida”; 3. Dicho cambio debe provocar una excesiva onerosidad y un desequilibrio económico entre las partes; y, 4. El riesgo del cambio de circunstancias no debe haber sido asumido por la parte que soporta la “excesiva onerosidad”.

Adicionalmente, se ha establecido una clara preferencia por la modificación del contrato en lugar de su resolución, dado que dicha modificación está en

9 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Cláusula rebus sic stantibus en la compraventa de inmuebles y crisis económica*, Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina, vol. 6, 2013-2014, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 88 y ss.

10 STS 5 junio 1945 (RJ 1945, 695); STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164).

11 ORDUÑA MORENO, F. J.: “La nueva doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Fundamentos de aplicación y concreción técnica”, en AA.VV. *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Aranzadi-Civitas, Pamplona, 2017, p. 195. “[...] contamos ya con un claro y significativo cambio en la línea apuntada por las sentencias del Pleno de 17 de enero de 2013 (RJ 2013, 1819) y 18 de enero de 2013 (RJ 2013, 1604) es decir, en orden a una aplicación plenamente normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, ha cristalizado en las recientes sentencias de la Sala Primera que se han ocupado directamente de esta materia y especialmente en la correlación interpretativa que dispensan las SSTs de 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526) y de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129) y de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1409).

12 De acuerdo con los Principios Unidroit, el concepto de “imprevisibilidad” se define como aquellos eventos que no debieron haber sido previstos por la parte en desventaja, ni que debieron haber caído dentro de su esfera de control. Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) configuran esta imprevisibilidad en el sentido de que el cambio en cuestión “no pudo razonablemente ser considerado en el momento de la celebración del contrato”. De manera similar, el Proyecto de la Compraventa Europea establece que dicho cambio “no fue tenido en cuenta y no puede esperarse que se hubiera tenido en cuenta”. Finalmente, nuestra propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos hace especial hincapié en la “distribución contractual o legal de los riesgos”, abordando explícitamente la gestión y asignación de dichos riesgos entre las partes contratantes.

13 STS 30 junio 2024 (RJ 2014, 3526) y STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

consonancia con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, conocido como “*favor contractus*”.

C) Tercera etapa: la pandemia del COVID 19.

Con la declaración del estado de alarma en marzo de 2020, se observa una consolidación de la jurisprudencia respecto a la cláusula *rebus sic stantibus*. No obstante, ello no ha conducido a un desarrollo más claro de los principios y criterios específicos que regulen la interpretación y posterior aplicación de dicha cláusula en los contratos de arrendamiento. Al contrario, en diferentes casos sometidos a juicio¹⁴, se recurre nuevamente a la “doctrina jurisprudencial tradicional”, con el fin de procurar un equilibrio entre la seguridad jurídica y la necesidad de adaptar los contratos a circunstancias imprevistas.

Con base en lo expuesto, podría parecer que con la llegada de esta tercera etapa estaríamos frente a un periodo culminado y, dada la aparente ausencia de hechos manifiestos que pudieran afectar de manera significativa al Derecho privado de contratos, así como ante la escasa evolución en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, no cabría esperar mayores desarrollos.

Sin embargo, considero que nos encontramos a día de hoy inmersos en una nueva etapa, que podría denominarse “etapa post-COVID”, dada la proliferación de resoluciones judiciales de jurisprudencia menor¹⁵ que han reavivado la necesidad de una regulación normativa más precisa de dicha cláusula dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, y en referencia a la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, especializada en arrendamientos urbanos, dicha instancia ha establecido una doctrina sobre la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en contratos de arrendamiento de local de negocio y otros usos distintos al de vivienda, motivada por la crisis sanitaria.

Esta doctrina consiste en la aplicación generalizada de dicha cláusula a todos aquellos negocios jurídicos que hayan sido afectados por prohibiciones, limitaciones

14 STS 6 marzo 2020 (RJ 2020, 879) y STS 19 junio 2023 (RJ 2023, 4121).

15 En España, la jurisprudencia menor hace referencia a las decisiones judiciales emitidas por los Juzgados de Primera Instancia, Audiencias Provinciales, y Tribunales Superiores de Justicia autonómicos. Aunque estas decisiones no tienen la misma fuerza vinculante que las sentencias del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, son relevantes porque sirven como criterios interpretativos y orientativos en la aplicación de la ley en casos similares.

A diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sí tiene valor vinculante para el resto de tribunales (es decir, su interpretación de la ley debe ser seguida por otros órganos judiciales), la jurisprudencia menor no obliga formalmente a otros jueces o tribunales. Sin embargo, es común que se tenga en cuenta como referencia, ya que puede influir en la interpretación y aplicación del derecho en casos posteriores.

y/o restricciones impuestas por el gobierno en relación con la actividad económica, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19.

Como muestra de ello observamos en la SAP 27 mayo 2024¹⁶ donde la Audiencia Provincial, mediante un criterio de equidad basado en el principio “*reductio ad aequitatem*”¹⁷, realiza un reparto de los riesgos derivados de la pandemia entre las partes contratantes¹⁸. En este sentido, establece una reducción proporcional de la renta exigible en función de las limitaciones o restricciones de la actividad impuestas en cada momento. De este modo, la reducción de la renta se ajusta a la mitad del porcentaje de la limitación que el local haya debido soportar, aplicándose de manera directa al monto de la renta contractual pactada.

Si bien la SAP 27 mayo 2024 no aplica de manera directa la cláusula *rebus sic stantibus*, o al menos no lo hace desplegando en su totalidad la argumentación jurisprudencial que sustenta dicha cláusula, basa su fallo en la normativa de carácter nacional recogida en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Adicionalmente, en el ámbito territorial de Cataluña, se ampara en el Decreto-ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados, el cual fue declarado inconstitucional en fecha posterior¹⁹.

En resumen, la SAP 27 mayo 2024 refleja la aplicación del principio de justicia conmutativa, conforme al art. 1289 CC, que establece la necesidad de equilibrio en las prestaciones pactadas. Se busca restablecer la equivalencia original de las obligaciones, afectadas por un riesgo sobrevenido e imprevisible. Aunque la normativa mencionada ha sido derogada, según la AP recoge que, su interpretación sigue siendo relevante para abordar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En este contexto, la reducción de la renta en un 50% se justifica como

16 SAP 27 mayo 2024 (JUR 2024, 220841).

17 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, T.II, Derecho de Obligaciones; 11ª Edic., Bosch, Barcelona, 2002, p. 303. “El principio de *Reductio ad Aequitatem* es un principio de modificación equitativa del contrato que se resume en los instrumentos para la refacción del mismo frente al desequilibrio *ab initio* o *ex post facto* (*propter mutationem temporum*). De modo que la *Reductio ad Aequitatem* está en cercana relación con la revisión y la salvación del contrato”.

18 Esta característica se recoge en los Principios del Derecho Europeo (PECL), en concreto en su art. 6.III. apartado 3, b) [...] si las partes no llegan a un acuerdo [...] el Tribunal puede adaptar el contrato distribuyendo entre las partes de un modo justo y equitativo, las pérdidas y ganancias [...].

19 SAP 27 mayo 2024 (JUR 2024, 220841), FJ III [...] el empleo de las expresiones “en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*” o “en sintonía con el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*” revela que tal institución se configura como una fuente inspiradora de tal clase de medidas, pero en ningún caso se exige explícitamente la inexcusable concurrencia de las premisas jurisprudencialmente elaboradas en torno a la repetida institución para que los destinatarios de la norma puedan beneficiarse de aquellas actuaciones [...] es suficiente con que se reúnan los requisitos enunciados específicamente por el propio Real Decreto-Ley.

una medida equitativa para distribuir las consecuencias de la alteración sustancial de circunstancias, especialmente en el marco de la pandemia²⁰.

III. CODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO COMPARADO.

I. Codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en Europa.

La consagración del principio *pacta sunt servanda* a finales del XVIII a causa de la filosofía de la Ilustración motivó que la *cl.r.s.st.* fuera erradicada de los códigos civiles elaborados en el siglo XIX entre otros, como ya hemos visto anteriormente, en el Código Civil español de 1889.

Por el contrario, en los países de nuestro entorno se está produciendo una renovación de los Códigos Civiles incluyendo en ellos diferentes soluciones que aborden la “imprevisibilidad sobrevenida” y la “excesiva onerosidad²¹” de los contratos, a modo de ejemplo, en Francia, desde el año 2016 se ha incluido en su Código Civil, a través del art. 1195²², la llamada “teoría de la imprevisión o cambio imprevisible de circunstancias en los contratos”²³, el cual indica que: “[...] ante un cambio de circunstancias imprevisible a la hora de celebrar un contrato cuya ejecución resulte excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir el riesgo, puede solicitar una renegociación del contrato pero, sin dejar de cumplir con sus obligaciones mientras dura dicha renegociación”.

Si la renegociación prevista fracasa, las partes pueden acordar la extinción del contrato o solicitar al juez de común acuerdo que adapte el contrato. Si en un plazo razonable (no se especifica dicho plazo) no se ha llegado a ningún acuerdo, el juez, a petición de una sola de las partes, puede revisar o extinguir el contrato.

Los requisitos para aplicar la *cl.r.s.st.* en Francia son:

1. Que el cambio de circunstancias sea imprevisible en el momento de la celebración del contrato.
2. Que dicho cambio sea excesivamente oneroso para una de las partes.

20 FUENTES-LOJO RIUS, A: “Interés casacional notorio en las sentencias que están aplicando la cláusula *rebus sic stantibus* con motivo de la pandemia”, *Diario La Ley*, sección tribuna, núm. 10569, 2024, p. 3.

21 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E.: “La alteración sobrevenida”, cit., p. 296. La excesiva onerosidad de la prestación es la terminología que utiliza el Código civil italiano y con la que la doctrina italiana suele referirse a este fenómeno. Equivale al concepto de *hardship* del Derecho anglosajón

22 MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La cláusula Rebus en Códigos Civiles europeos y la necesidad de su regulación en España*, *Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Experiencia, Barcelona, 2021, p. 53.

23 Recordemos que los monjes posglosadores denominaron a esta doctrina como *cl.r.s.st.*, sin embargo, la principal corriente alemana la llamó “teoría de la desaparición de la base del negocio” y en Italia se conoce como “*onerosità eccessiva*” (excesiva onerosidad), aunque todas ellas tienen el mismo objetivo: tratar de garantizar seguridad en el tráfico jurídico y una visión equitativa del cumplimiento de los contratos.

3. Que la parte perjudicada no haya asumido el riesgo.

Si se cumplen los 3 requisitos anteriores, la norma francesa apela en primer lugar a que

las partes renegocien el contrato para reequilibrarlo, dado que si el litigio llega al juez este podrá revisar el contrato e imponer las modificaciones que crea conveniente, así como fijar la fecha de eficacia de estas, pudiendo tener:

1. Efectos “*ex tunc*”: efectos retroactivos hasta el inicio del hecho que motivo la excesiva onerosidad.

2. Efectos “*ex nunc*”: sin efectos retroactivos y por tanto las modificaciones entrarán en vigor desde la pronunciación del juez.

Esta incertidumbre que reina entre las partes motiva la renegociación del contrato, puesto que la parte que se niega a renegociar y pretende forzar la solución judicial del conflicto sabe que el juez puede decidir una solución que afecte a toda la vigencia del contrato con el coste que puede conllevar; por ende, en Francia, las partes tienen un mayor aliciente en llegar a un acuerdo en el momento de la renegociación puesto que ir a los tribunales no implica necesariamente una aplicación temporal de los efectos de la revisión del contrato.

Por otro lado, en el ámbito del Derecho alemán, en su Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB)²⁴, tras su reforma del año 2002, incorpora expresamente la denominada “teoría de la pérdida de la base del negocio”²⁵. Dicho principio se refleja en el §313 BGB, vigente a la fecha, el cual regula la “alteración de la base del negocio jurídico”. Este precepto alude a un cambio sustancial en las circunstancias que constituyeron la base del contrato, permitiendo a las partes solicitar su modificación o adecuación.

Se equipará a dicha alteración de las circunstancias el hecho de que expectativas significativas, que fueron determinantes para la celebración del contrato, resulten erróneas o falsas, asimilándose a la institución del error²⁶ en la formación del

24 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 51.

25 La teoría de la base del negocio, formulada por OERTMANN en 1922, se define como: “La base del negocio es la representación de una de las partes, expresada al iniciar el negocio jurídico, y que ha sido reconocida y no rechazada en su significación por la contraparte”. Asimismo, esta representación puede corresponder a una interpretación común entre las partes respecto de la existencia o realización de determinadas circunstancias, sobre las cuales se fundamenta la voluntad negocial y el contenido esencial del acuerdo. Este concepto implica que las partes, al celebrar un contrato o negocio jurídico, comparten una base fáctica o circunstancias esenciales que, de alterarse o desaparecer, afectarían significativamente la viabilidad o la ejecución del negocio celebrado, lo que podría dar lugar a la extinción, revisión o adaptación de dicho acuerdo jurídico.

26 La institución del error en el Código Civil español se encuentra regulada de manera separada de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Dicho error se configura como un vicio del consentimiento, contemplado en el art. 1817 CC, que a su vez remite al art. 1265 del mismo cuerpo normativo. Este último

consentimiento. Asimismo, en los casos en que no sea factible una modificación o adecuación del contrato, la parte afectada queda facultada para solicitar la resolución contractual.

Para concluir con este breve repaso a la codificación europea, veremos la modificación que se llevó a cabo en el año 2009 en el Código Civil rumano²⁷, que a través del art. 1271²⁸ regula “los efectos de los cambios imprevistos de las circunstancias contractuales”, como regla general, las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si dicha ejecución se ha vuelto más onerosa.

Como excepción, si la conclusión del contrato se ha vuelto excesivamente onerosa debido a un cambio excepcional en las circunstancias que haría manifiestamente injusto obligar al deudor a cumplir la obligación, entonces, el tribunal podrá ordenar o bien la adecuación del contrato, a fin de distribuir equitativamente entre las partes las pérdidas y beneficios resultantes del cambio de circunstancias o bien la resolución del mismo, en el tiempo y en las condiciones que considere.

Los requisitos para que el tribunal pueda decretar cualquiera de las dos medidas citadas son las siguientes:

1. Que el cambio de circunstancias se produzca después de la celebración del contrato.
2. Que el cambio de circunstancias, así como su alcance, no fueron ni pudieron ser considerados por el deudor; razonablemente, al momento de celebrar el contrato.
3. Que el deudor no asumiera el riesgo del cambio de circunstancias y no se pueda considerar razonablemente que hubiera asumido este riesgo.
4. Que el deudor haya intentado, en un plazo razonable y de buena fe, negociar la adecuación razonable y equitativa del contrato.

De nuevo en la regulación rumana, en consonancia con el moderno derecho europeo de los contratos, se exige como presupuesto para la modificación

precepto establece que el consentimiento otorgado con error, entre otros vicios, será nulo, regulándose así junto con las demás causas que vician el consentimiento.

27 MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La cláusula Rebus sic stantibus*, cit., pp. 56-58.

28 El art. 1.271 CC rumano es en realidad una copia del art. III.-1:110: Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias del *Draft Common Frame of Reference* (Proyecto de Marco Común de Referencia). Este texto académico de derecho contractual europeo sirve de modelo para los legisladores nacionales.

contractual por un tribunal que las partes hayan negociado de buena fe y de manera razonable.

2. Codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en países iberoamericanos.

Por otro lado, y atendiendo a la regulación de la excesiva onerosidad en países iberoamericanos, nos encontramos que es cuando menos diversa, por ejemplo:

Código Civil de Bolivia: En contratos de ejecución diferida, continuada o periódica se puede solicitar la resolución del contrato ante un hecho extraordinario e imprevisible siempre y cuando la prestación no haya sido ya ejecutada o si la excesiva onerosidad representa un aleas normal del contrato. El demandado puede aportar solución si modifica las partes del contrato y el juez cree que es equitativo. No se aplica a los contratos aleatorios.

Código Civil de Guatemala: Ante una excesiva onerosidad el contrato puede ser revisado mediante declaración judicial; según el Código de comercio solo será aplicable a los contratos de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida y por hechos extraordinarios e imprevisibles. Esto no afectará a las prestaciones ya ejecutadas o en las que el deudor incurra en mora. Tampoco en aquellos contratos en las que el riesgo sea normal e inherente al mismo.

Código Civil de Paraguay: En similares circunstancias que en el anterior, en contratos de ejecución diferida y ante un hecho extraordinario e imprevisible y que la prestación se tornará en excesivamente onerosa para una de las partes se podrá pedir la resolución del contrato, por el contrario no procederá la resolución si el riesgo es el aleas normal del contrato, el demandado puede evitar la resolución ofreciendo una modificación equitativa. En contratos unilaterales el deudor ante una excesiva onerosidad puede demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la ejecución.

Código Civil de Cuba: Resolución del contrato cuando se dé una excesiva onerosidad y esta sea origen de un hecho posterior, extraordinario e imprevisible al momento de constituir el contrato.

Código Civil de Perú: En contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, se puede reducir la excesiva onerosidad solicitando al juez que modifique o reduzca la contraprestación ante hechos extraordinarios e imprevisibles, si esto no fuera posible el juez puede indicar la resolución del contrato. Esta resolución no tiene carácter retroactivo. Tampoco se producirá la acción de onerosidad si esta se produce por dolo o culpa de la parte perjudicada. Caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios la

acción de la excesiva onerosidad y dicho periodo empezará a computar en el momento que finalicen los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Código Civil de Brasil: Existe la resolución del contrato por excesiva onerosidad a una de las partes como resultado de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, se puede evitar dicha resolución si el demandado accede a modificar en equidad los términos del contrato. Solo para contratos de ejecución continuada o diferida. En contratos unilaterales la parte que asume la obligación puede exigir que la prestación a su cargo sea reducida o modificada a fin de evitar la excesiva onerosidad.

Código Civil de Argentina: Impera el principio de la buena fe en la formalización del contrato, ante un hecho extraordinario e imprevisible la parte que está asumiendo la excesiva onerosidad puede solicitar la resolución del contrato, no obrando la resolución si esta parte obra con dolo o culpa. La parte demandada puede impedir la resolución ofreciendo modificación equitativa del contrato. Queda al arbitrio judicial la determinación de excesiva onerosidad; el juez puede modificar el contrato. La imprevisión invocada debe provenir de la buena fe, diligencia y cumplimiento así como la consideración al reajuste perdido por la parte contraria en argentina la inflación es un fenómeno crónico y por ende perfectamente previsible, lo que descarta la aplicación de la teoría de la imprevisión por su sola existencia por el contrario, la inflación forma parte del riesgo del propio contrato.

3. Antecedentes de codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en España.

En España podemos hallar en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, como a través de la Ley Foral 21/2019,

de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral

de Navarra o Fuero Nuevo, se introduce la Ley 498. “*Rebus sic stantibus*”, Capítulo III. De la revisión de las obligaciones²⁹.

En la Propuesta del nuevo Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil³⁰ en 2018, se ha incluido el art. 526-5, denominado

29 “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

30 ANDREU MARTÍNEZ, M. B., GARCÍA PÉREZ, C.L., MACANÁS VICENTE, G., PLANA ARNALDOS, M. C.: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 685-686.

“la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato”, en el cual se recoge que, “1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato. 3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución”.

Por otro lado, desde agosto de 2023 existe una nueva propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMR). La nueva PMR parte de la anterior de 2009 elaborada también en el seno de la Comisión de Codificación; trata de adaptar el contenido de la teoría general de obligaciones y contratos a los nuevos tiempos, poniéndolo en consonancia con el derecho contractual internacional y comparado.

Así, en la Exposición de Motivos se da cuenta que se ha tenido en consideración, entre otros, la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Europeos de Derecho de Contratos, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, el llamado Marco Común de Referencia, y la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea, además de las reformas operadas en la misma materia en los Códigos civiles holandés, alemán, francés y belga, entre otros.

En esta PMR se dedica una sección a la *cl.r.s.st.* atendiendo a las enseñanzas derivadas de la pandemia del COVID 19 regulándola entre las disposiciones generales de los contratos, dedicándole una sección específica dentro de ellas, recogido en el art. 1238³¹ que se rubrica como “alteración sobrevenida de las circunstancias”, es pertinente señalar que el mencionado artículo constituye, en su mayor parte, una transcripción literal del art. 1271 del Marco Común de Referencia “*Draft Common Frame of Reference*” (DCFR).

31 Art. 1238: Alteración sobrevenida de las circunstancias.

1. Cada parte contratante deberá cumplir sus obligaciones incluso cuando, por haberse alterado la equivalencia entre las prestaciones prevista en el contrato, el cumplimiento de ellas le resulte más oneroso, sea porque su coste haya aumentado, sea porque el valor de la contraprestación haya disminuido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria, de manera que su ejecución resulta excesivamente onerosa para una de las partes y no es razonable exigir a esta que permanezca vinculada en los términos inicialmente pactados,

Asimismo, y para otorgar fuerza al deber de renegociar conforme a la buena fe, la PMR contempla la posible indemnización en caso de incumplimiento, tal y como se prevé en los *Principles of European Contract Law* (PECL).

En mi opinión, la presente propuesta de modificación, aun cuando los motivos que subyacen a la aplicación de la *cl.r.s.st.* se alinean con la doctrina más moderna, que pretende desvincularse de la jurisprudencia tradicional, resulta insuficiente. Ello es así en razón de que la *cl.r.s.st.* constituye un principio general del Derecho, íntimamente relacionado con los efectos jurídicos derivados del transcurso del tiempo. En consecuencia, dicha cláusula debe necesariamente considerar dos escenarios posibles para su correcta aplicación en el marco normativo:

1. *ex ante*, es decir, en el momento de celebrar el contrato poder introducir cláusulas de previsión de riesgo o en materia de revisión.

2. *ex post*, las partes tendrán la facultad de renegociar de manera voluntaria determinadas cláusulas contractuales, no solo en el supuesto de que sobrevenga una situación de imprevisibilidad que afecte sustancialmente a la base del contrato, sino también cuando una de las partes anticipe razonablemente que dicha alteración en las circunstancias ocurrirá en un plazo prudencial. En tal caso, deberá comunicarlo a la otra parte, con el fin de buscar, de buena fe, una solución equitativa que conlleve la modificación del contrato, adaptándolo de forma más adecuada a las nuevas circunstancias reales.

IV. ANÁLISIS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. Equilibrio y adaptación contractual: Principios clave ante la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Un ordenamiento jurídico contractual equitativo debe garantizar la observancia de dos principios fundamentales: por un lado, la obligatoriedad del contrato, y por otro, la necesidad de su modificación o adaptación cuando, como resultado

dicha parte podrá pedir a la otra entrar en negociaciones con el fin de lograr un acuerdo de adaptación o de resolución del contrato.

3. Para que la parte afectada tenga el derecho previsto en el apartado anterior, será necesario:

1). Que el cambio de circunstancias sea posterior a la celebración del contrato.

2). Que no hubiera sido ni podido ser tenido en cuenta de modo razonable en el momento de la celebración del contrato.

3). Que el riesgo que el cambio de circunstancias implica no hubiera sido asignado por el contrato.

4. Si las partes no alcanzan un acuerdo en un periodo de tiempo razonable, la autoridad judicial, según lo que le sea pedido en cada caso, podrá adaptar el contrato o declararlo resuelto.

Adaptará el contrato si, a partir de la propuesta o propuestas de adaptación que le sean ofrecidas por las partes, es posible obtener una solución que distribuya entre ellas, de modo equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio. De no ser posible la adaptación, declarará resuelto el contrato, estableciendo la fecha y las condiciones.

5. En todo caso, la parte que haya rehusado negociar o haya roto las negociaciones en contra de la buena fe, estará obligada a indemnizar a la otra el daño que por esta razón le hubiere causado.

de circunstancias sobrevenidas, se haya producido una alteración sustancial en el equilibrio de las prestaciones. Esta modificación puede incluso llevar a la resolución del contrato.

No obstante, no es posible establecer de manera previa y en abstracto una solución general que determine cuál de estos principios debe prevalecer en caso de conflicto. En cada caso concreto, será imprescindible analizar las circunstancias particulares concurrentes para proporcionar una respuesta jurídica adecuada³².

A lo largo del tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los diferentes países han desarrollado diversas teorías con el fin de abordar los problemas derivados de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Entre dichas teorías destacan la doctrina de la presuposición y la teoría de la base del negocio en Alemania, la excesiva onerosidad en el Derecho italiano, la frustración del fin del contrato en el Derecho anglosajón, y la teoría de la imprevisión en el Derecho francés. Estas teorías buscan proporcionar soluciones jurídicas que permitan la adaptación o extinción del contrato cuando se presenten cambios imprevistos en las condiciones que fundamentaron su celebración.

2. La alteración sobrevenida de las circunstancias en el Código Civil español.

El Código Civil español no contempla un precepto general que consagre un principio de revisabilidad de los contratos de arrendamiento en virtud de la concurrencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias, lo que constituye una evidente laguna normativa en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la jurisprudencia, aunque de manera restrictiva y excepcional, ha recurrido a la aplicación de mecanismos correctores, tales como la cláusula *rebus sic stantibus*, interpretada de forma implícita, así como a la teoría de la base del negocio³³ o al principio de equidad previsto en el art. 3.2 CC.

No resulta sencillo encontrar una justificación jurídica que permita rectificar el principio *pacta sunt servanda* en los contratos de arrendamiento. Para que ello fuera posible, sería necesaria una profunda reforma del Código Civil y de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) que contemple la posibilidad de que, ante la alteración sobrevenida de las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato, éste pueda perder su eficacia o ser modificado en cuanto a su vigencia y cumplimiento.

32 VÁZQUEZ-PASTOR, L.: "El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2015, pp. 66-67.

33 Resoluciones que admiten la doctrina de la desaparición del negocio: STS 23 noviembre 1962 (RJ 1962, 5005); STS 10 octubre 1980 (RJ 1980, 3619); STS 14 diciembre 1993 (RJ 1993, 9881). Es cuanto menos curioso que ciertos supuestos de hecho no se consideren circunstancias imprevisibles para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, y por el contrario sí permitan considerar la frustración del contrato o la desaparición de la base del negocio.

Cabe señalar que una eventual reforma del Código Civil no necesariamente implicaría la abrogación del principio *pacta sunt servanda*, ya que éste no resulta incompatible con la existencia de disposiciones normativas que regulen la posible modificación o extinción del contrato por alteración de las circunstancias. Un ejemplo de ello se encuentra en el ámbito del Derecho de Familia, donde, a través del art. 90.3 CC, se prevé la posible modificación de las medidas adoptadas en caso de divorcio o separación cuando sobrevenga un cambio en las circunstancias de los cónyuges.

Asimismo, y siguiendo con el Código Civil encontramos disposiciones específicas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias, en el ámbito del Derecho sucesorio, se halla la figura de la donación inoficiosa, conforme al art. 644 CC, que puede surgir cuando se presentan herederos legitimarios con posterioridad. Igualmente, el art. 997 CC contempla el supuesto en el que, habiéndose aceptado una herencia, aparezca posteriormente un testamento que no era de conocimiento previo. De igual manera, el art. 1009 CC regula la situación de la repudiación de una herencia intestada sin que el renunciante haya tenido conocimiento de su calidad de heredero testamentario.

Al proseguir con el presente análisis, se advierte que, en el ámbito del Derecho de contratos, los arts. 1575 y 1593 CC pueden interpretarse como una manifestación específica de la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

El art. 1575 CC, ubicado en el capítulo relativo a los arrendamientos rústicos, otorga al arrendatario el derecho a solicitar una rebaja en la renta cuando se produzca la pérdida de más de la mitad de los frutos como consecuencia de casos fortuitos extraordinarios e imprevistos.

Aunque diversos autores han invocado este precepto en relación con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, la Jurisprudencia ha evolucionado en sentido contrario, llevando incluso a rechazar la aplicación de dicha cláusula en virtud del art. 1575 CC, así se recoge en la STS 15 enero 2019³⁴.

34 STS 15 enero 2019 (RJ 2019, 146). FD III: "La argumentación de la sentencia recurrida por la que se rechaza la pretensión de rebaja del precio pactado tampoco es contraria al criterio legal que se desprende del art. 1575 CC, que en la regla que permite la rebaja de la renta en el arrendamiento de bienes productivos que no deriven de riesgos del propio negocio exige además que la pérdida de rendimientos se origine por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, algo que por su misma rareza no hubiera ser podido previsto por las partes, y que la pérdida de frutos sea de más de la mitad de los frutos. En el caso no concurre ninguna de estas circunstancias. La disminución de las rentas procede de una evolución del mercado, las partes previeron la posibilidad de que en algunos ejercicios la rentabilidad del hotel no fuera positiva para la arrendataria y las pérdidas alegadas por NH en la explotación del hotel de Almería son inferiores al cincuenta por ciento, sin contar con que el resultado global del conjunto de su actividad como gestora de una cadena de hoteles es, según considera probado la Audiencia a la vista del informe de gestión consolidado, favorable".

Por su parte, el art. 1593 CC regula las situaciones en las que el contratista puede exigir al propietario un incremento en el precio pactado por la ejecución de una obra debido a variaciones en el curso de su realización. Este precepto se refiere específicamente a aquellas obras contratadas por un precio fijo, lo que en la terminología del Código Civil se denomina ajuste alzado. El artículo establece una distribución del riesgo asociado al incremento de los costes de ejecución, diferenciando entre dos causas principales: (1) el aumento del coste de los jornales o de los materiales, y (2) las modificaciones en el proceso de ejecución de la obra, denominadas como “aumento de obra”.

El precepto excluye expresamente la posibilidad de que el contratista pueda reclamar un aumento de precio derivado de fluctuaciones en el mercado de materiales o de la mano de obra, aunque es frecuente que los contratos prevean esta eventualidad. No obstante, el contratista tiene derecho a exigir al propietario el pago del “aumento de precio” cuando se haya producido alguna modificación en el plano de la obra que implique un incremento en la ejecución, siempre que dicha modificación haya sido autorizada por el propietario.

Este régimen legal refleja una distribución equilibrada de los riesgos entre las partes en contratos de obra, delimitando con claridad las situaciones que permiten al contratista reclamar un ajuste en el precio inicialmente pactado.

3. La alteración sobrevenida de las circunstancias en la LAU.

Por otro lado, en relación con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), al igual que en el Código Civil, se pueden identificar disposiciones que contemplan expresamente la alteración sobrevenida de las circunstancias, en particular, en los arts. 9.3, 13.1, 15, 16, 26, 28, 32.2 y 33 de la mencionada norma.

En lo que respecta al art. 9.3 LAU, relativo al plazo mínimo del contrato de arrendamiento, se prevé la posibilidad de una modificación sobrevenida de las circunstancias cuando el legislador establece que, una vez transcurrido el primer año de vigencia del contrato, y siempre que así se haya pactado expresamente en el mismo, el arrendador podrá desistir de las prórrogas obligatorias en caso de que requiera la vivienda arrendada como residencia permanente, ya sea para sí mismo o para familiares de hasta primer grado de consanguinidad o afinidad. Para ello, deberá notificar al arrendatario con una antelación mínima de dos meses, indicando de forma precisa la causa que justifica dicha necesidad.

Asimismo, el arrendador estará obligado a ocupar la vivienda en un plazo máximo de tres meses desde la extinción del contrato; en caso contrario, el arrendatario tendrá derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios.

En este supuesto, la alteración sobrevenida de las circunstancias no vulnera el principio del *pacta sunt servanda*, dado que se trata de una cláusula que debe ser acordada por las partes en el momento de la formalización del contrato.

En el art. 13.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), relativo a la “resolución del derecho del arrendador”, se contempla una alteración sobrevenida de las circunstancias que afecta a la relación contractual. Así, en contratos de arrendamiento de duración superior a cinco o siete años, dependiendo de si el arrendador es persona física o jurídica, el derecho del arrendador quedará resuelto en caso de que se produzcan situaciones tales como el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o sentencia judicial, o el ejercicio de un derecho de opción de compra, según STS 21 octubre 2024, este listado no tiene carácter exhaustivo³⁵. En consecuencia, el contrato de arrendamiento quedará resuelto, salvo que este hubiese sido inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la constitución de los derechos que motivan la resolución. En este último caso, el arrendamiento continuará por el plazo pactado inicialmente.

En relación con el art. 15 LAU, este precepto otorga una protección específica al arrendatario, ya que, en supuestos de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando ello le sea atribuido conforme a la legislación civil aplicable.

Por su parte, el art. 16 LAU, en materia de fallecimiento del arrendatario, establece que ciertos sujetos que no figuran inicialmente en el contrato de arrendamiento pueden subrogarse en los derechos derivados del mismo en caso de muerte del arrendatario, salvo que se haya pactado expresamente en el contrato la exclusión del derecho de subrogación. Sin embargo, no será válida esta renuncia en los casos en que la persona que pueda ejercer el derecho de subrogación se encuentre en situación de especial vulnerabilidad, afectando a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años.

Otra alteración sobrevenida de las circunstancias se encuentra regulada en el art. 26 LAU, bajo el epígrafe “habitabilidad de la vivienda”. En dicho precepto se dispone que, si la ejecución de obras de conservación o las ordenadas por la autoridad competente hicieran inhabitable la vivienda, el arrendatario podrá optar por desistir del contrato sin indemnización o suspender el contrato por

35 STS 21 octubre 2024 (JUR 2024, 405985), según el Tribunal Supremo el listado recogido en el art. 13.I LAU no tiene carácter exhaustivo, dado que, FD III [...] la dación en pago es funcionalmente similar a la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria [...] por lo que realmente no tiene carácter voluntario [...] aunque se plantee como una alternativa a la ejecución forzosa, reúne los requisitos implícitos en el art. 13.I LAU, en cuanto que supone la transmisión con aprobación judicial del derecho sobre el inmueble que permitía a su titular darlo en arrendamiento [...].

el tiempo que duren las obras, no estando obligado al pago de la renta durante dicho periodo.

Del mismo modo, y para terminar en lo que concierne a los alquileres destinados a vivienda habitual, el art. 28 LAU dispone que el contrato de arrendamiento se extinguirá por dos alteraciones sobrevenidas de las circunstancias: la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador, y la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente.

En lo que respecta a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, el art. 32.2 LAU recoge que, ante un subarriendo total o parcial del inmueble por parte del arrendatario, el arrendador podrá modificar la renta pactada en un porcentaje comprendido entre el 10% y el 20%. Este precepto, en particular, no impide la modificación del principio *pacta sunt servanda* ante una alteración sobrevenida posterior a la firma del contrato de arrendamiento.

Por último, el art. 33 LAU, al igual que el art. 16 ya citado, contempla la posibilidad de subrogación del contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del arrendatario inicial. No obstante, a diferencia del art. 16, en este caso solo podrán subrogarse el heredero o legatario del arrendatario, siempre que en el local arrendado se desarrolle una actividad profesional o empresarial. Al igual que en los casos anteriores, se permite la modificación del principio *pacta sunt servanda* en beneficio del arrendatario o sus sucesores.

En resumen, los artículos de la LAU mencionados permiten diferentes modificaciones a los términos inicialmente pactados en los contratos de arrendamiento, en virtud de alteraciones sobrevenidas de las circunstancias, reconociendo en algunos casos la prevalencia del interés social y la protección del arrendatario o de sus sucesores frente a la aplicación estricta del principio *pacta sunt servanda*.

En este contexto, y ante la ausencia de una disposición legal expresa que otorgue a las partes la facultad de modificar o extinguir el contrato en virtud de una alteración sobrevenida de las circunstancias, el fundamento se ha sustentado principalmente en el principio de buena fe³⁶ consagrado en el art. 1258 CC, así como en la sobrevenida extinción de la causa³⁷, conforme lo dispuesto en el art. 1274 del mismo cuerpo legal. Convendría recordar a este propósito las palabras de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN³⁸:

36 STS 16 noviembre 1979 (RJ 1979, 3850).

37 STS 10 octubre 1980 (RJ 1980, 3619).

38 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 1069.

“No existe especial dificultad para configurar la resolución o el reajuste de las relaciones contractuales por desaparición de la base del negocio como una derivación inmediata del principio general de buena fe. Al mismo tiempo, el fundamento objetivo del fenómeno estudiado puede encontrarse en lo que se ha llamado “la ruptura del mecanismo causal” o la “aparición de una anomalía funcional sobrevenida”. La causa del contrato, entendido como la función concreta que éste cumple, desaparece parcial o totalmente, cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones, en el contrato conmutativo, o cuando resulta imposible de alcanzar el fin del contrato”.

Con base en lo anteriormente expuesto, se concluye que la modificación del contrato de arrendamiento derivada de circunstancias sobrevenidas posteriores a su perfeccionamiento y durante su vigencia, no constituye un obstáculo para la aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Lo anterior habilita la posibilidad de considerar la alteración contractual dentro del marco normativo existente, a través de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta interpretación se plantea apartándose de los enfoques más restrictivos sostenidos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina en su aplicación e interpretación práctica.

V. CONCLUSIONES.

1. Evolución Normativa del Arrendamiento en España: El marco normativo que regula los contratos de arrendamiento ha experimentado múltiples reformas a lo largo de la historia en un intento de equilibrar los intereses de arrendadores y arrendatarios. Sin embargo, se ha detectado que dichas reformas no han logrado consolidar una seguridad jurídica efectiva para ambas partes, generando incertidumbre tanto para propietarios como inquilinos. Esto ha derivado en situaciones de impagos y conflictos contractuales ante circunstancias imprevistas.

2. Ausencia de Flexibilidad Contractual en Situaciones Imprevistas: Ninguna de las normas que regulan el arrendamiento contempla expresamente la posibilidad de modificar el contrato ante circunstancias sobrevenidas que alteren significativamente el equilibrio entre las partes. Esta rigidez ha causado problemas como la creciente onerosidad de los contratos, lo que afecta principalmente a los arrendatarios, quienes se ven obligados a cumplir con términos contractuales que pueden volverse inviables.

3. Aplicación de la Cláusula *Rebus Sic Stantibus*: Ante la falta de previsiones normativas, la cláusula *rebus sic stantibus* se presenta como una herramienta fundamental para abordar la modificación de contratos en situaciones de excesiva onerosidad o desequilibrio causado por eventos imprevisibles. Sin embargo, su aplicación en España depende de la interpretación judicial, lo que añade un

elemento de incertidumbre, especialmente en la jurisprudencia actual que oscila entre enfoques más tradicionales y otros más flexibles.

4. Jurisprudencia sobre la Cláusula *Rebus Sic Stantibus*: La evolución de la jurisprudencia española ha mostrado tres etapas clave en la interpretación de la cláusula: la etapa conservadora posterior a la Guerra Civil, la flexibilización durante la crisis económica de 2008 y su consolidación durante la pandemia de COVID-19. En este último periodo, se ha avanzado en el uso de la cláusula, sobre todo en arrendamientos comerciales, aunque aún prevalecen enfoques tradicionales en otros contextos.

5. El Derecho Comparado: En otros países europeos, como Francia y Alemania, se ha incluido de manera más explícita la posibilidad de modificar o resolver los contratos ante cambios imprevistos. Estas jurisdicciones proporcionan ejemplos claros de cómo la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido codificada para otorgar mayor seguridad jurídica y flexibilidad en las relaciones contractuales. Esto contrasta con el marco español, donde la cláusula aún se aplica de forma más limitada y dependiente de la interpretación judicial.

6. Necesidad de Reforma en España: Con el contexto anterior se evidencia la necesidad de una reforma legislativa en España que regule de forma explícita la alteración de los contratos de arrendamiento por causas imprevistas. Esta reforma debería incorporar una versión codificada de la cláusula *rebus sic stantibus* que permita a las partes renegociar o resolver los contratos cuando se produzcan cambios extraordinarios que afecten su viabilidad.

Por tanto, en una futura *lege ferenda* se podría tener en cuenta el proyecto de marco común de referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) como así lo ha hecho el Código Civil rumano en su modificación del año 2009, o al igual que se hizo con el art. 1091 de nuestro Código Civil, incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la modificación que Francia ha llevado a cabo en su Código Civil con respecto a la teoría de la imprevisión.

Por todo lo anterior, la cláusula *rebus* (o sus equivalentes en otros países) debemos verla como un mecanismo en manos de los contratantes, no apto para rectificar malos negocios, o para subsanar errores comerciales o financieros, sino para corregir, en la medida en que sea posible, un desequilibrio contractual cuyo hecho desencadenante sea extraordinario, imprevisto y posterior al inicio del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, T.II, *Derecho de Obligaciones*, 11ª Ed., Bosch, Barcelona, 2002.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B., GARCÍA PÉREZ, C. L., MACANÁS VICENTE, G., PLANA ARNALDOS, M.C.: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2022.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II. *Las relaciones obligatorias*, ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2008.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E.: "La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus, génesis y evolución de un principio jurídico", *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y los derechos humanos*, núm. 74, 2016.

FUENTES-LOJO RIUS, A.: "Interés casacional notorio en las sentencias que están aplicando la cláusula rebus sic stantibus con motivo de la pandemia", *Diario La Ley*, sección tribuna, núm. 10569, 2024.

LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de contratos*, Comares, Granada, 2002.

MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La cláusula Rebus en Códigos Civiles europeos y la necesidad de su regulación en España*, *Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Experiencia, Barcelona, 2021.

ORDUÑA MORENO, F. J.: "La nueva doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus. Fundamentos de aplicación y concreción técnica", en AA.VV. *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Aranzadi-Civitas, Pamplona, 2017.

VÁZQUEZ-PASTOR, L.: "El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula rebus sic stantibus", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm.4, 2015.

YZQUIERDO TOLSADA M.: *Cláusula rebus sic stantibus en la compraventa de inmuebles y crisis económica*, Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina, Vol. 6, 2013-2014, Dykinson, Madrid, 2016.



ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA
DONACIÓN, DE LA REVOCACIÓN DE LA MISMA POR
LA CAUSA PREVISTA EN LOS ARTS. 644, 645 Y 646 CC Y
NUEVOS RETOS

*THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF
DONATION, OF THE REVOCATION OF THE SAME FOR THE
CAUSE PROVIDED FOR IN ARTICLES 644, 645 AND 646 CC
AND NEW CHALLENGES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 472-501

María del Pilar
TABERNER
ARROYO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Este artículo analiza, desde un punto de vista teórico y práctico, la donación y la causa de revocación de la misma por supervivencia y superveniencia de hijos del donante, regulada en los arts. 644, 645 y 646 del Código Civil. Junto con ello, se analiza a nivel teórico, en qué sentido resolverán los tribunales en un futuro, según el momento en el que se realiza la donación, si una persona que ha sido padre o madre por gestación por sustitución alega esta causa de revocación.

PALABRAS CLAVE: Acción de revocación; Código civil; donación; donante; gestación por sustitución; gestación subrogada; hijo; hijo adoptado; hijo póstumo; supervivencia; superveniencia.

ABSTRACT: *This article analyzes, from a theoretical and practical point of view, the donation and the cause of revocation of the same for survival and survival of the donor's children, regulated in articles 644, 645 and 646 of the Civil Code. Along with this, it is analyzed at a theoretical level, in what sense the courts will resolve in the future, depending on the time in which the donation is made, if a person who has been a father or mother by surrogacy alleges this cause for revocation.*

KEY WORDS: *Revocation action; Civil Code; donation; donor; surrogacy; child; adopted child; posthumous child; survival; survival.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTRATO DE DONACIÓN.- 1. Regulación y concepto del contrato de donación.- 2. Naturaleza de la donación: ¿modo de adquirir o contrato?.- 3. Elementos personales: sujetos que intervienen en la donación.- 4. Elementos reales: el objeto de la donación.- 5. Forma del contrato.- 6. Causas de revocación del contrato de donación.- III. REVOCACIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN POR SUPERVIVENCIA O SUPERVENIENCIA DE HIJOS.- 1. Superveniencia de hijos.- A) *Superveniencia de un hijo por naturaleza.*- B) *Superveniencia de un hijo adoptado.*- C) *Superveniencia de un hijo póstumo del donante.*- D) *Superveniencia de un hijo reconocido mediante sentencia judicial.*- E) *Donación realizada con conocimiento de la concepción del hijo.*- 2. Supervivencia de hijos.- 3. Cuestiones comunes a la supervivencia y superveniencia de hijos.- A) *El objeto de protección de esta causa de revocación.*- B) *Inexistencia de hijos del donante en el momento de la donación como requisito.*- C) *Aspectos relativos al ejercicio de la acción.*- 4. Nuevos retos de esta causa de revocación: hijos nacidos mediante gestación por sustitución.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En nuestra sociedad actual, un gran número de donaciones se siguen produciendo cada año entre personas físicas, personas físicas y personas jurídicas y entre personas jurídicas. En principio, como más adelante se expondrá, las donaciones una vez realizadas y con la finalidad de garantizar seguridad jurídica, éstas son irrevocables.

Sin embargo, existe un número de causas tasadas, concretamente tres causas, por las que es posible que el donante revoque una donación válidamente efectuada. De este modo, el presente artículo va a analizar la primera de ellas, es decir, la superveniencia o supervivencia de hijos del donante, la cual se encuentra regulada en los arts. 644 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC). Ya que, aunque si se leen los preceptos que regulan esta causa, parece que ésta no tiene una mayor complicación, lo cierto es que es una causa nada baladí y con aspectos muy interesantes.

Por ello, y con la finalidad de que se pueda comprender esta causa de revocación de forma plena, la primera parte de este artículo se va a dedicar a explicar los aspectos más generales del contrato de donación (concepto, naturaleza, sujetos intervinientes...). Y, ya en la segunda parte del artículo, se procederá a analizar en profundidad esta causa de revocación.

Como se puede intuir por la denominación de esta causa, es posible revocar bien por la superveniencia de hijos del donante, o bien por la supervivencia de

• María del Pilar Taberner Arroyo

Graduada en Derecho por la Universitat de València en 2024. Graduada en Criminología por la Universitat de València en 2024. Estudiante del Máster de Mediación, Arbitraje y Gestión de Conflictos en Derecho Privado en la Universitat de València durante el curso 2024-2025. Beneficiaria de una beca de colaboración del Ministerio de Educación en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València durante el curso 2024-2025. Correo electrónico: tama3@alumni.uv.es.

hijos del donante. En consecuencia, en esta segunda parte del artículo, ambas dos serán analizadas a nivel teórico, pero también a nivel práctico a través de supuestos de hecho extraídos de la jurisprudencia. Y junto con ello, se explicarán cuestiones comunes a ambos supuestos de revocación.

Por último, se expondrá el nuevo reto al que esta causa de revocación se enfrentará en breve, que es la gestación por sustitución, ya que, ¿podría alegar un donante, que ha sido padre/madre por un hijo nacido por gestación por sustitución, revocar una donación si la realizó cuando la gestante ya estaba embarazada? ¿y si realizó la donación cuando únicamente el contrato estaba firmado?

II. EL CONTRATO DE DONACIÓN.

I. Regulación y concepto del contrato de donación.

El contrato de donación se encuentra regulado en el CC, específicamente, se encuentra en el Libro Tercero, Título II, que se corresponde con los arts. del 618 al 656.

En concreto, el CC en su primer artículo del Título II, art. 618, define la donación como “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. De esta definición, es posible extraer los tres elementos básicos que caracterizan a la donación: liberalidad, gratuidad y aceptación del donatario.

En primer lugar, la donación es un acto de liberalidad. Se considera de este modo la donación porque, el donante, sin existir ningún tipo de obligación legal o contractual y siendo únicamente su voluntad como la única causa, decide realizar una atribución patrimonial a una persona (el donatario).

La voluntad o razones que motivan a cada uno de los donantes a realizar dicha donación pueden ser muy diversas. No obstante, si la atribución patrimonial se realizase con el objetivo de cumplir con alguna obligación legal o algún deber jurídico, este acto no puede ser considerado como donación, sino que será otra institución jurídica, puesto que, como se ha comentado, en las donaciones siempre la causa última de la misma es la voluntad de la persona.

Sin embargo, como señala COSTAS RODAL, un determinado acto jurídico se puede considerar donación, “aun cuando, en realidad, no exista en el donante un verdadero ánimo liberal (...) Es decir, aun cuando los motivos (...) no sean estrictamente de carácter altruista”¹. Ejemplo de ello, comenta COSTAS RODAL,

¹ COSTAS RODAL, L: “Contrato de donación”, en AA.VV.: *Tratado de Contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), 4^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 2754.

sería el caso de las empresas que, realizan donaciones en las cuales la finalidad última no reside en la mera voluntad de la empresa, sino que en contribuir a crear una buena imagen social de dicha empresa.

En segundo lugar, la donación es un acto gratuito. Es interesante recordar cómo, en la Teoría General de los Contratos, cuando se estudia la clasificación de los contratos, se diferencia entre el contrato gratuito en contraposición al contrato oneroso, en dónde ambas partes reciben atribuciones patrimoniales. En concreto, la donación se entiende como gratuita porque, el patrimonio del donante, al realizar la donación, disminuye o empobrece, ya que éste (el donante) no recibe ningún tipo de atribución patrimonial por parte del donatario a cambio de lo recibido.

Y, en tercer lugar, en la donación es necesaria la aceptación por parte del donatario. Así lo regula el art. 630 CC al establecer que “El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante”.

2. Naturaleza de la donación: ¿modo de adquirir o contrato?

Una de las cuestiones más discutidas dentro de la donación ha sido su naturaleza jurídica, ya que existe parte de la doctrina que entiende la donación como un modo de adquisición de la propiedad o de los bienes, mientras que otra parte de ésta, entiende que la donación es un contrato.

Quienes abogan por la tesis de que la donación es un modo de adquisición, fundamentan la misma, entre otras razones, en que, en primer lugar, la donación se encuentra regulada dentro del CC en el Libro Tercero, el cual se rubrica “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, y que, si fuera un contrato, en consecuencia de ello, el legislador la hubiera incluido dentro del Libro Cuarto rubricado como “De las obligaciones y contratos”. En segundo lugar, sustentan su posición sobre el art. 609 CC, en donde se establece que “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren (...) por donación, (...)”. Y, en tercer lugar, que el art. 618 CC al definir la donación, no lo hace como un contrato, sino que como un acto.

Mientras que, aquellos que sostienen la tesis de que la donación es un contrato, que es la doctrina mayoritaria, argumentan su posición acudiendo a diferentes artículos del CC, como son los arts. 621, 624, 628, 629, 630 o 1274, entre otros.

3. Elementos personales: sujetos que intervienen en la donación.

En cualquier donación, los sujetos que intervienen en la misma pueden ser clasificados como: donante o donatario. OSSORIO SERRANO define que el donante

“es la persona que a título gratuito y con ánimo de liberalidad, transfiere alguna cosa suya o derecho del que es titular, empobreciéndose”², y al donatario como, “aquél que si la acepta, adquiere la cosa o derecho del que se trate, enriqueciéndose”³.

De la lectura de los arts. 624 al 628 CC, se observa cómo el legislador no exige la misma capacidad al donante que al donatario para realizar y recibir donaciones, respectivamente. En concreto, el CC conforme al art. 624, exige al donante que, además de tener capacidad de obrar, éste tenga capacidad general para contratar, y a su vez, que tenga capacidad de disposición sobre ese bien o derecho que es objeto de la donación.

Sobre esta capacidad de disposición, REYES LÓPEZ comenta como es “consecuencia de la especial naturaleza de la donación (...) pues sólo de esta forma el donatario podrá llegar a ser dueño de lo donado, habida cuenta de que, según dispone el art. 609 CC, la donación es un modo derivativo de adquisición del dominio”⁴.

Sin embargo, para el donatario, el legislador parece establecer menos requisitos (en general), pues como señala OSSORIO SERRANO, del art. 625 CC se desprende que “basta en general con ser persona, con gozar de capacidad jurídica y no estar incurso en ninguna de esas prohibiciones legales”⁵.

Esto es así, porque como explica CARRIÓN OLMOS, “las donaciones que no sean condicionales u onerosas no inspiran recelo al legislador, en cuanto en principio el donatario no pueda resultar perjudicado por ellas”⁶. En consecuencia, en el caso de las donaciones condicionales u onerosas, el art. 626 CC establece que, “las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”⁷.

Para finalizar con este apartado, destacar tres cuestiones. En primer lugar, que pueden ser donatarios y son válidas las donaciones a favor de los concebidos no nacidos, tal y como regula el art. 627 CC, siempre que el concebido nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno como establece el art. 30 CC.

2 OSSORIO SERRANO, J. M.: “El contrato de donación”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 283.

3 OSSORIO SERRANO, J. M.: “Contrato donación”, cit., p. 283.

4 REYES LÓPEZ, M^a. J.: *Contratos Civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 184.

5 OSSORIO SERRANO, J. M.: “Contrato donación”, cit., p. 284.

6 CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 339.

7 Art. 626 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

En segundo lugar, que es posible que en una donación exista una pluralidad de donatarios, en tal caso y como regla general, se entenderá que se ha realizado la donación a partes iguales y no habrá derecho a acrecer⁸. Y, en tercer lugar, que como establece el art. 628 CC, las donaciones que se realicen a favor de personas inhábiles serán nulas.

4. Elementos reales: el objeto de la donación.

El objeto de la donación, es aquello que el donante, entrega al donatario. En relación a ello, el CC parece no establecer ningún tipo de límite, al regular en el art. 634, que “la donación podrá comprender todos los bienes (...)”, de modo que, es posible donar bienes muebles, bienes inmuebles, dinero...

No obstante, el legislador sí que establece límites al objeto, y lo establece por dos razones tal y como expone CARRIÓN OLMOS, “de un lado, las derivadas de la propia naturaleza de acto jurídico dispositivo (...) de otro, el temor del legislador a que (como consecuencia de la donación) el donante quede de tal modo empobrecido que no pueda siquiera atender a su propia subsistencia, pudiendo así convertirse en una carga para el erario público”⁹.

Concretamente, el primer límite que establece el legislador, lo encontramos en el art. 634 CC, cuando establece que el donante podrá donar “todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”. Es decir, deja libertad al donante para donar todo aquello que desee, siempre y cuando, aún siga teniendo éste los suficientes bienes y recursos como para poder vivir.

En el caso en que el donante no se guardase los bienes necesarios para su supervivencia, “la donación no es nula, sino susceptible de reducción, en el caso de que se demuestre que el donante no se reservó en el momento de la donación lo necesario para vivir en un estado acorde a sus circunstancias” (SAP Guipúzcoa 4 octubre 2006)¹⁰.

En dicha sentencia, se expone el caso de una mujer, que tiempo después de divorciarse de su marido, decide donar todos sus bienes a sus hijas mayores de edad con la condición de que éstas renunciaran expresamente a reclamarle cualquier

8 Aunque la regla general es que la donación se entiende realizada a partes iguales y sin derecho a acrecer, es posible encontrar dos excepciones a esta regla general. En primer lugar, que el donante hubiera dispuesto cosa distinta a esta regla general, y, en segundo lugar, que los donatarios de la donación sean conjuntamente un matrimonio, pues conforme al art. 637 CC, entre las dos personas que conforman el matrimonio, sí que existe el derecho a acrecer, excepto que el donante no hubiera dispuesto lo contrario.

9 CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, cit., p. 341.

10 Fundamento Derecho Sexto SAP Guipúzcoa 4 octubre 2006 (EDJ 2006, 411510).

tipo de pensión alimenticia. Conforme a las pruebas aportadas, se observó que, aunque la madre en la escritura pública de la donación afirmó que “sí se reservó bienes suficientes”, realmente no fue así, pues la madre únicamente disponía de 132€ al mes de una pensión que recibía. En consecuencia, de lo anterior, el tribunal falló a favor de la madre, y acordó la reducción de la donación de uno de los inmuebles donados.

El segundo límite, se establece por parte del legislador en el art. 635 CC, al definir como bienes futuros, “aquello de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”¹¹, y al establecer que, “la donación no podrá comprender los bienes futuros”¹². Por consiguiente, si se diese el supuesto de que el objeto de la donación fueren bienes futuros, será posible instar la nulidad de dicha donación.

La sentencia SAP Valencia 18 febrero 2005¹³ expone el caso de una madre, que en fecha 14 de enero del 2000, a través de escritura pública, dona a su hija el dominio de una determinada vivienda. Pero, que en fecha 6 de septiembre del 2000, dona a su hijo la nuda propiedad de esa misma vivienda reservándose para ella el usufructo vitalicio, siendo esta última escritura pública, la que se inscribe en el Registro de la Propiedad. En consecuencia de lo expuesto, el tribunal falló que la segunda donación era nula y que debía de cancelarse la inscripción realizada en el Registro de la Propiedad, ya que, la madre dejó de disponer de dicha propiedad el 14 de enero del 2000, al realizar la escritura pública de donación, y por lo tanto, el objeto de esta segunda donación era un bien futuro.

Por último, el tercer límite se encuentra en el art. 636 CC, como forma de protección a las legítimas, al regular que “ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento”¹⁴, resultando de este modo la donación inoficiosa en todo lo que exceda.

5. Forma del contrato.

Aunque el art. 1278 CC establece, como principio o regla general, que los contratos serán obligatorios sea cual sea la forma en que se hayan celebrado, siempre y cuando, en ellos concurren las condiciones esenciales. Este principio, no se aplica a la donación, pues la donación es formal o solemne tal y como se desprende de los arts. 632 y 633 CC.

Como expone COSTAS RODAL, el motivo de que se exija a la donación esta formalidad es porque, “un acto a título gratuito exige una mayor madurez y

11 Art. 635 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

12 Art. 635 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

13 SAP Valencia 18 febrero 2005 (EDJ 2005, 39879).

14 Art. 636 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

reflexión que los actos onerosos por la transcendencia que tendrá en el patrimonio del donante, evitando así donaciones impulsivas y precipitadas”¹⁵.

Esta solemnidad o formalidad del contrato de donación, supone que no sólo es necesario el acuerdo de las partes (donante y donatario), sino que como a continuación se expondrá, también es necesario que se cumplan diferentes requisitos de forma para que el contrato de donación sea válido, ya que, si no se cumplen con estas solemnidades exigidas por la Ley, la donación será nula.

En primer lugar, el art. 632 CC, establece que cuando el objeto de la donación es una cosa mueble, las partes pueden realizar la donación de forma verbal o por escrito a su elección. Como establece la sentencia SAP Málaga 14 de julio 2021¹⁶ “la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente o por escrito, más la primera exige por un lado la entrega de la cosa por el donante, que ha de manifestar su voluntad indubitada de desprenderse del bien donado, y de otro la recepción de la misma por el donatario, actos que han de ser simultáneos e indefectiblemente unidos. Pero si la donación de bienes muebles se hace por escrito, (...) debe constar también y de forma escrita la aceptación. De tal forma que, hecha la donación por escrito, tiene que ser aceptada también por escrito, sea en el mismo o en otro, y si no ha existido aceptación de la donación por parte del donatario con las formalidades del artículo 633 del Código Civil, la misma pueda revocarse por causa legal”¹⁷.

Es decir, si la donación de bienes muebles se hace de forma verbal, es necesario que en ese mismo momento se entregue el objeto de la donación para que esa donación sea válida. Pero, si la donación de bienes muebles se hace de forma escrita, es necesario que exista la aceptación de los donatarios también de forma escrita, porque si no la donación realizada no será válida.

Concretamente, el caso que expone esta sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, es el caso de una mujer que pocos días antes de fallecer, ordena mediante un documento, a una de las partes en el proceso, que, en primer lugar, todas las entidades bancarias en donde tenga cuentas con activos a su favor, incluya a determinadas personas como cotitulares de dichas cuentas, para de esa forma, realizar una donación en favor de ellos con el fin de agradecerles y corresponderles. Y que, en segundo lugar, entregue 3000€ a modo de donativo, a las Hermanitas de los Pobres y a otras personas cercanas, por su buen comportamiento con ella.

15 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2768.

16 SAP Málaga 14 julio 2021 (EDJ 2021, 865020).

17 Fundamento Derecho Tercero SAP Málaga 14 julio 2021 (EDJ 2021, 865020).

En este caso, la cuestión que se dirime es que, como la mujer realizó la donación de bienes muebles (dinero) a través de un documento (es decir, de forma escrita), la aceptación de dicha donación también debe de realizarse por escrito, pero no se aceptó de tal forma, y, en consecuencia, el tribunal falló en declarar la donación realizada como ineficaz.

Y, en segundo lugar, el legislador, en el art. 633 CC, establece que cuando se produzca una donación de bienes inmuebles, es necesario que ésta se realice en escritura pública, individualizando los bienes donados, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (si las hubiera), y establece como la aceptación se puede realizar en esa misma escritura o en otra escritura separada durante la vida del donante. No obstante, en el caso de realizarse en escritura separada, habrá que notificar la aceptación al donante en forma auténtica y anotar dicha diligencia en ambas escrituras.

Es decir, en el caso de los bienes inmuebles, el legislador aún es más estricto estableciendo que, la única forma de donación posible es a través de la forma escrita, en concreto a través de una escritura pública y con todos los requisitos señalados.

En relación con el art. 633 CC, con las donaciones de bienes inmuebles y con las formalidades exigidas para éstas, es interesante destacar la sentencia STS (Civil) 19 junio 1999¹⁸ en donde se expone el caso de dos partes, una persona física (Antonia) y una persona jurídica (E. S.A.), que, en abril de 1977, realizan en escritura pública, una permuta de dos parcelas de terreno a cambio de diversos locales comerciales.

En febrero de 1979, en documento privado, estas mismas partes acuerdan, que de esas permutas realizadas los bienes inmuebles que le correspondieron a Antonia, ahora pasan a ser propiedad del hijo de ésta (Gabriel). En 1981 Gabriel fallece, y la mujer de éste, en representación de ella misma y de su hija, demanda a Antonia reclamando que las herederas de esos bienes inmuebles son ella y su hija, teniendo en cuenta, que esos bienes inmuebles fueron transmitidos por documento privado en febrero de 1979.

Ante este caso, la Sala Civil del Tribunal Supremo, lo que falló en primer lugar fue, que este negocio realizado en febrero de 1979, aunque las partes la denominaron “permuta”, realmente no fue tal, sino que fue una donación, ya que Gabriel a cambio de esos bienes inmuebles no le dio nada a Antonia. Y, en segundo lugar, como se trata de una donación de bienes inmuebles que se ha

18 STS (Civil) 19 junio 1999 (EDJ 1999, 16802).

realizado en documento privado, carece de validez la donación realizada por no cumplir con los requisitos exigidos por el art. 633 CC.

Para finalizar este apartado, reseñar como en principio, tal y como se ha explicado, para la donación de bienes muebles no es necesario individualizar cada uno de los bienes. Sin embargo, como señala COSTAS RODAL, “la expresión individualizada de los bienes donados en la escritura no es más que una forma de exigir una determinación exacta de los bienes objeto del contrato. Por eso, esa exigencia de determinación no es privativa de los bienes inmuebles, sino que alcanza también a los bienes muebles, aun cuando en ese caso no sea necesaria la forma pública”¹⁹.

6. Causas de revocación del contrato de donación.

En principio y como regla general, una donación resulta irrevocable desde que la misma se perfeccionó, ya que como expone REYES LÓPEZ, la justificación de esta irrevocabilidad “es la protección de la persona del donatario, así como de los herederos del donante, al que se exige cierta reflexión antes de realizar este acto que implica la pérdida de sus bienes con imposibilidad de recuperarlos en el futuro”²⁰.

De hecho, tal y como señala COSTAS RODAL, “no se admitiría que el donante se reservase la facultad de revocar a su libre arbitrio o a consecuencia de su arrepentimiento, por ir ello en contra de la fuerza obligatoria de los contratos del art. 1256 CC”²¹.

No obstante, como la donación es un contrato, y para los contratos (en general) se prevén causas de extinción o revocación del mismo, es posible sostener que, pese a esta regla general de irrevocabilidad, en determinados supuestos muy concretos se podrá revocar la donación.

El CC, en los arts. 644 y siguientes, prevé las causas por las que una donación se puede revocar o extinguir, resultando estos de aplicación y no las causas de extinción de los contratos (en general), por el principio de especificidad. Éstas, son causas taxativas o excepcionales, en las que no cabe aplicar la analogía, de modo que, únicamente se podrá revocar una donación si ésta, encaja con una de estas causas previstas en los arts. 644 y siguientes del CC.

En concreto, las causas por las cuáles es posible revocar una donación, son: por supervivencia o superveniencia de hijos del donante (arts. 644, 645, 646 CC), por

19 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2770.

20 REYES LÓPEZ, M^a. J.: “Donación”, cit., p. 196.

21 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2786.

el incumplimiento del donatario de alguna de las cargas impuestas por el donante (art. 647) y por ingratitud del donatario (arts. 648, 649 y 650 CC).

II. REVOCACIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN POR SUPERVIVENCIA O SUPERVENIENCIA DE HIJOS.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, una de las causas que prevé el CC en los arts. 644, 645 y 646 CC, por la que es posible revocar la donación, es cuando exista una supervivencia o superveniencia de hijos del donante. Fundamentalmente, el legislador reguló esta causa ya que entendió, que el donante no hubiera realizado la donación si hubiera sabido de la supervivencia o superveniencia de algún hijo.

De la lectura del art. 644 CC²², se desprende que para que sea de aplicación esta causa de revocación es necesario que se cumplan determinados requisitos. En primer lugar, que la donación realizada debe de ser una donación *inter vivos*, que como define OSSORIO SERRANO, la donación es *inter vivos* cuando “se realiza para que el donatario adquiera la cosa donada y produzca plenos efectos en vida del donante”²³.

En consecuencia, para que se pueda aplicar esta causa de revocación necesariamente la donación debe de ser *inter vivos*, ya que en el caso de las donaciones *mortis causa* no tiene sentido su aplicación. Básicamente, una donación *mortis causa* es aquella que, aunque el donante ordena la realización de la donación en vida, ésta no despliega sus efectos para el donatario hasta la muerte del donante y, por lo tanto, el donatario no adquiere la cosa hasta la muerte del donante. En consecuencia de ello, como señala BLASCO GASCÓ, “esta clase de donaciones son revocables *ad libitum* hasta el momento de la muerte del causante”²⁴, y por ello, no tiene sentido la aplicación de esta causa de revocación en las donaciones *mortis causa*.

En segundo lugar, es preciso que el donante en el momento de realizar la donación no tenga hijos, ni descendientes. Y, en tercer lugar, debe de producirse, o bien la supervivencia o bien, la superveniencia de un hijo.

En principio, estas son las condiciones necesarias, que se aprecian de la lectura del art. 644 CC, para que se pueda aplicar esta causa de revocación. No obstante,

22 Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos, ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.

2º Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

23 OSSORIO SERRANO, J. M.: “Contrato donación”, cit. p. 297.

24 BLASCO GASCÓ, F. P.: “Instituciones de Derecho Civil: Contratos en particular”, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 183.

a continuación, se va a analizar de una forma más detallada tanto la superveniencia de hijos como la supervivencia de hijos.

I. Superveniencia de hijos.

La superveniencia debe de ser entendida como “el supuesto en el que al realizar la donación el donante no tiene hijos, y después de hecha, los tiene”²⁵ tal y como define CARRIÓN OLMOS.

A) Superveniencia de un hijo por naturaleza.

Se trata del supuesto más sencillo o más simple, ya que nos encontramos, ante el caso de que, el donante, en un momento posterior a aquel en el que realizó la donación, tiene un hijo.

En relación con este primer supuesto, es interesante señalar la sentencia SAP Alicante 15 enero 2014²⁶, en la cual, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, conoce del siguiente supuesto de hecho. Aún constante el matrimonio de D. Patricio y Dª. Angélica, D. Patricio en fecha 18 de enero de 2007, dona a Dª. Angélica en escritura pública su mitad pro indivisa de una vivienda, una plaza de garaje y un trastero, quedando desde la aceptación, Dª. Angélica como única propietaria de dichos bienes inmuebles.

En fecha 8 de septiembre de 2011 y mediante sentencia firme, Dª. Angélica y D. Patricio se divorcian, naciendo un hijo de D. Patricio en 2012 fruto de su relación con otra mujer. En consecuencia del nacimiento de su hijo y para poder cubrir las necesidades de éste, D. Patricio solicita la revocación de la donación fundamentando jurídicamente ello en los arts. 644 y siguientes del CC.

El Juzgado de Primera Instancia que conoció de este caso, revocó la demanda presentada por D. Patricio, otorgando por lo tanto la razón a Dª. Angélica. En consecuencia, D. Patricio recurrió dicha sentencia en apelación, resolviendo dicho recurso la Audiencia Provincial de Alicante y fallando que, sí ha lugar la revocación de la donación ya que como señala expresamente la sentencia, “los hijos o descendientes a los que se refiere este artículo (el 644 CC) son los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”²⁷.

A su vez, también destaca la sentencia SAP Madrid 29 noviembre 2019²⁸, ya que ésta establece como, no es requisito que el hijo por el que el donante reclama

²⁵ CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, cit., p. 346.

²⁶ SAP Alicante 15 enero 2014 (EDJ 2014, 55667).

²⁷ Fundamento Derecho Segundo SAP Alicante 15 enero 2014 (EDJ 2014, 55667).

²⁸ SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ I6311, 2019).

la revocación de la donación, deba de ser hijo de una persona distinta a la del donatario. Concretamente, esta sentencia presenta el supuesto de hecho de, un matrimonio (D. Victorino y D^a. Julia) en donde él (donante), mediante transferencia bancaria, en 5 de diciembre de 2016, le donó a ella (donataria) 350.000€, dinero que se destinó al pago del 50% de la vivienda habitual. Con posterioridad a dicha fecha, el 29 de marzo de 2018, fruto de su matrimonio tienen una hija, y Victorino, tras el nacimiento de ésta, insta la revocación de la donación realizada a su mujer por superveniencia de una hija.

El Juzgado de Primera Instancia que conoce de este asunto, falla a favor de la entonces mujer, porque entiende que la revocación de las donaciones por superveniencia de un hijo no resulta aplicable a este caso en concreto, pues ésta “sólo podía prosperar cuando el donante tuviese un hijo con posterioridad a la misma, pero con persona distinta del donatario”²⁹.

D. Victorino, no conforme con el fallo, interpuso recurso de apelación del que conoció la Sección 20^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que falló (en la sentencia anteriormente citada) que sí que resulta de aplicación la causa de revocación de la donación por superveniencia de hijos, puesto que “basta con que el nacimiento se hubiese producido con posterioridad a la donación, no exigiendo en ningún momento el citado precepto que el hijo deba nacer de persona diferente a la que fuera donataria”³⁰. Ya que, como acertadamente sí que señala la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el fundamento o justificación de esta revocación de la donación es “salvaguardar o proteger el interés familiar del donante, en este caso representado por el de su hija, que obviamente podría quedar seriamente perjudicado si la donataria y ex mujer, tuviere más descendencia con otro progenitor distinto”³¹.

B) Superveniencia de un hijo adoptado.

Este caso que se plantea, es igual al supuesto anterior, pues nos encontraríamos ante un donante, el cual en el momento de realizar la donación, no tenía ningún hijo, pero con posterioridad a la misma, adopta a un hijo.

Ante este supuesto, los tribunales deberían de resolver de la misma forma que lo harían si se encontraran con el supuesto anterior (superveniencia de un hijo biológico), porque por una parte, el art. 644 CC cuando habla de hijos lo hace de forma genérica, sin diferenciar entre los hijos por naturaleza y los hijos adoptados;

29 Fundamento Jurídico Primero SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ 16311, 2019).

30 Fundamento Jurídico Tercero SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ 16311, 2019).

31 Fundamento Jurídico Tercero SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ 16311, 2019).

y por otra parte, debe de recordarse que, el art. 108 CC, establece la igualdad entre los hijos por naturaleza y los hijos adoptados.

Aunque en las diferentes bases de datos de jurisprudencia, no he encontrado expresamente, un supuesto de hecho en donde se plantee el caso de un donante que realiza una donación, y con posterioridad, adopta a un hijo solicitando tras ello la revocación de la donación. Bien es cierto, que el Tribunal Supremo en la sentencia STS (Civil) 6 febrero 1997³², estableció que, en este ámbito, no se podía discriminar a los hijos según si fueran hijos por naturaleza (hijos biológicos) o hijos adoptados.

Como expone dicha sentencia, en un primer momento, la redacción original del art. 644 sí que expresamente hacía referencia únicamente a los hijos por naturaleza o biológicos, ya que el primer punto se redactó de la siguiente forma: “1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos o legitimados, o naturales reconocidos, aunque sean póstumos”³³.

Sin embargo, en 1981, la Ley 11/1981³⁴ que modificó el CC en materia de filiación (entre otros aspectos), modificó la redacción del art. 644, la cual se mantiene vigente hasta la actualidad, en donde ya no se diferencia o se trata de diferente forma a los hijos adoptivos. De modo que, “toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes (sin discriminación alguna, incluyendo todo tipo de hijos) será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes. Y el primero de ellos (núm. 1), es: que el donante tenga, después de la donación, hijos (sin distinguir la clase), aunque sean póstumos”³⁵.

C) Superveniencia de un hijo póstumo del donante.

En este tercer supuesto, se plantea el caso de, un donante que realiza una donación, fallece tras realizar la misma, pero con posterioridad a su muerte y mediante las técnicas previstas en la Ley 14/2006³⁶, la cónyuge supérstite tiene un hijo, el cual ha sido concebido con los gametos que el donante proporcionó en vida.

Pese a que no parece haber ninguna sentencia en la que se plantee precisamente este supuesto de hecho ante los tribunales, conforme a la dicción del CC en su art. 644 en donde expresamente señala “aunque sean póstumos”, parece indiscutible

32 STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

33 Redacción original del art. 644 1.º del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

34 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

35 Fundamento Derecho Segundo STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

36 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

que si el donante, aún ya habiendo fallecido, tiene un hijo, podría revocarse las donaciones que aquel donante efectuó, alegando esta causa de revocación.

No obstante, para que se puedan emplear estos gametos del donante, con posterioridad a su muerte, el donante (conforme el art. 9 de la Ley 24/2006 en donde expresamente se regula aquellos supuestos de premoriencia del marido) deberá de prestar un consentimiento "libre, consciente y formal"³⁷ en "escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas"³⁸, ya que de esta forma, podrán emplearse los gametos del donante para la fecundación en el plazo de los 12 meses siguientes a su muerte. De modo que, en caso de ausencia de este consentimiento, no podrá emplearse dichos gametos³⁹, excepto que, la cónyuge superviviente ya se encontrara en un proceso de reproducción asistida con transferencia de preembriones, siempre que éstos (los preembriones) hayan sido constituidos con anterioridad al fallecimiento del donante (cónyuge), tal y como regula expresamente el párrafo segundo del apartado segundo del art. 9 de la Ley 24/2006.

Como indica COBAS COBIELLA, "un antecedente a esta regulación se encuentra en el derecho francés, en el conocido caso affaire Parpalaix, resuelto por los tribunales franceses en el año 1984, cuyos argumentos se centran en que los gametos masculinos depositados, están fuera del comercio de los hombres y que estas muestras tomadas para proceder a la inseminación no forman parte del caudal hereditario del causante. La demanda prosperó, sobre el argumento jurídico de la intención que tuviera el causante de procrear, con su mujer, y hacer a la misma madre de un hijo en común"⁴⁰.

En relación con lo anteriormente expuesto y para resaltar la importancia del consentimiento, es interesante el auto AAP Valencia 23 diciembre 2003⁴¹, en donde a la Audiencia Provincial de Valencia, se le plantea el caso de, un matrimonio en el cual, el marido (enfermo de leucemia) decide congelar gametos para que, cuando se cure de dicha enfermedad el matrimonio los emplee para tener un hijo. Justo unos días después de haber realizado la congelación con dicha finalidad, el marido fallece, por lo que la mujer solicita autorización judicial para que sea inseminada con los gametos de su viudo, porque su viudo no había dejado de forma expresa

37 Art. 6.3 *in fine* de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

38 Art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

39 En tal sentido véase, junto con el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana, y el art. 7 del Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

40 COBAS COBIELLA, M^a. E.: "La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 68-83.

41 AAP Valencia 23 diciembre 2003 (EDJ 2003, 224246).

un consentimiento para que ella pudiera ser inseminada con dichos gametos si él fallecía.

La Audiencia Provincial de Valencia, tras analizar toda la normativa que afectaba a este caso, concluyó que, “aunque en la Legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario sobre el hecho de que el hijo nazca en una familia no monoparental, cuando éste se ha de concebir por una inseminación post-mortem del marido fallecido, ha de mediar su consentimiento expreso per se no sustituible”⁴², evidenciándose la necesidad de la existencia de un consentimiento previo y expreso por el marido.

D) Superveniencia de un hijo reconocido mediante sentencia judicial.

Esencialmente, en este cuarto supuesto, nos encontraríamos ante el caso de un donante que realiza una donación, y con posterioridad en el tiempo, mediante sentencia judicial se determina la filiación no matrimonial de un hijo.

A pesar de que los tribunales no se han pronunciado de forma expresa acerca de este supuesto, de acuerdo con el art. 120 CC, una de las formas de determinar la filiación no matrimonial es por sentencia firme.

Como consecuencia de dicha sentencia firme, al donante le sobrevendría un hijo (superveniencia de hijo), siendo por lo tanto dicha sentencia, en mi opinión, título suficiente como para solicitar la revocación de las donaciones que el donante pudiera haber realizado antes de dicha sentencia judicial.

E) Donación realizada con conocimiento de la concepción del hijo.

Por último, un caso muy interesante, es el que se plantea en el caso de que un donante a sabiendas o teniendo conocimiento de la concepción de su hijo, realiza igualmente una donación, y tras el nacimiento del menor, pretende revocar dicha donación alegando la superveniencia de un hijo.

Sin lugar a dudas, este supuesto podría definirse como un tanto dudoso, puesto que no queda del todo claro si dicha donación podría ser o no revocada por el donante, y por el momento los tribunales no se han pronunciado sobre dicha cuestión.

42 Fundamento Derecho Séptimo AAP Valencia 23 diciembre 2003 (EDJ 2003, 224246).

No obstante y como es sabido, conforme a la expresa dicción del art. 29 CC, “el concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”⁴³ pero, como señala LACRUZ, “la irrevocabilidad no es efecto favorable”⁴⁴.

Junto con lo anterior, el fundamento o la justificación por la que el legislador estableció esta causa de revocación de las donaciones, es porque el donante, no hubiera realizado la donación si hubiera sabido de la superveniencia de un hijo (en este caso).

En consecuencia, y siguiendo la argumentación dada por LACRUZ, “es probable que la presencia, conocida en el momento de la donación, de un hijo meramente concebido haga irrevocable la donación, mas no por virtud del art. 29 (...), sino por fallar entonces la motivación de la norma”⁴⁵. Puesto que, ¿qué sentido tendría permitir la revocación de la donación a un donante que ya sabía o conocía que su hijo ya estaba concebido?

En mi opinión, el único supuesto en el que podría revocarse dicha donación respetando el fundamento u origen de esta causa de revocación, sería en el caso de que el hijo/a que el donante esperaba, no llegase a nacer con vida, ya que como señala el Tribunal Supremo “la revocabilidad de la donación por tal causa tiene como fundamento salvaguardar o proteger el interés familiar del donante, en este caso representado por el de su hija (...)”⁴⁶.

2. Supervivencia de hijos.

El concepto de supervivencia ha de ser entendido, como aquel supuesto en el que, un donante realiza una donación, convencido de que su hijo está muerto, sin embargo, posteriormente el donante descubre como ese hijo que reputaba muerto está vivo y por lo tanto, en el momento de realizar la donación estaba vivo.

De acuerdo con el art. 193 CC, se establecen los diferentes plazos (según las circunstancias) que deben de transcurrir para que a una persona se le declare como fallecida. En consecuencia de ello y a efectos de esta causa de revocación, ¿sería necesario que el hijo fuera declarado fallecido? Como señala COSTAS RODAL, no es necesario que sea declarado como fallecido, “sólo que el donante crea muerto al hijo”⁴⁷.

43 Art. 29 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

44 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil. Tomo II: derecho de obligaciones. Volumen II: Contratos y cuasicontratos* (5ª ed.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 99.

45 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *La Donación*, cit., p. 99.

46 Fundamento Derecho Segundo ATS (Civil) 25 mayo 2022 (EDJ 2022/584458)

47 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2787.

3. Cuestiones comunes a la supervivencia y superveniencia de hijos.

A) *El objeto de protección de esta causa de revocación.*

La justificación por la cual el legislador prevé esta causa de revocación de la donación, en palabras de LACRUZ es porque, “el donante se priva de unos medios económicos que pueden serle precisos a él o a los suyos (...), es razonable que se faculte a aquél a retirar los bienes cuando se producen ciertos eventos en los que la Ley supone que, de conocerlos, no hubiera realizado la liberalidad”⁴⁸.

El legislador, mediante la regulación de esta causa de revocación, protege y garantiza, por una parte, el patrimonio del donante ya que, consigue retornar a dicho patrimonio, bienes que salieron del mismo a través de una donación realizada válidamente. Pero no sólo ello, sino que también, protege a los hijos y descendientes del donante, ya que tal y como señala el propio Tribunal Supremo “la revocabilidad de la donación por tal causa tiene como fundamento salvaguardar o proteger el interés familiar del donante, en este caso representado por el de su hija”⁴⁹.

Dentro de esta protección a los hijos y descendientes del donante, esta causa de revocación, en primer lugar, protege el deber de alimentos que puede tener el donante sobre sus hijos o descendientes, el cual se encuentra regulado en los arts. 142 y siguientes del CC. En concreto, conforme al art. 142 CC, se entiende por alimentos (en general) todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. No obstante, este concepto se amplía a la educación e instrucción mientras que el alimentista (quién recibe los alimentos) sea menor de edad, o siendo mayor, no haya finalizado su formación por causa que no le sea imputable.

En mi opinión, protege este derecho de alimentos, porque al incorporar de nuevo, al patrimonio del donante, aquellos bienes que habían salido, se introducen en el patrimonio bienes con los que es posible cumplir con esta obligación que tienen los padres sobre sus hijos de proporcionarles alimentos.

Pues como prevé el art. 152 CC, junto con la muerte del obligado a prestar a alimentos (art. 150 CC), existe toda una serie de causas por la que es posible cesar la obligación de alimentos, destacando entre ellas la prevista en el art. 152.2° CC, en donde es posible cesar dicha obligación cuando la fortuna del obligado, se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin atender sus propias necesidades.

48 LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La Donación”, cit., p. 99.

49 Fundamento Derecho Segundo ATS (Civil) 25 mayo 2022 (EDJ 2022, 584458).

En consecuencia de lo anterior, si por ejemplo, un hombre realiza una donación, y posteriormente a realizar esta donación tiene un hijo, a través de esta causa de revocación, podría volver a incorporar en su patrimonio, aquellos bienes que donó, pudiendo hacer frente de este modo a todas las necesidades que pueda tener su hijo tras el nacimiento.

Y, en segundo lugar, considero que también es objeto de protección la porción de legítima que le corresponde a los hijos y descendientes del donante, ya que, como destaca COSTAS RODAL, “la revocación de la donación hace que retornen al patrimonio del donante los bienes que de él salieron, aumentando así sus expectativas hereditarias con respecto a una futura sucesión”⁵⁰.

Teniendo en cuenta el fundamento o la justificación por la cual el legislador prevé expresamente esta causa de revocación, en mi opinión, cuando el donante revoca esta donación válidamente efectuada es porque quiere que sus hijos y descendientes bien en vida, o tras su muerte, puedan disponer de esos bienes que han sido objeto de revocación de la donación.

Desde mi punto de vista, no tendría sentido que un donante revocase una donación porque conoce que va tener un hijo o que su hijo realmente estaba vivo, para posteriormente donar a otra persona (distinta de los hijos y descendientes) estos mismos bienes, ya que, si la donación ha sido revocada, es porque el donante querrá que esos bienes sean para sus hijos o descendientes. Y si se produjese esta donación a persona distinta, sería interesante estudiar si la misma podría ser objeto de revocación por mala fe, porque esos bienes no están siendo empleados o reservados para los hijos y descendientes del donante.

Concretamente, este aumento de las expectativas hereditarias de los hijos del donante, se produce en el momento en el que retornan dichos bienes al patrimonio del donante, ya que dicho retorno hará que el patrimonio del donante aumente, y en consecuencia, aumentará el valor de su futura porción de la legítima que les corresponda. Concretamente MARTÍNEZ VELENCOSO, define que la legítima es “una cuota a la que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona (...), a percibir a partir de su muerte, sino se recibió en vida”⁵¹, la cual se encuentra regulada en los arts. 806 y siguientes CC.

Junto con lo anterior, es interesante destacar como la protección de la legítima también se ve reflejada en otro aspecto, y es que, se permite la imputación de donaciones hechas a extraños (a aquellos que no son legitimarios), que como define MARTÍNEZ VELENCOSO, la imputación es “la operación que consiste en

50 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2788.

51 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones* (coord. J. ALVENTOSA DEL RÍO y M.E. COBAS COBIELLA), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 598.

asociar cada una de las atribuciones patrimoniales a título gratuito realizadas por el causante a la porción correspondiente de la herencia (legítima, mejora o libre disposición) a los efectos de determinar la existencia de inoficiosidad y, por consiguiente, determinar su reducción”⁵².

Conforme indica el art. 819 CC, estas donaciones hechas a no legitimarios, se imputan a la parte libre, ya que se entiende que es aquello que el testador ha podido disponer conforme a su libre voluntad, aunque “si se excede, se reducen por inoficiosas, pero después de reducirse o anularse los legados (arts. 819 y 820.2 CC)”⁵³, protegiendo de este modo la legítima.

B) Inexistencia de hijos del donante en el momento de la donación como requisito.

El art. 644 CC, cuando regula esta causa de revocación de la donación, expresamente indica, “hecha por persona que no tenga hijos, ni descendientes”. Sin embargo, ante los tribunales se han planteado diferentes supuestos de donantes, que en el momento de realizar la donación ya tenían otros hijos y, como tras realizar dicha donación, le sobreviene otro hijo, intentan revocar la donación por esta causa.

Concretamente, al Tribunal Supremo se le planteó el siguiente supuesto de hecho. D^a. Nicolasa, en fecha 21 de junio de 2006 mediante escritura pública, realizó una donación a favor de su marido D. Marcial, teniendo D^a. Nicolasa dos hijos nacidos del matrimonio en el momento en que realizaba la donación.

El Juzgado de Primera Instancia n° 45 de Madrid, que conoció su supuesto de hecho, estimó parcialmente su demanda y falló que dicha donación debía de ser revocada ya que, a D^a. Nicolasa, le había sobrevenido un hijo tal y como indica el precepto 644.

D. Marcial, no conforme con dicha sentencia, recurrió la misma en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid. Recurso que conoció la Sección 14^a, estimando el recurso presentado por D. Marcial y fallando a favor de éste, ya que como expresamente señaló la Audiencia, “la sentencia, (...), ha ignorado que la donante en el momento de la donación tenía dos hijos nacidos del matrimonio con el hoy demandado y solo ha tenido en cuenta que la misma tuvo una nueva hija en el año 2015”⁵⁴, en consecuencia, la Audiencia Provincial de Madrid, falló que la donación no debía ser revocada.

52 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, cit., p. 607.

53 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, cit., p. 612.

54 Fundamento Derecho Primero ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

D^a. Nicolasa, en desacuerdo con la sentencia dictada por la Audiencia, interpuso contra la misma, recurso de casación, conociendo del mismo, el Tribunal Supremo en el auto ATS (Civil) 22 diciembre 2021⁵⁵, en donde inadmitió dicho recurso, ya que “el requisito para que pueda pedirse la revocación por superveniencia de hijos (...) exige que el donante “no lo tuviere” [al hijo] al tiempo de la donación; no que tuviere unos hijos y después tuviere otros, y ello con independencia del fundamento de esta causa de revocación”⁵⁶.

Por último, destacar el supuesto de hecho que se presenta en la sentencia STS (Civil) 6 febrero 1997⁵⁷. En esta sentencia, al Tribunal Supremo se le planteó el caso de un matrimonio, D. David y D^a. María del Carmen, que adoptaron a un hijo (D. Darío) y que a favor del mismo y de su esposa realizaron unas donaciones que las partes calificaron como contratos. Un tiempo después, D. David y D^a. María del Carmen, adoptaron a otros dos hijos más.

Como expone claramente el Tribunal Supremo en la sentencia, la donación encubierta que D. David y D^a. María del Carmen realizaron a favor de D. Darío y su mujer, no puede ser revocada, porque “la existencia de un hijo (sin importar la clase) del donante, impide que éste o sus hijos puedan revocar la donación, por superveniencia de otros hijos (también sin importar la clase)”⁵⁸.

C) Aspectos relativos al ejercicio de la acción.

La acción de revocación de la donación, está expresamente regulada en el art. 646 CC. Concretamente del primer párrafo de dicho artículo, se puede extraer que, en primer lugar, existe un plazo de cinco años para ejercitar la acción; en segundo lugar, que es un plazo de prescripción ya que el legislador emplea el término “prescribe”; y en tercer lugar, que este plazo de cinco años comienza a contar desde que se tiene noticia de la superveniencia o supervivencia de un hijo, es decir, desde que se tiene noticia del nacimiento del hijo o desde que se conoce que aquél hijo que se reputaba muerto realmente estaba y está vivo.

A su vez, del segundo párrafo, es posible extraer como la acción es irrenunciable, de modo que, en principio no se podría firmar una cláusula en donde de forma anticipada se renunciara a dicha acción, y ésta se transmite a los hijos y descendientes del donante cuando éste fallece.

55 ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

56 Fundamento Derecho Segundo ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

57 STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

58 Fundamento Derecho Tercero STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

Sin perjuicio de todo lo anterior, que es todo aquello que es posible extraer de la literalidad del precepto, es interesante señalar ciertos aspectos en relación con esta acción de revocación.

En primer lugar, en relación a la legitimación activa, como señala SABORIDO SÁNCHEZ, “podrá ejercitarla el donante o los hijos o descendientes”⁵⁹. No obstante, no debe confundirse éstos, con los herederos del donante, pues aunque los hijos pueden ser herederos del donante, los hijos tienen la legitimación activa por su condición de hijos (no por su condición de herederos), ya que, como bien señala SABORIDO SÁNCHEZ, “el texto del precepto no alude a los herederos, por lo que se defiende que estos carecen de legitimación activa”⁶⁰.

En segundo lugar, como señala la sentencia SAP Girona 30 abril 2008⁶¹, “la revocación es un derecho que tiene el donante, que puede ejercitar o no frente al donatario, (...) el derecho sobre la decisión a revocar o no una donación no precisa de ningún consentimiento o aceptación del donatario”⁶².

En tercer lugar, es interesante explicar cómo, para revocar la donación, no necesariamente el donante debe acudir siempre a la vía judicial, pues como de forma detallada explica esta misma sentencia, “el donante puede perfectamente acudir a un Notario y declarar la revocación de la donación por cualquiera de las causas legales. Y tal declaración en absoluto es nula, pero no debemos confundir la nulidad con la eficacia de dicha declaración. Es claro que para que una revocación de una donación sea plenamente eficaz debe ser aceptada por el donatario y si así ocurre, restituirá los bienes muebles o aceptará que los inmuebles se inscriban de nuevo a favor del donante. Pero, si no acepta la revocación, el donante debe ejercitar la acción judicial correspondiente y mientras judicialmente no se declare la donación revocada, la revocación hecha extraprocesalmente no tiene ninguna eficacia jurídica.”⁶³.

En cuarto lugar, en cuanto al plazo, aunque de la literalidad del precepto parece deducirse la prescripción de la acción, ya que tal y como se ha comentado, el legislador emplea la palabra “prescribe”, diferentes sentencias señalan que realmente el plazo es de caducidad. De este modo, la sentencia SAP Pontevedra 20 mayo 2013⁶⁴, al hacer referencia a la acción de reducción de las donaciones inoficiosas señala, “la acción de reducción de donaciones inoficiosas debe regirse,

59 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “Artículos 644, 645 y 646”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil 5 Tomos* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3199.

60 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “Artículos 644”, cit., p. 3199.

61 SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

62 Fundamento Derecho Tercero SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

63 Fundamento Derecho Tercero SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

64 SAP Pontevedra 20 mayo 2013 (EDJ 2013, 94288).

por su analogía, con la de revocación de las donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio que los de caducidad". Al igual que la sentencia SAP Girona 30 abril 2008⁶⁵, que también señala el plazo de caducidad de esta acción "pero siempre interponiendo la acción antes del vencimiento del plazo, no interrumpible como de caducidad que es"⁶⁶.

En quinto y último lugar, esta acción de revocación de la donación, no se produce de manera automática en el momento en que se tiene noticia del nacimiento de un hijo o se conoce que el hijo no estaba muerto, sino que como señala el Tribunal Supremo en sentencia STS (Civil) de 8 marzo 1972⁶⁷, "tanto por superveniencia de hijos como por supervivencia de ellos, aunque parece que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 644 (...), se produce "ipso facto" por el hecho de ocurrir cualquiera de aquellos dos supuestos como sucedía en Derecho Romano y en nuestra Legislación de Partidas, sin embargo no es así, pues como se deduce del artículo 646 (...) y del 651 (...) requiere que sea postulada por el propio donante o por sus hijos y descendientes legítimos, según los casos"⁶⁸.

4. Nuevos retos de esta causa de revocación: hijos nacidos mediante gestación por sustitución.

Debido al paso del tiempo, las sociedades avanzan y el Derecho, debe de seguir cada uno de estos avances, adaptándose a las nuevas realidades que tienen ocasión en esa sociedad. En este caso, esta causa de revocación de las donaciones por superveniencia y supervivencia de hijos, mantuvo su redacción original hasta 1981, momento en el cual su redacción fue modificada por la Ley 11/1981⁶⁹.

Sin embargo, y pese a dicha modificación operada por el legislador, tal y como recoge el auto ATS (Civil) 22 diciembre 2021⁷⁰ al incluir en la sentencia un fragmento literal de la demanda presentada por la parte actora, "no se podía imaginar el legislador la situación social real 35 años después, donde se dan parejas de hecho, con casi los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios, los matrimonios con personas del mismo sexo y muchísimo menos las gestaciones subrogadas, las fecundaciones in vitro , la donación de óvulos, la adopción internacional o tantas y tantas otras relativas al modo de organizar la vida familiar"⁷¹.

65 SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

66 Fundamento Derecho Tercero SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

67 STS (Civil) 8 marzo 1972 (EDJ 1972, 185).

68 Fundamento Derecho Tercero STS (Civil) 8 marzo 1972 (EDJ 1972, 185).

69 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

70 ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

71 Fundamento Derecho Tercero ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

Es por ello que, uno de los nuevos retos a los que, de forma más temprana o tardía en el tiempo, deberá de enfrentarse esta causa de revocación, es la superveniencia de hijos por gestación por sustitución. Específicamente, considero que es un nuevo reto, porque en las diferentes bases de jurisprudencia, aún no ha aparecido ninguna sentencia o auto de ninguna instancia, en donde los tribunales españoles hayan conocido de un supuesto de hecho en donde un donante, tras realizar una donación, es padre/madre mediante el método de gestación por sustitución, y por superveniencia de hijo, solicita la revocación de dicha donación.

En España, actualmente, la gestación por sustitución (más comúnmente conocida como gestación subrogada) no se considera un método o una técnica de reproducción asistida humana. En tal sentido, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su art. 10, considera “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”⁷². Pero, como indican ORTEGA GIMÉNEZ, COBAS COBIELLA y HEREDIA SÁNCHEZ “es una problemática, que más que jurídica -que lo es- es también social, y sobre todo de actualidad, porque en el centro de atención no sólo están los menores sino también la protección de la libertad de las personas, los derechos de la personalidad y sobre todo el derecho a la procreación, así como el derecho a conocer la identidad biológica”⁷³.

Sin perjuicio de que, como se ha indicado, en España este método de gestación por sustitución no está permitido, lo cierto es que la realidad social es otra⁷⁴, ya que, dicha prohibición, no impide que aquellas parejas que deseen emplear este método, vayan a otros países en donde sí esté permitido su uso, tengan al menor y posteriormente inscriban a dicho menor como hijo suyo en el Registro Civil.

En consecuencia de lo anterior, estos menores, una vez que se inscriben en el Registro Civil, son hijos de la pareja, pudiendo por lo tanto, encajar este supuesto de hecho en el del art. 644 CC (superveniencia de hijos del donante). Por lo

72 Art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

73 ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M^a. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley, Tribuna*, núm. 9281, 2018, p. 3.

74 En tal sentido, COBAS COBIELLA indica lo siguiente “La realidad social se impone a lo establecido y permitido, y esto es sólo el comienzo. La ciencia, la investigación científica es imparable, y los límites muy difíciles de establecer, pero la problemática en este tema ya no es posible resolverla con lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida, entre otras cosas porque es un artículo enunciativo y caracterizado por la incertidumbre en orden a las consecuencias jurídicas de la nulidad, sin contar que por demás- y esto ya está más que dicho y publicado- lo que resulta nulo es el contrato, no el propio acto de ofrecer el componente gestacional para concebir una vida”. Vid. COBAS COBIELLA, M^a. E.: “Gestación subrogada. Cuando la realidad social supera a la realidad jurídica”, en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (coord. A. GUTIÉRREZ BARRENGOIA), Dykinson, Madrid, 2019, p. 510.

tanto, ¿podría solicitarse la revocación de una donación realizada por uno de los progenitores donantes?

Si se parte del fundamento o justificación por la que el legislador reguló esta causa de revocación, y de la argumentación de LACRUZ, en relación a si una donación se puede revocar o no teniendo en cuenta que el donante la realizó conociendo que su hijo había sido concebido (expuesta en uno de los supuestos planteados en superveniencia de hijos), en mi opinión, creo que depende del momento en que el donante (futuro progenitor) haya realizado la donación, será posible revocar o no la misma.

Si el donante realiza la donación antes de iniciar todo el procedimiento de gestación por sustitución, es decir antes de plantearse incluso la utilización de este método o de haber firmado el contrato (el cual es nulo conforme al ordenamiento jurídico español), en mi opinión, el donante podrá revocar la donación, porque en el momento de realizar la misma, no preveía que pudiera ser padre o madre. En consecuencia, esta situación en mi opinión, sería equivalente al caso de un donante que realiza una donación y un tiempo después, su pareja/su cónyuge de forma natural o mediante técnicas de reproducción asistida, se queda embarazada y nace su hijo.

Si el donante llevase a cabo la donación después de firmar el contrato, en este caso el donante tiene conocimiento de que, de forma más pronta o más tardía va a ser padre/madre (según cuántos procesos de fecundación in vitro o de inseminación sean necesarios para que la mujer gestante quede embarazada). No obstante, creo que, si el donante realiza la donación en este momento, es más que discutible si la donación se puede o no revocar, porque, aunque el donante sepa que en breve será padre/madre, el donante no deja de tener únicamente una esperanza futura, ya que ni siquiera la mujer gestante está aún embarazada. En consecuencia, si un donante realizara una donación en ese momento, pese a que, en mi opinión, es el momento en que puede ser más discutido si es posible o no revocar la donación, yo creo que si sería posible porque el donante únicamente tiene una esperanza futura de ser padre/madre.

Por el contrario, si el donante efectuase la donación ya conociendo que la mujer gestante está encinta, como el donante ya no únicamente tiene una esperanza futura, sino que, además, sabe y conoce que la mujer gestante está embarazada, en mi opinión, no se podría revocar la donación realizada, excepto que el menor, no llegase a nacer.

Y, por último, si el donante realiza la donación ya habiendo nacido el menor, aunque no habiendo sido inscrito el menor en el Registro Civil, en tal caso considero que la donación no se puede revocar ya que, el donante en el momento

de realizar la donación ya tiene un hijo, aunque por cuestión de tiempo o trámites burocráticos el menor no figure como hijo suyo.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, como se ha comentado al inicio de este apartado, sobre esta cuestión aún no se han pronunciado los tribunales españoles. En consecuencia, será de sumo interés ver el sentido de sus pronunciamientos y sus argumentaciones cuando se les presente el supuesto de hecho ahora expuesto y analizado.

IV. CONCLUSIONES.

La revocación de las donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos, como ya se avanzaba en la introducción de este artículo, no es tan sencilla o tan simple como parece, pese a que el legislador redactó la misma de una forma bastante clara en comparación con otros preceptos, o con otras causas de revocación de las donaciones.

Como se ha analizado, esta causa de revocación realmente se subdivide en dos, superveniencia y supervivencia de hijos del donante. Dentro de la supervivencia, se ha analizado como, pese a que ni el legislador ni los tribunales se han pronunciado al respecto, en principio a nivel teórico, es posible sostener que no es necesaria la declaración de fallecimiento, sino que simplemente es suficiente con que el donante reputa a su hijo por muerto.

Por su parte, dentro de la revocación por superveniencia de hijos, se ha expuesto como no únicamente se encuentra el supuesto de que el donante tenga un hijo biológico (que como se ha visto, es el supuesto que más se presenta ante los tribunales), sino que existen otros supuestos, como por ejemplo que pueda haber un hijo póstumo del donante o que una sentencia judicial sea quién reconozca un hijo del donante, aunque éstos parecen no llegar a los tribunales ya que no hay sentencias sobre éstos en las diferentes bases de jurisprudencia.

A su vez, se han analizado las cuestiones que son comunes tanto a la supervivencia como la superveniencia, en donde destaca que, si el donante ya tiene hijos en el momento de la donación, éste no podrá alegar esta causa de revocación; o, como la acción para el donante no prescribe, sino que caduca conforme a la jurisprudencia de los tribunales.

Pero, sin lugar a dudas y con vistas a futuro, la cuestión más interesante es en qué sentido fallarán los tribunales españoles, cuando se les presente el caso de un donante, que desee revocar una donación, tras ser padre/madre mediante la gestación por sustitución. Como se ha expuesto, en España no se permite este método, pero cada año un gran número de parejas inscriben en España a sus

hijos nacidos por este método. En consecuencia, antes o después, los tribunales conocerán un supuesto de hecho como el planteado, analizando entonces como resuelven cada uno de los casos y sus argumentaciones, pero por el momento, en mi opinión desde un punto de vista teórico, es posible sostener como revocar o no la donación efectuada por el donante, dependerá del momento en que se realice la donación en relación al momento en que se encuentre el proceso de gestación por sustitución.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO GASCÓ, F. P.: “*Instituciones de Derecho Civil: Contratos en particular 2ª Edición*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

COBAS COBIELLA, Mª. E.:

- “Gestación subrogada. Cuando la realidad social supera a la realidad jurídica”, en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (coord. A. GUTIÉRREZ BARRENENGOA), Dykinson, Madrid, 2019.
- “La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 68-83.

COSTAS RODAL, L.: “Contrato de donación”, en AA.VV.: *Tratado de Contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: “*Elementos de derecho civil. Tomo II: derecho de obligaciones. Volumen II: Contratos y cuasicontratos*”, 5º ed., Dykinson, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones*, (coord. J. ALVENTOSA DEL RÍO y Mª. E. COBAS COBIELLA), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, Mª. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley, Tribuna*, núm. 9281, 2018.

OSSORIO SERRANO, J. M.: “El contrato de donación”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

REYES LÓPEZ, Mª. J.: *Contratos Civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “Artículos 644, 645 y 646”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil 5 Tomos* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



EL PACTO SUCESORIO EN EL DERECHO FORAL DE
NAVARRA: SU UTILIDAD PARA LA CONSERVACIÓN
GENERACIONAL DE LA EMPRESA FAMILIAR

*THE SUCCESSION PACT IN NAVARRESE REGIONAL LAW: ITS
ROLE IN THE GENERATIONAL PRESERVATION OF FAMILY
BUSINESSES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 502-531

Javier VIDÁN
PEÑA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2024

RESUMEN: Si bien la delación contractual no se admite en el derecho común español, sí se encuentra recogida en algunos ordenamientos forales o especiales, siendo el Derecho foral navarro el que la regula con una mayor amplitud. En este trabajo se analiza la configuración legal y las distintas modalidades de pactos sucesorios en Navarra, y se examina la relevancia de esta institución jurídica en el contexto de la transmisión generacional de la empresa familiar, subrayando su utilidad para la conservación generacional de la misma.

PALABRAS CLAVE: Pactos sucesorios; delación contractual; Derecho foral de Navarra; empresa familiar.

ABSTRACT: Although contractual succession is not recognized under Spanish common law, it is acknowledged in certain regional or special legal systems, with Navarrese foral law offering the most comprehensive regulation. This paper explores the legal framework and different types of succession agreements in Navarre, emphasizing the relevance of this legal institution for the generational transfer of family businesses and its effectiveness in ensuring their continuity across generations.

KEY WORDS: Succession agreements; contractual succession; Navarrese foral law; family business.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.- III. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO FORAL DE NAVARRA.- 1. Origen histórico para su admisibilidad.- 2. Características de la delación contractual navarra.- A) *Regulación de la delación contractual en el Fuero Nuevo.*- B) *Capacidad para otorgar pacto sucesorio.*- C) *Carácter personalísimo.*- D) *Forma.*- E) *Efectos: la irrevocabilidad relativa de los pactos sucesorios.*- F) *Modalidades de pactos sucesorios.*- 3. Modalidades de pactos sucesorios.- IV. UTILIDAD DEL PACTO SUCESORIO PARA LA CONSERVACIÓN GENERACIONAL DE LA EMPRESA FAMILIAR.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El pacto o contrato sucesorio se trata de un negocio jurídico *mortis causa* de naturaleza contractual cuya característica más destacada es la irrevocabilidad de sus efectos. A través de este contrato¹, varias voluntades quedan vinculadas con la finalidad de instituir a uno o más herederos -que pueden ser parte del pacto o ajenos al mismo-, realizar atribuciones a título particular (legados) o realizar disposiciones recíprocas, no pudiendo revocarse dichas disposiciones de modo unilateral (al contrario de lo que sucede con el testamento) por ninguno de los contratantes².

Si bien la naturaleza del pacto o contrato sucesorio es la de un negocio *mortis causa*, la prevalencia del componente sucesorio frente al contractual le dota de ciertas características que le distinguen de los contratos y del testamento, otorgándole una cualidad específica. La delación contractual resulta, sin duda, una *rara avis* dentro de los contratos, lo que explica que en aquellos ordenamientos donde es admitido de forma amplia y genérica (como en el Derecho foral de Navarra³), esté dotado de una regulación propia de carácter complejo y peculiar,

1 LUQUIN BERGEACHE, R.: "Pactos sucesorios en Navarra", en AA.VV.: *Tratado de derecho de sucesiones. Tomo II* (coord. por J. SOLÉ RESINA), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p.1443, manifiesta que "A diferencia del testamento, el contrato sucesorio es un negocio jurídico con dos o más partes de carácter vinculante, es decir, un verdadero contrato".

2 El pacto o contrato sucesorio se define por LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo V. Sucesiones*, Dykinson, 2009, p. 291, como una disposición por causa de muerte que produce un vínculo obligatorio actual entre el instituyente y la contraparte que recibe su voluntad (el instituido o tercero), no pudiendo revocarse dicha ordenación por el causante unilateralmente. Para Díez Pícazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol IV. Tomo 2. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 207, el pacto sucesorio es aquel "negocio jurídico bilateral que produce sus consecuencias respecto de la herencia de la persona", no tratándose, como recuerdan estos autores, "de un contrato puramente obligacional ni tampoco con efectos reales, pues no origina desplazamientos patrimoniales". Por último, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, Bercal, Madrid, 2024, p.192, se refiere a ellos como "negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales *mortis causa*, de naturaleza contractual, a través de los que se ordena la sucesión de una persona".

3 Los contratos sucesorios se regulan de manera muy distinta en el Código Civil -que, como veremos, como regla general los prohíbe- y en aquellos ordenamientos jurídicos de los territorios de derecho

• Javier Vidán Peña

Ex-asesor jurídico de empresas familiares. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Pública de Navarra. Correo electrónico: javiervidan@unavarra.es. ORCID: 0009-0004-5792-2863.

tanto en relación a su componente consuetudinario como a la finalidad social que está llamado a cumplir⁴.

II. PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.

En sede de contratos, el art. 1271 CC prohíbe el pacto sobre la herencia futura de una persona al disponer que “sobre la herencia futura no se podrá (...) celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”. La propia literalidad del precepto resulta confusa, pues puede dar a entender que la partición realizada conforme el art. 1056.2 CC⁵ es un tipo

foral o especial que los regulan con mayor o menor amplitud y efectos: Navarra (profundizaremos más adelante sobre su regulación); País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cap. III, arts. 100 a 109); Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia cap. III, arts. 209 a 227); Aragón (Código del Derecho Foral de Aragón, tit. II, arts. 377 a 404); Islas Baleares (Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, que ha optado por separar los pactos sucesorios por islas, distinguiendo los que son de aplicación en Mallorca y Menorca, de los de Eivissa y Formentera); y, por último, Cataluña (Código Civil de Cataluña, arts. 431-I a 431-30. En relación a la sucesión paccionada de la empresa familiar es preciso destacar que el art. 431-6 CCC establece, a título de ejemplo, la posibilidad de establecer como finalidad del pacto sucesorio el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o de la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. Además, el art. 431-25.2 CCC dispone lo siguiente: “Si la finalidad del heredamiento es el mantenimiento o la continuidad de una empresa familiar o de un establecimiento profesional, puede convenirse que su transmisión onerosa, o la de las acciones o participaciones sociales que la representen, así como la renuncia al derecho de suscripción preferente, deba hacerse con el consentimiento expreso de la persona instituida, si es otorgante del pacto sucesorio, o de terceros. También pueden establecerse normas sobre la administración de la empresa o el establecimiento por el heredante o el heredero, que pueden incluirse en los estatutos sociales de la empresa familiar y publicarse en el Registro Mercantil”. En referencia a esta cuestión, PLANAS BALLVÉ, M.: “Los pactos sucesorios en el derecho civil catalán”, *Diario LA LEY*, núm. 10.521, 2024).

- 4 MEZQUITA DEL CACHO, J.L.: “De los pactos o contratos sucesorios”, en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (coord. por M.L. ARCOS VIEIRA), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 523.
- 5 Aun siendo revocable, la partición hecha mediante el art. 1056.2 CC es el instrumento legal más importante para la conservación generacional de la empresa familiar del que dispone el derecho civil español: permite flexibilizar el sistema de legítimas que rige en el Código Civil (posibilita el pago en metálico, incluso extrahereditario, de la legítima), principal obstáculo a la transmisión indivisa de la empresa familiar. Para un análisis más exhaustivo sobre este tema, se sugieren los siguientes obras: ÁLVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar: economía familiar y sucesión hereditaria*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2011; DÍEZ SOTO, C. M.: “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar”, *Revista de Empresa Familiar*, vol. 1, núm. 1, 2011, pp. 23-33; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “El relevo generacional en la empresa familiar. La sucesión ‘mortis causa’ y el sistema legitimario español”, en *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, vol. 20, 2015; RUEDA ESTEBAN, L.: “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (coord. M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVIL), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205-238; SERRANO CHAMORRO, M. E.: “Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 2015, pp. 95-148; PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil”, en AA.VV.: *Protección del patrimonio familiar* (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO y R.M. GARCÍA PÉREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 309-345; GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código Civil. Algunas aplicaciones”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, 2004, pp. 2021-2030; PARRA LUCÁN, M.Á.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554; BATALLA DE ANTONIO, A.: “La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2 del CC”, en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 133-152; LLOPIS GINER, J.M.: “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en AA.VV.: *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp.51-72.

de pacto sucesorio de carácter particional y que supone una excepción a la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios dispositivos. Sin embargo, el Tribunal Supremo⁶ ha aclarado que la partición realizada por el testador, ya se instrumente vía *inter vivos* o *mortis causa*, no constituye un contrato sucesorio, sino un acto unilateral del testador con carácter revocable.

Esta prohibición de la delación contractual en el derecho común se refleja también en otros preceptos como los arts. 658, 794 y 816 CC⁷. Ya en sede testamentaria, el art. 737 CC establece la revocabilidad esencial de todas las disposiciones testamentarias, incluso en los supuestos en que sea el propio testador quien expresamente manifieste en el testamento su voluntad de no revocarlas. Cualquier disposición que pretenda la irrevocabilidad del testamento devendrá nula de pleno derecho y será, por tanto, ineficaz por resultar contraria a una norma imperativa.

El argumento central que ha servido para justificar la prohibición de la delación contractual en el Código Civil español radica en que la naturaleza irrevocable del pacto sucesorio, derivada de su carácter bilateral, atenta contra la libertad dispositiva, que en el derecho común pretende protegerse hasta el óbito del causante mediante la revocabilidad esencial del instrumento testamentario⁸. Además de este argumento jurídico, se han empleado otros de carácter ético-moral, alegados por los juristas medievales en relación al *pactum de hereditate tertii* en los que dos o más presuntos herederos, o un presunto heredero y un extraño, disponen de los derechos que esperan obtener en la futura sucesión *mortis causa*

6 En este sentido, la STS 143/1999 de 23 de febrero de 1999 manifiesta lo siguiente: “El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual, ni le imbuje de una fuerza vinculante frente al *de cuius*. Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Solo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. (...) La consecuencia es clara: en cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de la herencia de libre disposición) y consecuentemente invalidar la partición (...)”. Corroboran esta postura las SSTs de 9 de junio de 1903, 9 de julio de 1940 y 6 de marzo de 1945.

7 El art. 658 CC se refiere únicamente al testamento como instrumento mediante el que puede deferirse la voluntad testamentaria. En segundo lugar, el art. 794 CC establece que será nula cualquier disposición testamentaria que imponga como condición al heredero o legatario el realizar en su propio testamento alguna disposición a favor del testador o de un tercero. Por último, el art. 816 CC manifiesta que cualquier acuerdo o renuncia anticipada sobre la legítima futura entre el testador y sus herederos forzosos carece de validez.

8 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV De los pactos o contratos sucesorios, Capítulo I Disposiciones Generales, Ley 172 Concepto, Ley 173 Capacidad, Ley 174 Forma, Ley 175 Pactos contenidos en capitulaciones y Ley 176 Interpretación e integración”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBADALEJO Y S. DÍAZ ALABART), vol. 37, Tomo I, EDESA, Madrid, 1998, p. 125, expone que en el Derecho romano eran absolutamente nulos tanto los pactos de institución de heredero como las obligaciones de instituir. Sin embargo, este principio jamás estuvo sancionado en las fuentes mediante una prohibición genérica, sino que eran los propios Jurisconsultos y los Emperadores los que, en los casos singulares en los que se daban esos supuestos, se limitaron a mostrarse motivadamente en contra, según las circunstancias lo exigiesen.

de un tercero que aún no ha fallecido y que no interviene en el pacto⁹: se invoca en este sentido el *votum mortis*¹⁰ como argumento ético que sustenta, también, la conveniencia de su prohibición. GARCÍA GOYENA¹¹, que recurre a los principios de moralidad que ya se encontraban en el Derecho romano, parece temer el riesgo de que el instituido heredero por contrato en vida del causante, o el que pacta sobre la herencia de una persona viva, se vea tentado a desear y provocar la muerte del instituyente con el fin de heredar lo suyo lo antes posible.

Sin embargo, aun cuando el Código Civil prohíbe la sucesión contractual, la jurisprudencia muestra una tendencia interpretativa favorable a cualquier posibilidad de flexibilización que permita la eficacia de los pactos sucesorios dentro del derecho común español. La doctrina del Tribunal Supremo¹², de forma constante, reiterada y sostenida en el tiempo incide en interpretar de manera restrictiva el citado art. 1271.2 CC considerando que dicho precepto se refiere exclusivamente a los pactos gratuitos que recaen sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota de la misma. Se puede afirmar, por lo tanto, que son admisibles los pactos sobre la herencia futura que recaigan sobre bienes conocidos, determinados y existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el caudal hereditario¹³.

La revocabilidad esencial del negocio jurídico testamentario hasta el momento del deceso del otorgante, puede suponer “un arma de doble filo” en lo que se refiere

9 En consecuencia, como bien advierte LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La partición realizada por el propio testador en el acto *inter vivos*”, *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. X, núm. 4, p. 160, tales pactos no limitan la libertad de disposición del futuro causante porque no ha intervenido en ellos.

10 *Votum captandae mortis alterius, o votum corvinum* (“pacto de los cuervos”), considerado intrínsecamente inmoral.

11 En el comentario al art. 994 del Proyecto del Código Civil de 1851, que es el precedente del vigente art. 1271 CC, indicaba lo siguiente: “aunque la sola esperanza puede ser materia u objeto de los contratos, se hace esta excepción por respeto a los principios de moralidad y a los sentimientos de naturaleza (...). Esta especie de pactos presenta el espectáculo aflitivo de un pariente desnaturalizado, hasta consultar con sombría y ansiosa curiosidad el libro oscuro de los destinos, para formar combinaciones vergonzosas sobre los tristes cálculos de una presencia criminal, y para entreabrir, por decirlo así, la tumba bajo los pies de un pariente, quizás de un bienhechor”.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852, pp. 529 y 531.

12 A este respecto, las SSTs 4 de mayo de 1910; 8 de octubre de 1915; 2 de octubre de 1926; 16 de mayo de 1940; 25 de abril de 1951; 3 de marzo de 1964; y 718/1997 de 22 de julio de 1997. Y en la misma línea, las resoluciones de la DGRN de 21 de enero de 1991 y de 6 de marzo de 1997.

Concretamente, en la Sentencia 718/1997 de 22 de julio de 1997, respecto a la nulidad por incumplimiento del art. 1271 CC de un documento privado firmado por dos hermanos respecto a la titularidad de un negocio de administración de loterías, el Alto Tribunal dispone que:

“Este precepto se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante”.

En referencia a esta cuestión, recomendamos la lectura de la SAP de La Coruña (Sección 3ª) 143/2011 de 18 de marzo de 2011 que lleva a cabo un extenso repaso de la doctrina jurisprudencial en la materia.

13 En relación a esta cuestión, BAREA MARTÍNEZ, M.T.: *El control notarial de los límites del protocolo familiar*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2018, pp. 62-63; OLMEDO CASTAÑEDA, F. J.: “Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*”, *ADC*, 2019, vol. LXXII, pp. 472-474.

a la planificación sucesoria, especialmente en aquellos patrimonios que integran empresas de carácter familiar. Por un lado, esta característica otorga al empresario un control mayor sobre la sucesión, ya que le permite revisar y modificar en cualquier momento sus decisiones sobre el destino de su patrimonio empresarial adaptándolas a las circunstancias de cada momento (nivel de implicación de los posibles sucesores en el proyecto empresarial, aptitud e idoneidad demostrada por los mismos para el desempeño de tal responsabilidad, estado civil y de salud, etc.). Sin embargo, desde la perspectiva de los llamados a suceder, se genera una situación de incertidumbre sobre quien o quienes serán finalmente los herederos de la empresa que perdurará hasta el momento del fallecimiento del testador, y consiguiente apertura de la sucesión *mortis causa*.

En el Código Civil español existen otros instrumentos extratestamentarios de transmisión sucesoria que excluyen el carácter de revocabilidad esencial del testamento: se trata de las promesas de mejorar o no mejorar (art. 826 CC) y las mejoras *inter vivos* (art. 827 CC)¹⁴ hechas en capitulaciones matrimoniales, a las que el Tribunal Supremo califica expresamente como “contratos sucesorios”¹⁵.

14 A través de la promesa de mejorar del art. 826 CC el promitente asume una obligación de realizar en el futuro, ya sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*, la mejora de un descendiente. Para tener validez, esta promesa deberá efectuarse en capítulos matrimoniales que, a su vez, para ser válidos deberán constar en escritura pública ex art. 1327 CC. Formalizada la promesa, no podrá ser revocada en posterior disposición testamentaria (art. 826.2 CC), siendo este efecto de irrevocabilidad el que asemeja esta figura al pacto sucesorio, pues solo cabe la modificación de las capitulaciones con la concurrencia de ambos cónyuges y, en su caso, “con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas” (art. 1331 CC). Para profundizar sobre esta cuestión, recomendamos el siguiente trabajo: GARCÍA MAYO, M.: “La promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 37, 2023, pp. 28-45.

Por otro lado, la mejora *inter vivos* a la que se refiere el art. 827 CC contempla la donación de bienes por parte del disponente en el momento actual en concepto de mejora. Es decir, el causante puede realizar donaciones en vida en favor de sus descendientes atribuyéndoles el carácter de mejora, por lo que deberán imputarse al tercio de mejora (arts. 819.1 y 825 CC) y producirán una reducción en la legítima estricta del resto. Si bien con carácter general esta atribución de la mejora tiene carácter revocable, el mismo precepto recoge la posibilidad de dotarla de irrevocabilidad formalizándola en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. Una vez que las donaciones hayan sido formalizadas con carácter de mejora en capitulaciones matrimoniales, ya no se les podrá privar de dicho carácter salvo que se modifiquen conforme a lo dispuesto en el art. 1331 CC. Es decir, con la intervención de todos aquellos que participaron en su otorgamiento.

Es preciso destacar que estos instrumentos encuentran una importante limitación en el sistema de legítimas que impera en el Código Civil, por lo que, en lo que se refiere a la ordenación sucesoria de la empresa familiar, su aplicación será interesante únicamente en los supuestos en los que se cumplan las siguientes circunstancias: que el disponente tenga clara la persona que, como sucesor, ha de asumir el control y la gestión de la compañía; que la empresa no sea el único elemento de la masa patrimonial, ni el más importante; y que se desee dotar de seguridad al mejorado a través de la irrevocabilidad.

Si bien su utilización puede servir en estos supuestos para dotar de firmeza y seguridad a la designación efectuada, con la consiguiente motivación que ello puede suponer para el o los sucesores elegidos, se ha de advertir de que, en la práctica, lo habitual es que el valor de la sociedad mercantil exceda al tercio de mejora, por lo que la verdadera utilidad práctica de este precepto a la hora de transmitir íntegra la sociedad se ve reducida a algunos supuestos excepcionales.

15 El Tribunal Supremo señala expresamente en este sentido en las Sentencias 473/2018 de 20 de julio de 2018 y 134/2019 de 6 de marzo de 2019 lo siguiente: “(...) así como de las escasas excepciones en las que el Código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros) (...)”.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria¹⁶, a la que nos adherimos, defiende la necesidad de reformar el Código Civil para admitir la delación contractual (al menos en lo relativo a los pactos de institución) como una forma válida de deferir la sucesión, complementando la vía testamentaria y precediendo, en su caso, a la sucesión legal, intestada o *abintestato*.

III. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO FORAL DE NAVARRA.

I. Origen histórico para su admisibilidad.

En Navarra, a pesar del extenso periodo de romanización que tuvo lugar en la Edad Media, el derecho germánico se ha conservado libre del influjo de los derechos romano y canónico¹⁷. A diferencia de los sistemas jurídicos influenciados por el derecho romano, los derechos germánicos admiten los pactos o contratos sucesorios como forma de ordenar la sucesión, por lo que su conservación en la comunidad foral ha favorecido la permanencia consuetudinaria de un sistema sucesorio de delación contractual entre los descendientes erigido como una vía jurídica para salvaguardar la continuidad y preservación generacional de los elementos patrimoniales y morales de la familia, pilar básico de la organización social.

Las fuentes históricas de la regulación navarra de los pactos sucesorios que remiten a la legislación de las antiguas Cortes del Reyno de Navarra atestiguan que este derecho consuetudinario pronto pasó a ser ley escrita¹⁸. La admisibilidad de la delación contractual en el ordenamiento jurídico navarro ha perdurado hasta nuestros días: si bien a finales de la última década, la Ley Foral 21/2019 modificó

16 La Propuesta de Código Civil (2018) de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (AA.VV., *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 188) hace referencia a ellos en el Cap. III del T.VI, y advierte en su Exposición de Motivos de que la exclusión de los pactos o contratos sucesorios del Código “hace tiempo que dejó de tener sentido”.

17 Para profundizar sobre la historia del Derecho foral navarro, se recomienda la lectura de SALINAS QUIJADA, F.: *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, 1978, p. 118; *Derecho Civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, 1983, pp. 141-197.

18 En cuanto a las fuentes históricas de esta regulación navarra, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., pp. 199-200, referencia la legislación de las antiguas Cortes del Reyno de Navarra, que muestra la exigencia de escritura autorizada por escribano público para la validez de los contratos sucesorios de institución (Ley II de las Cortes de Pamplona de 1576 y Ley 54 de las Cortes de Pamplona de 1580). Esta exigencia formal pervive a través de la práctica notarial y se mantiene intacta en la regulación foral posterior a la codificación: el Proyecto de Fuero Recopilado de 1959 exige, con carácter general para todos los pactos sucesorios, la escritura pública como forma esencial. Así sucede también con la Recopilación Privada de 1971 que, por un lado, en su ley 174, establece claramente que “son nulos los pactos sucesorios no otorgados en escritura pública”, y, por el otro, en la ley 155 dispone bajo el ladillo “Renuncia de herencia futura” que “Es válida la renuncia o transacción sobre herencia futura, siempre que se otorgue en escritura pública”. La Compilación de Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, recibe ambos preceptos y mantiene su contenido, salvo un cambio de redacción en la ley 174 para admitir como instrumentos vehiculares de estos pactos las “capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública”. A su vez, la reforma de la Compilación efectuada por Ley Foral 1/1987, de 1 de abril, dividió la ley 155 en dos preceptos (leyes 155 y 156) que, sin alteración, reproducen por separado los dos enunciados comprendidos en el texto anterior. Por último, indicar que la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo conserva el contenido de ambos preceptos, si bien cambia su numeración a las leyes 156 y 157.

y actualizó la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de 1973, en lo que se refiere a los pactos sucesorios, la nueva regulación no afectó, en lo sustancial, a esta institución.

El Fuero Nuevo de Navarra regula de modo genérico y muy amplio los contratos o pactos sucesorios, destacándose el Derecho navarro como aquel que admite con una mayor amplitud dicha institución dentro de los derechos civiles autonómicos españoles¹⁹. No obstante, teniendo en cuenta que, como recuerda la propia Exposición de Motivos de la Ley Foral 21/2019, la sociedad navarra ha experimentado hondas transformaciones en el ámbito familiar durante los últimos años²⁰, las funcionalidades de esta institución se han adaptado y sirven a nuevos propósitos: por ejemplo, el de dotar de seguridad a la transmisión generacional de la empresa familiar, especialmente en aquellos supuestos en los que las circunstancias pueden generar ciertos recelos entre los que tienen expectativas razonables de ser designados como sucesores de las mismas²¹.

En la propia esencia de las instituciones familiares y sucesorias navarras se encuentra una fuerte aspiración a lograr la perpetuación de la familia gracias al mantenimiento de sus valores y tradiciones, y a través de la conservación o indivisión de su patrimonio²². Esta aspiración encuentra su máxima expresión en el principio fundamental de la unidad y continuidad de la Casa dispuesto en la ley 127 FN²³. Conforme a este principio, “en la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias relacionadas con la Casa y en la de las costumbres y leyes que le resulten de aplicación, se observará el principio fundamental de la unidad de su patrimonio y el de todas las empresas mediante las que se desarrollen las

19 DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La legítima y el pacto de *Non Succedendo* en el Derecho Foral de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 223-232.

20 El tradicional modelo de familia extensa se ha visto influido por los cambios derivados de la adaptación a una realidad social contemporánea, cada vez más homogénea en el ámbito territorial. Esta realidad se caracteriza por la predominancia de la familia nuclear, el debilitamiento de los lazos familiares tradicionales y la aparición de nuevos modelos familiares, como las familias monoparentales, las reconstituidas y aquellas formadas por parejas del mismo sexo, entre otras. La propia Ley Foral 21/2019 en su Exposición de Motivos reconoce la heterogeneidad de la familia navarra y declara que su espíritu actualizador tiene como propósito adecuar el derecho civil foral a la realidad social navarra, intentando mantener dentro del sistema normativo foral el equilibrio con la tradición.

21 En la actualidad, son habituales las unidades familiares en las que conviven, en el tiempo y el espacio, hermanos de diferente padre o madre, o personas sin descendencia con los hijos de sus parejas de hecho. En ocasiones, estos individuos que no tienen vínculos de consanguinidad pueden establecer lazos afectivos más intensos que otros a los que les une una relación de parentesco, lo que, en la práctica, puede generar recelos y disputas entre los potenciales sucesores.

22 En este sentido, LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 50, 2010, p. 67, nota 19.

23 En su redacción original el principio de unidad y continuidad de la Casa se encontraba en la ley 75 inserta en el Título VII con la rúbrica “De los principios fundamentales del régimen de bienes en la familia” del Libro primero. Mientras que en dicha redacción se hacía referencia a “la unidad de la Casa y de sus explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales”, en la redacción actual se ha sustituido tal referencia por la del elemento patrimonial y empresarial (“se observará el principio fundamental de la unidad de su patrimonio y el de todas las empresas mediante las que se desarrollen las actividades económicas del mismo”).

actividades económicas del mismo, así como el de su continuidad y conservación en la comunidad o grupo familiar”.

Para dar cumplimiento a este principio, ha jugado históricamente un papel fundamental la sucesión paccionada, que, junto a una amplia libertad dispositiva²⁴, proporciona la herramienta idónea para asegurar la continuidad de la explotación familiar agropecuaria o de la empresa familiar mediante la designación de un único sucesor, elegido de entre los hijos en función de sus cualidades y aptitudes, o al que se forma especialmente a lo largo del tiempo para asumir dichas responsabilidades.

2. Características de la delación contractual navarra.

A) Regulación de la delación contractual en el Fuero Nuevo.

El actual Fuero Nuevo, al igual que su predecesor, regula con amplitud y de forma genérica la delación contractual en las leyes 172 y siguientes, sin circunscribirla al ámbito familiar (no se inserta dentro del Libro I con la rúbrica “De las personas, de la familia y de la casa navarra”, ubicación sistemática de la regulación de las relaciones familiares junto con el Derecho de la Persona, sino en el Libro II con título “De las donaciones y sucesiones”, de contenido patrimonial).

El Libro II de la Compilación navarra de 1973 (“De las donaciones y sucesiones”) se abre con el Título I sobre “Principios Fundamentales”. Dentro de la ley 148 que anuncia el principio de “Libertad de disposición”, su apartado 2º integra al pacto sucesorio dentro de los modos de ordenar la sucesión, junto a la donación *inter vivos* o *mortis causa*²⁵, al testamento y al resto de actos de disposición reconocidos en el Fuero Nuevo. Más adelante, en el Título XIV sobre “Sucesión Legal”, la Compilación se reafirma en la ley 300 al disponer que “La sucesión legal tiene lugar siempre que no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella por testamento, por pacto sucesorio o por cualquier otro modelo de deferirse la sucesión conforme a esta Compilación”. Asimismo, con carácter general la ley 320 se refiere a la “adquisición de la herencia deferida por pacto sucesorio”.

En lo que se refiere a la regulación de la delación contractual en el Fuero Nuevo, se trata de un sistema orgánico, coherente y completo, que excluye, por ello, en lo posible, la aplicación supletoria o con fines hermenéuticos del Código Civil y de las leyes del derecho común (que prohíben, como se ha visto,

24 El Derecho civil navarro se basa en el principio de libertad civil (ley 7 FN), que se encuentra plasmado en el párrafo primero de la ley 148 FN, que establece que los navarros pueden disponer libremente de sus bienes sin más restricciones que las establecidas en el Título X. La legítima navarra es una institución meramente formal, pues no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero.

25 Mientras que en el derecho civil español las donaciones *mortis causa*, al igual que los testamentos, son revocables hasta el fallecimiento del donante (art. 620 CC) -lo que ha determinado su irrelevante utilidad práctica-, en el Derecho foral navarro se puede pactar su irrevocabilidad.

la sucesión contractual). Asimismo, tampoco cabrá recurrir en concepto de Derecho comparado o análogo a lo previsto en las Compilaciones o leyes de otras regiones españolas que admiten y regulan la delación contractual, pues todas ellas aplican criterios más restrictivos que los que inspiran el Derecho navarro. En consecuencia, los vacíos legales que pudiera contener el Fuero Nuevo respecto a la regulación de los pactos sucesorios deberán ser completados por los propios medios recogidos en la Compilación navarra: la tradición jurídica navarra (ley 1 FN), los principios generales de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro (ley 4 FN) y la racional extensión analógica de sus disposiciones (ley 5 FN)²⁶.

La sucesión contractual en Navarra adquiere una especial relevancia en el marco de un sistema sucesorio que se caracteriza por tener una amplia libertad dispositiva, consecuencia de la ausencia de legítima con contenido material exigible, lo que otorga a la voluntad del ordenante un alcance extraordinariamente amplio a la hora de designar sucesor.

B) Capacidad para otorgar pacto sucesorio.

En relación a la capacidad de los otorgantes de pactos o contratos sucesorios, la ley 173 FN establece como regla general y con motivo de la especial gravedad derivada de su naturaleza irrevocable, la exigencia de que los otorgantes de cualquier tipo de pacto sucesorio sean mayores de edad. No obstante, excepciona de esta norma general a aquellos pactos contenidos en capitulaciones matrimoniales, para los que establece que habrá de observarse lo dispuesto en la ley 83 FN. Dicha ley en su párrafo segundo establece que “Podrán otorgar capitulaciones matrimoniales los cónyuges y las personas que, teniendo capacidad para ello, vayan a contraerlo” y, a continuación, se remite al régimen excepcional previsto para aquellos cónyuges o prometidos capaces de contraer matrimonio, pero menores de edad (ley 48)²⁷.

C) Carácter personalísimo.

La mencionada ley 173 FN en su párrafo segundo establece que el otorgamiento del pacto sucesorio es un acto personalísimo. No obstante, admite que se delegue

26 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., pp. 97-98.

27 Otro de los aspectos destacados en lo concerniente a la capacidad de los otorgantes de pactos sucesorios es la cuestión referente a la determinación del estatuto regulador de la misma cuando se da un conflicto de leyes provocado por la distinta nacionalidad o vecindad civil de los otorgantes. En relación a esta cuestión, nos remitimos a lo dispuesto por la doctrina: GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 181; MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV. De los pactos o contratos sucesorios (leyes 172 a 183)”, en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO Y M. L. ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 737-738.

en otra persona su formalización “siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad”.

Es preciso preguntarse, por tanto, cuáles son esos elementos esenciales sobre la voluntad del otorgante que exige la norma que consten en el poder delegatorio. Conforme a MEZQUITA DEL CACHO²⁸, para que se entienda cumplida esa exigencia tienen que estar definidos los siguientes aspectos: la clase de pacto de que se trate, la ocasión concreta, quién será o serán las otras personas contratantes, los bienes o derechos que constituyan su objeto y la circunstancia de que estos sean o no transmitidos *in actu*. Estas precisiones son necesarias al objeto de determinar el alcance concreto del pacto a otorgar por delegación.

Aunque se han suscitado dudas sobre el alcance de la exigencia de esta ley, tanto GARCÍA GRANERO²⁹ como MEZQUITA DEL CACHO³⁰, cada uno de ellos con argumentos distintos, coinciden en considerar que se refiere a toda clase de pactos sucesorios sin excepción y a todo sujeto otorgante de los mismos.

Por último, aunque el Fuero Nuevo no diga nada al respecto, parece razonable entender que el instrumento delegatorio debe otorgarse en escritura pública como requisito formal *ad solemnitatem* por tratarse de un acto que predispone todos los elementos esenciales que el delegado ha de otorgar en el contrato sucesorio resultante³¹. El pacto sucesorio, como veremos a continuación, precisa de esa forma como condición legal de validez. Esta exigencia formal responde a la incontestable trascendencia de sus efectos, trascendencia que podemos atribuir también al instrumento delegatorio, aunque esos efectos sean como consecuencia mediata y precisen de la ulterior intervención del apoderado.

D) Forma.

Como ya hemos adelantado en el epígrafe anterior, los pactos sucesorios son actos formales o solemnes. Así se dispone en la ley 174 FN que declara expresamente que “Son nulos los pactos sucesorios no otorgados en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública”. Es decir, para ser válidos, los contratos sucesorios han de formalizarse necesariamente en escritura pública, ya se contengan en capítulos matrimoniales, o se limiten a ordenar la sucesión *mortis causa* por vía contractual.

Esta exigencia formal (forma *dat esse rei* o *ad solemnitatem*), cuya ausencia o defecto determina la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico, responde a la especial trascendencia y contundencia de los efectos que conllevan estos contratos

28 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 740.

29 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., pp. 191-192.

30 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 740.

31 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 194; MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 740.

sucesorios. Esta solemnidad, se explica, en palabras de LUQUIN BERGARECHE³², “por reunir los máximos controles subjetivos, objetivos y técnico-jurídicos de la voluntariedad y conciencia plena del acto de su otorgamiento y por implicar el máximo nivel de garantía de la seguridad jurídica para unos pactos que vinculan la voluntad con carácter irrevocable”³³.

El Fuero Nuevo admite con gran amplitud los negocios jurídicos en que los pactos sucesorios pueden ser instrumentados, siendo admisible su otorgamiento en capitulaciones matrimoniales, «donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar»³⁴, entregas de dotes y dotaciones, renunciaciones de derechos hereditarios o en cualesquiera otros actos referentes a la sucesión *mortis causa* de una persona viva³⁵.

Si lo formalizado es un pacto sucesorio inserto en un documento privado y se pretendiera dotarle de validez mediante protocolización, reconocimiento o elevación a documento público, MEZQUITA DEL CACHO³⁶ considera que, la mera protocolización, aun siendo consentida por una pluralidad de partes, no revestiría de la forma requerida por la ley 174 FN, pues su continente es *per se* un documento notarial calificado de acta y no de escritura pública, siendo las solemnidades de una y otra totalmente distintas. A su parecer, ni la escritura de reconocimiento de documento privado (art. 1224 CC), ni la elevación a público del documento privado que admite el Reglamento Notarial son aptas para reparar el vicio formal

32 LUQUIN BERGARECHE, R.: “Pactos sucesorios”, cit., p. 1453.

33 Este requisito de forma se encuentra ampliamente reconocido en los ordenamientos que permiten la delación contractual, tanto en sistemas jurídicos extranjeros (como el alemán o el suizo), como, en los de los territorios forales, que lo recogen de manera unánime, pero con diversa amplitud entre unos y otros (así lo recoge GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 195-197). En relación a esta cuestión, véanse los siguientes preceptos legales: Art. 100 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; Art. 431-7.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; Art. 211 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Art. 377 del Código del Derecho Foral de Aragón; y Art. 5 (islas de Mallorca y Menorca) y 52 (islas de Eivissa y Formentera) de la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears.

34 La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo cambia la anterior denominación de «donaciones *propter nuptias*» empleada por la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo por la de «donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar» que pasan a estar reguladas en las leyes 120 y ss. El preámbulo de la Ley defiende este cambio de la manera siguiente: “Las hasta ahora denominadas «donaciones *propter nuptias*» pasan a integrar el título X con el nombre «donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar» como consecuencia de la adaptación de su contenido, no ya solo a las distintas realidades familiares, sino también a la igualmente distinta economía familiar que ha superado su carácter agrícola y ganadero para extenderse al ámbito empresarial.

De esta manera y ante la confusión de varias figuras en la actual regulación, y la ausencia de una clara diferenciación entre unas y otras, se ha comenzado por distinguir entre donaciones por constitución de una nueva familia y donaciones que pretenden la finalidad de continuar con el patrimonio o actividad empresarial familiar. Así mismo, se diferencian las donaciones que realizan los cónyuges o miembros de la pareja entre sí y, dentro de las mismas, las otorgadas por razón del inicio de la convivencia de las que se hacen para mantener un equilibrio patrimonial durante su vigencia e, incluso, tras su cese, asumiendo con ello las interpretaciones y diferenciaciones realizadas en jurisprudencia y doctrina”.

35 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 200.

36 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 742.

originario: en los supuestos en que el consentimiento mismo no se admite sin una forma sustancial, y por lo tanto se tiene por inexistente, se ha de aplicar el principio jurídico de que lo que no existió no se puede reconocer ni reconvertir. Además, con efectos *ex nunc* y sin posible retroactividad.

En el ámbito de la planificación sucesoria de la empresa familiar, algunos autores³⁷ proponen la instrumentalización de los pactos sucesorios en los que el empresario familiar designa su sucesor en la propiedad de la compañía a través de los protocolos familiares, de manera que lo dispuesto en el mismo en relación a esta cuestión devenga irrevocable. Se pretendería, por tanto, la formalización de un pacto sucesorio inserto en un protocolo familiar. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares contempla la posibilidad de formalizar el protocolo familiar en documento público notarial. No obstante, la mera protocolización del negocio jurídico reviste la forma de un documento notarial calificado de acta, y no la forma de escritura pública que se exige para que los pactos sucesorios tengan validez³⁸. En este sentido, empleando los mismos argumentos expuestos por MEZQUITA DEL CACHO, entendemos que el vicio formal que adolece en estos casos el protocolo familiar resulta irreparable. La simple protocolización del protocolo no brinda a los contrayentes las mismas garantías que la escritura pública³⁹, garantías que entendemos necesarias a tenor de la trascendencia para las partes del acto jurídico en cuestión, por lo que la exigencia formal queda plenamente justificada.

E) Efectos: la irrevocabilidad relativa de los pactos sucesorios.

La característica fundamental que distingue la sucesión otorgada en testamento⁴⁰ -que, por su propia naturaleza, puede ser revocado en cualquier

37 En este sentido, FERRER VANRELL, M.P.: “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”, en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. por Ó. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2014, p. 1507; JORDÁ CAPITÁN, E.R.: “Sobre el instrumento de los pactos sucesorios en la sucesión de la empresa familiar”, *La Ley mercantil*, núm. 46, 2018, p. 4.

38 A pesar del principio interpretativo para el mantenimiento de la unidad y continuidad de la Casa (o empresa familiar) que dispone la ley 127 FN, la doctrina jurisprudencial es clara a la hora de afirmarse en la aplicación prioritaria de la ley 7 FN, que somete la autonomía de la voluntad a ciertos límites. La proclamación por la ley 174 FN de la solemnidad de los contratos sucesorios que, como hemos visto, deben constar necesariamente en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública para su validez, supone un límite formal a esa amplia libertad dispositiva.

39 El otorgamiento del protocolo ante Notario o la elevación a público de su contenido proporcionará los efectos de fe pública acerca de la identidad de sus firmantes y de su contenido en el momento concreto de la firma. Lo cual no significa, como se deduce del art. 145 del RN, que dicho contenido sustantivo sea necesariamente ajustado a derecho.

40 En el Derecho foral de Navarra es preciso diferenciar, en este sentido, el testamento mancomunado o de hermandad, que cuenta con una regulación propia (Libro II, Tit. V, Cap. V). Esta modalidad de testamento, muy extendido en la práctica, puede revocarse en vida de los otorgantes por todos ellos conjuntamente o por cualquiera de ellos separadamente con conocimiento fehaciente del resto (ley 201 FN). No obstante, devendrá irrevocable en el supuesto de que alguno de los cotestadores fallezca o devenga incapaz para testar, con las salvedades dispuestas en la propia ley (ley 202 FN). La Audiencia Provincial de Navarra en su reciente sentencia de fecha 30 de septiembre de 2024 expone que “Aun con las reservas y excepciones

momento antes del óbito del causante- de la sucesión otorgada mediante pacto o contrato sucesorio radica en el efecto de irrevocabilidad de este segundo⁴¹. Dicho efecto surge de la misma naturaleza contractual del acto, en virtud de la cual la voluntad del disponente queda ligada con la del resto de personas partícipes del acuerdo hasta el punto de hacer imposible la revocación unilateral de ese vínculo creado⁴². De esta manera, la ley 178 FN bajo la rúbrica “irrevocabilidad” dispone que “Los nombramientos de heredero pactados entre dos o más personas en beneficio mutuo o en beneficio de un tercero son irrevocables. A los nombramientos contractuales de heredero otorgados unilateralmente se aplicará lo dispuesto para la aceptación en la ley 122”⁴³.

No obstante, si bien la irrevocabilidad es la regla general, el Fuero Nuevo incorpora una serie de salvedades legales e ilimitadas excepciones convencionales que pueden ser establecidas en el propio contrato sucesorio. En consecuencia, tal y como apunta la doctrina⁴⁴, el efecto de irrevocabilidad del pacto sucesorio no tiene un carácter absoluto sino relativo. En este sentido, la ley 182 del FN bajo el título “Revocación y modificación” dispone que “Los pactos sucesorios no podrán ser revocados ni modificados sin el consentimiento de todos sus otorgantes declarado en acto ‘inter vivos’ o ‘mortis causa’⁴⁵” -y, añade lo siguiente-

ya apuntadas, la irrevocabilidad o limitada revocabilidad unilateral del testamento de hermandad, reforzada tras el fallecimiento de alguno de los testadores, se explica por la interdependencia o mutua condicionalidad que el legislador presume entre las disposiciones sucesorias realizadas en el testamento de hermandad, merced a la voluntad conjunta, acorde y mancomunadamente expresada por sus otorgantes en un único instrumento”.

- 41 AIZPÚN TUERO, R.: “El pacto sucesorio en el derecho civil navarro”, *Príncipe de Viana*, núm. 6, 21, 1945, p. 598, se muestra contrario a esta afirmación y defiende que la principal característica del pacto sucesorio es su bilateralidad (de la cual se deriva la irrevocabilidad), pues existe la posibilidad de revocación, ya sea porque así se haya acordado en el propio pacto o por el mutuo disenso posterior de los propios pactantes.
- 42 LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter nuptias*”, cit., p.93, nota 90.
- 43 En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia 4/2006 de 4 de abril manifiesta lo siguiente: “Así las cosas, quizá no sea ocioso recordar cómo la doctrina viene indicando que en supuestos como el que nos ocupa, nombramientos de heredero pactados entre dos o más personas en beneficio mutuo o en beneficio de un tercero, el contrato es irrevocable sin necesidad de que el nombrado comparezca para aceptar, lo que supone dar plena eficacia jurídica a la institución de heredero desde el mismo nombramiento, ya que, dice la doctrina, las voluntades de los instituyentes quedan vinculadas recíprocamente entre sí: aunque no comparezca el instituido, se da la relación bilateral y la vinculación en los instituyentes”.
- 44 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 750 recuerda que los principios de paramiento (Ley 7) y de libertad de disposición a título lucrativo (ley 148) dotan a la irrevocabilidad de la ordenación contractual de la sucesión de un carácter relativo. Por su parte, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 114, advierte de que “la irrevocabilidad -que es efecto natural del contrato sucesorio- no puede ser afirmada de un modo absoluto, como algo esencial o inmodificable”, y reproduce las consideraciones de VISMARA: los contratos sucesorios no pueden ser entendidos en ningún caso como un acto absolutamente irrevocable, ya que pueden ser revocados en la forma que determinan las leyes o conforme a la voluntad de las partes, por lo que cuando se habla de irrevocabilidad ha de entenderse en términos relativos. NAGORE YÁRNOZ, J.: “Título IV. De los pactos o contratos sucesorios, Capítulo II. Disposiciones especiales sobre pactos de institución, Ley 178 Irrevocabilidad, Ley 179 Efectos, Ley 180 Derecho de transmisión, Ley 181 Cláusulas de sustitución, Ley 182 Revocación y modificación y Ley 183 Promesa de nombrar heredero”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART), vol. 37, Tomo I, EDESA, Madrid, 1998, p. 260, se hace eco de lo expuesto por los dos anteriores.
- 45 El TSJ de Navarra en su sentencia 2/1999 de 27 de febrero de 1999 entiende procedente la revocación de un pacto sucesorio de institución en el que concurren todos los otorgantes en su modificación. En el mismo sentido, en su sentencia 4/2006 de 4 de abril de 2006 manifiesta que “el referido nombramiento

“Las disposiciones contenidas en pactos sucesorios quedarán revocadas por premoriencia del instituido, salvo el derecho de transmisión, cuando proceda, conforme a lo dispuesto en la ley 180. Estas disposiciones serán revocables por las causas previstas para las donaciones para la familia en la ley 126, y el ejercicio de la acción por los instituyentes se ajustará a lo dispuesto en la misma. Si se hubieren ordenado en capitulaciones se estará a lo establecido en la ley 86”.

Como podemos observar, esta ley 182 complementa a la 178 al subordinar el principio de irrevocabilidad al todavía más esencial de la autonomía de la voluntad. El pacto sucesorio será, por tanto, revocable en aquellos supuestos en los que las partes libremente hayan convenido modificarlo o extinguirlo, bien porque a la postre han cambiado su voluntad, o porque en el propio contrato sucesorio se incluyó la reserva de dicha posibilidad por alguna de las partes.

El efecto de irrevocabilidad del contrato sucesorio, fruto de su naturaleza bilateral o recíproca, se manifiesta de manera diferente dependiendo de si el nombramiento de heredero se ha realizado de forma unilateral o si, por el contrario, se ha realizado por dos o más personas, bien mutuamente o bien conjuntamente en favor de un tercero.

En el primer supuesto, cuando el nombramiento de heredero se ha otorgado unilateralmente, la ley 178 se remite expresamente a la ley 122 FN referente al “tiempo, forma y aceptación” de las «donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar». A tenor de lo dispuesto en este precepto (“Las donaciones requieren la aceptación del donatario, en la misma escritura o en otra separada”), se puede afirmar que la irrevocabilidad en este tipo de pactos sucesorios no tiene plena eficacia jurídica desde el mismo nombramiento, sino desde el preciso momento en que la aceptación por el instituido llega a conocimiento del instituyente o instituyentes. Dicha aceptación no necesariamente habrá de tener lugar en el mismo momento en el que se otorga el pacto, sino que podrá darse en respuesta al requerimiento formulado por acta por el disponente u ordenante e, incluso, tras el fallecimiento de éste, en cuyo caso la aceptación tendrá lugar por parte de sus herederos⁴⁶.

En el segundo supuesto, cuando el nombramiento se pacta por dos o más personas, bien entre sí para beneficio mutuo, o bien conjuntamente a favor de un tercero, el pacto será irrevocable sin que sea necesaria la aceptación del nombrado o instituido. Es decir, en este caso, el pacto tendrá plena eficacia jurídica desde el mismo momento del nombramiento, sin que la premoriencia del instituido pueda

de heredero pactado era irrevocable, salvo que concurriese el consentimiento de todos los otorgantes en contrario, lo que permitiría su revocación o modificación”.

46 NAGORE YÁRNOZ, J.: “Título IV”, cit., p. 263.

invalidar la designación ni la transmisión patrimonial a los descendientes que al fallecer los instituyentes representen al nombrado⁴⁷.

La ley 179 FN distingue, en función de sus efectos, entre dos tipos de contratos sucesorios: los pactos *sin* transmisión actual de bienes y los pactos *con* transmisión actual de bienes. Se trata de dos figuras con naturaleza propia y diferenciada, y que, por lo tanto, provocan efectos potencialmente distintos. Veamos a continuación las particularidades de cada uno de ellas:

a) Pactos sucesorios sin transmisión actual de bienes.

En esta modalidad de pactos, el instituyente conservará la propiedad de sus bienes hasta el momento de su deceso, pero no podrá disponer de ellos a título lucrativo sin consentimiento del instituido. Es decir, habiendo celebrado un pacto sucesorio en el que ha nombrado a un heredero contractual, el instituyente u ordenante no podrá designar a otro heredero salvo en el supuesto de que el designado inicialmente renuncie a su condición.

Además, el instituyente tampoco tendrá facultad para disponer a título lucrativo de bienes o derechos a favor de otras personas a menos que cuente con el consentimiento del instituido⁴⁸. Por el contrario, cuando los actos de disposición de los bienes cuya propiedad conserva el otorgante sean a título oneroso, la ley no establece ningún tipo de limitación.

La ley dispone que los pactos sucesorios sin transmisión actual de bienes confieren únicamente la cualidad de heredero contractual, siendo esta cualidad inalienable e inembargable. La sucesión contractual así ordenada no supone que el instituido vaya a ser en ese momento actual el titular de los bienes, ni tampoco que lo vaya a ser en el futuro de los bienes que el ordenante disponga onerosamente ni de los que les hubiesen sustituido por subrogación real, en su caso. Si bien, como afirma la doctrina⁴⁹, la posición del instituido es, a pesar de la mencionada irrevocabilidad, la menos firme, éste tendrá a su favor la certeza de un nombramiento que ya no puede frustrar el instituyente a su sola voluntad.

Por último, es preciso mencionar la ley 183 referente a la “promesa de nombrar heredero”, que se remite a la disposición relativa a los contratos sucesorios sin transmisión actual de bienes de las leyes 179 y 180 en relación a sus efectos.

47 NAGORE YARNOZ, J.: “Título IV”, cit., pp. 262-263.

48 Las disposiciones a título lucrativo efectuadas por el instituyente sin que lo haya consentido el instituido son nulas conforme a lo dispuesto en la ley 19 FN (“son nulas las declaraciones de voluntad... que estén prohibidas por la ley”), correspondiendo la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad al propio instituido y a sus causahabientes, incluso en vida del instituyente.

49 NAGORE YARNOZ, J.: “Título IV”, cit., p. 266.

b) Pactos sucesorios con transmisión actual de bienes.

El párrafo segundo de la ley 179, en relación a los pactos sucesorios con transmisión actual de bienes, establece lo siguiente: “el instituyente podrá reservarse la facultad de disponer por cualquier título o sólo por título oneroso. Los actos de disposición no reservados serán nulos sin el consentimiento expreso del instituido y sus causahabientes, incluso en vida del instituyente”⁵⁰.

Se trata de contratos de institución de heredero que llevan aparejada una donación, lo que da lugar a un negocio mixto de *institutio heredis* y *donatio bonorum* cuyo otorgamiento produce, desde ese mismo momento, una transmisión patrimonial⁵¹.

Dentro de esta modalidad de pactos sucesorios se distinguen dos variantes: por un lado, cuando la transmisión inmediata es solo de la nuda propiedad de los bienes (con reserva del usufructo vitalicio por parte de los donantes), y por el otro, cuando la transmisión se produce del pleno dominio de los bienes. Ahora bien, en ambos casos la transmisión patrimonial puede hallarse condicionada o restringida por razón de ciertas reservas a favor de los donantes⁵², o por limitaciones o prohibiciones de disponer o, incluso, por cargas modales impuestas al donatario.

F) Modalidades de pactos sucesorios.

El Fuero Nuevo de Navarra, dentro de la categoría legal genérica de pactos o contratos sucesorios incluye, además de los pactos de institución (pactos de *succedendo*), los pactos renunciativos o abdicativos (pactos de *non succedendo*) y los pactos dispositivos de la herencia futura a un tercero (pactos de *hereditate tertii*).

50 Tanto en la normativa fiscal española como en la navarra existe un régimen favorable que reduce significativamente el coste fiscal asociado a la transmisión de la empresa familiar a la siguiente generación, evitándose así que los herederos se vean forzados a la venta. Este régimen viene conformado por una serie de normas que giran en torno a las leyes que regulan el impuesto sobre el patrimonio y que tienen su eco en el impuesto sobre sucesiones y donaciones. En relación a la posibilidad de aplicar los beneficios fiscales en aquellos supuestos en los que la transmisión se realiza a través de un pacto sucesorio que conlleve la entrega de bienes antes del fallecimiento del instituyente o causante, recomendamos la siguiente lectura: ÁLVAREZ BARBEITO, P.: “Adquisición de empresa familiar mediante pactos sucesorios con eficacia de presente: problemática actual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, *Quincena Fiscal*, núm. 3, Sección Estudios, 2021, 3.

51 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 228-229.

52 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 756, expone que, si bien la razón de ser de estas reservas sobre disposiciones a título oneroso fue, en los tiempos de máxima vigencia de la institución de la Casa casi como patrimonio afectado a un fin económico y familiar, el principio de unidad y pervivencia de la misma (lo que explica que de forma frecuente esas facultades dispositivas se condicionaran a supuestos de necesidad), en la actualidad, en que la institución de la Casa ha perdido notoriedad, estas reservas apuntan a otras finalidades como planes de pensiones, rentas vitalicias u otras previsiones para seguros o para coberturas asistenciales.

a) Pactos de institución de heredero (pactos de *succedendo*).

En Navarra, la regulación del contenido de los pactos de institución se hace con detalle en el capítulo II del título IV con la rúbrica “Disposiciones especiales sobre pactos de institución”. La ley 177 FN dispone lo siguiente: “Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan. La institución podrá hacerse determinando en el propio pacto las personas llamadas a la herencia o estableciendo las reglas conforme a las cuales debe ésta deferirse en lo futuro o delegando en una o más personas la facultad de ordenar la sucesión. Los pactos de institución pueden asimismo implicar simples llamamientos a la sucesión o contener también transmisión actual de todos o parte de los bienes”.

En referencia a este último párrafo, prelude de la ley 179 FN, como hemos visto, pueden diferenciarse otros dos tipos de pactos sucesorios dependiendo de si los efectos del contrato sucesorio se defieren hasta el momento del óbito del instituyente o, por el contrario, tienen lugar en el mismo momento en que se otorga el pacto, con las facultades que haya podido reservarse el instituyente.

b) Pactos de renuncia a la sucesión (pactos de *non succedendo*).

Los pactos de no suceder han sido definidos por la doctrina⁵³ como aquellos por los cuales un heredero presunto acuerda con el *de cuius* la renuncia formal e irrevocable a los derechos que, por disposición legal o voluntaria (testamentaria o contractual) pueden corresponder al renunciante en la futura sucesión *mortis causa* del propio causante. Esta renuncia no es un acto unilateral del renunciante, sino un verdadero pacto o contrato entre éste y el instituyente, que podrá revocarse mientras no conste la aceptación del causante⁵⁴.

A diferencia de los pactos de institución, los pactos renunciativos no tienen sede sistemática propia en el Fuero Nuevo. No obstante, se encuentran regulados -aparte de en las «Disposiciones generales», contenidas en el Capítulo I, que se aplican a todos los pactos sucesorios-, en otros lugares del Fuero Nuevo: concretamente, los que abordaban la posibilidad de la autoexclusión de la sucesión legal (leyes 156, 157 y 301 FN), la renuncia de los derechos derivados de la reserva del bñubo (ley 276 FN) y los que se refieren a la renuncia al usufructo de fidelidad (ley 253 FN).

53 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 147.

54 Solución que viene impuesta por aplicación analógica de la doctrina legal sobre las donaciones *inter vivos* (ley 161 FN).
Ibid., nota 15.

La ley 156 bajo la rúbrica “Renuncia a la herencia futura. Forma” establece que “Es válida la renuncia o transacción sobre herencia futura siempre que se otorgue en escritura pública”. En tal caso, la ley 157 dispone a continuación que el renunciante quedará excluido de la sucesión deferida por la Ley pero que, no obstante, podrá aceptar las disposiciones que en su favor ordenare el causante⁵⁵. Esta exclusión de la sucesión legal se reitera en la ley 301 que establece que “Quedan excluidas de la sucesión legal las personas que hubieren renunciado a su derecho, tanto en vida del causante como después de la muerte de éste”⁵⁶.

Es importante destacar, por tanto, que el primer inciso de la ley 157 implica únicamente la renuncia a la sucesión legal (que comprende la prevista por la ley para cuando no sea dispuesta ninguna voluntaria y la legítima foral que, como hemos visto, carece de contenido patrimonial), pues, conforme a lo dispuesto en el segundo inciso, el causante podrá ordenar disposiciones lucrativas de cualquier orden a favor del renunciante, y este, aceptarlas⁵⁷. Es decir, si bien la renuncia dispuesta en un pacto renunciativo, al igual que el resto de pactos sucesorios, es irrevocable, sus efectos únicamente vincularán al renunciante, no al causante, que puede disponer libremente de su herencia en favor de quien hizo la renuncia⁵⁸.

En consonancia con el principio de válida renunciabilidad de los derechos de la ley 9 FN, en el Fuero Nuevo no hay excepciones ni restricciones sobre lo que cabe contractualmente renunciar en el plano sucesorio⁵⁹. Por lo tanto, en Navarra es renunciable a través de pacto o contrato sucesorio tanto la herencia voluntaria, ya sea testamentaria o contractual, como la sucesión legal. En el supuesto de la sucesión legal, como ya hemos visto, la renuncia a la sucesión futura no se extiende a la sucesión voluntaria ya otorgada ni impedirá aceptar al renunciante disposiciones que haga a su favor el mismo causante después de la renuncia.

c) Pactos dispositivos de la herencia futura de un tercero (pactos de *hereditate tertii*).

55 Sobre esta base, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., pp. 162-163, precisa con detalle las consecuencias jurídicas de la renuncia en el orden legal de los llamamientos sucesorios.

56 DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La legítima”, cit., p. 232, sostiene que, aunque el principio fundamental de libertad civil (ley 7 FN) del ordenamiento navarro permite cualquier tipo de acuerdos sucesorios entre particulares, incluidos los renunciativos, estos son superfluos e innecesarios. Según su perspectiva, el único propósito de las leyes 156 y 156 FN es “elaborar un régimen jurídico completo para la sucesión paccionada”, con el fin de proporcionar coherencia interna al sistema sucesorio del Fuero Nuevo.

57 PANIZA FULLANA, A.: “Título I. Principios fundamentales (leyes 148 a 157)”, en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 680.

58 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., p. 161.

59 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 735.

Los pactos dispositivos de la herencia futura de un tercero (también llamados pactos de *hereditate tertii*) son definidos por ROCA SASTRE⁶⁰ como “el contrato que un heredero presunto o eventual celebra con un extraño (o con otro heredero eventual o presunto), adoptando ciertas estipulaciones relativas a la herencia de un tercero”. Esta modalidad de pactos se regula de manera concisa en el último párrafo de la ley 172⁶¹, que exige para que estos sean válidos el consentimiento del potencial causante⁶².

Como consecuencia de esta concisión y brevedad, en caso de duda, se habrá de recurrir a la costumbre para interpretar e integrar su regulación y, supletoriamente, a las normas generales del Fuero Nuevo sobre el conjunto de los actos de última voluntad (ley 176 FN)⁶³.

IV. UTILIDAD DEL PACTO SUCESORIO PARA LA CONSERVACIÓN GENERACIONAL DE LA EMPRESA FAMILIAR.

El tránsito de una generación a la siguiente, tanto en la propiedad como en el liderazgo, es uno de los retos más importantes a los que deben enfrentarse las empresas de carácter familiar. Si bien se trata de un periodo no exento de riesgos y dificultades, una adecuada gestión del proceso sucesorio puede suponer una oportunidad para impulsar el crecimiento y modernización de la compañía. En este contexto, resulta esencial una adecuada planificación *ex ante* del proceso sucesorio que tenga en consideración los diferentes intereses y necesidades que coexisten entre los miembros de la familia. El ordenamiento jurídico se configura de esta manera como el eje vertebrador que habrá de dar forma a esas voluntades.

MEZQUITA DEL CACHO⁶⁴ afirma que la institución de la sucesión paccionada ha sido ciertamente “una fórmula de continuidad estable en la explotación de la propiedad inmueble rural a lo largo de las generaciones”. En este sentido, ha tenido un papel importante en Navarra el elemento consuetudinario: era costumbre que, de entre todos los hijos del matrimonio, uno de ellos fuera el elegido para

60 ROCA SASTRE, R. M.: “Estudios de Derecho Privado. Tomo II. Sucesiones”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, p. 342.

61 GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV”, cit., pp. 118-119 y 165-166, admite que el grueso de la doctrina y la inmensa mayoría de los ordenamientos coinciden en considerar que los pactos dispositivos sobre la herencia de un tercero (que no concurre al otorgamiento) no son pactos sucesorios en el sentido propio del término porque no hay disposición *mortis causa* ni variación en el llamamiento sucesorio. No obstante, el autor defiende el criterio sistemático empleado por el Fuero Nuevo cuando existe consentimiento del causante (solución contemplada en el Derecho Justiniano, en Las Partidas y en el Código suizo), por reunir estos pactos las características esenciales de los contratos sucesorios: son actos *mortis causa*, cuyo objeto es la herencia futura, de naturaleza bilateral o contractual, y habitualmente, de carácter irrevocable.

62 Según LUQUIN BERGARECHE, R.: “Pactos sucesorios”, cit., p. 1448, este consentimiento ha de ser “expreso, necesariamente coetáneo al pacto de cesión y quedar condicionado a la sobrevivencia, tanto del disponente como del adquirente”.

63 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Título IV”, cit., p. 736.

64 MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “De los pactos”, cit., p. 522.

permanecer, junto a su consorte, en la Casa de sus ascendientes sucediéndoles en la gestión de su actividad. De esta manera, se evitaba la fragmentación del patrimonio de sus antecesores y la disminución de su rentabilidad productiva ideal. Este sucesor era elegido en base a sus cualidades y aptitudes, o por ser aquél que había mostrado interés en el negocio y optado por formarse y capacitarse a lo largo del tiempo para la asunción de la dirección.

Si bien el pacto sucesorio puede no convenir a los intereses de aquellos empresarios que se encuentran en los primeros estadios de desarrollo de su proyecto empresarial, o cuando (por la razón que sea) no se dan las circunstancias adecuadas para designar al continuador de la empresa; cuando se tiene la certeza de quien o quienes son los sucesores adecuados para asumir el relevo, la delación contractual puede servir como factor motivacional y para proporcionar seguridad jurídica al relevo generacional⁶⁵.

El efecto de irrevocabilidad del nombramiento del elegido o elegidos para suceder al empresario en la propiedad y liderazgo del negocio evita conjeturas, recelos y falsas expectativas entre los que se consideran potencialmente llamados a la sucesión, evitándose, en cierta medida, conflictos en el seno de la familia⁶⁶. En estos supuestos, donde se hace preciso dotar de seguridad y motivación a los sucesores que están trabajando en la compañía frente a otros descendientes o personas próximas al testador que no están implicadas en el proyecto empresarial, la delación contractual revela su utilidad como instrumento jurídico adecuado para ordenar la transmisión generacional de la empresa familiar. Asimismo, la firmeza del nombramiento puede impactar positivamente en los distintos *stakeholders* de la empresa, al transmitirles la seguridad de que existe una intención firme de garantizar la continuidad del proyecto empresarial mediante los sucesores designados.

El empresario familiar puede utilizar los pactos de institución de heredero como instrumento de salvaguarda de la unidad y continuidad del patrimonio o empresa familiar. En los pactos sin transmisión actual de bienes, si bien el instituido

65 En territorios como Navarra o Aragón, donde la delación contractual ha gozado de una tradición consolidada, el cambio del modelo económico que se ha operado sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, ha provocado una reducción importante del uso del pacto sucesorio como instrumento para la transmisión del patrimonio familiar. No obstante, sigue siendo una herramienta de gran utilidad cuando este patrimonio está integrado por activos empresariales.
URRUTIA BADIOLA, A. M.: "La sucesión contractual en Euskadi, Navarra y Aragón. Cuestiones de interés notable", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (coord. por O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2014, p. 1447.

66 Piénsese en aquellos supuestos, cada vez más habituales, en los que el promotor de la sociedad tiene hijos de un primer matrimonio, que son los que llevan tiempo incorporados a la actividad empresarial, y está casado en segundas o ulteriores nupcias, de cuya relación han podido nacer otros hijos o lazos afectivos fuertes con los descendientes de su cónyuge actual. O aquellos supuestos en los que uno de los hijos del empresario promotor está dedicado plenamente a la actividad de la empresa mientras que el otro o los otros no han mostrado ningún tipo de interés. La delación contractual es un excelente remedio para evitar suspicacias y generar confianza y seguridad en estos casos.

no será propietario de la empresa en ese momento y el empresario mantiene el control sobre la sociedad y continúa percibiendo sus frutos en forma de dividendos, el designado sucesor tendrá la seguridad de que no será transmitida a título lucrativo a ninguno de sus hermanos o personas próximas a su progenitor. No obstante, el instituyente sí que podrá disponer de su empresa a título oneroso, aunque no suele ser lo más habitual cuando existe ya un miembro de la familia que se considera capacitado para asumir el relevo.

El empresario instituyente también podrá otorgar pacto sucesorio en el que transmita en ese momento las acciones o participaciones -de forma que perderá su condición de propietario sobre las mismas, ya sea conservando o no el usufructo- al progenitor elegido para sucederle en la empresa, pudiendo reservarse o no la facultad de disponer por título oneroso o lucrativo. Las facultades que se reserve el progenitor instituyente determinarán la seguridad que sobre la propiedad del patrimonio empresarial tendrá el sucesor instituido.

En cualquier caso, cualquiera de las modalidades de pactos de institución -con o sin transmisión actual de los bienes- servirá para incentivar personal y profesionalmente al elegido o los elegidos para tal función.

En lo que se refiere a los pactos renunciativos, aunque entendemos que tienen una utilidad práctica menor, podrían resultar de interés si vienen acompañados de otros actos que produzcan efectos inmediatos *inter vivos*, como, por ejemplo, la donación de otros bienes y derechos ajenos al patrimonio empresarial que sirvan para “compensar” la renuncia.

Por último, en el ámbito de la empresa familiar, los pactos de *hereditate tertii* plantean importantes reflexiones sobre su idoneidad en el reparto del patrimonio del causante. Delegar en los descendientes la tarea de decidir sobre la distribución del capital empresarial puede resultar problemático, ya que dicha responsabilidad podría generar tensiones y conflictos entre los sucesores, especialmente en un contexto donde la continuidad y estabilidad de la empresa son prioritarias. En este sentido, parece más adecuado que el progenitor empresario, en un ejercicio de responsabilidad, asuma directamente la decisión, valorando las características y capacidades de sus herederos y priorizando el interés de la compañía. No obstante, en determinados casos, permitir que los descendientes participen en el reparto puede facilitar una sucesión más justa y aceptada, contribuyendo a evitar desacuerdos derivados de decisiones unilaterales; sin embargo, aunque sea deseable recabar su opinión, entendemos que la decisión última debe recaer en el empresario, quien, basándose en su criterio y conocimiento del negocio, puede integrar las propuestas de los herederos como un elemento adicional en el proceso, pero sin que estas resulten determinantes.

Los pactos o contratos sucesorios son, además, un complemento perfecto para dotar de eficacia jurídica a lo dispuesto por la familia empresaria en su protocolo familiar⁶⁷, entendido este como un instrumento jurídico y organizativo que sirve para sentar las bases (normas, principios y acuerdos) que regirán las relaciones entre los miembros de una familia empresaria y su negocio garantizando la continuidad del proyecto empresarial a lo largo de generaciones, promoviendo la cohesión familiar y previniendo conflictos.

V. CONCLUSIONES.

Como vimos al inicio del presente trabajo, aunque un amplio sector doctrinal -al que nos sumamos- se muestra actualmente a favor de la inclusión de los pactos sucesorios en el Código Civil (especialmente aquellos que en sus trabajos han abordado la transmisión sucesoria y el relevo generacional de la empresa familiar, destacando su utilidad para tal fin⁶⁸), lo cierto es que a día de hoy el Código Civil español sigue sin admitir la sucesión contractual como instrumento para ordenar la sucesión⁶⁹.

En contraste, el Derecho foral navarro, consagrado como el más permisivo y en el que se regula la sucesión contractual en términos más amplios de entre todos los ordenamientos especiales o forales españoles que la permiten, esta institución ha desempeñado un papel fundamental en la conservación generacional de las explotaciones agropecuarias y empresas de carácter familiar.

La práctica de la asesoría de empresas en Navarra permite observar que, en algunos casos, los empresarios inmersos en procesos de planificación sucesoria empresarial muestran cierta actitud de recelo hacia la utilización de los contratos

67 En este sentido se pronuncia FONT I SEGURA, A.: «La ley aplicable a los pactos sucesorios», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, p. 4, que, en referencia a las potencialidades de la sucesión contractual, entiende que los pactos sucesorios son un negocio jurídico útil para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, pues permiten superar los problemas que acarrea la revocabilidad del testamento para llevar a cabo tal transmisión y las limitaciones intrínsecas del protocolo familiar como instrumento de planificación sucesoria.

68 BUSTO LAGO, J. M.: "Las liberalidades en los protocolos familiares y en los pactos de socios", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M. Á. EGUSQUIZA BALSAMEDA Y M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1770; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho civil catalán", *Revista de derecho mercantil*, 2012, vol. 284, p. 171; FERRER VANRELL, M. P.: "La problemática", cit., pp. 1505-1507; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "Relevo generacional y transmisión 'mortis causa' de la empresa familiar en el Derecho español", *Revista electrónica de derecho*, vol. 22, núm. 2, 2020, p. 47; OLMEDO CASTAÑEDA, F. J.: "Prohibición de", cit., pp. 479-480.

69 Y ello a pesar de que, desde hace ya tres décadas, la Comisión Europea en su Recomendación de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, y las recomendaciones del Foro sobre transmisión de empresas (The European Forum on the Transfer of Business) celebrado en Lille en 1997, vengán recomendando a los Estados miembros la supresión de las prohibiciones legales de los pactos sucesorios, por ser unos instrumentos que facilitan la continuidad de la empresa familiar. Asimismo, en la comunicación de la Comisión Europea sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (98/C93/02), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C93/2, de 28-03-98, se insiste en lo nocivo para la empresa familiar de la prohibición de los pactos sucesorios, y se insta a los estados miembros que los prohíben, entre los que se incluye España, a reflexionar sobre la posibilidad de admitirlos.

sucesorios por temor a “perder el control” sobre sus decisiones. Por el contrario, en otras ocasiones se constata cómo el pacto sucesorio sirve para reforzar la posición de los miembros de la familia que trabajan o dirigen la empresa familiar y consolidar así el proyecto de sucesión empresarial.

En absoluto entendemos que el pacto sucesorio sea en todos los casos un instrumento idóneo para la planificación de la sucesión empresarial, sino que dependerá de las circunstancias particulares que se den en cada supuesto. Lo que sí queremos defender es que, siendo una institución eficaz en determinadas situaciones, debiera estar al alcance de los testadores -ampliando así las posibilidades de autonomía de la voluntad en el ámbito sucesorio- para cuando se revele su oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

AIZPÚN TUERO, R.: "El pacto sucesorio en el derecho civil navarro", *Príncipe de Viana*, núm. 6, 21, 1945.

ÁLVAREZ BARBEITO, P.: "Adquisición de empresa familiar mediante pactos sucesorios con eficacia de presente: problemática actual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", *Quincena Fiscal*, núm. 3, Sección Estudios, 2021.

ÁLVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar: economía familiar y sucesión hereditaria*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2011.

BAREA MARTÍNEZ, M.T.: *El control notarial de los límites del protocolo familiar*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2018.

BATALLA DE ANTONIO, A.: "La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2 del CC", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. por O. MONJE BALSAMEDA), Dykinson, Madrid, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, Bercal, Madrid, 2024.

BUSTO LAGO, J. M.: "Las liberalidades en los protocolos familiares y en los pactos de socios", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M.A. EGUSQUIZA BALSAMEDA y M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La legítima y el pacto de *Non Succedendo* en el Derecho Foral de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Vol IV. Tomo 2. Derecho de sucesiones, Tecnos, Madrid, 2017.

DÍEZ SOTO, C. M.: "El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar", *Revista de Empresa Familiar*, vol. 1, núm. 1, 2011.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho civil catalán", *Revista de derecho mercantil*, vol. 284, 2012.

FERRER VANRELL, M. P.: “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”, en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. por Ó. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2014.

FONT I SEGURA, A.: «La ley aplicable a los pactos sucesorios», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “El relevo generacional en la empresa familiar. La sucesión ‘mortis causa’ y el sistema legitimario español”, en *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, vol. 20, 2015.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852.

GARCÍA MAYO, M.: “La promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 37, 2023.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: “Título IV De los pactos o contratos sucesorios, Capítulo I Disposiciones Generales, Ley 172 Concepto, Ley 173 Capacidad, Ley 174 Forma, Ley 175 Pactos contenidos en capitulaciones y Ley 176 Interpretación e integración”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBADALEJO Y S. DÍAZ ALABART), vol. 37, Tomo I, EDESA, Madrid, 1998.

GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código Civil. Algunas aplicaciones”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS Y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, 2004.

JORDÁ CAPITÁN, E. R.: “Sobre el instrumento de los pactos sucesorios en la sucesión de la empresa familiar”, *La Ley mercantil*, núm. 46, 2018.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, Tomo V. Sucesiones, Dykinson, 2009.

LLOPIS GINER, J. M.: “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en AA.VV.: *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La partición realizada por el propio testador en el acto inter vivos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 4, 2023.

LUQUIN BERGARECHE, R.:

- "La donación propter nuptias en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 50, 2010.
- "Pactos sucesorios en Navarra", en AA.VV.: *Tratado de derecho de sucesiones. Tomo II* (coord. por J. SOLÉ RESINA), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L.:

- "De los pactos o contratos sucesorios", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (coord. por M.L. ARCOS VIEIRA), Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- "Título IV. De los pactos o contratos sucesorios (leyes 172 a 183)", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO Y M.L. ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

NAGORE YÁRNOZ, J.: "Título IV. De los pactos o contratos sucesorios, Capítulo II. Disposiciones especiales sobre pactos de institución, Ley 178 Irrevocabilidad, Ley 179 Efectos, Ley 180 Derecho de transmisión, Ley 181 Cláusulas de sustitución, Ley 182 Revocación y modificación y Ley 183 Promesa de nombrar heredero", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBADALEJO Y S. DÍAZ ALABART), vol. 37, Tomo I, EDESA, Madrid, 1998.

OLMEDO CASTAÑEDA, F.J.: "Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su ratio legis", *ADC*, 2019, vol. LXXII.

PALAZÓN GARRIDO, M. L.: "La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil", en AA.VV.: *Protección del patrimonio familiar* (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO y R. M. GARCÍA PÉREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PANIZA FULLANA, A.: "Título I. Principios fundamentales (leyes 148 a 157)", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO Y M.L. ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

PARRA LUCÁN, M. Á.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009.

PLANAS BALLVÉ, M.: "Los pactos sucesorios en el derecho civil catalán", *Diario LA LEY*, núm. 10.521, 2024.

ROCA SASTRE, R. M.: "Estudios de Derecho Privado. Tomo II. Sucesiones", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948.

RUEDA ESTEBAN, L.: "La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (coord. por M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVIL), Bosch, Barcelona, 2005.

SALINAS QUIJADA, F.:

- *Derecho Civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, 1983.
- *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, 1978.

SERRANO CHAMORRO, M. E.: "Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 2015.

URRUTIA BADIOLA, A.M.: "La sucesión contractual en Euskadi, Navarra y Aragón. Cuestiones de interés notable", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (coord. por O. MONJE BALSAMEDA), Dykinson, Madrid, 2014.



¿QUIÉN ES CONSIDERADO GUARDIÁN DE ACCESO A LOS MERCADOS DIGITALES EUROPEOS?*

WHO IS CONSIDERED GATEKEEPER TO EUROPEAN DIGITAL MARKETS?

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 532-561

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S.XXI", Prometeo/2021/041.



Enrique
de Miguel
CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: ¿Qué plataformas son consideradas guardianes de acceso a los mercados digitales europeos? Si la Comisión europea considera que un determinado servicio de plataforma reviste la condición de guardián de acceso, la puesta en cuestión de esta conclusión exige a la plataforma presentar argumentos y pruebas que permitan sortear las presunciones legales establecidas por el Reglamento 2023/1925, suscitando una “duda manifiesta” acerca del hecho presunto, la condición de guardián.

PALABRAS CLAVE: Guardianes de acceso; mercados digitales; presunciones legales.

ABSTRACT: *What platforms are considered gatekeepers to European digital markets? If the European Commission understands that a certain platform service has the status of gatekeeper, challenging this conclusion requires the platform to provide arguments and evidence that allow it to overcome the legal presumptions established by the Regulation 2023/1925, basing a “manifest doubt” about the result of the presumption, the status of gatekeeper.*

KEY WORDS: *Digital markets; gatekeepers; legal presumptions.*

SUMARIO.- I. CONDICIÓN DE GUARDIÁN DE ACCESO.- II. TIPO DE ARGUMENTOS Y PRUEBAS: CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS.- III. NIVEL DE PRUEBA EXIGIDO.- IV. PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO INTERIOR.- V. ERROR DE MOTIVACIÓN DEL ACTO IMPUGNADO.- VI. *TIK TOK* COMO UNA PUERTA IMPORTANTE DE ACCESO.- I. Ausencia de ecosistema y efectos significativos de red.- 2. Presencia de alojamientos múltiples y ausencia de efectos de bloqueo.- 3. Menor escala de *Tik Tok* en comparación con otras plataformas.- 4. Ingresos publicitarios y nivel de interacción con usuarios profesionales.- VII. GOCE DE POSICIÓN SÓLIDA Y DURADERA.- VIII. CONTRARIEDAD CON LOS OBJETIVOS POLÍTICOS.- IX. VALORACIÓN GLOBAL DE LAS PRUEBAS.- X. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.- XI. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.- XII. ANOTACIONES FINALES.

I. CONDICIÓN DE GUARDIÁN DE ACCESO.

Para que una empresa que presta un “servicio básico de plataforma” sea considerada por la Comisión europea un guardián de acceso¹ (*contrôleur d'accès*) a los mercados digitales europeos, según el Reglamento europeo 2023/1925, deben concurrir tres condiciones, requisitos o criterios, acumulativos, que van asociados a tres presunciones correlativas.

1ª condición: que la plataforma tenga una *gran influencia en el mercado interior*. Su presunción asociada (art. 3.2,a) es tener la plataforma un volumen de negocios anual en la Unión superior o igual a una cifra umbral en cada uno de los tres últimos ejercicios. Como presunción alternativa: tener una capitalización bursátil media que ascienda como mínimo a una cifra umbral en el último ejercicio y prestar el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados de la Unión.

2ª condición: ser una *puerta de acceso importante* para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales. Su presunción asociada (art. 3.2,b) es que en el último ejercicio el servicio haya tenido al menos una cifra umbral

I ALTZELAI ULIONDO, I.: “Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 74, 2023; HERNÁNDEZ LÓPEZ, C.: “La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites”, *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023; MADRID PARRA, A.: “Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 110, 2023; OROZCO GONZÁLEZ, M.: “David vs. Goliath: las obligaciones de transparencia en el uso de datos por los “guardianes de acceso” en la Ley de Mercados Digitales”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2023; ORTEGA SÁNCHEZ, L.: “El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 10, 2022; RUIZ ESPINOSA, J.: “Tratamiento de las conductas desarrolladas por plataformas digitales de gran tamaño”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022; RUIZ PERIS, J.I.: “La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los “gatekeepers” GAFA”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 57, 2021.

• Enrique de Miguel Canuto

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universitat de Valencia (España). Correo electrónico: enrique.de-miguel@uv.es.

de usuarios finales activos situados en la Unión y al menos una cifra umbral de usuarios profesionales activos al año establecidos en la Unión.

3ª condición: que la plataforma tenga una *posición afianzada y duradera*, en lo que respecta a sus operaciones o la previsión de alcanzar dicha posición en un futuro próximo. Su presunción asociada (art. 3.2,c) es alcanzar en cada uno de los tres últimos ejercicios las cifras umbral de usuarios finales y usuarios profesionales del mencionado art. 3.2, b) del Reglamento.

Oposición a la calificación: frente a la conclusión positiva de la Comisión europea, la empresa prestadora del servicio de plataforma puede *poner manifiestamente en tela de juicio el hecho presunto* de las presunciones legales, la consideración como guardián de acceso, presentando argumentos y pruebas suficientemente fundamentadas en sentido contrario duda [duda manifiesta]. Estos argumentos o alegaciones y pruebas de contrario deben demostrar que, excepcionalmente, *dadas las circunstancias en que opera el servicio* de plataforma, pese a alcanzar los umbrales de las presunciones, en rigor, no se alcanzan los requisitos exigidos para revestir la condición de guardián (apartado 5 del art. 3).

El caso *Bytedance*², resuelto por sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, es un recurso de anulación presentado por Bytedance, que tiene el control de la plataforma TikTok, contra la Decisión de la Comisión europea de 5 de septiembre de 2023, en que es calificada como guardián de acceso a los efectos del cumplimiento de las obligaciones del Reglamento de Mercados digitales³ (R.M.D.) nº 2023/1925.

II. TIPO DE ARGUMENTOS Y PRUEBAS: CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS.

La actora, en el recurso, alega que la Comisión rechazó erróneamente argumentos y pruebas «cualitativos» que había presentado para enervar las presunciones del art. 3.2 del RMD⁴. La interpretación del Considerando 23 del RMD, en la que se basó la Comisión, según la cual todo elemento de prueba no mencionado en el Considerando sería excluido, entiende contradice no solo el tenor del Considerando sino también el art. 3.5, párrafo primero, del RMD, según el cual la cualificación de guardián de acceso exige cumplir los requisitos del apartado I del artículo, teniendo en cuenta las “circunstancias en las que opera el servicio básico de plataforma”. En rigor, no deberían excluirse las pruebas “cualitativas” directamente relacionadas con la enervación de las presunciones

2 Sentencia desestimatoria del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23, en recurso de anulación.

3 Reglamento del Parlamento y el Consejo de 14 de septiembre de 2022, Reglamento de Mercados Digitales, D.O.U.E. L 265 de 12 de octubre de 2022.

4 Punto nº 37 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

según las cuales los umbrales cuantitativos dan fe de la condición de guardián. De otra parte, estaría injustificado admitir solo elementos cuantitativos para refutar los umbrales cuantitativos integrantes de estas presunciones.

Con la expresión argumentos y pruebas «cualitativos», la actora se refiere a los argumentos y pruebas que presentó ante la Comisión durante el procedimiento administrativo para refutar las presunciones legales, y que no estaban expresadas en valores numéricos.

Para el Tribunal general resulta difícil, si no imposible, distinguir entre argumentos o pruebas “cuantitativos” y “cualitativos, porque los argumentos de naturaleza cualitativa suelen estar respaldados por datos numéricos. Por tanto, sería artificial separar unos de otros y admitir solamente los elementos cuantitativos, aunque con ello se pretenda respaldar un argumento de carácter cualitativo.

Cabe añadir que los requisitos exigidos para ser designado guardián, del art. 3.1 del RMD, no se expresan con valores numéricos. La empresa debe tener un peso significativo en el mercado interior, ser un servicio de plataforma que suponga una puerta importante de acceso y gozar de una posición sólida y duradera en sus actividades, o disfrutar, probablemente, de tal posición en un futuro próximo.

Siendo cierto que los umbrales previstos en las presunciones del art. 3.2, de la DMA, son cuantitativos, sin embargo, las presunciones son refutables. Nada del tenor del art. 3.5, del RMD permite a la Comisión rechazar a priori los argumentos o pruebas presentados por una empresa, solo porque no se expresan en valores numéricos.

El considerando 23 del RMD precisa que «la Comisión sólo debe tener en cuenta, al apreciar las pruebas y argumentos presentados [según el art. 3.5, párrafo primero, del RMD] los elementos directamente relacionados con los criterios cuantitativos, a saber, el peso de la empresa proveedora de servicios de plataforma en el mercado interior, más allá de los ingresos o la capitalización de mercado, por ejemplo su tamaño en términos absolutos, así como el número de Estados en que está presente; la medida en que el número de usuarios empresariales y de usuarios finales reales supera los umbrales, así como la importancia del servicio de plataforma de la empresa, teniendo en cuenta la escala general de las actividades del servicio de plataforma y el número de años durante los que se alcanzaron los umbrales”.

Del considerando 23 del RMD se desprende que los únicos argumentos o pruebas que el legislador de la Unión ha decidido excluir por ser irrelevantes son las que se derivan de una justificación basada en motivos económicos en relación con la definición del mercado o destinadas a demostrar ganancias de eficiencia.

Del considerando 23 del RMD se desprende también que, para ser tomados en consideración, los argumentos y pruebas deben estar “*directamente vinculados* a los criterios cuantitativos”. Se refiere a los umbrales cuantitativos fijados en el art. 3.2, del RMD. Sin embargo, este requisito de vínculo directo no legitima que un argumento o prueba deba excluirse *a priori* como irrelevante porque no esté numéricamente expresado. Tal argumento o prueba puede estar directamente vinculado a estos umbrales, por lo que debe tenerse en cuenta al examinar los argumentos presentados para refutar las presunciones. Por el contrario, un argumento o prueba cuantitativo podría, según las circunstancias, no estar directamente vinculado a los umbrales, de modo que no deba tenerse en cuenta en el examen.

De ello se deduce que el considerando 23 del RMD no excluye *a priori*, por irrelevantes, argumentos o pruebas que no estén expresados en valores numéricos, siempre que estén directamente relacionados con una o varias de las presunciones legales, que adoptan la forma de umbrales cuantitativos. La lista de elementos que pueden tomarse en consideración, citada en el considerando 23 del RMD, no es exhaustiva.

En suma, para refutar las presunciones legales, el art. 3.5 del RMD de 2022, interpretado a la luz del Considerando 23 del Reglamento, permite a la empresa interesada presentar los argumentos y pruebas, expresados o no en valores numéricos, siempre que estén directamente vinculados a una o más de dichas presunciones.

III. NIVEL DE PRUEBA EXIGIDO.

Según el Tribunal general singulariza el recurso de anulación contra la designación como guardián de acceso presentar un “elevado” nivel de exigencia de prueba.

La actora reprocha a la Comisión haber exigido un nivel de prueba de los hechos superior incluso al del art. 3.5, del RMD, al considerar que, para refutar la presunción del art. 3.2, b) del RMD, se debe aportar pruebas “convincientes”. Mientras que, en otras decisiones, la Comisión ha distinguido entre argumentos que cuestionan manifiestamente las presunciones del art. 3.2, del RMD y que justifican la apertura de una investigación de mercado, y argumentos que demuestran “completa e inequívocamente” que no se cumplen los requisitos del art. 3(1) del RMD. Por último, según la actora, las “dudas” o *indicios prima facie* sobre si la empresa cumple las exigencias deberían ser suficiente para abrir una investigación de mercado según el art. 17.3 del RMD⁵.

5 Punto nº 57 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

Según el considerando 23 del RMD, «la carga de la prueba de que no debe aplicarse la presunción derivada del hecho de haber alcanzado los umbrales cuantitativos previstos en el art. 3, apartado 2, del Reglamento *debe recaer en la sociedad afectada*».

En cuanto al nivel de prueba necesario para refutar las presunciones legales, el párrafo primero, del art. 3.5 del Reglamento dice que la empresa puede presentar argumentos suficientemente fundados para demostrar que, aunque concurren los umbrales del apartado 2, excepcionalmente, no se cumplen los requisitos del apartado 1. Además, cuando la Comisión considere que los argumentos presentados no están suficientemente fundamentados, porque no cuestionan con evidencia las presunciones, podrá rechazarlos sin iniciar una investigación de mercado, mientras que, si la empresa presenta argumentos fundados que susciten una duda manifiesta sobre el hecho presunto, la Comisión puede iniciar la investigación.

Así, el nivel de prueba necesario para cuestionar las presunciones fue determinado por el propio legislador de la Unión, al exigir a la empresa sobre la que pesa la carga de la prueba, que presente argumentos suficientemente fundados que susciten una duda manifiesta sobre el resultado de estas presunciones.

Descendiendo al caso, la Comisión se refirió a la exigencia de aportar pruebas «convincentes» para refutar la presunción del art. 3.2, letra b) del RMD sólo en una ocasión, por lo que se trata de un pasaje aislado. Si se entendiera que la actora debe aportar pruebas que refuten definitivamente la presunción, tal exigencia no correspondería al nivel de prueba exigido por el art. 3.5 del RMD. Nada en la Decisión sugiere que, con el término “convinciente”, la Comisión pretendía exigir la presentación de pruebas que refutaran definitivamente la presunción.

Después, al abordar si *Tik Tok* es una puerta importante de acceso⁶, se examinará si, al margen de la forma en que la Comisión describió el nivel de prueba exigido, el nivel de las pruebas realmente aplicadas por ella al examinar los argumentos y las pruebas presentadas para refutar la presunción son coherentes con el art. 3.5 del RMD.

En segundo lugar, se rechaza el argumento de la actora de que, en otras decisiones, la Comisión ha distinguido entre argumentos que siembran una duda manifiesta sobre las presunciones, que justifican la apertura de una investigación de mercado, y los argumentos que “completa e inequívocamente” demuestran que no se dan las condiciones para concluir que las presunciones han sido refutadas sin necesidad de abrir una investigación de mercado.

6 *Ut infra* epígrafe VI. TikTok como una importante puerta de acceso.

En realidad, la actora no alega que la Comisión ha rechazado sus argumentos porque no podían demostrar “completa e inequívocamente” que no se daban los requisitos, por lo que su argumento es ineficaz. Además, la Comisión está obligada a realizar un análisis individualizado de las circunstancias de cada caso, sin estar vinculada por decisiones previas que afecten a otros operadores u otros servicios de plataforma (en este sentido, sentencia de 14 de septiembre de 2022, caso SŽ-Tovorni promet/Comisión, causa T-575/20, apartado 95).

En tercer lugar, la alegación de la actora de que el nivel de prueba de concurrencia de indicios *prima facie*, debe ser suficiente para abrir una investigación de mercado no puede prosperar. Tal nivel de prueba no se corresponde con el del art. 3.5, párrafo tercero, del RMD, según el cual podrá iniciarse una investigación de mercado si los argumentos de la empresa están suficientemente fundados para cuestionar manifiestamente las presunciones del art. 3.2, del RMD [duda manifiesta].

De los términos «excepcionalmente» y «manifiestamente» que figuran en el art. 3.5, del RMD se desprende -y llegamos al núcleo de la *ratio decidendi*-que el nivel de prueba exigido a la empresa es *elevado*, y, que los argumentos que presente deben poder demostrar, con un *alto grado de verosimilitud*, que las presunciones legales quedan desvirtuadas. Sin embargo, el nivel de prueba postulado por el solicitante, la existencia de simples “dudas” o de indicios *prima facie*, es un nivel inferior al exigido por del RMD. Por lo que el argumento del solicitante sobre el nivel de prueba en abstracto necesario para cuestionar la presunción prevista en la norma debe ser rechazado.

Juicio crítico: respecto a la prueba de los hechos del caso, el resultado del juicio probatorio solo puede ser que un hecho definido ha quedado probado en el proceso o bien que tal hecho narrado no está acreditado en el proceso. *Tertia non datur*. La existencia o inexistencia de un hecho, a los efectos de un procedimiento o proceso judicial, no permite el juego de distintos grados o niveles.

IV. PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO INTERIOR.

La actora sostiene que la Comisión vulneró el art. 3.1, letra a), y el art. 3.5, del RMD al rechazar sus alegaciones encaminadas a demostrar que ByteDance no tenía un peso significativo en el mercado interno. Reprocha a la Comisión haber examinado sus argumentos y pruebas de manera superficial y errónea. El peso de ByteDance en el mercado interior no era significativo en el sentido del art. 3.1, letra a), del RMD, porque el volumen de negocios de ByteDance en la Unión era débil, y que su valor de mercado global nuclearmente se debía a sus actividades en China, por lo que no es representativo de su peso en el mercado europeo⁷.

⁷ Punto nº 73 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

En el presente caso, la actora no niega que ByteDance alcanzó el umbral de valor de mercado global y que, en consecuencia, se consideró que tenía un peso significativo en el mercado interior. Tampoco se discute que no alcanzó el umbral de volumen de negocios alcanzado en la Unión, sino que se mantuvo por debajo del umbral.

Si bien, que el umbral de volumen de negocio conseguido en la Unión no se haya alcanzado en cada uno de los tres últimos ejercicios no basta, por sí solo, para refutar manifiestamente la presunción del art. 3.2.a) del RMD, porque el otro umbral alternativo se cumplió con creces, por lo que en principio se aplica la presunción.

Sin embargo, el carácter alternativo de los dos umbrales del art. 3.2, letra a) del RMD no excluye el examen de si el primero de ellos, en combinación con otros suficientemente respaldados, puede llevar a poner en cuestión la presunción. Por lo que incurre en error la Comisión con su exclusión.

V. ERROR DE MOTIVACIÓN DEL ACTO IMPUGNADO.

Localizado el error cometido por la Comisión, queda por determinar qué incidencia, tiene sobre la legalidad de la Decisión impugnada⁸.

Según la jurisprudencia del Tribunal general, un error de motivación del acto impugnado no da lugar a su anulación si *el error no podría haber tenido una influencia decisiva en el resultado*⁹. El Tribunal tuvo la oportunidad de juzgar que, cualquiera que sea el alcance de los errores que pueda presentar la decisión, no dan lugar a su anulación, si los demás elementos de la decisión permiten concluir que los argumentos presentados no estaban suficientemente fundados para cuestionar manifiestamente la presunción del art. 3.2, letra a), del RMD (en este sentido, sentencia de 22 de octubre de 2002, caso *Schneider Electric/Comisión*, causa T-310/01, apartado 412).

Descendiendo al caso, debe examinarse si el error cometido por la Comisión, al considerar irrelevante el volumen de negocios realizado por ByteDance en la Unión, podría haber tenido una influencia decisiva sobre el rechazo, por la Comisión, de los argumentos presentados por la actora para refutar la presunción legal prevista.

En primer lugar, cabe señalar que el error cometido por la Comisión sólo afecta al considerando 121 de la Decisión. Además, la actora no ha demostrado

⁸ Punto III y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

⁹ En este sentido, sentencia de 14 de mayo de 2002, caso *Graphischer Maschinenbau/Comisión*, causa T-126/99, apartado 49, y sentencia de 10 de abril de 2024, caso *Columbus Stainless/Comisión*, causa T-445/22, apartado 104.

que los demás considerandos de la Decisión, basándose en los cuales la Comisión rechazó los demás argumentos para refutar la presunción del art. 3.2, a) del RMD, adolezcan de errores.

En segundo lugar, que el umbral de volumen de negocios en la Unión no se haya alcanzado cada uno de los tres últimos ejercicios, es un dato que por sí solo, no basta para cuestionar manifiestamente la presunción del art. 3 (2) (a) del RMD. Además, ninguno de los demás argumentos invocados por la actora ha sido acogido.

En tercer lugar, los demás elementos de la Comisión para concluir que ByteDance tenía un potencial significativo para monetizar a sus usuarios en la Unión en un futuro próximo siguen siendo válidos, pese a estar por debajo del umbral del art. 3.2,a) el volumen de negocios realizado en la Unión. Volumen que no ha dejado de aumentar, lo que la actora no discute. De la Decisión se desprende que el valor justo de mercado de ByteDance estaba “muy por encima” del umbral de 75 000 millones de euros, que el número de usuarios finales y profesionales en la Unión ha seguido aumentando los tres últimos ejercicios, superando con creces los umbrales del art. 3.2,b) y que, por ello, la Comisión concluyó que los argumentos de la actora no podían refutar el importante potencial de ByteDance para monetizar a sus usuarios en la Unión en un futuro próximo.

En estas circunstancias, el error cometido no podría haber tenido una influencia decisiva en la conclusión de la Comisión de que los argumentos presentados para refutar la presunción legal del art. 3.2, letra a) del RMD no estaban suficientemente fundamentados para sembrar una duda manifiesta sobre la presunción y, por tanto, no tenían incidencia sobre la legalidad de la Decisión impugnada.

VI. TIK TOK COMO UNA IMPORTANTE PUERTA DE ACCESO.

En la tercera parte del primer motivo del recurso de anulación se estudia si *Tik Tok* es una puerta importante de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales (art. 3.1,b) examinando los cuatro obstáculos opuestos por la actora.

I. Ausencia de ecosistema y efectos significativos de red.

La actora sostiene-primera imputación- que, a diferencia de otras empresas activas en el sector digital, no dispone de un ecosistema y no se beneficia de efectos de red significativos, lo que cuestiona la presunción de que TikTok es una puerta importante de acceso¹⁰. Sin embargo, la Comisión rechazó erróneamente sus argumentos.

¹⁰ Punto nº121 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

En la Decisión impugnada, la Comisión señaló que el argumento de la actora de que, a diferencia de otras empresas como Meta y Alphabet, ella no tenía un ecosistema, se refería a la capacidad de estas empresas de vender publicidad en línea a través de sus ecosistemas y lo rechazó, por considerarlo irrelevante, argumentando que el servicio de plataforma era un servicio de redes sociales en línea y no un servicio de publicidad en línea, ya que ambas categorías de servicios de plataforma se distinguen en el RMD. En cualquier caso, la Comisión consideró que la alegación de la actora no podía cuestionar manifiestamente la presunción legal del art. 3, apartado 2, letra b), del RMD.

El RMD no contiene una definición del término “ecosistema”. Sin embargo, el contenido del concepto puede deducirse de los considerandos 3, 32 y 64 del RMD de los que se desprende que un ecosistema de plataformas digitales puede estar compuesto por una o varios servicios de plataforma, así como por otros servicios conectados a éstos, por ejemplo a través de vínculos tecnológicos o interoperabilidad, lo que exacerbará las barreras de entrada para los competidores de estas empresas y aumentará los costes de cambio para los usuarios finales, haciendo que estas empresas tengan más dificultades para competir con operadores de mercado nuevos o existentes o desafiar su posición.

Existe un “ecosistema” digital cuando varias categorías de proveedores, clientes y consumidores se reúnen e interactúan dentro de una plataforma, pudiendo los productos o servicios que componen este ecosistema entrelazarse o conectarse entre sí considerando su horizontalidad o su complementariedad vertical.

Del considerando 3 del RMD se desprende que una de las características de determinados guardianes de acceso es precisamente que *ejercen control* sobre ecosistemas completos de plataformas en el marco de la economía digital. De ello se deduce que disponer de un ecosistema de plataformas digitales podría ser un elemento pertinente a efectos de apreciar si la empresa es un guardián de acceso y, más concretamente, si el servicio de plataforma constituye una puerta importante de acceso.

Sin embargo, la presencia de un ecosistema es una de las características de «determinados» guardianes de acceso mencionados en los considerandos 2 y 3 del RMD. Ninguna norma del RMD sugiere que, para ser designado guardián, una empresa deba controlar un ecosistema de plataformas. Al decir que “un servicio básico de plataforma” puede ser una puerta importante de acceso, el art. 3(1) (b) del RMD implica que un servicio de plataforma puede, por sí solo, constituir tal puerta, sin ser parte de un ecosistema. Que un servicio de plataforma no sea parte de un ecosistema no es suficiente para demostrar que este servicio no es una puerta importante de acceso.

También debe aclararse que son las ventajas o desventajas asociadas a la existencia o ausencia de un ecosistema las que permiten evaluar si el servicio de plataforma supone una puerta importante de acceso, y no la mera existencia o ausencia de un ecosistema. Como señaló la Comisión, el concepto mismo de «ecosistema» incluye diferentes modelos comerciales. Por lo tanto, cada ecosistema debe examinarse caso por caso, considerando los beneficios o la falta de ellos derivados de dicho modelo de negocio, particularmente en lo que respecta a la impugnabilidad.

La conclusión alcanzada por el Tribunal es que la actora no ha demostrado la premisa en la que se basa toda su alegación, por lo que procede desestimarla por inoperante. Además, el Tribunal argumenta que la supuesta ausencia de un ecosistema no ha impedido que *Tik Tok* crezca en términos absolutos y relativos, siguiendo una tendencia exponencial al alza en términos del número de usuarios.

Por otra parte, los efectos de red ocurren cuando el valor de un producto o servicio aumenta a medida que más personas lo utilizan. Las redes sociales generan fuertes efectos de red y ventajas relacionadas con los datos, si, con el tiempo, su número de usuarios aumenta, porque cuantos más usuarios hay, más útil les resulta la red y aumenta su valor en el mercado a los ojos de los usuarios, lo que, a su vez, atrae a más usuarios. Además, cuantos más usuarios finales haya en una red social, más usuarios profesionales se sentirán atraídos. Por lo que una plataforma de redes sociales puede generar importantes efectos de red por sí sola, incluso si no forma parte de un ecosistema. Nada en el RMD sugiere que un servicio de plataforma sólo pueda producir efectos de red en presencia de un ecosistema. Por el contrario, de los considerandos 2 y 13 d del RMD se desprende que los efectos de red son una característica de los servicios de plataforma que es distinta de la relativa a la existencia de una integración vertical.

Sin embargo, según el Tribunal, la actora no presenta ningún argumento independiente que permita sugerir que *Tik Tok* carece de efectos de red significativos. Su argumento se basa en la premisa lógica de que la supuesta ausencia de un ecosistema da como resultado la ausencia de efectos de red. Sin embargo, esta inferencia es incorrecta.

Además, la Comisión consideró que *Tik Tok* constituía un servicio de red social en línea, en el sentido del art. 2.7, del RMD, y no un servicio de plataforma para compartir vídeos, en el sentido del art. 2.8, del RMD. La actora no ha cuestionado esta calificación en el marco del presente recurso.

2. Presencia de alojamientos múltiples y ausencia de efectos de bloqueo.

La actora sostiene-segunda imputación- que una proporción significativa de usuarios de *Tik Tok* optan por el *multihoming*, lo que demuestra que no existen efectos de bloqueo significativos y que las empresas que utilizan *Tik Tok* no dependen de ello para llegar a sus usuarios finales¹¹. Además, que *Tik Tok* invierta en interoperabilidad y fomente el *multihoming* demostraría que no es un guardián.

Cabe señalar que, en el contexto de los servicios digitales en general y de las plataformas en línea en particular, el concepto de alojamiento múltiple o multi-alojamiento (*multihoming*) describe la situación en la que los usuarios utilizan varios servicios digitales competidores en paralelo, en este caso servicios digitales en línea de redes sociales.

Los servicios básicos de plataforma se distinguen de otros servicios digitales por ciertas características, como sus extremas economías de escala, que resultan de costes marginales casi nulos para añadir usuarios-empresas o usuarios finales, sus efectos de red muy significativos, su capacidad de conectar muchas empresas usuarias con muchos usuarios finales gracias a su naturaleza multilateral, un grado considerable de dependencia de las empresas usuarias y de los usuarios finales, los efectos del *lock-in*, la falta de *multihoming* para los mismos fines por parte de los usuarios finales, integración vertical y beneficios de datos.

El considerando 13 del RMD explica que la baja impugnabilidad y las prácticas desleales en el sector digital son más pronunciadas para algunos servicios digitales que para otros como los servicios digitales generalizados y de uso común que sirven, en su mayor parte, como *intermediarios* directos entre las empresas usuarias y los usuarios finales, y que se caracterizan por los factores indicados. La ausencia de *multihoming* y la existencia de efectos de bloqueo son factores relevantes, que pueden caracterizar a un guardián que proporciona un servicio de plataforma que supone una puerta importante de acceso.

Desde otra perspectiva, los factores enumerados a modo de ejemplo en los considerandos 2 y 13 del RMD no suponen condiciones *sine qua non* para que un servicio de plataforma sea considerado una puerta importante de acceso. Por el contrario, cuando la empresa afectada presenta argumentos relativos a los factores enumerados deben tenerse en cuenta, a la vista del art. 3.5 del RMD, las circunstancias en que opera el servicio de plataforma. Por lo tanto, la presencia o ausencia de efectos de exclusión o de alojamientos múltiples no debe examinarse

¹¹ Punto n° 163 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

de manera abstracta, sino en relación con las circunstancias en las que opera el servicio de plataforma.

Además, es necesario tener en cuenta las características específicas y concretas del *multihoming*. Que los usuarios de una plataforma de red social en línea utilicen paralelamente otras plataformas de redes sociales, no significa que las plataformas sean igualmente importantes para ellos. La intensidad del uso, el tiempo empleado por un usuario en interactuar en la plataforma, o incluso la importancia de la plataforma para determinadas categorías de usuarios podrían ser factores relevantes para evaluar si un cierto grado de *multihoming* permite cuestionar claramente la presunción según la cual el servicio de plataforma supone una puerta importante de acceso.

Cabe añadir que los efectos de bloqueo que una plataforma de red social puede producir respecto de sus usuarios es un factor distinto del relativo a la presencia o ausencia de *multihoming*. Tales efectos podrían darse incluso en presencia de *multihoming*, dependiendo, por ejemplo, de efectos de red generados por la plataforma, la intensidad del uso de una plataforma de redes sociales, la participación más pronunciada de categorías de usuarios con la plataforma o incluso los sesgos conductuales que grupos de usuarios podrían demostrar hacia la plataforma, a la que podrían estar apegados. Incluso en presencia de *multihoming*, algunos usuarios podrían enfrentar costes de cambio al reorientar sus actividades de una plataforma a otra, como los relacionados con la adaptación de su contenido al formato y al algoritmo de las diferentes plataformas.

De ello se deduce que, si la presencia o ausencia de efectos de *multihoming* y de bloqueo pudieran ser elementos relevantes para apreciar si la presunción de que el servicio básico de plataforma supone una puerta de acceso importante puede quedar manifiestamente cuestionada, es necesario tener en cuenta las características específicas y concretas de dicho alojamiento múltiple y los efectos de bloqueo tal como se manifiestan en las circunstancias en las que opera el servicio de plataforma.

Examinando el caso Bytedance, en primer lugar, el Tribunal concluye que, atendidas las características de los servicios de plataforma, la existencia de multi-alojamientos, incluso en proporciones significativas, no basta por sí sola para cuestionar manifiestamente la presunción legal.

En segundo lugar, no están viciadas de error las apreciaciones de la Comisión según las que el uso paralelo de diferentes servicios de redes sociales no implica un uso igual, pues los usuarios presentes en más de una red social podrán utilizarlos de forma asimétrica. El Tribunal precisa que, según el art. 2.7, del RMD, el concepto de “servicio de red social en línea” se define como una plataforma que permite

a los usuarios finales conectarse y comunicarse entre sí, compartir contenidos y descubrir otros usuarios y otros contenidos, a través de dispositivos y, a través de conversaciones en línea (chats), publicaciones (posts), videos y recomendaciones. Una de las funciones de una red social en línea es la de permitir compartir y descubrir contenidos, en particular videos. Así, los elementos relativos al intercambio y descubrimiento de videos en *Tik Tok* son totalmente relevantes para evaluar la intensidad de uso por parte de los usuarios finales de esta plataforma.

En tercer lugar, la Comisión afirmó acertadamente que era limitado el valor probatorio de los datos presentados por la actora que demostraban que la mayoría de los usuarios de *Tik Tok* también utilizan Instagram y Facebook. Lo cierto es que la actora no ha demostrado que el carácter asimétrico del *multihoming* practicado por los usuarios de *Tik Tok*, por un lado, y de Facebook e Instagram, por otro, no se deba al contexto económico y la secuencia cronológica de la historia de las redes sociales en la Unión sino a la ausencia de efectos de red y de bloqueo en *Tik Tok*.

En cuarto lugar, la actora alega que ha establecido en *Tik Tok* varios mecanismos para permitir a sus usuarios volver a publicar y publicar simultáneamente contenidos en otras plataformas, así como conectar sus cuentas en otras plataformas a sus cuentas en *Tik Tok*. Haber fomentado el *multihoming* demostraría que es un nuevo operador en el mercado que busca atraer más usuarios y que no es guardián con un servicio de plataforma que sea puerta importante de acceso. El argumento en sí carece de fuerza.

En quinto lugar, la actora alega que sus argumentos demuestran, en general, que las empresas que utilizan *Tik Tok* no «dependen» de esa plataforma para llegar a sus usuarios finales, porque disponen de medios alternativos para hacerlo, como lo confirma que una gran parte de ellos optan por el multi-alojamiento. Lo que significaría que *Tik Tok* no es una puerta importante de acceso. El Tribunal concluirá que debe desestimarse el argumento de la actora basado en la falta de “dependencia” por parte de las empresas que utilizan TikTok para llegar a los usuarios finales de esta plataforma.

3. Menor escala de *Tik Tok* en comparación con otras plataformas.

La actora sostiene-tercera imputación- que *Tik Tok* tiene un tamaño menor que otros servicios de redes sociales en línea, como Facebook e Instagram, y que se enfrenta a un gran número de competidores¹².

Entre los elementos mencionados en el considerando 23 del RMD que la Comisión puede tener en cuenta al examinar los argumentos para refutar la

12 Punto n° 216 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

presunción del art. 3. 2, letra b), del RMD están, la “importancia de los servicios básicos de plataforma de la empresa, teniendo en cuenta la escala general de las actividades de servicio básico de plataforma”. Sin embargo, este considerando no especifica los *parámetros* a partir de los cuales debe medirse la importancia y la magnitud del servicio de plataforma.

En el presente caso, la actora sostiene que *Tik Tok* no es una puerta importante de acceso, porque es más pequeña que otras puertas de acceso bien establecidas, en términos de ingresos publicitarios y ARPU, por un lado, y de número de usuarios finales, por otro.

En primer lugar, la Comisión consideró, sin incurrir en error y sin que la actora lo cuestionara, que la escala *absoluta* de *Tik Tok* en términos de número de usuarios finales y usuarios profesionales en la Unión superó los umbrales presuntivos y que la escala *relativa* de *Tik Tok* no era menuda, en la medida en que había alcanzado aproximadamente la mitad del tamaño de Facebook y el de Instagram. Además, el número de usuarios de *Tik Tok* en la Unión ha seguido aumentando en los últimos años.

Cabe añadir que, en la Decisión impugnada, la Comisión señaló, sin que la actora lo discuta, que el número de empresas que utilizan *Tik Tok* en la Unión también ha aumentado de forma significativa desde el año 2020, superando con creces el umbral presuntivo, lo que indica que la importancia de *Tik Tok* para los usuarios empresariales también ha aumentado desde 2020.

No obstante, el Tribunal general subraya que la función del Tribunal en el recurso de anulación consiste en determinar si la Comisión cometió errores en su apreciación de los argumentos presentados por la actora en el procedimiento administrativo para refutar las presunciones, y no en examinar si las presunciones podrían ser refutadas con nuevos argumentos y pruebas presentadas por primera vez por la actora ante él.

Debe señalarse que el RMD ha establecido un marco regulatorio específico que rige la designación de guardianes, que se distingue por sus particularidades. Para garantizar la aplicación efectiva del RMD, la Comisión debe proceder, lo antes posible, a la designación de guardianes. Para ello, el RMD ha establecido presunciones legales, con el objetivo de agilizar el proceso de designación. La posibilidad de refutarlas está sujeta a estrictos requisitos, tanto a nivel procesal como en lo que respecta a la *carga y nivel de la prueba*. Así, el art. 3 (5) del RMD precisa que la empresa podrá presentar argumentos suficientemente fundados para cuestionar las presunciones. Además, el art. 2.3 del Reglamento de ejecución 2023/814 de la Comisión, de 14 de abril de 2023, exige a la empresa que presente sus argumentos en un Anexo a su notificación, indicando a cuál de

los tres requisitos del art. 3.1 del RMD se refieren sus argumentos y, para cada argumento, que explique por qué los servicios de plataforma no cumplen este requisito, aunque alcanzan el umbral correspondiente del art. 3.2 del RMD.

En consecuencia, la empresa no puede presentar por primera vez ante el Tribunal argumentos o pruebas, que no había presentado durante el procedimiento administrativo, para refutar las presunciones, a menos que, a través de éstos, pretenda impugnar un elemento de hecho o de Derecho constatado en la decisión impugnada sobre el cual no pudo pronunciarse durante el procedimiento. No es así en el presente caso.

Esta conclusión no queda desvirtuada por el argumento jurisprudencial¹³, traído por la actora, de que sentencias relativas al Derecho de la competencia y a las ayudas estatales, dan base para sostener que tales argumentos y pruebas serían admisibles en el proceso, aunque se presenten por primera vez ante el Tribunal. En tal sentido, cita las sentencias de 1 de julio de 2010, caso *Knauf Gips/Comisión*, causa C-407/08 P, apartados 89 a 92, de 21 de septiembre de 2005, caso *EDP/Comisión*, causa T-87/05, apartado 158, y de 10 de mayo de 2023, caso *Ryanair y Condor Flugdienst/Comisión*¹⁴, causa T-34/21, recurrido en casación, apartado 86. Sin embargo, según el Tribunal general, esta jurisprudencia se refiere a marcos jurídicos y ámbitos del Derecho que son distintos del RMD, que se caracteriza por requisitos estrictos que rigen la refutación de las presunciones legales, tanto en cuanto al procedimiento como a la carga y el nivel de la prueba, por lo que tal jurisprudencia no es aplicable en el presente caso.

En segundo lugar, según el Tribunal general, los argumentos que presenta la actora por primera vez descansan en una base comparativa incorrecta. Porque algunas de las plataformas en línea citadas no son redes sociales en línea, sino otras clases de servicios, mientras que, según el considerando 23 del RMD, debe examinarse la importancia de los servicios de plataforma, teniendo en cuenta la escala general de las actividades del servicio. Éste es el caso de YouTube, que fue designado por la Comisión como un servicio de plataforma consistente en una plataforma para compartir vídeos, y de DailyMotion y Vimeo, calificadas por la actora como plataformas para compartir vídeos.

¹³ Punto n. 236 de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

¹⁴ El Tribunal general, en sentencia de 10 de mayo de 2023, caso *Ryanair y Condor Flugdienst/Comisión*, causa T-34/21, punto 86, señala que, si bien los informes presentados por la actora son posteriores a la Decisión impugnada, se fundan en *datos que existían en la fecha en que se adoptó la Decisión impugnada*. Que el control ejercido por el juez que conoce de un recurso de anulación se realice por referencia a los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó la decisión impugnada, no obsta a la posibilidad de las partes, en el ejercicio de su *derecho de defensa*, de completarlos con pruebas realizadas después de esa fecha, con el fin específico de impugnar o de afianzar esta decisión (en este sentido, sentencia de 27 de septiembre de 2006, caso *GlaxoSmithKline Services/Comisión*, causa T-168/01, punto 58).

Además, y como consideró la Comisión, el tamaño de *Tik Tok* no puede examinarse *estáticamente*, sino que debe tener en cuenta la dinámica del crecimiento rápido y significativo del número de usuarios finales en la Unión, que cabe prever pueda alcanzar en pocos años¹⁵ aproximadamente la mitad del tamaño de Facebook y el de Instagram.

Por las mismas razones, la referencia de la actora a la Decisión de la Comisión relativa a los servicios Bing y Edge lleva a una conclusión diferente. Aparte de que los Tribunales de la Unión no están vinculados por la práctica administrativa de la Comisión, la actora no demuestra que esté en una situación comparable a la de Microsoft. Sino que la Decisión se refería a otras clases de servicios de plataforma y no a redes sociales, no explicando la actora por qué las circunstancias en las que operan estos otros servicios serían comparables a en las que se encuentra un servicio de redes sociales, tal como *Tik Tok*. Además, en la Decisión, la Comisión señaló que Microsoft había presentado datos que mostraban que Bing representa sólo el 3,6 % del volumen global de actividades en el ámbito de los motores de búsqueda y era 25 veces más pequeño que Google Search, y que Edge supone sólo el 5,8% de la escala general de actividad de los navegadores de Internet y era diez veces más pequeño que Google Chrome. Sin embargo, en el presente caso, la actora no presentó datos comparables en cuanto al tamaño de *Tik Tok*. Que la escala relativa de *Tik Tok* pueda alcanzar aproximadamente la mitad del tamaño de Facebook y de Instagram distingue el presente caso de los citados anteriormente. En suma, no es acogida la tercera imputación de la tercera parte del primer motivo.

4. Ingresos publicitarios y nivel de interacción con usuarios profesionales.

La actora sostiene -cuarta imputación- que sus ingresos publicitarios, su ARPU o incluso el nivel de interacción de los anunciantes y de las empresas usuarias registradas en *Tik Tok* son bajos e inferiores a los de otras plataformas, lo que demuestra que *Tik Tok* no es una puerta importante de acceso¹⁶.

La Comisión rechazó los argumentos de la actora relativos a los ingresos publicitarios, al *average revenue per use* (ARPU), “ingresos promedio por usuario” o al bajo nivel de interacción entre los anunciantes y los usuarios profesionales registrados en TikTok, entendiendo que carecían de pertinencia y, por otra parte,

15 El número que una magnitud, como lo es el tamaño de una plataforma, alcanzará en unos pocos años, es una proyección a futuro de los hechos y datos del presente y del pasado. El escenario previo a la Crisis financiera del 2008, en que los indicadores económicos de muchas empresas eran favorables junto a la experiencia vivida con la difusión del virus COVID-19, que deshizo todas las previsiones económicas, llevan a la conclusión razonable de arrumbar definitivamente la validez de argumentaciones como ésta. Una previsión de futuro, en Derecho, no puede ser equiparada a un hecho realmente sucedido.

16 Punto nº 248 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

que no estaban suficientemente fundamentadas para cuestionar manifiestamente la presunción legal prevista en el art. 3.2, letra b), del RMD.

La Comisión rechazó estos argumentos considerándolos irrelevantes, porque se referían a otra categoría de servicios básicos de plataforma, servicios de publicidad en línea, y no servicios de redes sociales en línea, y que los usuarios profesionales de estas dos clases de servicios de plataforma se definían por separado en la norma. Además, la Comisión indicó que los ingresos publicitarios y el ARPU no eran indicadores adecuados para evaluar si un determinado servicio de plataforma era una puerta importante de acceso.

La Comisión añadió que incluso si determinados anunciantes de *Tik Tok* pudieran ser también empresas que utilizaran servicios de redes sociales, era necesario tener en cuenta, a efectos de la evaluación de la presunción legal, todos los usuarios profesionales, y no sólo los anunciantes de pago, porque los profesionales que no pagan por colocar anuncios en la plataforma podrían depender de ella para obtener visibilidad de sus actividades. En la Decisión se consideró que los datos sobre la interacción de las empresas registradas aportados por la actora no eran representativos.

Sin embargo, a juicio del Tribunal general, estas diferencias no permiten, en sí mismas, descartar como irrelevantes los argumentos o pruebas relacionados con la publicidad en línea en la plataforma *Tik Tok*, en el contexto del examen de la cuestión de si esta red social en línea es una puerta importante.

Por un lado, no se discute que, incluso si se clasifican en dos categorías distintas de servicios básicos de plataforma, los servicios de redes sociales en línea y los servicios de publicidad en línea son proporcionados, en las circunstancias del caso, en la misma plataforma, a saber, la plataforma *Tik Tok*. Como explica la actora, *Tik Tok* es una plataforma única en la que los usuarios interactúan compartiendo y viendo vídeos, mientras que los anunciantes pagan por la publicación de vídeos aparecen intercalados entre los vídeos visualizados por los usuarios. Las partes también coinciden en un cierto solapamiento entre usuarios profesionales de redes sociales en línea y usuarios comerciales de un servicio de publicidad en línea, ya que algunos anunciantes también pueden cumplir con la definición de usuarios comerciales de redes sociales en línea.

Así, no se puede negar que los ingresos publicitarios o ARPU generados por *Tik Tok* podrían, en principio, ser un índice de la importancia que la plataforma tiene para las empresas que la utilizan para llegar a los usuarios finales, pues la publicidad es uno de los medios utilizados por las empresas usuarias para llegar a sus clientes. Por lo tanto, *la Comisión cometió un error, al rechazar los argumentos y pruebas relativos a la publicidad en línea, presentados por la actora*, entendiendo carecían de

pertinencia para refutar la presunción legal. Cabe añadir que la Comisión, en el proceso, ha reconocido que tales argumentos y pruebas podían, en principio, ser invocados para refutar la presunción del art. 3.2, letra b), del RMD.

Ahora bien, la Comisión rechazó los argumentos pruebas de la actora relativos a la publicidad en línea también por otra razón, no estar suficientemente fundamentados para cuestionar manifiestamente la presunción legal del art. 3.2, letra b), del RMD.

Primero: porque las redes sociales siguen una estrategia dirigida a ampliar su base de usuarios y a la creación de efectos de red cada vez mayores, que pueden llevarles, durante un período determinado, a favorecer el aumento del número de usuarios en relación a su monetización. Segundo: porque, además de la publicidad, hay otros medios que permiten a las empresas que utilizan *Tik Tok* ganar visibilidad y llegar a sus usuarios finales, como publicar vídeos en sus cuentas comerciales o cerrar acuerdos con creadores de contenido o personas influyentes para promocionar sus marcas. Tercero: porque tener en cuenta el número de «usuarios profesionales registrados» no es un método fiable para contar el número de empresas que utilizan la red social *Tik Tok*, y da como resultado una subestimación significativa de este último. Pues la posibilidad de registrarse como “usuario empresarial registrado” no se introdujo hasta 2022 y en un número limitado de Estados de la Unión, y dicho registro no era obligatorio. Razones por las que decae la cuarta imputación sobre ingresos publicitarios e interacción de usuarios.

VII. GOCE DE POSICIÓN SÓLIDA Y DURADERA.

El art. 3.1, letra c) del RMD establece dos criterios alternativos para que una empresa sea designada guardián: que goce de una posición sólida y duradera en sus actividades o que con toda probabilidad disfrute de esa posición en el mercado en un futuro cercano¹⁷. En el caso de autos, de la Decisión se desprende que la Comisión consideró que ByteDance gozaba de una posición sólida y duradera en sus actividades y que, por tanto, se cumplía el primer criterio del art. 3.1, letra c), del RMD.

Si bien del RMD no define el concepto de “posición sólida y duradera”, tiene elementos que permiten delimitarlo. De una lectura combinada del art. 3.1, c) y la presunción del párrafo 2.c) del RMD, leídos a la luz del considerando 21 del RMD, se desprende que la posición de una empresa se considera “fuerte y duradera” si la impugnabilidad de esta posición es limitada. Este podría ser el caso si esa

¹⁷ Apartado nº 293 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

empresa ha proporcionado un servicio de plataforma en al menos tres Estados miembros a un gran número de usuarios profesionales y usuarios finales durante un período de al menos tres años. La noción de posición “sólida y duradera” pretende comprender la baja contestabilidad de la posición de la empresa, así como la estabilidad en el tiempo de esta posición.

Además, el concepto de “posición sólida y duradera” de la que disfruta un guardián no se superpone con el de “posición dominante”, del art. 102 del TFUE. Prueba de ello es que el legislador de la Unión optó por utilizar un *concepto nuevo*, distinto del de “posición dominante”, e incluir en el ámbito subjetivo de aplicación del RMD a los guardianes que no ocupan una posición dominante según el Derecho de la competencia.

El objetivo del RMD es garantizar la impugnabilidad de la posición de los guardianes no sólo por parte de otros guardianes, sino también, y sobre todo, por otros operadores que no son guardianes para un servicio de plataforma determinado. El considerando 32 del RMD especifica que la contestabilidad debe estar relacionada con la capacidad de las empresas para superar las barreras a la entrada y expansión, y para competir con el guardián sobre la base de los méritos de sus productos y servicios. Al referirse a las barreras a la entrada, así como a la capacidad para competir con el guardián, este considerando dice que el concepto de “disputabilidad” se refiere principalmente a la capacidad de las empresas que no son guardianes de un determinado servicio de plataforma para competir con ésta, sobre los méritos de sus productos y servicios.

Las circunstancias del caso, a juicio del tribunal, tienden a ilustrar que una empresa que entra por primera vez en el mercado interior con el objetivo de cuestionar la posición de los entonces guardianes, puede posteriormente convertirse ella misma en guardián.

VIII. CONTRARIEDAD CON LOS OBJETIVOS POLÍTICOS.

Por otra parte, la actora sostiene que la Comisión rechazó erróneamente, sus argumentos “adicionales”, por entender que no estaban directamente relacionados con los criterios cuantitativos en el sentido del considerando 23 del RMD¹⁸. La actora, después de haber presentado todos sus argumentos y pruebas para refutar cada una de las tres presunciones legales, avanzó en una nueva parte titulada “Designación contraria a los objetivos políticos del RMD”, argumentos “adicionales” por los cuales razonaba que su designación como guardián iría en contra de los objetivos perseguidos por el RMD.

18 Punto n° 321 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

En sus argumentos “adicionales”, la actora razonó, en primer lugar, que la aplicación del RMD tenía como objetivo permitir a los nuevos participantes en el mercado, como TikTok, competir con plataformas bien asentadas; en segundo lugar, que su designación como guardián implica un coste de cumplimiento significativo para el nuevo participante en el mercado ya que limitó su capacidad de entrar en nuevos mercados, y, en tercer lugar, que la Comisión no aplicó correctamente el marco jurídico material y procedimental previsto en el art. 3.5 del RMD, sobre manifiesta oposición a la calificación.

Las razones por las que la actora entiende que la Comisión no aplicó correctamente el marco material y procedimental son tres. Primera: porque interpretó demasiado restrictivamente la norma y el considerando 23 del RMD, privando así al “proceso de refutación de presunciones” de su *objetivo* de eliminar los “falsos positivos”. Segunda: porque rechazó apreciar las circunstancias en las que *Tik Tok* operaba, considerándolas desprovistas de relevancia, sin informarle de cuáles son las circunstancias relevantes que podrían entrar en juego, despojando así al proceso de su objeto, vulnerando los derechos de la actora. Tercera: porque también vulneró los principios de proporcionalidad y de buena administración, toda vez que debió abrir una investigación de mercado.

La Comisión rechazó los argumentos «adicionales» de la actora por considerar que solo eran admisibles los “directamente relacionados” con los umbrales cuantitativos del art. 3.2, del RMD, en el sentido del considerando 23 de la Decisión, y ninguno más. Según el Tribunal general los argumentos “adicionales” no pretendían refutar alguna de las presunciones legales, sino que eran afirmaciones generales sobre los objetivos perseguidos por el RMD y el objeto del art. 3.5 del RMD, sobre oposición a la calificación, y el “efecto útil” de esta norma. La Comisión consideró, correctamente, que no se referían a las presunciones y que, por ello, debían ser rechazadas. En suma, se desestima la primera imputación de la primera parte del primer motivo.

Juicio crítico: el Tribunal general lleva a cabo una injustificada restricción del debate en el recurso de anulación, al rechazar apodóticamente la reflexión de la actora acerca de los objetivos perseguidos por la norma europea, siendo que es un elemento interpretativo de la norma enunciado por el Tribunal de la Unión en un sinnúmero de sentencias.

IX. VALORACIÓN GLOBAL DE LAS PRUEBAS.

La actora sostiene, en su recurso de anulación, que la Comisión siguió un enfoque compartimentado y fragmentario, al no realizar una valoración global de las pruebas que ella había presentado para refutar las presunciones del art. 3,

apartado 2, del RMD¹⁹. Según ella, estos elementos de prueba demuestran, en su conjunto, que no se trata de un guardián de acceso o, al menos, que la Comisión debería haber abierto una investigación de mercado para determinar si así era.

En la Decisión impugnada, la Comisión rechazó todos los argumentos y pruebas presentados por la actora, concluyendo, en relación con cada una de las presunciones previstas en el art. 3, apartado 2, del RMD, que no estaban suficientemente fundamentadas para cuestionarlas manifiestamente.

De ello se deduce que, habiendo rechazado cada uno de los argumentos de la actora, la Comisión consideró que, considerados individualmente o en su conjunto en el contexto de cada una de las presunciones previstas en el art. 3, apartado 2, del RMD, no estaban suficientemente fundamentados para cuestionar manifiestamente estas últimas.

La actora, refiriéndose a determinados considerandos de la Decisión en que la Comisión subrayó que la existencia de un ecosistema no era en sí una condición esencial para ser designado guardián de acceso y que la existencia de un alojamiento múltiple no era, como tal, indicio de que el servicio básico de plataforma no suponía una puerta de acceso importante, reprocha a la Comisión no haber realizado una evaluación global de dichos argumentos.

Sin embargo, la Comisión no solo rechazó los argumentos de la actora por razón de que la existencia de un ecosistema no era una condición indispensable para la designación como guardián y que la existencia de multihoming no era, como tal, un indicio de que el servicio de plataforma no suponía una puerta de acceso importante. Sino que también rechazó estos argumentos razonando que no estaban suficientemente fundados para cuestionar manifiestamente la presunción del art. 3.2, letra b) del RMD.

En suma, la actora no presenta ningún otro argumento específico que pueda demostrar que la conclusión a la que llegó la Comisión habría sido diferente si hubiera examinado sus argumentos y pruebas en su conjunto. Por lo que debe desestimarse la quinta parte del primer motivo del recurso de anulación.

X. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

En el segundo motivo del recurso la actora alega vulneración en el procedimiento administrativo, del derecho de defensa, que es un derecho fundamental.

El art. 34, apartado 1 del RMD, titulado «Derecho a ser oído y derecho de acceso al expediente», prevé la obligación de la Comisión de asumir el

¹⁹ Punto n° 329 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

compromiso, antes de la adopción de una decisión, de dar la oportunidad a las empresas afectadas de dar a conocer su punto de vista sobre las conclusiones preliminares de la Comisión²⁰.

Respecto a las decisiones adoptadas según el art. 3.5, párrafo segundo, del RMD, decisiones en que la Comisión designa a una empresa como guardián rechazando sus argumentos para refutar las presunciones sin abrir una investigación de mercado, al no estar mencionado en el texto del art. 34.I del RMD, según el Tribunal general, esta última norma no era aplicable en este caso.

Según el art. 34.4, del RMD los derechos de defensa de la empresa responsable del acceso, deben estar plenamente garantizados durante cualquier procedimiento. El Considerando 109 del RMD establece que el RMD respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta y que, en consecuencia, la interpretación y la aplicación del RMD deben respetar estos derechos y estos principios.

Además, según la jurisprudencia, el derecho de defensa es un derecho fundamental integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantizan los jueces de la Unión. Este principio general está tipificado²¹, en el contexto del *derecho a una buena administración*²², en el art. 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta y se aplica cuando la Administración, europea o nacional, se propone adoptar un acto contra una persona que le perjudique²³. Así, el respeto del derecho a ser oído es esencial incluso cuando la normativa aplicable no prevé expresamente tal formalidad²⁴.

Según el art. 41 de la Carta, toda persona tiene derecho a que sus asuntos sean tratados de manera imparcial, equitativa y dentro de un plazo razonable por las instituciones de la Unión, lo que incluye, el derecho de toda persona a ser

20 Punto nº 340 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

21 Cuando el contenido de un principio general del Derecho de la Unión, de creación jurisprudencial, queda después tipificado como derecho fundamental de la Carta de la Unión, obviamente, deja de ser principio general del Derecho y pasa a ser derecho fundamental. No podemos mezclar, en Derecho, una “norma” con un “principio”. El campo de juego y las consecuencias son bien distintas.

22 Puede verse FUENTETAJA PASTOR, J. A.: “El Derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008, pp. 137-154; GUILLEM CARRAU, J.: “La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?”, *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 25, 2011, pp. 69-103; VIÑUALES FERREIRO, S.: “La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 27-28, 2014-2015, pp. 321-340; también VIÑUALES FERREIRO, S.: “Los procedimientos europeos de defensa de la competencia: ¿paradigma de buena administración?”, *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 172, 2015, pp. 363-392; PONCE SOLE, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Valladolid, 2001.

23 Sentencia de 25 de marzo de 2021, caso Slovak Telekom/Comisión, causa C-165/19 P, punto 80.

24 Sentencias de 22 de noviembre de 2012, caso M., causa C-277/11, punto 86, y de 18 de junio de 2020, caso Comisión/RQ, causa C-831/18 P, punto 67.

oída antes de que se adopte contra ella una medida individual que pueda afectarla negativamente. Según la jurisprudencia, dicho derecho garantiza a toda persona la posibilidad de dar a conocer su punto de vista, de manera útil y eficaz, durante el procedimiento administrativo y antes de la adopción de cualquier decisión que pueda afectar negativamente a sus intereses²⁵.

El Tribunal general concluye en el caso que la actora no ha demostrado que la decisión tomada por la Comisión habría sido diferente de haber podido la actora efectuar las alegaciones cuyo impedimento censura.

XI. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.

Mediante su tercer motivo del recurso de anulación, la actora alega una desigualdad de trato derivada- no de actuaciones judiciales sino- de la práctica decisoria de la Comisión²⁶, que vulneró el principio de igualdad de trato, porque en su Decisión rechazó sus argumentos “cualitativos”, cuestionando su condición de guardián, mientras que en otras decisiones había acogido favorablemente este tipo de argumentos.

Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato²⁷, principio general del Derecho de la Unión, recogido en los arts. 20 y 21 de la Carta, exige que situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no reciban el mismo trato, a menos que dicho trato esté objetivamente justificado²⁸.

Sin embargo, la Comisión está obligada a realizar un análisis individualizado de las circunstancias específicas de cada caso, sin estar vinculada por decisiones anteriores que afecten a otros operadores económicos u otros servicios básicos de plataforma²⁹.

En esta línea, conforme al art. 3, apartado 5, párrafo primero, del RMD, el examen de los argumentos presentados por la empresa interesada para refutar las presunciones previstas en el art. 3, apartado 2, del RMD debe tener en cuenta las “circunstancias en las que opera el servicio básico de plataforma”.

25 Sentencia de 18 de junio 2020, caso Comisión/RQ, causa C-831/18 P, apartado 67.

26 Punto n. 372 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

27 Puede verse los clásicos LENAERTS, K.: “L’égalité de traitement en Droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples”, *Cahiers de Droit européen* num 1-2/1991 y LOUIS, J. V., y RONSE, Rh., *L’Ordre juridique de l’Union européenne*, Paris, 2005.

28 Sentencia de 16 de junio de 2022, caso Sony Optiarc /Comisión, causa C-698/19 P, apartado 153.

29 Absolutizar la particularización de cada caso incurre en el riesgo de vaciar *a priori* el contenido potencial del principio de igualdad de trato.

Según el tribunal general, en el caso de autos, los considerandos de Decisiones de la Comisión citados por la actora se referían a otras categorías³⁰ de servicios de plataforma y no a *servicios de redes sociales en línea*, sin explicar la actora por qué las circunstancias en las que operan estas otras categorías de servicios de plataforma serían comparables a aquellas en las que opera un servicio de red social como *Tik Tok*.

En suma, el Tribunal general procede a desestimar el tercer motivo por infundado y, finalmente, y, en consecuencia, el recurso de anulación en su conjunto.

XII. ANOTACIONES FINALES.

La Comisión europea puede designar como “guardianes de acceso” a las plataformas digitales en quienes concurren las presunciones legales previstas en el Reglamento europeo de Mercados Digitales de 2022. Acerca de la reflexión jurisprudencial sobre las exigencias y garantías de esta actuación de la Comisión podemos anotar lo que sigue.

1ª Que el art. 3. 5 del RMD de 2022, interpretado a la luz del Considerando 23 de la Exposición de motivos, para refutar las presunciones legales previstas, permite a la empresa interesada presentar en contra argumentos y pruebas, expresados o no en valores numéricos, siempre que estén directamente vinculados a una o más de dichas presunciones y siembren una “duda manifiesta” sobre la designación.

2ª Que el nivel de contra-prueba exigido a la empresa es elevado, y, que los argumentos que presente deben poder demostrar, con un alto grado de verosimilitud, que las presunciones legales quedan desvirtuadas. No es suficiente, a estos efectos, la demostración de la concurrencia de simples “dudas” o de indicios *prima facie*.

3ª Que, según la jurisprudencia del Tribunal general, un error de motivación del acto de designación como guardián de acceso, no da lugar a la anulación de la designación, si el error no podría haber tenido una influencia decisiva en el resultado del procedimiento de designación, por no sembrar una duda manifiesta sobre el resultado de las presunciones legales puestas en juego por la Comisión.

4ª Que rechazar apodícticamente la reflexión de la empresa afectada acerca de los objetivos perseguidos por el Reglamento de 2022, puede suponer una injustificada restricción del debate en el recurso de anulación, por ser los objetivos

30 En el punto 238 de la sentencia el Tribunal general afirma que algunas de las plataformas en línea citadas por la actora no son redes sociales, sino otras clases de servicios básicos de plataforma, pero el Tribunal no da ninguna razón explicativa de ese cambio de calificación. La inversión de la carga de la prueba en relación a las tres presunciones no puede devenir, en el proceso, una patente de corso para legitimar argumentaciones apodícticas del juez.

perseguidos un elemento interpretativo de la norma enunciado por el Tribunal de la Unión en un sinnúmero de sentencias.

5ª Que el derecho fundamental a una buena administración implica garantizar a toda empresa afectada la posibilidad de dar a conocer su punto de vista, de manera útil y eficaz, durante el procedimiento administrativo y antes de la adopción de cualquier decisión por la Comisión europea que pueda afectar negativamente a sus intereses.

6ª Que el principio de igualdad de trato, principio general del Derecho de la Unión europea, exige no solo que las empresas afectadas en situaciones comparables no sean tratadas por la norma de manera diferente sino también que situaciones diferentes no reciban el mismo trato, sin que dicho mismo trato esté objetivamente justificado.

BIBLIOGRAFIA

ALTZELAI ULIONDO, I.: "Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 74, 2023.

FUENTETAJA PASTOR, J. A.: "El Derecho a la buena en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008.

GUILLEM CARRAU, J.: "La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?", *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 25, 2011.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, C.: "La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites", *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023.

LENAERTS, K.: "L'égalité de traitement en Droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de Droit européen* num 1-2 /1991.

LOUIS, J. V., y RONSE, R.: *L'Ordre juridique de l'Union européenne*, Paris, 2005.

MADRID PARRA, A.: "Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales", *La Ley Unión Europea*, núm. 110, 2023.

OROZCO GONZÁLEZ, M.: "David vs. Goliath: las obligaciones de transparencia en el uso de datos por los "guardianes de acceso" en la Ley de Mercados Digitales", *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2023.

ORTEGA SÁNCHEZ, L.: "El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 10, 2022.

PONCE SOLE, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Valladolid, 2001.

RUIZ ESPINOSA, J.: "Tratamiento de las conductas desarrolladas por plataformas digitales de gran tamaño", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022.

RUIZ PERIS, J. I.: "La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los "gatekeepers" GAFA", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 57, 2021.

VIÑUALES FERREIRO, S.:

- “La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27-28, 2014-2015.
- “Los procedimientos europeos de defensa de la competencia: ¿paradigma de buena administración?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015.



**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE
PERSONA Y DE FAMILIA: PRINCIPADO DE ANDORRA VS.
UNIÓN EUROPEA***

**INTERNATIONAL PRIVATE LAW IN PERSONAL AND FAMILY LAW:
ANDORRA VS. EUROPEAN UNION**

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 562-607

* Este trabajo se ha realizado en el marco de la estancia de investigación realizada en la Universitat d'Andorra (UdA) y en el Consell General del Principat d'Andorra, durante el mes de julio 2024, gracias a una ayuda de investigación para la movilidad internacional del PDI y PI concedida por la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante)-España.

Mi agradecimiento a Dña. M.ª José Espinosa Fresnedo (Arxiu i Biblioteca del Consell General del Principat d'Andorra) y a Dña. Nadia Azzouz y a las Profesoras Dras. Montserrat Casalprim Ramonet y Marta Llorens Ferrer (Universitat d'Andorra).

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Este estudio pretende comparar la legislación del Principado de Andorra con la de la Unión Europea (UE), en lo que al Derecho internacional privado se refiere, en materia de persona y de familia. Mientras que Andorra es una entidad microestatal con legislación propia, la UE funciona con arreglo a un conjunto de normas que armonizan las legislaciones de varios países miembros. Así pues, el objetivo central del estudio es analizar las cuestiones relativas a la persona y la familia, profundizando en las similitudes y diferencias de los enfoques jurídicos adoptados en ambos contextos. Cuestiones como el matrimonio, el divorcio, la custodia de los hijos y la sucesión se examinarán a la luz de estos dos conjuntos de leyes. Se tratará de identificar las áreas en las que los sistemas jurídicos -andorrano y comunitario- convergen y divergen, considerando sus implicaciones prácticas para los individuos y las familias en litigios transfronterizos.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado; competencia judicial internacional; ley aplicable; reconocimiento y ejecución; Andorra; UE; persona; familia.

ABSTRACT: This study aims to compare the legislation of the Principality of Andorra with that of the European Union (EU), as far as private international law is concerned, in matters of person and family. While Andorra is a microstate entity with its own legislation, the EU operates under a set of rules that harmonize the laws of several member countries. Consequently, the central objective of the study is to analyze the issues related to the person and the family, delving into the similarities and differences of the legal approaches adopted in both contexts. Topics such as marriage, divorce, child custody and succession will be examined through the lens of these two legal systems. The study seeks to identify the areas in which the legal systems -Andorran and European- converge and diverge, considering their practical implications for individuals and families in cross-border litigation.

KEY WORDS: International Private Law; international jurisdiction; applicable law; recognition and execution; Andorra; European Union; person; family.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE PERSONA Y DE FAMILIA.- II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN EL PRINCIPADO DE ANDORRA.- I. Introducción: el sistema jurídico andorrano.- 2. Normativa relevante: la Ley andorrana 30/2022.- 3. Competencia judicial internacional en materia de persona y de familia en el Principado de Andorra.- 4. Ley aplicable en materia de persona y de familia en el Principado de Andorra.- 5. Reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en el Principado de Andorra.- III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN LA UE.- I. Introducción al marco jurídico de la UE.- 2. Competencia judicial internacional en la UE.- 3. Ley aplicable y reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en la UE.- IV. ANÁLISIS COMPARADO: PRINCIPADO DE ANDORRA VS. UE.- I. En materia de competencia judicial internacional.- 2. En materia de ley aplicable.- 3. En materia de reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE PERSONA Y DE FAMILIA.

El sistema jurídico familiar del Principado de Andorra se basa en el Derecho civil, con influencias del derecho romano y del *ius commune*. Aunque el Derecho andorrano se ha adaptado a los recientes cambios sociales y económicos, la Constitución andorrana de 1993 establece en relación con la persona y la familia como derechos fundamentales el derecho a la propiedad privada y el derecho a la herencia.

El Derecho internacional privado de la persona y la familia es un área legal que adquiere relevancia en un mundo cada vez más globalizado, donde las relaciones familiares pueden trascender las fronteras nacionales. En este contexto, surge la necesidad de establecer normas que regulen los conflictos legales que puedan surgir en asuntos familiares cuando existen elementos extranjeros involucrados, como matrimonios internacionales, divorcios transfronterizos o disputas sobre la responsabilidad parental.

En el caso específico de Andorra, un pequeño país (en extensión) situado entre España y Francia, su sistema jurídico se ve influenciado por su posición geográfica y su condición de Estado no miembro de la Unión Europea (en lo sucesivo, UE). La normativa andorrana en materia de Derecho Internacional Privado de la persona y la familia se basa en leyes específicas, como la Ley 30/2022, que establece disposiciones relevantes sobre competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en asuntos familiares. Y, en el caso de la UE, se han desarrollado reglamentos que buscan armonizar las normas

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante).
ORCID: 0000-0002-8313-2070. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es.

de Derecho internacional privado en los Estados miembros en lo que respecta a asuntos familiares, como la nulidad matrimonial, separación judicial, divorcio, alimentos y responsabilidad parental.

Estos reglamentos europeos abordan cuestiones como la nulidad matrimonial, separación judicial, divorcio, alimentos y responsabilidad parental, con el objetivo de facilitar la resolución de conflictos legales transfronterizos dentro del marco comunitario.

En este contexto complejo y dinámico, es fundamental analizar y comparar el marco normativo del *iusInternacionalprivatista* en materia de persona y de familia para comprender cómo se regulan en Andorra y la UE las relaciones familiares transfronterizas en estas jurisdicciones y cómo se resuelven los conflictos legales que puedan surgir en este ámbito.

El Derecho internacional privado desempeña un papel fundamental en las relaciones familiares transfronterizas al regular cómo se resuelven los conflictos legales en casos que involucran elementos extranjeros. En el ámbito de la persona y la familia, esta rama del derecho cobra especial relevancia al abordar situaciones como matrimonios internacionales, divorcios entre cónyuges de diferentes nacionalidades, disputas sobre la responsabilidad parental en contextos internacionales, entre otros.

La evolución de la estructura familiar en las últimas décadas ha sido notable, reflejando la diversidad y complejidad crecientes de las sociedades modernas. Tradicionalmente, la familia nuclear, compuesta por padres e hijos, era predominante. Sin embargo, en la actualidad, nos encontramos con una amplia variedad de configuraciones familiares que desafían las concepciones tradicionales y requieren un enfoque legal más inclusivo y adaptable.

Las familias no tradicionales abarcan desde familias monoparentales hasta familias ensambladas, con padres del mismo sexo o cohabitantes sin matrimonio formal. Estas nuevas estructuras familiares surgen de cambios sociales como la mayor aceptación de la diversidad sexual, el reconocimiento de los derechos de cohabitación y los cambios en los roles de género dentro de la familia¹. Además, el aumento de la movilidad global ha dado lugar a un incremento en los matrimonios y relaciones entre personas de diferentes nacionalidades. Esto ha llevado a un aumento en los divorcios internacionales, que presentan desafíos únicos en términos de jurisdicción, aplicación de leyes y reconocimiento de sentencias judiciales en distintos países. Estos casos a menudo involucran complejas cuestiones

¹ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, núm. 21, pp. 109–143, disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57141>.

de custodia, manutención de menores y división de bienes ubicados en diferentes jurisdicciones.

La diversificación de las estructuras familiares, incluyendo familias monoparentales, familias ensambladas, parejas del mismo sexo, entre otras, plantea nuevos desafíos para el Derecho internacional privado en términos de reconocimiento legal, derechos de custodia y sucesiones en diferentes jurisdicciones. Estas nuevas configuraciones familiares requieren una adaptación y flexibilidad por parte del marco legal internacional para garantizar la protección de los derechos de todas las formas de familia.

En el ámbito del reconocimiento legal, el desafío radica en armonizar las leyes de diferentes países para garantizar la validez y protección de las relaciones familiares transnacionales (p.ej., el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo puede variar significativamente de un país a otro, lo que plantea dificultades en términos de reconocimiento y protección de estos matrimonios en jurisdicciones diversas).

En cuanto a los derechos de custodia, las familias no tradicionales pueden enfrentar obstáculos al tratar con disputas sobre la custodia de los hijos en casos de divorcio o separación. La determinación de la custodia y el régimen de visitas puede volverse más compleja cuando se trata de familias con estructuras no convencionales, lo que requiere un enfoque sensible y equitativo por parte del Derecho internacional privado.

En relación con las sucesiones en diferentes jurisdicciones, las familias no tradicionales pueden encontrarse con desafíos al momento de determinar la distribución de bienes y herencias en contextos internacionales. La diversidad de normativas sucesorias entre países puede generar conflictos sobre la aplicación de leyes y la distribución equitativa de los activos familiares en casos transfronterizos.

El aumento en la tasa de divorcios internacionales plantea la necesidad de una mayor claridad y consistencia en la aplicación de leyes entre diferentes jurisdicciones, especialmente en lo que respecta a la división de bienes, la custodia de los hijos y las obligaciones de manutención. Este incremento en los divorcios internacionales refleja la realidad de las sociedades modernas y la movilidad global de las personas, lo que requiere una respuesta legal efectiva para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

En el contexto de la división de bienes, los divorcios internacionales pueden complicarse debido a la diversidad de normativas sobre propiedad y activos en diferentes países. Es fundamental establecer criterios claros y consistentes para determinar cómo se repartirán los bienes adquiridos durante el matrimonio en casos transfronterizos, evitando conflictos y asegurando una distribución equitativa.

En cuanto a la custodia de los hijos, los divorcios internacionales plantean desafíos adicionales en términos de determinar qué jurisdicción es competente para decidir sobre la custodia y el régimen de visitas. Es crucial establecer mecanismos eficaces para resolver disputas relacionadas con la custodia de los hijos en contextos internacionales, priorizando siempre el interés superior del menor y garantizando su bienestar.

Por último, las obligaciones de manutención también requieren una mayor claridad y coherencia en los divorcios internacionales. Es necesario definir con precisión cómo se calcularán y aplicarán las pensiones alimenticias para garantizar que los hijos reciban el apoyo económico necesario, independientemente del país en el que residan.

El aumento de los divorcios internacionales plantea implicaciones significativas en la aplicación de tratados internacionales y en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En primer lugar, es importante destacar que no existe un tratado específico entre Estados Unidos y otros países para otorgar y tramitar el divorcio de parejas estadounidenses, lo que subraya la complejidad y la falta de uniformidad en este ámbito².

En el contexto europeo, se han desarrollado normativas como el Reglamento (CE) n° 2201/2003, conocido como Reglamento “Bruselas II bis”, que aborda la competencia judicial internacional y el reconocimiento de sentencias extranjeras en asuntos de divorcio, separación y nulidad matrimonial. Además, el Reglamento (UE) n° 1259/2010, también llamado Reglamento “Roma III”, establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial. Estos instrumentos buscan armonizar las normativas y facilitar la resolución de conflictos derivados de divorcios internacionales en la UE.

La diversidad de normativas sucesorias entre el Principado de Andorra y la UE, países puede generar desafíos en la división de bienes y herencias en casos transfronterizos. Por otro lado, los problemas derivados de los litigios familiares dentro de la UE han impulsado trabajos de unificación normativa para abordar cuestiones como la competencia judicial internacional y el reconocimiento de sentencias extranjeras en asuntos familiares.

En este sentido, el Derecho internacional privado proporciona el marco legal necesario para determinar qué ley es aplicable a un caso con elementos extranjeros, resolver conflictos de jurisdicción y asegurar que las decisiones judiciales sean reconocidas y ejecutadas adecuadamente en diferentes jurisdicciones. Su

2 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “El divorcio internacional en la UE: problemas de coherencia y coordinación normativa”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2016, núm. 22, pp. 208-233.

importancia radica en su capacidad para armonizar normas legales divergentes y ofrecer soluciones efectivas a los problemas que surgen en relaciones familiares transfronterizas. En definitiva, el Derecho internacional privado desempeña un papel crucial en la protección de los derechos de las personas y familias involucradas en situaciones legales internacionales, garantizando la coherencia y eficacia en la resolución de conflictos legales transfronterizos en el ámbito familiar.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN EL PRINCIPADO DE ANDORRA.

I. Introducción: el sistema jurídico andorrano.

Andorra, un país situado entre España y Francia, cuenta con un sistema jurídico particular influenciado por su posición geográfica y su condición de Estado no miembro de la UE. El Principado de Andorra es conocido por su rico patrimonio de tradiciones jurídicas, que se han transmitido oralmente y por escrito a lo largo de los años³. Debido a su actividad humana fuera de los confines de un sistema jurídico único - resultado de una intensa inmigración y emigración - Andorra ha tenido una "mezcla" de sistemas jurídicos⁴.

Debido a la Guerra Civil española, este fenómeno se intensificó con el aumento del tráfico exterior; reflejado en el flujo de refugiados, los depósitos bancarios y la interdependencia económica con los países vecinos. De este modo, se observa que el Derecho internacional privado influye directamente en la vida cotidiana del país.

Según la Constitución andorrana⁵, las leyes aprobadas por el Consell General (= Parlamento) y los tratados internacionales ratificados por el Principado son fuentes legales fundamentales en Andorra⁶. Este marco legal se complementa con acuerdos bilaterales con países vecinos para regular aspectos específicos del

3 Vid. FARRE, R.V.: "Cuestiones sobre Derecho Internacional Privado Andorrano después de la Constitución de 1993. Incidencia en las relaciones con España y Francia", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, vol. 49, núm. 2, pp. 29-46.

4 Vid., en general, en relación con la historia, instituciones, sociedad, costumbres del Principado de Andorra, VIUSA GALI, J.: *Andorra, retrat de societat*, Llibres de l'index, Barcelona, 1993; y PALAU I MARTI, M.: *Andorra. Història, Institucions, Costums*, Editorial Virgili & Pagès, S. A., Lleida, 1987.

5 Constitución del Principado de Andorra, disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Andorra_1993?lang=es.

6 Vid., en particular, sobre los aspectos relevantes para el Derecho internacional público y para el Derecho internacional privado en la Constitución de Andorra de 1993, AA.VV.: *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Principado de Andorra*, 21-23 de septiembre de 1995, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 21-44; y 99-126. Y, en general, sobre el proceso constituyente de la Constitución andorrana, AA.VV.: *El Procés Constituent de la Constitució del Principat d'Andorra. Actes de la Comissió Especial encarregada del Procés Constituent*, vol. I y II, Consell General del Principat d'Andorra, s. l. e., 2006; VALLS, A.: *La nova constitució d'Andorra*, Premsa Andorrana, S. A., Impremta Principat, S. A., s. l. e., 1993; y MARQUÉS OSTE, N.: *La constitució del Principat d'Andorra: la resposta als reptes de les institucions preconstitucionals en el segle XX (1930-1993)*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 2021.

Derecho Internacional Privado, como los relacionados con la familia y la persona. La Constitución de 1993 es la fuente primaria de los valores del ordenamiento jurídico andorrano, incorporando los principios y valores de las leyes de nivel inferior. Además, las normas que rigen la interacción entre las leyes de diferentes niveles son esenciales para el ordenamiento jurídico andorrano, complementando los principios y valores de las leyes de nivel inferior y sustentándose en las normas de interacción y aplicación de las leyes. En el art. 1 de la Constitución andorrana, donde se proclama que el Principado de Andorra es un Estado independiente, constitucional, social, democrático y de Derecho, donde se proclaman los principios y valores fundamentales de la acción del Estado: respeto y promoción de la libertad, igualdad, justicia, tolerancia, defensa de los derechos humanos y la dignidad humana⁷.

El Principado de Andorra tiene un sistema jurídico único y complejo, que ha evolucionado a lo largo del tiempo debido a su historia migratoria y económica. Este sistema combina elementos del derecho catalán, del derecho consuetudinario, del derecho romano y del derecho canónico, adaptados a las necesidades y circunstancias locales, con una preferencia por la primacía de las normas autóctonas y consuetudinarias⁸.

En este contexto, la Ley andorrana 30/2022 desempeña un papel crucial al establecer disposiciones específicas sobre competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en asuntos familiares. Esta normativa andorrana proporciona el marco legal necesario para resolver conflictos legales en relaciones familiares transfronterizas y garantizar la protección de los derechos de las personas involucradas en situaciones con elementos extranjeros. No olvidemos que se debe complementar esta nueva Ley con la normativa sobre los procesos de persona y de familia y en materia de régimen económico matrimonial⁹.

El análisis detallado del sistema jurídico andorrano en el ámbito del Derecho Internacional Privado de la persona y la familia es fundamental para comprender cómo se aplican las normas legales en casos con conexiones internacionales y

7 Vid. VIÑAS FARRE, R.: "Cuestiones sobre", cit., pp. 29-46; VIÑAS FARRE, R.: *Dret internacional privat del Principat d'Andorra*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2002; y VIÑAS FARRE, R.: *Dret internacional privat del Principat d'Andorra*, vol. II, Persona, familia, sucesiones y testamentos, Universitat d'Andorra i Fundació Crèdit Andorrà, Madrid, 2009; y, AA.VV.: *La Constitució del Principat d'Andorra. Vint anys després 1993-2013*, Consell General del Principat d'Andorra, s. l. e., 2013.

8 Vid., en relación con el debatido Acuerdo de Asociación entre el principado de Andorra y la UE y sus antecedentes, BARTOLOMÉ ARENY, P.: *Andorra i la "qüestió europea". Revisió dels fonaments de l'Acord d'associació entre Andorra i la Unió Europea*, REIGFundació, Sant Julià de Lòira, 2024; y AA.VV.: *Andorra en*, cit., pp. 75-98.

9 Vid., en particular, ABRIL CAMPOY, J. M.: "La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de béns en l'ordenament jurídic andorrà", en AA.VV.: *Aspectes de la jurisprudència andorrana. Balanç de 20 anys de Constitució* (coord. por P. PASTOR VILANOVA), Universitat d'Andorra, Sant Julià de Lòria (Andorra), 2014, pp. 17-28.

cómo se resuelven los conflictos legales que puedan surgir en este contexto específico.

2. Normativa relevante: la Ley andorrana 30/2022.

La promulgación de la Ley andorrana 30/2022, del 21 de julio, cualificada¹⁰, denominada “de la persona y de la familia”¹¹, marcó un hito significativo en la evolución del Derecho internacional privado en Andorra. Esta legislación fue el resultado de un meticuloso proceso legislativo, que reconoció la necesidad de modernizar y adaptar el marco jurídico andorrano a las realidades contemporáneas y a la creciente interconexión global.

El título III de la Ley 30/2022 (“El Derecho internacional privado de la persona y de la familia”) agrupa en tres capítulos las normas de Derecho internacional privado que se han considerado imprescindibles para determinar, en las relaciones jurídicas que presentan puntos de vinculación a otros ordenamientos, el marco en el cual son competentes las autoridades andorranas y el marco en el cual se aplica el Derecho andorrano o se reconocen los actos o resoluciones que han tenido lugar en aplicación de un derecho extranjero. Estas disposiciones son muy necesarias, puesto que una parte importante de la población del Principado de Andorra está formada por personas que no tienen la nacionalidad andorrana.

La delimitación de la competencia de las autoridades andorranas se ha centrado en aquellos ámbitos donde su intervención puede ser pedida o cuestionada con más frecuencia, como es el caso de la celebración del casamiento civil o el conocimiento de las demandas en materia matrimonial. La Ley ha uniformado la terminología empleada en cuanto al punto de conexión relativo a la residencia, optando por el criterio de la residencia habitual, como concepto estándar en el derecho internacional privado europeo, excepto cuando se trata de la competencia de las autoridades andorranas en materia de casamiento civil y

10 Según el artículo 57.3 de la Constitución de Andorra, la “leyes cualificadas” “requieren para su aprobación el voto final favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Consell General” (Parlamento andorrano) y son las destinadas a regular la nacionalidad andorrana (art. 7.1 CA), los derechos fundamentales y las libertades públicas, los derechos políticos de los andorranos (art. 40 CA), así como “los estados de alarma y de emergencia” (art. 42.1 CA). En España, tendrían su correspondencia -relativa- en las leyes orgánicas (art. 81 CE). Vid. RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: “Normas de Derecho Internacional Privado en la Ley Andorrana 30/2022 calificada de la persona y de la familia: Examen de su Título III”, *Bitácora Millenium DiPr*, disponible en: <https://www.millenniumdipr.com/ba-106-normas-de-derecho-internacional-privado-en-la-ley-andorrana-30-2022-calificada-de-la-persona-y-de-la-familia-examen-de-su-titulo-iii>, p. 1.

11 Vid. BOPA (Butlletí Oficial del Principat d'Andorra) núm. 98, de 17-8-2022. Modificada por la Ley 12/2023, de 30 de enero, cualificada de modificación de la Ley 30/2022, de 21 de julio, cualificada de la persona y de la familia. BOPA núm. 24, de 15-2-2023. Esta modificación vino motivada por la STC del Principat d'Andorra, de 20-12-2022, que declara la inconstitucionalidad del art. 77 y de la Disposic. Transitoria 4ª de la Ley 30/2022, por considerar que se vulneran los artículos 6 (principio de igualdad jurídica), 11 (derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto) y 14 (derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen) de la Constitución andorrana, por coherencia con el art. 78 de la propia Ley 30/2022 y al objeto de sustituir el término “matrimonio civil” por el de “Matrimonio”. Se aprovecha la modificación legislativa para adaptar el régimen transitorio de adopción de personas mayores de edad, al objeto de simplificar el procedimiento aplicable.

de adopción, supuestos en los cuales se pide que haya residencia legal, efectiva y permanente en Andorra.

Antes de la introducción de la Ley 30/2022, el marco legal en Andorra en el ámbito del Derecho internacional privado de la persona y la familia se basaba en normativas que, aunque efectivas en su momento, ya no reflejaban adecuadamente las dinámicas contemporáneas ni los desafíos emergentes asociados a las relaciones familiares internacionales. Este contexto previo se caracterizaba por la presencia de diversas disposiciones dispersas en el ordenamiento jurídico que abordaban de manera fragmentada y no siempre coherente los casos de Derecho internacional privado. Se articulaba a través de una serie de regulaciones dispersas, primordialmente emanadas del Código Civil andorrano, así como de diversas leyes sectoriales. Entre estas, se encontraban normativas que regulaban aspectos civiles y administrativos sin una conexión directa y articulada con las necesidades específicas del Derecho internacional privado.

El Código Civil andorrano, por ejemplo, establecía normas generales aplicables a la familia y al estado civil de las personas, pero no abarcaba con la suficiente profundidad los casos de relaciones familiares que involucraban elementos extranjeros. A ello se sumaban otras legislaciones, como la Ley de Matrimonio y la Ley sobre el Régimen Jurídico de la Minoría de Edad y de la Tutela¹², que ofrecían ciertos lineamientos sobre cómo manejar situaciones familiares, pero sin una perspectiva claramente internacional.

Estas normativas previas, aunque valiosas en sus respectivos contextos, resultaban insuficientes para gestionar la complejidad inherente a los casos de Derecho internacional privado. No proporcionaban un marco legal cohesivo que pudiera responder de manera efectiva a las circunstancias transfronterizas, lo cual se tornaba cada vez más relevante ante el incremento de la movilidad internacional y la emergencia de diversas formas familiares que trascendían las fronteras nacionales.

En particular, la falta de un sistema integrado y especializado en el ámbito internacional dejaba un vacío en cuanto a la determinación de la competencia judicial, la ley aplicable y el procedimiento para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en Andorra. Esta carencia no solo generaba incertidumbre jurídica, sino que también planteaba desafíos significativos para la protección efectiva de los derechos de las personas en el contexto de relaciones familiares internacionales. Además, Andorra carecía de una ley específica que consolidara y modernizara los principios y procedimientos aplicables en este ámbito, lo que a

12 Vid., en particular, sobre la protección de menores en Andorra, AA.VV.: *Andorra en, cit.*, pp. 203-211; y VIÑAS FARRE, R.: *Dret internacional, cit.*; y, AA.VV.: *La Constitució, cit.*, pp. 73-107.

menudo resultaba en incertidumbre legal y dificultades en la aplicación práctica de las normas. Esto afectaba tanto a los ciudadanos andorranos como a los residentes extranjeros y tenía implicaciones en la eficiencia y la equidad del sistema legal.

El proceso para la creación de la Ley 30/2022 inició con un reconocimiento de estas necesidades y se basó en un enfoque participativo e inclusivo. Se llevaron a cabo consultas públicas, en las cuales diversos actores sociales, incluidos profesionales del derecho, académicos, y representantes de la sociedad civil, tuvieron la oportunidad de aportar sus visiones y experiencias. Estas consultas ayudaron a identificar las áreas clave que necesitaban reforma y a asegurar que la legislación fuera representativa de las necesidades y expectativas de la sociedad andorrana.

El proceso legislativo incluyó debates en el Consell General andorrano, donde los legisladores discutieron los méritos y detalles de la propuesta de ley. Estos debates se centraron en cómo equilibrar la protección de los derechos individuales con la necesidad de establecer un marco legal coherente y efectivo para resolver disputas familiares con un componente internacional.

Esta Ley ha sido diseñada para adaptar el sistema jurídico andorrano a los principios constitucionales y a la realidad social actual, caracterizada por una creciente diversidad en las estructuras familiares del Principado de Andorra. Entre las disposiciones más relevantes se encuentran aquellas relacionadas con el matrimonio, la adopción, el registro civil, la incapacidad, las uniones estables de pareja, las uniones civiles y las medidas urgentes para la aplicación del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad¹³.

La Ley 30/2022 establece criterios claros sobre la competencia de las autoridades andorranas en asuntos familiares internacionales, exigiendo residencia legal y efectiva en Andorra en casos como el matrimonio civil y la adopción. Asimismo, unifica la terminología utilizada en relación con el punto de conexión relativo a la residencia habitual, siguiendo estándares europeos de Derecho internacional privado, representando, en definitiva, un avance significativo en la regulación de las relaciones familiares transfronterizas en Andorra, garantizando la coherencia legal y la protección de los derechos de las personas involucradas en situaciones con elementos extranjeros.

El título III de la Ley 30/2022 agrupa en tres capítulos las normas de derecho internacional privado que se han considerado imprescindibles para determinar, en las relaciones jurídicas que presentan puntos de vinculación con otros ordenamientos, el marco en el cual son competentes las autoridades andorranas

¹³ Vid. RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: "Normas de", cit.

y el marco en que se aplica el derecho andorrano o se reconocen los actos o resoluciones que han tenido lugar en aplicación de un derecho extranjero. Estas disposiciones son muy necesarias, ya que una parte importante de la población del Principado de Andorra está formada por personas que no tienen la nacionalidad andorrana. La delimitación de la competencia de las autoridades andorranas se ha centrado en aquellos ámbitos donde su intervención puede ser requerida o cuestionada con más frecuencia, como es el caso de la celebración del casamiento civil o el conocimiento de las demandas en materia matrimonial. La Ley ha uniformizado la terminología empleada en cuanto al punto de conexión relativo a la residencia, optando por el criterio de la residencia habitual, como concepto estándar en el derecho internacional privado europeo, excepto cuando se trata de la competencia de las autoridades andorranas en materia de casamiento civil y de adopción, supuestos en los que se requiere que haya residencia legal, efectiva y permanente en Andorra.

La ley andorrana 30/2022, de la persona y de la familia contiene trece artículos bajo el epígrafe “Normas de derecho internacional privado” (del 244 al 256 incluidos), que constituyen su Título III -tras el Título I, dedicado a la persona y el Título II, dedicado a la familia-, inmediatamente antes de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales de la propia Ley. A su vez, este Título III se subdivide en tres Capítulos: a) Capítulo 1.- Competencia de las autoridades andorranas (arts. 244 a 246); b) Capítulo 2.- Determinación de la ley aplicable (el capítulo más extenso, arts. 247 a 254); y c) Capítulo 3.- Reconocimiento de actos y resoluciones extranjeros (arts. 255 y 256).

Desde marzo de 2023 a junio de 2024 se han sucedido las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Superior de Justicia andorrano, Sala Civil, Sala Administrativa o Presidencia, en el orden contencioso-administrativo y civil, en relación con la prestación por maternidad o paternidad en caso de maternidad subrogada, modificación de medidas, guarda de hecho, divorcio, atribución del uso de la vivienda familiar, extinción del pago de pensión de alimentos a favor de un hijo menor de edad, modificación de la capacidad o valoración de la prueba, alimentos y participación en los gastos extraordinarios en caso de custodia compartida.

3. Competencia judicial internacional en materia de persona y de familia en el Principado de Andorra.

La competencia judicial internacional en Andorra, regulada por la Ley 30/2022, desempeña un papel crucial en la resolución de conflictos legales transfronterizos. Según RODRÍGUEZ MIÑANA ¹⁴, los puntos de conexión en el Derecho internacional

¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: “Normas de”, cit.

privado andorrano¹⁵ para atribuir competencia a las autoridades andorranas se centran en criterios como la nacionalidad, la residencia habitual y el momento de presentación de la demanda. Estos criterios buscan evitar demandas “de conveniencia” sin conexión suficiente con Andorra.

En el marco de esta ley, se establecen foros de competencia judicial internacional que determinan los tribunales competentes en casos específicos.

Como bien señala RODRÍGUEZ MIÑANA¹⁶, este primer capítulo se subdivide en tres artículos: 244¹⁷, 245¹⁸ y 246¹⁹; el primero (art. 244) y el último (246) son simétricos, tratando el 244 de la competencia de las autoridades andorranas para celebrar el casamiento civil y el 246, de la competencia de estas, en materia de adopción. Con unas redacciones paralelas, ambos establecen la competencia de las autoridades andorranas para autorizar y celebrar el casamiento civil (art. 244), así como en materia de adopción (246): en relación al matrimonio, las autoridades andorranas tienen competencia si ambos contrayentes o por lo menos uno de ellos

15 Vid., sobre el sistema andorrano de Derecho internacional privado, su formación histórica, fuentes y problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado, VIÑAS FARRE, R.: *Dret internacional*, cit., pp. 21-111; y, sobre el Derecho procesal civil internacional andorrano, VIÑAS FARRE, R.: *Dret internacional*, cit., pp. 115-210.

16 Vid. RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: “Normas de”, cit., pp. 3-5.

17 Artículo 244. Competencia de las autoridades andorranas para celebrar el casamiento civil. Las autoridades andorranas son competentes para autorizar y celebrar el casamiento civil si ambos contrayentes o al menos uno de ellos son andorranos o si ambos contrayentes o al menos uno de ellos tienen la residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra.

18 Artículo 245. Competencia de los tribunales andorranos en materia matrimonial.

1. Los tribunales del Principado de Andorra son competentes para conocer y resolver las demandas siguientes:

a) De nulidad, separación y divorcio de los cónyuges si el Principado de Andorra es el país de su residencia habitual.

b) De nulidad, separación y divorcio de los cónyuges, si uno de los cónyuges tiene la residencia habitual en el Principado de Andorra y la demanda es de mutuo acuerdo.

c) De nulidad, separación y divorcio de los cónyuges, si la parte demandada tiene la residencia habitual en el Principado de Andorra en el momento de la interposición de la demanda.

d) De separación y divorcio de los cónyuges que han contraído matrimonio canónico, si la parte demandada tiene la residencia habitual en el Principado de Andorra en el momento de la interposición de la demanda.

e) De nulidad, separación y divorcio, si el Principado de Andorra hubiera sido el país de la última residencia habitual común y uno de los cónyuges todavía reside en el momento de la presentación de la demanda.

f) De nulidad, separación y divorcio, si ambos cónyuges tienen la nacionalidad andorrana en el momento de la presentación de la demanda.

g) De nulidad, separación y divorcio, si al menos uno de los cónyuges es andorrano, tiene la residencia habitual al Principado de Andorra en el momento de la presentación de la demanda y el matrimonio consta inscrito en Andorra.

2. Los criterios del apartado 1 también atribuyen la competencia a los tribunales del Principado de Andorra, con independencia de la forma y el lugar de celebración del matrimonio, para resolver las demandas siguientes:

a) De autoridad parental, si los hijos menores de edad tienen su residencia habitual en el Principado de Andorra en el momento de la presentación de la demanda.

b) De efectos personales y patrimoniales entre cónyuges.

c) De alimentos, siempre que la pretensión sea accesoria a una cuestión relativa a la nulidad, separación o disolución del vínculo matrimonial o a una cuestión relativa a la autoridad parental.

19 Artículo 246. Competencia de las autoridades andorranas en materia de adopción. Las autoridades andorranas son competentes en materia de adopción si el adoptante es andorrano o tiene la residencia habitual en el Principado de Andorra o el adoptador o al menos uno de los dos adoptadores es andorrano o tiene residencia legal, efectiva y permanente en Andorra.

es andorrano o tiene la residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra (art. 244); y, en relación a la adopción (art. 246), la tienen si el que está en proceso de ser adoptado “es andorrano o tiene la residencia habitual en el Principado de Andorra” o bien el adoptante o a lo menos uno de los dos adoptantes “es andorrano o tiene su residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra, destacando la mayor exigencia en cuanto a la residencia del o de los adoptantes en el Principado de Andorra, que no debe ser solo “habitual”, como para el adoptando, sino “legal, efectiva y permanente”, con el objetivo de evitar posibles foros de conveniencia del o de los adoptantes. Y, en cuanto al otro artículo de este capítulo, el 245, trata de la competencia de los tribunales andorranos en materia matrimonial; así, los considera competentes para conocer y resolver las demandas siguientes:

a) de nulidad, separación y divorcio si el Principado de Andorra es el país de residencia habitual de ambos cónyuges;

b) de nulidad, separación y divorcio si uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en el Principado de Andorra y el otro no, sólo si la demanda es de mutuo acuerdo;

c) de nulidad, separación y divorcio si la parte demandada tiene su residencia habitual en el Principado de Andorra en el momento de la interposición de la demanda, aunque la demanda no fuere de mutuo acuerdo;

d) de separación y divorcio en caso de matrimonio canónico si la parte demandada tiene su residencia habitual en el Principado de Andorra en el momento de la interposición de la demanda;

e) de nulidad, separación y divorcio, si el Principado de Andorra hubiera sido el lugar de última residencia habitual común y uno de los cónyuges (atención, en este caso podría ser también el demandante) todavía residiere en él en el momento de presentación de la demanda;

f) de nulidad, separación y divorcio, si ambos cónyuges gozan de la nacionalidad andorrana en el momento de la presentación de la demanda;

g) y, finalmente, de nulidad, separación y divorcio, si por lo menos uno de los cónyuges es andorrano, pero entonces se exige también que tenga residencia habitual en el Principado de Andorra en momento de presentación de la demanda y, además, el matrimonio debe constar inscrito en Andorra.

Como podemos constatar, los puntos de conexión en derecho internacional privado para atribuir competencia a las autoridades andorranas giran -como no

podría ser de otra manera- en torno a la residencia o bien, excepcionalmente, a la nacionalidad (a veces incluso requiriendo inscripción previa del matrimonio en el Registro Civil de Andorra), privilegiando a la parte demandada y al momento de presentación de la demanda, de nuevo en un intento de evitar en lo posible las demandas “de conveniencia”, sin punto de conexión con Andorra o bien con conexión insuficiente.

Estos mismos criterios atribuyen competencia a los tribunales andorranos, “con independencia de la forma y lugar de celebración del matrimonio”, para resolver demandas sobre: a) Autoridad parental, si los hijos menores de edad tienen su residencia habitual en el Principado de Andorra en el momento de presentación de la demanda; Efectos personales y patrimoniales entre cónyuges; y b) Alimentos, siempre que esta pretensión sea accesoria a una cuestión relativa a la nulidad, separación o disolución del vínculo matrimonial o relativa a la autoridad parental.

En definitiva, la competencia judicial internacional en Andorra, regida por la Ley 30/2022, establece criterios claros para atribuir competencia a los tribunales andorranos en casos con elementos extranjeros, garantizando una resolución justa y eficaz de conflictos legales transfronterizos.

4. Ley aplicable en materia de persona y de familia en el Principado de Andorra.

Con ocho artículos (del 247 a 254), este es el capítulo más extenso de los tres que componen el título III de la Ley 30/2022²⁰:

a) El art. 247²¹ se denomina “*Ley personal*” y establece que “las instituciones relativas a la persona y a la familia se rigen por la ley personal de los interesados, determinada por su nacionalidad.” En caso de apatridia o de nacionalidad indeterminable, se aplicará la ley de su residencia habitual. El criterio de aplicación de la ley nacional, determinada por su nacionalidad es el mismo criterio utilizado en la Disposición adicional primera. 2.1. de la Ley 46/2014, del 18 de diciembre, de sucesión por causa de muerte: “La ley aplicable a la totalidad de la sucesión es la ley personal del causante, determinada por la nacionalidad, en el momento de la muerte”.

20 Vid. RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: “Normas de”, cit., pp. 5-16.

21 Artículo 247. Ley personal.

1. Las instituciones relativas a la persona y a la familia se rigen por la ley personal de los interesados, determinada por su nacionalidad.

2. Si la persona es apátrida o no se puede determinar la nacionalidad, se aplica la ley de su residencia habitual.

b) El art. 248²² es uno de los más extensos e importantes de los artículos. Señala que “La forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración”, con el objetivo de resolver los problemas derivados de la forma del matrimonio, sometiendo a las normas que rijan en el lugar de celebración (regla *locus regit actum*). Además, los andorranos y aquellos que gocen de la residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra han de inscribir el matrimonio en el Registro Civil del Principado de Andorra de acuerdo con lo previsto en el artículo 109 de la Ley del Registro Civil. De nuevo, el requisito de “residencia habitual” a que hace referencia el artículo 247 de la Ley 30/2022 para los casos de apatridia o de nacionalidad indeterminable se sustituye por una redacción más exigente (“residencia legal, efectiva y permanente”) al referirse a la obligación de la inscripción registral del matrimonio. Además, se señala que los requisitos de validez para la celebración del matrimonio se regulan por la ley personal de cada contrayente.

Si el matrimonio se celebra en el Principado de Andorra y, de acuerdo con la ley personal de los contrayentes, falta un determinado requisito para poder contraer matrimonio, se aplica el derecho andorrano si el contrayente a quien afecta esa falta tiene la residencia en el Principado de Andorra, reafirmando, de nuevo, la aplicación constante en esta sede de la ley personal de cada contrayente, salvo si el matrimonio se celebra en Andorra, falta algún requisito según la ley

22 Artículo 248. Matrimonio.

1. La forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración.
2. Los andorranos y los que disfruten de la residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra tienen que inscribir el matrimonio en el Registro Civil del Principado de Andorra de acuerdo con aquello previsto en el artículo 109 de la Ley del Registro Civil.
3. Los requisitos de validez para la celebración del matrimonio se regulan por la ley personal de cada contrayente. Si el matrimonio se celebra en el Principado de Andorra y, de acuerdo con la ley personal de los contrayentes, carencia un determinado requisito para poder contraer matrimonio, se aplica el derecho andorrano si el contrayente a quien afecta esta carencia tiene la residencia en el Principado de Andorra.
4. Los efectos personales y patrimoniales se rigen por la ley personal común de los contrayentes al tiempo de la celebración del matrimonio. Si los contrayentes están sujetos a una ley personal diferente, los efectos se rigen por la ley de la residencia habitual común de los contrayentes inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y, en su defecto, por la ley con la cual los contrayentes mantienen unos vínculos más estrechos al tiempo de la celebración del matrimonio.
5. Los cónyuges, en capitulaciones matrimoniales, pueden optar como ley aplicable a los efectos patrimoniales por la ley de su residencia habitual común o por la ley personal de cualquier de los cónyuges al tiempo de la elección. La modificación de la ley rectora de los efectos patrimoniales no afecta los derechos adquiridos por terceros al amparo del régimen anterior.
6. La existencia y la validez del acuerdo de elección de ley previsto al apartado anterior se determina en conformidad con la ley que le sería aplicable si el acuerdo fundido válido. Las formalidades del acuerdo de elección de ley se rigen por la ley de la residencia habitual de los cónyuges y, si no la tienen en el mismo estado, el acuerdo será válido si cumple los requisitos formales de cualquier de las dos leyes.
7. El cambio de la nacionalidad o de la residencia habitual de los cónyuges posterior al matrimonio no determina la modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial.
8. La nulidad del matrimonio y sus efectos se regulan por la ley aplicable según los apartados 3 y 4.
9. La separación y el divorcio se rigen por la ley de la residencia habitual vigente en el momento de la interposición de la demanda. En su defecto, por la ley vigente en este mismo momento de la nacionalidad común o, si esto no es posible, por la ley andorrana. Si la ley designada no permite la separación o el divorcio de los cónyuges, se puede pedir la separación o el divorcio, según corresponda, de acuerdo con las prescripciones del derecho andorrano, si el cónyuge que lo pide disfrutaba de la nacionalidad andorrana al tiempo de la celebración del matrimonio o disfrutaba de esta nacionalidad al tiempo de la presentación de la demanda.

nacional de los contrayentes, y el/los contrayente/s afectado/s por dicha falta residire/n en Andorra, supuesto en que se aplicaría entonces la ley andorrana. Este apartado 4 de la Ley establece que la ley aplicable a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, a falta de ley personal común de los consortes, será la de residencia habitual común de los contrayentes inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y, en su defecto (es decir, en caso que, por razones profesionales, laborales, personales y otras, los consortes no compartan residencia habitual común inmediatamente después del matrimonio), esta ley recupera la referencia que ya hemos visto en la Disposición adicional primera.2.1. de la Ley 46/2014, del 18 de diciembre, de sucesión por causa de muerte, referencia a la ley con la cual los contrayentes mantienen unos vínculos más estrechos, en el mismo momento considerado anteriormente, el de la celebración del matrimonio.

En quinto lugar, se señala que los cónyuges, en capitulaciones matrimoniales, pueden optar como ley aplicable a los efectos patrimoniales por la ley de su residencia habitual común o por la ley personal cualquiera de ellos en el momento de la elección. La modificación de la ley rectora a los efectos patrimoniales no afecta los derechos adquiridos por terceros al amparo del régimen anterior.” Con este apartado 5 se busca la conexión de la ley aplicable con la personal de los cónyuges, ya sea común -preferentemente- o, a lo menos, de alguno de ellos, modificándose el momento de determinación de la ley aplicable, que pasa de ser la “inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio” -para el caso de ausencia de capitulaciones- a la del “momento de la elección” -caso de convenirse éstas-. Y, en caso de “modificación de la ley rectora a los efectos patrimoniales” se mantienen, por supuesto, “los derechos adquiridos por terceros al amparo del régimen anterior”.

En sexto lugar, reafirmando el principio de conservación del acuerdo, se señala que: “La existencia y la validez del acuerdo de elección de ley previsto en el apartado anterior se determina de conformidad con la ley que le sería aplicable si el acuerdo fuese válido. Las formalidades del acuerdo de elección de ley se rigen por la ley de residencia habitual de los cónyuges y, si no la tienen en el mismo estado, el acuerdo será válido si cumple los requisitos formales de cualquiera de las dos leyes.”

Por supuesto que, “el cambio de nacionalidad o de la residencia habitual de los cónyuges posterior al matrimonio no determina la modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial”, consecuencia lógica del principio de conservación o de inmutabilidad del régimen económico matrimonial una vez establecido, salvo el caso de modificación voluntaria mediante nuevas capitulaciones; aunque incluso en este caso, “la modificación de la ley rectora a los

efectos patrimoniales, no afecta los derechos adquiridos por terceros al amparo del régimen anterior.

La nulidad del matrimonio y sus efectos se regulan por la ley aplicable según los apartados 3 y 4 del citado artículo. La separación y el divorcio se rigen por la ley de residencia habitual vigente en el momento de la interposición de la demanda. En su defecto, por la ley vigente en este mismo momento de la nacionalidad común o, si eso no es posible, por la ley andorrana. Si la ley designada no permite la separación o el divorcio de los cónyuges, se puede pedir la separación o el divorcio, según corresponda, de acuerdo con las prescripciones del derecho andorrano, si el cónyuge que lo pide gozaba de la nacionalidad andorrana al tiempo de la celebración del matrimonio o goza de la misma al tiempo de la presentación de la demanda;

c) El art. 249²³ viene referido a la filiación, señalando que “la determinación de la filiación se rige por la ley personal del hijo vigente en el momento de su nacimiento o, si de acuerdo con esta ley no quedara determinada, por la vigente en el momento de ejercer sus derechos”.

d) El art. 250²⁴, referido a la Adopción estableciendo que. 1) en cuanto a la capacidad y las prohibiciones de adoptar, la ley andorrana toma en consideración “la ley personal del adoptante en el momento de constituirse la adopción”, salvo que sean dos los adoptantes y su ley personal divergiere, en cuyo caso “se aplica la ley de la residencia habitual de la pareja adoptante en el momento de constituirse la adopción”. En cuanto al adoptando, se aplica su ley personal “al constituirse la adopción en todo lo que se refiere a su capacidad; 2) Las formalidades del acto constitutivo de la adopción se rigen por la ley del lugar donde se constituye el vínculo adoptivo (= *locus regit actum*); y 3) Los efectos de la adopción, como también su conversión y nulidad, y las relaciones entre el adoptado y su familia de origen se rigen por la ley personal del adoptante o por la ley de la residencia de los adoptantes, si están sujetos a una ley personal diferente, al tiempo de constituirse la adopción.

23 Artículo 249. Filiación.

La determinación de la filiación se rige por la ley personal del hijo vigente al tiempo de su nacimiento o, si de acuerdo con esta ley no quedara determinada, por la vigente en el momento de ejercitar sus derechos.

24 Artículo 250. Adopción.

1. La capacidad y las prohibiciones para adoptar se rigen por la ley personal del adoptador en el momento de constituirse la adopción y, en caso de aparecer como adoptadores dos personas sujetas a una ley personal diferente, se aplica la ley de la residencia habitual de la pareja adoptadora en el momento de constituirse la adopción. Se aplica la ley personal del adoptante al constituirse la adopción en todo lo que hace referencia a su capacidad.

2. Las formalidades del acto constitutivo de la adopción se rigen por la ley del lugar donde se constituye el vínculo adoptivo.

3. Los efectos de la adopción, como también su conversión y nulidad, y las relaciones entre el adoptado y su familia de origen se rigen por la ley personal del adoptador o por la ley de la residencia de los adoptadores, si están sujetos a una ley personal diferente, al tiempo de constituirse la adopción.

e) El art. 251²⁵ al señalar que las relaciones entre los progenitores y los hijos se rigen por la ley personal del hijo y, si esta ley no puede determinarse, por la ley de su residencia habitual, está estableciendo como primer criterio legal para las relaciones paterno y materno filiales la ley personal del hijo y, subsidiariamente, la de su residencia habitual; primando el fuero del hijo/a al de los progenitores.

f) Con el art. 252²⁶, referido a las “Instituciones de soporte”, el legislador andorrano sigue aquí con el criterio de residencia habitual a la hora de adoptar medidas de soporte para el ejercicio de la capacidad, estableciendo como subsidiaria la ley andorrana. Así mismo para el “cambio de residencia”, “sin perjuicio del reconocimiento (...) de las medidas previamente adoptadas en otros estados”. Las medidas provisionales o urgentes de soporte para el ejercicio de la capacidad se regulan por la ley del lugar en que se encuentre la persona afectada o en que hayan de ser efectivas las medidas. Eso sí, las formalidades y los procedimientos para la constitución de las medidas a que requieran la intervención de autoridades judiciales u organismos administrativos andorranos se regulan, en todo caso, por la ley andorrana.

g) En relación con los alimentos, señala el art. 253²⁷ que la prestación de alimentos entre parientes se regula por la ley vigente en el lugar de residencia habitual de la persona que los reclama (= acreedor de alimentos). Si el acreedor de la prestación de alimentos no puede obtenerlos de acuerdo con esta ley, se aplica la ley nacional común al acreedor y al deudor de la prestación de alimentos y, si de acuerdo con esta ley tampoco es posible la obtención de los alimentos, se aplica la ley andorrana; y, finalmente,

25 Artículo 251. Relaciones entre los progenitores y los hijos.

Las relaciones entre los progenitores y los hijos se rigen por la ley personal del hijo y, si esta Ley no se puede determinar, por la ley de su residencia habitual.

26 Artículo 252. Instituciones de apoyo.

1. Las medidas de apoyo o análogas para el ejercicio de la capacidad se regulan por la ley de la residencia habitual de la persona con discapacidad y, si no es posible determinarla, se aplica la ley andorrana. En caso de cambio de residencia, se aplica la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en el Principado de Andorra de las medidas previamente adoptadas en otros estados.

2. Las medidas provisionales o urgentes de apoyo para el ejercicio de la capacidad se regulan por la ley del lugar en que se encuentre la persona afectada o en qué tengan que ser efectivas las medidas.

3. Las formalidades y los procedimientos para la constitución de las medidas a que se refiere el apartado 1 que requieran la intervención de autoridades judiciales u organismos administrativos andorranos se regulan, en todo caso, por la ley andorrana.

27 Artículo 253. Alimentos.

1. La prestación de alimentos entre parientes se regula por la ley vigente en el lugar de la residencia habitual de la persona que los reclama. Si el acreedor de la prestación de alimentos no los puede obtener de acuerdo con esta ley, se aplica la ley nacional común al acreedor y al deudor de la prestación de alimentos y, si de acuerdo con esta ley tampoco es posible la obtención de los alimentos, se aplica la ley andorrana.

2. En los casos de modificación de la residencia habitual o de la nacionalidad común, se aplica la nueva ley desde el momento en que se produce la modificación.

h) el art. 254²⁸, en relación con la “Unión estable de pareja” establece que la constitución y la extinción de la unión estable de pareja o institución análoga y sus efectos personales y patrimoniales se rigen por la ley del lugar donde se ha constituido e inscrito; mientras que los miembros de la unión estable pueden elegir en escritura pública la ley que rige los efectos personales y patrimoniales de la unión estable, siempre que sea una de las leyes siguientes: a) La ley de su residencia habitual común al tiempo de la elección; o b) La ley personal de cualquiera de los dos al tiempo de la elección. Eso sí, la existencia y la validez del acuerdo de elección de ley previsto en el apartado 2 se determina de conformidad con la ley que le sería aplicable si el acuerdo fuese válido. Las formalidades del acuerdo se rigen por la ley de la residencia habitual de los miembros de la pareja y, si no la tienen en el mismo estado, el acuerdo es válido si cumple los requisitos formales de cualesquiera de las dos leyes.

La Ley andorrana 30/2022 establece un marco meticuloso para determinar la ley aplicable en diversos asuntos familiares, implementando criterios como la residencia habitual, la nacionalidad, el lugar de celebración del matrimonio y el lugar de nacimiento de los hijos. Estos criterios son vitales para asegurar decisiones legales consistentes y justas en el contexto transfronterizo. Veamos cada uno de ellos²⁹:

A) La residencia habitual: la determinación de la ley aplicable basada en la residencia habitual es un concepto central en el Derecho internacional privado, que sirve como un pilar para tomar decisiones en casos donde están implicados elementos transfronterizos, especialmente en materias de familia. La elección de la residencia habitual refleja un consenso en muchas jurisdicciones sobre la importancia de centrarse en el entorno cotidiano y estable del individuo, lo cual es particularmente crítico en asuntos que afectan a menores.

En Andorra, así como en la UE, la residencia habitual del menor desempeña un rol crucial al determinar bajo qué legislación se resolverán asuntos como la custodia, el acceso y la manutención. Este enfoque está alineado con la intención de salvaguardar la estabilidad y el bienestar del menor, procurando que su vida

28 Artículo 254. Unión estable de pareja.

1. La constitución y la extinción de la unión estable de pareja o institución análoga y sus efectos personales y patrimoniales se rigen por la ley del lugar donde se ha constituido e inscrito.
2. Los miembros de la unión estable pueden elegir en escritura pública la ley que rige los efectos personales y patrimoniales de la unión estable, siempre que sea una de las leyes siguientes:
a) La ley de su residencia habitual común al tiempo de la elección.
b) La ley personal de cualquier de ambos al tiempo de la elección.
3. La existencia y la validez del acuerdo de elección de ley previsto al apartado 2 se determina en conformidad con la ley que le sería aplicable si el acuerdo fundido válido. Las formalidades del acuerdo se rigen por la ley de la residencia habitual de los miembros de la pareja y, si no la tienen en el mismo estado, el acuerdo es válido si cumple los requisitos formales de cualquier de las dos leyes.

29 Vid., en general, en relación con las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a persona, familia y sucesiones en el Principado de Andorra, VIÑAS FARRE, R.: *Dret internacional*, cit.

cotidiana no sea innecesariamente perturbada por disputas legales que involucren jurisdicciones múltiples.

Las situaciones ambiguas de residencia, como las que pueden surgir cuando un niño ha vivido en múltiples jurisdicciones o cuando hay un desacuerdo sobre cuál es su hogar principal, presentan desafíos significativos. Observar cómo países comunitarios como España y Francia abordan estas complejidades puede ofrecer lecciones valiosas para Andorra. Por ejemplo, estos países pueden tener jurisprudencia o directrices detalladas sobre cómo evaluar la residencia habitual en contextos confusos, considerando factores como la duración y la intención detrás de la estancia en una determinada localidad, el centro de intereses vitales del menor, y la ubicación de otros elementos importantes de su vida, como la escuela y las redes sociales y familiares.

El Principado de Andorra al analizar (y posiblemente adoptar metodologías refinadas para determinar la residencia habitual en contextos ambivalentes) podría mejorar la predictibilidad y la equidad de sus resoluciones judiciales en asuntos familiares internacionales. Esto no sólo fortalecería la protección de los menores involucrados, asegurando que sus casos se resuelvan en la jurisdicción más relevante y beneficiosa para su situación, sino que también promovería la coherencia judicial y reduciría la posibilidad de decisiones contradictorias en casos similares.

B) La nacionalidad: la nacionalidad como criterio para determinar la ley aplicable en asuntos familiares, tales como sucesiones y matrimonios, juega un papel significativo en el marco jurídico de Andorra. Esta práctica se alinea con un enfoque más tradicional, donde la nacionalidad se considera un vínculo jurídico primordial entre el individuo y el Estado. Los tribunales andorranos tienen competencia para pronunciarse sobre todas las cuestiones sucesorias en caso de fallecimiento, cuando la ley personal del difunto en el momento del fallecimiento sea la ley andorrana³⁰. También son competentes en los casos en que el difunto residía y tenía su domicilio en Andorra en el momento del fallecimiento, así como cuando poseía bienes o derechos en el Principado de Andorra. Pero, si de las circunstancias del caso se desprende que, en el momento del fallecimiento, el difunto estaba más estrechamente vinculado a otro Estado, se aplica la ley sucesoria de dicho Estado. En contraste, España, siguiendo el Código Civil, también otorga

30 La determinación del momento de la muerte debe hacerse constar en la resolución judicial de muerte, todo ello de acuerdo con las pruebas que se pueden aportar. Y si aparecen nuevas, se podrá pedir el cambio de fecha de la muerte. El art. 15 LRDS dice: "La declaración judicial de muerte del desaparecido abrirá su sucesión, testamentaria o intestada, según proceda. La declaración judicial de muerte expresará la fecha a partir de la cual se presume ocurrida la muerte, salvada prueba en contrario." La declaración judicial de muerte determina la disolución del matrimonio civil, con la posibilidad de nuevas nupcias. (Vid. FARRÉ, R.V.: *Dret internacional privat del Principat d'Andorra: Persona, família, successions i testaments*, vol. 2, 2009, Pròleg d'Alegría Borrás).

importancia a la nacionalidad, pero integra este criterio dentro de un marco que puede considerar otros factores, como la residencia habitual, en ciertos contextos. Por ejemplo, en España, la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte se determina primordialmente por la nacionalidad del fallecido en el momento de su muerte, según el artículo 9.8 del Código Civil español³¹. Sin embargo, en temas de matrimonio, aunque la nacionalidad sigue siendo relevante, las reformas legislativas y la influencia del Derecho de la UE han fomentado una mayor consideración de la residencia habitual, en línea con regulaciones como el Reglamento (UE) 2016/1103 para regímenes económicos matrimoniales.

C) El lugar de celebración del matrimonio: el lugar de celebración del matrimonio es reconocido en Andorra como un criterio significativo para determinar la ley aplicable, especialmente en lo concerniente a la validez del matrimonio y los procedimientos de divorcio. Comparándolo al contexto del Derecho Español, podemos obtener una comprensión más rica de cómo Andorra podría afinar su enfoque hacia los matrimonios internacionales.

En Andorra, el lugar donde se celebra el matrimonio tiene importancia jurídica, particularmente en aspectos que conciernen la validez del enlace y las disputas de divorcio³². Esta perspectiva asegura que los matrimonios realizados dentro del territorio andorrano se rigen por sus leyes locales, lo que simplifica procedimientos legales y garantiza un marco legal coherente. El artículo 248.I de la Ley 30/2022³³ establece que la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración. Además, en el apartado 3 del mismo artículo se aclara que los requisitos de validez para la celebración del matrimonio están regulados por la ley personal de cada contrayente. Si el matrimonio se celebra en el Principado de Andorra y, según la ley personal de los contrayentes, existe un determinado requisito para poder contraer matrimonio, se aplicará la ley de Andorra si el contrayente al que se aplica dicho requisito reside en el Principado de Andorra.

31 Artículo 9.8 del CC: La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

32 “El principio de igualdad entre el hombre y la mujer frente al matrimonio, durante el matrimonio y en las vicisitudes posteriores, acogido ya en el derecho del Principado de Andorra antes de la Constitución y fortalecido por ésta, tiene en esta Ley el su reflejo adecuado en la equiparación plena de los contrayentes tanto en lo que se refiere a las condiciones para poder contraer matrimonio, como a los derechos y deberes de los cónyuges y como a la determinación de los efectos de la nulidad, del divorcio o de la separación matrimonial. Vid. FARRÉ, R.V.: *Dret internacional*, cit.

33 Artículo 248.I: La forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración.

España, operando bajo el principio de la *lex loci celebrationis*³⁴ para la forma del matrimonio, generalmente, reconoce como válidos los matrimonios celebrados en el extranjero siempre que cumplan con las leyes del lugar de celebración. Sin embargo, para asuntos como la disolución del matrimonio o los efectos personales y patrimoniales del mismo, se aplican criterios adicionales, tales como la nacionalidad o la residencia habitual de los cónyuges, ofreciendo así un enfoque más matizado. La ley española, mediante el uso de tratados internacionales y su propia legislación, busca equilibrar el respeto por la diversidad de tradiciones legales con la protección de los derechos individuales dentro de sus fronteras.

Examinar cómo España maneja los matrimonios celebrados en el extranjero, especialmente aquellos casos que requieren consideración adicional sobre la validez y el reconocimiento de derechos dentro del matrimonio pueden ofrecer a Andorra perspectivas valiosas. El enfoque español hacia la aplicación de criterios múltiples, incluyendo la residencia habitual y la nacionalidad, en la determinación de la ley aplicable para los efectos del matrimonio, podría servir como modelo para Andorra en su esfuerzo por manejar la complejidad de los casos transfronterizos.

D) El lugar de nacimiento de los hijos: en Andorra, el lugar de nacimiento de los hijos no es el principal criterio para determinar la ley aplicable en asuntos de filiación y responsabilidad parental. Sin embargo, este factor podría considerarse en casos específicos para determinar la ley más vinculada al interés superior del niño, especialmente en situaciones donde otros factores, como la nacionalidad o residencia, no proporcionan una conexión clara.

En España, la determinación de la ley aplicable en asuntos de filiación y responsabilidad parental se enfoca igualmente en la residencia habitual y la nacionalidad. La ley española, siguiendo reglamentos de la UE y tratados internacionales, tiende a enfatizar la conexión más significativa del menor, que generalmente se considera su entorno habitual de vida, para determinar aspectos como la custodia, la tutela y otros derechos y responsabilidades parentales.

En los casos de sucesión por causa de muerte, también se aplica el criterio de aplicación de la ley nacional (= Disposición Adicional Primera.2.I. de la Ley 46/2014, de 18 de diciembre, que señala que “La ley aplicable a toda sucesión es la ley personal del causante, determinada por la nacionalidad, en el momento del fallecimiento”). No obstante, cabe señalar una excepción a esta regla general: “Si, excepcionalmente, del conjunto de las circunstancias del caso resulta que, en el momento del fallecimiento, el causante tenía vínculos manifiestamente más estrechos con un Estado distinto de aquel cuya ley sea aplicable de conformidad

34 Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “A vueltas con los «matrimonios de conveniencia» en España, tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de enero de 2023”, *Diario La Ley*, 2023, núm. 10290.

con el apartado anterior; la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.” Con algunas diferencias y similitudes, la ley andorrana (que trata sobre ley personal en materia de adopción) fija en su artículo 250 que la capacidad y las prohibiciones para adoptar se rigen por la ley personal del adoptante en el momento de la adopción y, en caso de que figuren como adoptantes dos personas sujetas a una ley personal distinta, se aplica la ley de la residencia habitual del adoptante en el momento de la adopción. Además, la ley personal del adoptado³⁵ se aplica en el momento de la adopción, en la medida en que se refiera a su capacidad. Pero, por otro lado, las formalidades del acto constitutivo de la adopción se rigen por la ley del lugar donde se constituye el vínculo adoptivo.

España rara vez utiliza el lugar de nacimiento como un criterio decisivo aislado, priorizando en su lugar la protección del interés superior del niño, que se evalúa en función de una variedad de factores más centrados en la situación actual y el bienestar general del menor.

Al comparar la ley de Andorra con las de otros países y regiones, se observa que, mientras existen similitudes en los criterios básicos empleados, las metodologías y énfasis pueden variar, reflejando diferentes tradiciones legales y prioridades sociales³⁶. Andorra podría explorar estas diferencias y similitudes para identificar prácticas óptimas que podrían integrarse en su propio marco legal, asegurando así una aplicación más efectiva, equitativa y actualizada de la ley en materia de familia en el contexto internacional.

5. Reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en el Principado de Andorra.

El reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en Andorra es un componente esencial del Derecho internacional privado, crucial para la integración jurídica internacional y el respeto de las obligaciones legales transfronterizas³⁷.

35 El art. 13.2 y 3 de la Constitución andorrana señala: “Los poderes públicos promoverán una política de protección de la familia, elemento básico de la sociedad [...] los hijos son iguales frente a la ley, con independencia de su filiación”.

36 Vid., CACHÓN CADENAS, M. (coord.): *Dret processal civil del Principat d'Andorra*, Universitat d'Andorra, Sant Julià de Lòria (Andorra), 2020, pp. 249-265; y, en particular, en relación con la prueba del Derecho extranjero, en el Principado de Andorra (al igual que en la UE) en relación con la prueba en el proceso civil y la necesidad/obligación del juez de conocer el derecho vigente de su país y no el derecho extranjero, NAVARRO VILLANUEVA, C. (coord.): *Dret civil processal del Principat d'Andorra*, Fundació Privada Crèdit Andorrà / Universitat d'Andorra, s. l. e., 2011, pp. 168-169.

37 Vid., en particular, sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y de laudos arbitrales extranjeros en Andorra, VV.AA.: *Andorra en, cit.*, pp. 193-201; y CACHÓN CADENAS, M. (coord.): *Dret procesal, cit.*, pp. 577-590.

Los arts. 255³⁸ y 256³⁹ de la Ley 30/2022 inciden especialmente, como veremos, en los problemas de las adopciones (= artículo 255) y las filiaciones (= artículo 256) constituidas en el extranjero⁴⁰.

El Principado de Andorra somete a las adopciones constituidas en el extranjero a un doble requisito de reconocimiento: a) que hayan sido constituidas por autoridad extranjera competente, considerando tal competencia en un sentido amplio, puesto que la condiciona a la existencia de “vínculos razonables con el estado al cual pertenece” dicha autoridad; y b) que la adopción no vulnere el orden público” pero, atención, teniendo en cuenta el interés (...) del menor que, además, se califica de “superior”.

El criterio de reconocimiento de situaciones de adopción ya establecidas en el extranjero se torna mucho más exigente cuando los intervinientes son “andorranos o (...) extranjeros residentes”, requiriendo de estos últimos el triple requisito de la “residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra”, buscando sin duda evitar la elección a este efecto del Principado de Andorra como un *fórum* más favorable, además de someter los requisitos legales para la adopción en el extranjero a “los adoptantes y el adoptando”.

La filiación paterna y materna pueden resultar también del reconocimiento de un título extranjero que acredite una relación de filiación constituida mediante gestación por sustitución, se requiere para “a resolución de las solicitudes de inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada”, “que conste acreditado el vínculo biológico como mínimo con uno de los solicitantes” y, de nuevo, se debe atender

38 Artículo 255. Adopciones constituidas en el extranjero.

1. Las adopciones constituidas en el extranjero son reconocidas si se cumplen los requisitos siguientes:

a) Que hayan sido constituidas por autoridad extranjera competente, considerando como tal aquella que se pronuncia sobre un supuesto que presenta vínculos razonables con el Estado a que pertenece.

b) Que la adopción no vulnere el orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

2. Las reglas del apartado 1 también se aplican al reconocimiento de las resoluciones extranjeras relativas a la conversión, la extinción, la revisión o la nulidad de la adopción.

3. Las adopciones constituidas en el extranjero por andorranos o por extranjeros residentes con residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra solo son reconocidas si los adoptadores y el adoptante reúnen, en el momento de la adopción, los requisitos establecidos en esta ley. En el caso de adopción de personas menores de edad, es imprescindible que, antes de la formalización de la adopción al extranjero, la autoridad judicial a la cual corresponda por turno de jurisdicción de menores dicte resolución en que autorice los adoptadores a adoptar, teniendo en cuenta el informe psicosocial del ministerio competente en materia de asuntos sociales.

39 Artículo 256. Filiación constituida en el extranjero mediante gestación por sustitución.

La filiación paterna y materna pueden resultar también del reconocimiento de un título extranjero que acredite una relación de filiación constituida mediante gestación por sustitución, en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley cualificada de técnicas de reproducción humana asistida.

40 Vid. RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: “Normas de”, cit., pp. 16-17.

con carácter preferente el interés superior del menor (= art. 12 de la Ley 12/2019 cualificada de técnicas de reproducción humana asistida⁴¹)⁴².

Con la implementación de la Ley 30/2022, específicamente en sus arts. 255 y 256⁴³, Andorra ha consolidado un marco legal robusto que detalla los procedimientos y criterios necesarios para el reconocimiento y ejecución de dichas decisiones en su territorio, reflejando un compromiso con la cooperación judicial internacional y la protección de derechos individuales en un contexto globalizado.

Antes de la Ley 30/2022, Andorra ya contaba con disposiciones para el reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras, pero la creciente interacción global y la necesidad de mayor coherencia y eficiencia llevaron a la reforma y consolidación de estas normas. Los arts. 255 y 256 representan un avance significativo, proporcionando claridad y predictibilidad en los procesos de reconocimiento, y alineando a Andorra con estándares internacionales.

La ley establece un procedimiento claro para que las partes interesadas soliciten el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras. Este proceso incluye la presentación de la documentación pertinente, la verificación del cumplimiento con los requisitos legales y, en algunos casos, la posibilidad de impugnación o apelación. La transparencia y accesibilidad del procedimiento buscan facilitar el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos.

41 Vid. BOPA núm. 27, de 20/03/2019.

42 Artículo 12. *Gestación por sustitución*

1. Es nulo de pleno derecho el contrato por el cual se convenga la gestación, con precio o sin él, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución se determina por el parto.

3. Queda salvada la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, de conformidad con las reglas generales.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de este artículo, en la resolución de las solicitudes de inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada y en que conste acreditado el vínculo biológico como mínimo con uno de los solicitantes, se debe atender con carácter preferente el interés superior del menor.

43 Artículo 255. Adopciones constituidas en el extranjero 1. Las adopciones constituidas en el extranjero son reconocidas si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que hayan sido constituidas por autoridad extranjera competente, considerando como tal aquella que se pronuncia sobre un supuesto que presenta vínculos razonables con el Estado al que pertenece. b) Que la adopción no vulnere el orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor. 2. Las reglas del apartado 1 también se aplicarán al reconocimiento de las resoluciones extranjeras relativas a la conversión, extinción, revisión o nulidad de la adopción. 3. Las adopciones constituidas en el extranjero por andorranos o por extranjeros residentes con residencia legal, efectiva y permanente en el Principado de Andorra sólo son reconocidas si los adoptantes y el adoptando reúnen, en el momento de la adopción, los requisitos establecidos en esta ley. En el caso de adopción de personas menores de edad, es imprescindible que, antes de la formalización de la adopción en el extranjero, la autoridad judicial a la que corresponda por turno de jurisdicción de menores dicte resolución en la que autorice a los adoptantes a adoptar, teniendo en cuenta el informe psicosocial del ministerio competente en materia de asuntos sociales. Artículo 256. Filiación constituida en el extranjero mediante gestación por sustitución. La filiación paterna y materna pueden resultar también del reconocimiento de un título extranjero que acredite una relación de filiación constituida mediante gestación por sustitución, en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley calificada de técnicas de reproducción humana asistida.

La Ley 30/2022 especifica varios criterios que deben ser evaluados para el reconocimiento de una resolución extranjera, como la verificación de la competencia de la autoridad extranjera, el respeto al derecho de defensa y al debido proceso, y la conformidad con la orden pública andorrana. Estos criterios buscan equilibrar el respeto por las decisiones judiciales extranjeras con la protección de los principios legales y valores fundamentales de Andorra.

Comparando con sistemas jurídicos de países como España, se observa que Andorra sigue una línea similar en la valoración de la competencia y la legalidad del proceso extranjero, pero cada jurisdicción tiene particularidades en cómo abordan la noción de orden pública y los mecanismos de revisión. Este análisis comparativo puede revelar oportunidades para que Andorra refine su enfoque, garantizando que su práctica sea efectivamente coherente con un espíritu de cooperación internacional y respeto mutuo entre sistemas jurídicos.

La implementación de los arts. 255 y 256 ha tenido un impacto significativo en la práctica legal en Andorra, proporcionando un marco más estructurado y predecible para el reconocimiento de decisiones extranjeras. La evaluación de su aplicación práctica y los casos resultantes puede ofrecer *insights* sobre la efectividad de la ley y potenciales áreas de mejora.

III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN LA UE.

I. Introducción al marco jurídico de la UE.

El marco jurídico de la UE en el ámbito del Derecho internacional privado de la persona y la familia se caracteriza por una combinación de normativas europeas y nacionales que buscan garantizar la coherencia y eficacia en la resolución de conflictos legales transfronterizos. La UE ha desarrollado una serie de instrumentos legales para abordar cuestiones familiares en un entorno internacional.

La regulación europea en materia de Derecho internacional privado de familia se basa en diversos reglamentos, como el Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento (UE) 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Estos reglamentos establecen normas comunes para determinar la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en casos transfronterizos dentro de la UE⁴⁴.

⁴⁴ Todos los hechos y actos relacionados con nacimiento, filiación, adopción, matrimonio, defunción, entre otros, que involucren tanto a nacionales como a extranjeros, deberán inscribirse en el registro civil de conformidad con el art. 3 de la LRC. El registrador es el responsable de realizar estos registros de acuerdo con la normativa andorrana. Esto significa que, respecto de los actos y hechos de extranjeros ocurridos en Andorra, el registro debe seguir los estándares establecidos por la normativa andorrana

Es importante subrayar que el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁴⁵, se aplica desde el día 29 de enero de 2019, para los 18 Estados que participan en la cooperación reforzada (Decisión 2016/954). Para su puesta en marcha se han habilitado los formularios previstos en el Reglamento 2018/1990.

Además, debemos resaltar la importancia del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental como otro pilar fundamental del marco jurídico europeo en asuntos familiares. Este reglamento establece normas claras sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en casos relacionados con el divorcio, la separación legal y la responsabilidad parental en un contexto internacional.

En el marco de la UE, los reglamentos juegan un papel fundamental en la regulación de asuntos relacionados con la nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio en un contexto transfronterizo. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, del 25 de junio de 2019, establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial dentro de la UE⁴⁶. Emitido el 25 de junio de 2019, este Reglamento establece normas uniformes de competencia en relación con el divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial dentro del ámbito de la UE. Su objetivo principal radica en brindar claridad y coherencia en lo que respecta a la competencia judicial, así como en facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en estos ámbitos sensibles y complejos. Este marco normativo busca garantizar una aplicación uniforme y efectiva de las disposiciones legales en casos transfronterizos, fortaleciendo así la seguridad jurídica y protegiendo los derechos de las partes involucradas en situaciones matrimoniales con elementos internacionales.

(LRC y RRC), sin permitir menciones prohibidas, como la raza o la religión de las personas. Además, el curador debe respetar la legislación nacional sobre nombres y apellidos, sin imponer en estos casos las normas andorranas, y debe consignar correctamente los nombres y apellidos de los extranjeros escritos en caracteres no occidentales, como cirílico, árabe, griego, hebreo, chino o japonés. (Vid. FARRÉ, R.V.: *Dret internacional*, cit.).

45 DOUE L, núm. 183, de 8 de julio de 2016. Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; y, QUINZÁ REDONDO, P.: "La unificación-fragmentada del Derecho Internacional Privado de la UE en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, núm. 41.

46 REGLAMENTO (UE) 2019/1111 DEL CONSEJO de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/178/L00001-00115.pdf>.

Otro reglamento relevante es el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, que crea un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los estados miembros⁴⁷. Emitido con el propósito de brindar orientación y certeza en situaciones matrimoniales transfronterizas, este reglamento permite a las parejas internacionales llegar a acuerdos previos sobre la ley que regirá su divorcio o separación. Esta disposición facilita una mayor previsibilidad y seguridad jurídica en casos de parejas con elementos internacionales, ofreciendo un marco normativo sólido que promueve la autonomía de las partes y contribuye a una resolución más eficiente y armoniosa de conflictos matrimoniales en un contexto transfronterizo. Al permitir que las parejas acuerden anticipadamente la ley aplicable, este reglamento fomenta la estabilidad y la claridad en procesos de divorcio y separación judicial que involucran a individuos de distintas nacionalidades dentro de la UE, fortaleciendo así la protección de los derechos individuales y la coherencia en la aplicación de las normativas legales en casos complejos y sensibles.

En definitiva, el marco jurídico de la UE en materia de Derecho Internacional Privado de la persona y la familia se sustenta en una serie de reglamentos que buscan armonizar normas entre los Estados miembros para facilitar la resolución de conflictos legales transfronterizos y proteger los derechos de las personas involucradas en situaciones familiares con elementos internacionales

2. Competencia judicial internacional en la UE.

La competencia judicial internacional en la UE es un tema de suma importancia que se encuentra regulado por una amplia gama de normativas y reglamentos diseñados para establecer un marco claro y coherente que facilite la resolución efectiva de conflictos que trascienden las fronteras nacionales. Estas normas, que pueden tener su origen en la legislación de la UE, convenciones internacionales o normativas nacionales, tienen como objetivo principal definir aspectos fundamentales como la jurisdicción, la competencia judicial internacional y la competencia territorial. De esta manera, se configura un sistema legal que busca asegurar una adecuada atribución de competencias en el ámbito civil, garantizando así la aplicación justa y eficiente de las leyes en casos que involucran múltiples jurisdicciones dentro del territorio europeo. Es esencial comprender cómo estas normativas se entrelazan y colaboran para proporcionar un marco legal sólido que promueva la cooperación judicial transfronteriza y asegure la protección de los derechos de las partes involucradas en disputas civiles internacionales.

⁴⁷ Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Diario Oficial de la UE, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/343/L00010-00016.pdf>.

Dentro de este contexto, uno de los reglamentos de mayor relevancia es el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, el cual se enfoca en aspectos cruciales como la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles. Este reglamento representa un pilar fundamental de la cooperación judicial en materia civil en el ámbito de la UE, con el propósito específico de facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en los ámbitos civil y mercantil. Al centrarse en la armonización y la eficacia de los procedimientos judiciales transfronterizos, este reglamento busca promover la confianza mutua entre los sistemas judiciales de los Estados miembros, garantizando así una mayor seguridad jurídica y facilitando la resolución de disputas civiles y comerciales en un entorno transnacional. Es esencial comprender cómo este reglamento contribuye a fortalecer la cooperación judicial en la UE y a promover la movilidad de decisiones judiciales en beneficio de una mayor integración y cohesión dentro del espacio legal europeo⁴⁸.

La adecuación de la legislación nacional a la normativa europea desempeña un papel crucial en asegurar la correcta implementación de las normas de competencia judicial internacional. En este contexto, cobra especial relevancia la regulación de aspectos como la competencia judicial internacional para el ejercicio de acciones directas en el ámbito de seguros de responsabilidad civil. Esta adaptación legislativa no solo garantiza la coherencia y la aplicación efectiva de las normas europeas en el ámbito nacional, sino que también promueve la uniformidad y la eficacia en la resolución de disputas transfronterizas relacionadas con seguros de responsabilidad civil. Al establecer un marco legal armonizado que aborda específicamente la competencia judicial en este ámbito particular, se facilita la claridad y la predictibilidad en los procesos legales, lo que a su vez contribuye a fortalecer la protección de los derechos de las partes involucradas y a fomentar una mayor confianza en el sistema judicial tanto a nivel nacional como europeo. Es esencial reconocer cómo esta adaptación legislativa favorece la cohesión jurídica y promueve una aplicación más eficiente y equitativa de las normas de competencia judicial internacional en el contexto específico de los seguros de responsabilidad civil dentro del marco legal europeo.

En definitiva, los reglamentos y normativas vinculados a la competencia judicial internacional en la UE representan pilares esenciales que tienen como objetivo primordial establecer un marco legal transparente y coherente para la resolución de conflictos que trascienden las fronteras nacionales. Estas disposiciones legales no solo buscan promover una mayor eficacia y seguridad jurídica en el ámbito civil, sino que también aspiran a fortalecer la confianza en el sistema judicial europeo

⁴⁸ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>.

y a fomentar la cooperación entre los Estados miembros. Al proporcionar directrices claras sobre la competencia judicial en contextos transfronterizos, estos reglamentos y normativas contribuyen a la reducción de la incertidumbre legal, facilitando así una resolución más ágil y equitativa de disputas civiles internacionales.

Además, es importante destacar que estos pilares legales no solo buscan resolver conflictos de manera efectiva, sino que también tienen como objetivo promover la cohesión y la integración dentro de la UE al facilitar la movilidad de decisiones judiciales y al fomentar una mayor armonización en la aplicación de las normas legales en el ámbito civil. Asimismo, al establecer un marco legal claro y predecible, se fortalece la protección de los derechos individuales y se fomenta un entorno jurídico propicio para el desarrollo de relaciones comerciales y personales transfronterizas seguras y estables. En resumen, estos reglamentos y normativas representan cimientos sólidos que sustentan la justicia transnacional en la UE, promoviendo valores fundamentales como la equidad, la seguridad jurídica y la cooperación entre los Estados miembros para garantizar una administración de justicia eficaz y equitativa en el ámbito civil.

3. Ley aplicable y reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras en la UE.

En el marco de la UE, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional aborda aspectos cruciales relacionados con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y transacciones judiciales extranjeras. Esta ley española específica aplicable, contenida en los arts. 95I y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ha sido objeto de críticas por su obsolescencia y su falta de adaptación a las nuevas realidades internacionales⁴⁹.

La Ley 29/2015, situada dentro del ámbito jurídico español, se alinea y complementa con el marco regulatorio europeo, específicamente interactuando con reglamentos como el Bruselas I bis, que facilita el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados miembros. Esta sinergia permite una aplicación más eficiente y coherente de las normas dentro del espacio judicial europeo, fortaleciendo el principio de reconocimiento mutuo y asegurando que las decisiones tomadas en un Estado miembro sean respetadas y aplicadas en otro, sin necesidad de un procedimiento de exequátur largo y complejo.

Bajo la Ley 29/2015, el procedimiento de exequátur en España se articula en fases claramente definidas que inician con la presentación de la solicitud, seguida de la revisión de la documentación por parte del tribunal competente, y culminando con una decisión sobre el reconocimiento o ejecución de la resolución extranjera.

⁴⁹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Boletín Oficial del Estado, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>.

Este proceso, aunque más ágil que en otros contextos gracias a la influencia de la normativa europea, todavía retiene particularidades nacionales en su aplicación, reflejando el balance entre la autonomía jurídica española y los compromisos europeos.

En España, la Ley 29/2015 abarca un amplio espectro de resoluciones judiciales y actos susceptibles de reconocimiento y ejecución, desde sentencias en materia civil y mercantil hasta decisiones familiares. El análisis de cómo se tratan diversos tipos de resoluciones, especialmente en contextos familiares como el divorcio o la custodia, ilustra la aplicabilidad y flexibilidad de la ley, permitiendo adaptarse a las particularidades de cada caso mientras se adhiere a estándares europeos.

La reciprocidad, como principio subyacente en el reconocimiento de resoluciones extranjeras, se enfatiza en la Ley 29/2015, estableciendo un marco de confianza y cooperación mutua entre España y otros países. Este principio no solo facilita la cooperación judicial internacional, sino que también promueve un ambiente de respeto y colaboración entre jurisdicciones, vital para la resolución efectiva de disputas transfronterizas. La reciprocidad, como principio subyacente en el reconocimiento de resoluciones extranjeras, se enfatiza en la Ley 29/2015, estableciendo un marco de confianza y cooperación mutua entre España y otros países. Este principio no solo facilita la cooperación judicial internacional, sino que también promueve un ambiente de respeto y colaboración entre jurisdicciones, vital para la resolución efectiva de disputas transfronterizas.

La evaluación de la efectividad de la Ley 29/2015 revela un avance significativo hacia la modernización y la agilización de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en España, alineándose con los objetivos de eficiencia y cooperación judicial establecidos por la UE. Sin embargo, el análisis también sugiere áreas de posible mejora, como la adaptación a los cambios tecnológicos y a las nuevas formas de litigación internacional, asegurando que España permanezca a la vanguardia en la cooperación judicial internacional y en la protección de los derechos individuales en el ámbito transfronterizo.

En conclusión, la legislación española, ejemplificada por la Ley 29/2015, y la normativa europea constituyen un marco jurídico avanzado y sofisticado diseñado para enfrentar los desafíos del siglo XXI en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Este conjunto de leyes y reglamentos no solo busca modernizar los procedimientos legales para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, sino que también se esfuerza por garantizar la eficacia y la celeridad en el tratamiento de estos casos, asegurando que los derechos e intereses de las partes involucradas sean debidamente protegidos y respetados.

IV. ANÁLISIS COMPARADO: PRINCIPADO DE ANDORRA VS. UE.

Dado que Andorra es un país más reciente en comparación con la mayoría de los países que componen la UE, las diferencias en Derecho de familia entre Andorra y la UE pueden ser significativas debido a sus diferentes tradiciones jurídicas y sistemas judiciales. Varios países de la UE, como España, tienen un sistema jurídico más complejo y desarrollado, con un sistema jurídico codificado y una amplia jurisprudencia. Andorra, por otra parte, tiene un sistema jurídico menos desarrollado y se basa en leyes más sencillas.

En cuanto al matrimonio, las leyes que regulan el matrimonio y las uniones civiles pueden diferir en cuanto a requisitos, procedimientos y efectos jurídicos. La legislación andorrana puede ser más conservadora o menos completa que la española a la hora de reconocer las uniones civiles o los matrimonios entre personas del mismo sexo. Esto se debe a varios factores, pero el principal es que su independencia es bastante reciente, ya que se produjo hace 30 años.

Esta diferencia legislativa se puede constatar históricamente. Mientras que Holanda autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2001, Andorra no lo permitió hasta 17 de febrero de 2023, fecha en la que entró en vigor la Ley Cualificada nº 30/2022 de 21 de julio. En cuanto al divorcio y la separación, existen diferencias en cuanto a los procedimientos, la división de bienes, la pensión alimenticia, la custodia de los hijos y otros aspectos. Las disposiciones sobre estas cuestiones pueden ser más flexibles o restrictivas en un país que en otro, como veremos a continuación.

Con relación a la protección de la infancia y la adopción, las leyes y procedimientos de adopción pueden diferir en cuanto a los requisitos de adopción, los procesos legales y los derechos de los padres adoptivos. Andorra, basándose en lo que establece la UE, ha creado sus propias normas y criterios sobre quién puede adoptar y cómo se lleva a cabo el proceso de adopción. Es importante destacar que, aunque la UE se compromete a garantizar los derechos de la población LGTBQIA+, todavía hay países que actúan en sentido contrario, ya que cada país tiene autonomía y discrecionalidad para legislar al respecto. Hungría, por ejemplo, imposibilita desde 2020 la adopción por parte de parejas homosexuales animando a los ciudadanos a denunciar a las autoridades las familias LGTB con hijos.

Estas disparidades se manifiestan en aspectos como el matrimonio, el divorcio, la adopción y la protección de la infancia. En las siguientes secciones, exploraremos con mayor detalle cómo estas diferencias afectan a cada aspecto, desde los requisitos y procedimientos hasta los derechos legales y sociales involucrados.

I. En materia de competencia judicial internacional.

La comparación de la competencia judicial internacional entre diferentes jurisdicciones es un aspecto fundamental para comprender las diferencias y similitudes en los sistemas legales de distintos países. En este sentido, al analizar la competencia judicial internacional en la UE y en otros contextos legales, se pueden identificar variaciones significativas en los criterios de atribución de competencias judiciales.

En la UE, los reglamentos como el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁰ establece un marco detallado para determinar la competencia judicial en la UE en relación con asuntos civiles y mercantiles. Según este reglamento, existe una norma general que indica que las personas domiciliadas en un Estado miembro deben ser demandadas en ese mismo Estado, lo que proporciona claridad y previsibilidad en la jurisdicción aplicable, independientemente de la nacionalidad de las partes.

Además, el Reglamento permite que las partes en un contrato acuerden de manera explícita qué tribunal de un Estado miembro será competente para resolver sus disputas, lo cual otorga autonomía y flexibilidad en las relaciones contractuales. En el contexto de los contratos, la competencia puede también determinarse por el lugar de cumplimiento de la obligación en cuestión, mientras que, para los delitos o cuasidelitos, se considera competente el tribunal del lugar donde ocurrió el acto dañoso.

En situaciones que involucren relaciones desequilibradas de poder, como en los casos de seguros, consumo y contratos laborales, el reglamento especifica normas que favorecen a la parte más débil, ofreciendo un nivel adicional de protección. Además, hay situaciones de competencia exclusiva en las que ciertos litigios, por ejemplo, los relacionados con derechos reales sobre bienes inmuebles, deben ser tratados en el tribunal del lugar donde se encuentre el inmueble o registro.

Por último, el reglamento facilita el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en otros Estados miembros sin necesidad de procedimientos adicionales, promoviendo la eficiencia y la efectividad en el ámbito de la justicia transfronteriza. Estas disposiciones garantizan una estructura coherente y uniforme que apoya la libre circulación de decisiones judiciales y refuerza la seguridad jurídica y el acceso a la justicia en el mercado interno europeo.

50 Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-L00032.pdf>.

La posición única de Andorra, situada en el corazón de Europa, pero fuera de la UE, implica que su sistema de competencia judicial internacional sigue una trayectoria distinta de la de los Estados miembros de la UE. A pesar de la proximidad geográfica y las significativas interacciones económicas y culturales con países europeos, Andorra mantiene un conjunto independiente de normas y procedimientos que rigen su ámbito de competencia judicial internacional.

La legislación andorrana sobre competencia judicial internacional se construye sobre cimientos que reflejan su soberanía y particularidades jurídicas. Estas normas pueden estar influenciadas por conceptos jurídicos universales, pero su aplicación y desarrollo están adaptados a las necesidades y contexto específico de Andorra. A diferencia de los reglamentos de la UE, que buscan la uniformidad y la integración entre diversos sistemas legales nacionales, Andorra se orienta hacia principios como:

1º) Territorialidad: El principio de territorialidad juega un rol crucial en la determinación de la competencia judicial en Andorra. Este enfoque subraya la autoridad de los tribunales andorranos sobre los casos que tienen una conexión sustancial con el territorio andorrano, reflejando una preferencia por la aplicación de la ley local y la jurisdicción de los tribunales nacionales en asuntos transfronterizos.

2º) Protección de sus nacionales: En la protección de los intereses de sus ciudadanos, Andorra podría priorizar la competencia de sus tribunales en situaciones que involucren a nacionales andorranos, especialmente en disputas internacionales, para asegurar que estos reciban un tratamiento justo y equitativo.

3º) Reciprocidad en el reconocimiento de sentencias extranjeras: La reciprocidad es otro principio importante, que implica que Andorra reconoce y ejecuta decisiones judiciales extranjeras bajo la condición de que sus propias decisiones reciban un trato similar en otros países. Este principio fomenta la cooperación internacional y asegura un trato equitativo entre Andorra y otros estados en la administración de justicia transfronteriza.

La independencia del sistema legal andorrano en materia de competencia judicial internacional tiene implicaciones significativas para individuos y empresas que operan en o con Andorra. La necesidad de entender un conjunto de reglas distinto del de la UE puede presentar desafíos adicionales, pero también ofrece oportunidades para aquellos que están bien versados en las especificidades del marco legal andorrano.

Por un lado, la claridad respecto a la aplicación de principios como la territorialidad y la reciprocidad puede proporcionar certeza legal en el ámbito de Andorra. Por otro lado, la falta de un sistema de reconocimiento y ejecución de

sentencias tan integrado como el de la UE puede requerir procesos adicionales o la navegación por complejidades legales específicas al intentar reconocer o ejecutar decisiones extranjeras en Andorra.

En definitiva, son diferencias clave entre la competencia judicial internacional entre la UE y Andorra:

1ª) Estructura Legal y Aplicabilidad: Mientras que la UE tiene un sistema armonizado para determinar la competencia judicial y facilitar el reconocimiento de sentencias, Andorra sigue un sistema que puede requerir procedimientos más tradicionales o bilaterales para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

2ª) Procedimientos de Reconocimiento y Ejecución: En la UE, el proceso se ha simplificado significativamente gracias al Reglamento Bruselas I bis. En Andorra, sin embargo, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras pueden estar sujetos a procedimientos de exequátur, que pueden ser más largos y complejos en comparación con los de la UE.

3ª) Cooperación Internacional: La UE promueve una cooperación judicial eficaz entre sus Estados miembros. Andorra, aunque participa en acuerdos internacionales y tiene tratados bilaterales, puede no experimentar el mismo nivel de integración judicial que se observa dentro de la UE.

4ª) Impacto en la Seguridad Jurídica y la Previsibilidad: La claridad y la coherencia de las reglas de competencia en la UE benefician tanto a individuos como a empresas al operar a través de fronteras. Andorra, gestionando su propio sistema, puede no proporcionar la misma predictibilidad transfronteriza, especialmente en contextos que involucren a partes de varios países.

Así las cosas, aunque ambos sistemas buscan facilitar la administración de justicia y proteger los derechos en contextos transfronterizos, la UE ofrece un marco más unificado y predecible en comparación con Andorra. Esto refleja las diferencias inherentes entre la pertenencia a una entidad supranacional como la UE y la operación dentro de un sistema jurídico independiente y más autónomo.

2. En materia de ley aplicable.

Dentro de la UE, el marco legal que determina la ley aplicable en diversas materias civiles y mercantiles se fundamenta en una serie de reglamentos diseñados para asegurar coherencia y previsibilidad en el ámbito del Derecho internacional privado. Estos reglamentos constituyen una parte esencial del esfuerzo por armonizar y simplificar las relaciones legales transfronterizas entre

los Estados miembros, facilitando así la integración y cooperación europeas. Y el ámbito familiar no queda al margen, ya que reglamentos como el Reglamento “Bruselas II bis” (= Reglamento (CE) n° 2201/2003) y el Reglamento sobre regímenes matrimoniales (= Reglamento (UE) 2016/1103) y el relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas (= Reglamento (UE) 2016/1104) establecen normativas específicas para la determinación de la ley aplicable en cuestiones de divorcio, responsabilidad parental, regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas.

El objetivo de estos reglamentos es doble: por un lado, buscan proteger los derechos individuales y, por otro, promueven la eficacia y rapidez en la resolución de disputas. Al proporcionar un conjunto de normas coherente y predecible para la determinación de la ley aplicable, la UE facilita un entorno legal más integrado y eficiente, donde los ciudadanos y empresas pueden operar con seguridad y confianza más allá de sus fronteras nacionales.

Andorra, aunque estrechamente vinculada geográfica y económicamente a Europa, no es miembro de la UE y, por tanto, no está sujeta a su régimen jurídico. En consecuencia, dispone de su propia legislación para determinar la ley aplicable en casos transfronterizos, reflejando su autonomía legal y adaptándose a sus propias necesidades y contexto jurídico.

En el ámbito de los contratos, Andorra puede aplicar el principio de la *lex loci contractus* (= Ley del lugar del contrato), que determina que la ley aplicable al contrato es la ley del lugar donde este se ha celebrado, a menos que las partes hayan elegido expresamente otra ley. Este enfoque respeta la autonomía de la voluntad de las partes, un principio fundamental en el derecho contractual moderno, similar al observado en el Reglamento Roma I de la UE, aunque la forma específica en que se aplica y se interpretan posibles excepciones puede variar según el contexto andorrano.

En cuanto a las obligaciones extracontractuales, Andorra podría seguir el principio de la *lex loci delicti commissi* (= Ley del lugar donde se produce el daño)⁵¹, que establece que la ley aplicable es la del lugar donde se ha cometido el acto ilícito o donde se ha producido el daño. Este principio es similar al encontrado en el Reglamento Roma II de la UE, permitiendo previsibilidad y justicia al asignar la ley más directamente conectada con el evento en cuestión.

Con relación a sucesiones mortis causa, la Ley núm. 46/2014, de 18 de diciembre, supone un paso más en la regulación integral del derecho privado, que

51 Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero y *Lex Loci Delicti Commissi*. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 11, vol. 2, 2019, pp. 705-717.

regula la vida y las relaciones de las personas, sus bienes, negocios y herencias. El derecho sucesorio andorrano se basa en la unidad y universalidad de la herencia, sin distinción entre bienes muebles e inmuebles, y en el determinismo del derecho personal, con la nacionalidad como punto de conexión. Esto significa que el derecho sucesorio andorrano se aplica independientemente de la ubicación de los bienes o del lugar del fallecimiento.

A diferencia del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la aceptación y ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, el Derecho andorrano no permite la elección de la ley aplicable. Sin embargo, sí permite adaptar la ley aplicable a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la residencia habitual del causante.

Sin embargo, es importante notar que, aunque estos principios generales puedan ser compartidos entre Andorra y la UE, las particularidades de la legislación andorrana, como las definiciones específicas, las excepciones admitidas y los mecanismos de implementación, pueden ofrecer contrastes significativos. Andorra, por su estatus único, puede incorporar ajustes a estos principios para alinearlos más estrechamente con su tradición legal propia y sus intereses nacionales, mientras que, en la UE, la uniformidad y coherencia entre los Estados miembros es prioritaria.

Además, en el contexto de Andorra, es crucial considerar cómo los tratados internacionales y la cooperación bilateral con países vecinos pueden influir en la determinación de la ley aplicable, especialmente dado el entorno internacional en el que opera y su dependencia de relaciones armoniosas con la UE y otros países.

La armonización legal desempeña un papel crucial en el contexto del Derecho internacional privado, facilitando la cooperación judicial, la previsibilidad legal y la protección efectiva de los derechos individuales en un entorno cada vez más globalizado. Tanto la UE como Andorra, aunque en contextos distintos, se benefician y contribuyen a los esfuerzos de armonización legal, especialmente en el ámbito transfronterizo.

En la UE, la armonización legal es un objetivo fundamental para asegurar la coherencia y eficiencia del mercado interno. Los reglamentos de la UE en materia de persona y de familia son ejemplos destacados de cómo la armonización contribuye a la creación de un espacio judicial europeo unificado, donde las normas sobre la ley aplicable son consistentes y predecibles en todos los Estados miembros. Esta coherencia facilita las transacciones comerciales y personales transfronterizas,

reduciendo la complejidad y los costos asociados con la resolución de disputas internacionales.

Por otro lado, Andorra, aunque no forma parte de la UE, también se ve afectada por la tendencia hacia la armonización legal. El Principado puede participar en iniciativas globales o regionales que buscan establecer principios y normas comunes en el ámbito del derecho internacional privado. Por ejemplo, la participación de Andorra en los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado le permite alinearse con estándares internacionales y facilitar la cooperación judicial con otros países, lo que es esencial para un pequeño Estado que mantiene relaciones económicas y personales intensas con el exterior.

Las iniciativas de armonización como las de la Conferencia de La Haya ofrecen un marco para que jurisdicciones como Andorra y los Estados miembros de la UE converjan hacia prácticas y normas comunes, lo que es particularmente beneficioso en áreas como la protección de menores, las obligaciones alimentarias y el reconocimiento de sentencias judiciales. Estas iniciativas promueven el entendimiento mutuo y la cooperación entre sistemas legales diversos, contribuyendo a un entorno jurídico internacional más integrado y eficiente.

En resumen, la armonización legal es vital para mejorar la certidumbre y la justicia en las relaciones internacionales y transfronterizas. Mientras la UE continúa fortaleciendo su sistema de derecho uniforme, Andorra puede beneficiarse y contribuir a estos esfuerzos al participar en iniciativas globales que promueven principios y prácticas comunes. Esto no solo mejora la cooperación judicial y comercial con otros países, sino que también asegura que Andorra mantenga su relevancia y adaptabilidad en el cambiante escenario legal internacional.

3. En materia de reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras.

La comparación en materia de reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras entre diferentes jurisdicciones es crucial para comprender las variaciones en los sistemas legales y los procedimientos de reconocimiento internacional. En la UE, el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵² ha revolucionado el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles, eliminando el procedimiento de exequátur. Esto significa que una sentencia emitida en un Estado miembro de la UE es reconocida y puede ser ejecutada automáticamente en otro Estado miembro sin necesidad de un procedimiento judicial adicional. Este sistema refleja un compromiso con la eficiencia y la coherencia judicial, apuntalando la confianza mutua entre los

52 Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-L00032.pdf>.

sistemas judiciales de los Estados miembros y facilitando una cooperación judicial fluida y eficaz.

A diferencia de la UE, Andorra tiene su propio marco legal para el reconocimiento de resoluciones extranjeras, que no está influenciado directamente por las regulaciones de la UE debido a su estatus de no miembro. En Andorra, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras pueden requerir procedimientos más tradicionales, donde el *exequátur* sigue siendo necesario. Este proceso implica que las resoluciones judiciales extranjeras deben ser examinadas y aprobadas por los tribunales andorranos antes de su ejecución, lo que puede introducir demoras y un nivel adicional de escrutinio legal.

Mientras que en la UE se promueve la armonización y la confianza mutua, en Andorra y otras jurisdicciones fuera de la UE, como ciertos países de América Latina o Asia, el reconocimiento de resoluciones extranjeras puede estar más influenciado por el principio de reciprocidad. Este principio implica que Andorra reconocerá y ejecutará resoluciones judiciales de aquellos países que, a su vez, reconocen y ejecutan las resoluciones judiciales andorranas. Esta práctica puede variar significativamente entre diferentes países, reflejando la diversidad de tradiciones legales y acuerdos bilaterales o multilaterales.

La eficacia del reconocimiento de actos y resoluciones extranjeras es fundamental para la cooperación jurídica internacional, permitiendo que los derechos y las obligaciones establecidos en una jurisdicción sean respetados y cumplidos en otras. Para jurisdicciones como Andorra, adaptarse a estándares internacionales y buscar acuerdos de cooperación puede mejorar la efectividad de su sistema legal en el contexto global, facilitando las relaciones comerciales y personales transfronterizas.

La comparación revela la importancia crítica de sistemas legales eficientes para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, un pilar esencial para el derecho internacional privado y la cooperación judicial transnacional. Mientras que la UE ofrece un modelo de integración y eficiencia, Andorra y otras jurisdicciones mantienen enfoques que reflejan sus propias tradiciones legales y necesidades diplomáticas, enfatizando la importancia de la adaptabilidad y la cooperación internacional en este ámbito.

V. CONCLUSIONES.

Tras analizar las diferencias y similitudes clave entre Andorra y la UE en diversos aspectos como el económico, el político y el legislativo, se pueden extraer conclusiones significativas sobre la relación entre este país europeo no miembro de la UE y el bloque europeo:

PRIMERA. - En el ámbito económico, se destaca que Andorra, al no formar parte del mercado único de la UE, tiene una posición distinta en términos de regulaciones comerciales y aduaneras. A pesar de ello, los acuerdos aduaneros con la UE han facilitado el comercio de bienes, mostrando una integración económica limitada pero efectiva⁵³.

Para mejorar su integración económica con la UE, Andorra puede aplicar distintas estrategias⁵⁴. Una de ellas es la diversificación económica, que consiste en desarrollar sectores emergentes que puedan atraer inversiones y crear empleos de alto valor añadido. Entre estos sectores podrían figurar la biotecnología, la innovación y la industria de servicios, que son sectores en constante evolución tecnológica y que podrían aportar importantes beneficios económicos al país.

SEGUNDA. - En cuanto a la movilidad de personas, la no pertenencia de Andorra al Espacio Schengen ha generado controles fronterizos que restringen la libre circulación en comparación con los ciudadanos de la UE. Esta diferencia en la movilidad refleja las particularidades de la relación entre Andorra y la UE en términos de fronteras y migración. Tales diferencias podrían reducirse si los poderes públicos fomentaran las infraestructuras de transporte, como carreteras y aeropuertos, para facilitar el comercio y la circulación de personas y mercancías.

TERCERA. - Desde una perspectiva legislativa, se observa que Andorra cuenta con su propio sistema legal independiente, aunque ha establecido acuerdos con la UE en áreas como la cooperación judicial y fiscal. Estos acuerdos muestran un compromiso mutuo por promover la transparencia y combatir el fraude fiscal, evidenciando una colaboración constructiva entre ambas partes.

Así que una estrategia de integración podría ser la homologación fiscal, que pretende establecer una cooperación fiscal más estrecha entre Andorra y la UE. Esto puede lograrse mediante acuerdos que eviten la doble imposición y combatan el fraude fiscal, garantizando la transparencia y la equidad. Esta cooperación puede contribuir a reducir la carga fiscal de las empresas andorranas y a atraer inversiones extranjeras.

CUARTA. - En el ámbito político, a pesar de no ser miembro de la UE, Andorra mantiene relaciones diplomáticas con la UE y colabora en diversas áreas como el medio ambiente, la educación y la cultura. En Andorra, el sector

53 Interesantes reflexiones nos ofrecen sobre la visión del comercio en Andorra a partir de 2020 y los retos del comercio en Andorra y las oportunidades comerciales de Andorra con países como China, AA.VV.: *El futur del comerç a Andorra cap a on va?*, XII Jornades de la Societat Andorrana de Ciències, Societat Andorrana de Ciències, Envalira (Andorra), 2007.

54 Vid. Govern d'Andorra. *Espot exposa els principals projectes estratègics d'Andorra en una conferència a 'Nueva Economía Fórum'*, 2021, disponible en: <https://universalgestio.com/2021/06/11/los-principales-proyectos-estrategicos-de-andorra-expuestos-en-nueva-economia-forum>.

económico predominante es el terciario (80% del PIB)⁵⁵, ya que el país se sustenta principalmente en el turismo. Para mejorar cada vez más la economía e integración, Andorra debe enfocarse en el desarrollo del turismo sostenible, que combina la preservación del medio ambiente con la promoción del patrimonio cultural y natural. La razón es que tanto la UE como Andorra atraen a visitantes que buscan experiencias únicas y responsables.

QUINTA. - A través de la cooperación bilateral, queda resaltado un interés compartido en promover valores comunes y fortalecer los lazos entre ambas entidades. Cuando se trata de cuestiones de Derecho de familia, como el matrimonio, la sucesión, la separación y el divorcio, también es posible observar similitudes y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de la UE y de Andorra. Mientras que la UE cuenta con el Reglamento Bruselas II bis, Andorra se rige por la Ley 30/2022, que abordan cuestiones relativas a las leyes aplicables y los tribunales competentes en dichos asuntos internacionales.

En resumen, y tomando como telón de fondo la materia que nos ha ocupado en este trabajo (Derecho internacional privado en materia de persona y de familia) las diferencias y similitudes entre Andorra y la UE delinear una relación compleja pero colaborativa que se basa en acuerdos específicos y una voluntad mutua de cooperación en áreas estratégicas. Esta dinámica especial entre un país soberano fuera del bloque europeo y la UE ilustra las oportunidades para el diálogo interregional y el fortalecimiento de vínculos basados en intereses comunes y objetivos compartidos.

55 Vid. Cámara de Comercio de España. Análisis de Mercados: Andorra, 2020, disponible en: <https://www.camara.es/blog/analisis-de-mercados-andorra>.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *La Constitució del Principat d'Andorra. Vint anys després 1993-2013*, Consell General del Principat d'Andorra, s. l. e., 2013.

AA.VV.: *El futur del comerç a Andorra cap a on va?*, XII Jornades de la Societat Andorrana de Ciències, Societat Andorrana de Ciències, Envalira (Andorra), 2007.

AA.VV.: *El Procés Constituent de la Constitució del Principat d'Andorra. Actes de la Comissió Especial encarregada del Procés Constituent, 1990-1992, vol. I y II*, Consell General del Principat d'Andorra, s. l. e., 2006.

AA.VV.: *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1995, Marcial Pons, Madrid, 1996.

ABRIL CAMPOY, J. M.: "La liquidación del régimen economic matrimonial de separación de béns en l'ordenament jurídic andorrà", en AA.VV.: *Aspectes de la jurisprudencia andorrana. Balanç de 20 anys de Constitució* (coord. por P. PASTOR VILANOVA), Universitat d'Andorra, Sant Julià de Lòria (Andorra), 2014.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "La cuestión previa de la 'existencia de matrimonio' en el proceso de divorcio con elemento extranjero", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2013.

ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2004.

BARTOLOMÉ ARENY, P.: *Andorra i la "qüestió europea". Revisió dels fonaments de l'Acord d'associació entre Andorra i la Unió Europea*, REIGfundació, Sant Julià de Lòria, 2024.

CACHÓN CADENAS, M. (coord.): *Dret processal civil del Principat d'Andorra*, Universitat d'Andorra, Sant Julià de Lòria (Andorra), 2020.

CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

- "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", AA.VV.: *Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (coord. por A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2004.

- *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", *Revista Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2002, núm. 20.

DALERÈS, J. E.: *El camí cap a la Constitució d'Andorra*, Anem Editors, la Seu d'Urgell, 2023.

HERRANZ BALLESTERO, M.: "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: el Reglamento (UE) N.º 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial", *Revista de Derecho de la UE*, núm. 22, 2012.

LÓPEZ MONTANYA, E.; PERUGA GUERRERO, J. Y TUDEL FILLAT, C.: *L'Andorra del segle XIX*, Govern d'Andorra, Conselleria d'Educació i Cultura, 1988.

MARQUÉS OSTE, N.: *La constitució del Principat d'Andorra: la resposta als reptes de les institucions preconstitucionals en el segle XX (1930-1993)*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 2021.

NAVARRO VILLANUEVA, C. (coord.): *Dret civil processal del Principat d'Andorra*, Fundació Privada Crèdit Andorrà / Universitat d'Andorra, s. l. e., 2011.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Navarra, 2002.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.:

- *Código Universitario de Derecho Internacional Privado. Tomos I y II*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.
- "Derecho a contraer matrimonio y a formar una familia como Derecho humano y el problema de los "matrimonios por conveniencia" en España", *Latin American Journal of European Studies (LACES)*, vol. 2, núm. 1, 2022.
- *Derecho internacional privado. Materiales para su estudio*, SEPIN, Madrid, 2023.
- "El fenómeno de la inmigración y el problema de los denominados matrimonios de conveniencia en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 9, núm. 2, octubre 2017.

- “La pensión compensatoria entre cónyuges en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi de UE*, núm. 7, julio 2017.
- *Los matrimonios de conveniencia en España*, Editorial Sepin, Madrid, 2018.
- *Los “matrimonios de conveniencia” en España, Práctica doctrinal, jurisprudencial y registral*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), enero 2022.
- *Los matrimonios internacionales en España*, Editorial Tirant lo Blanch (España), 2024.
- “Los reglamentos europeos en derecho de familia: crisis matrimoniales internacionales”, en AA.VV.: *GPS Familia*, (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2023.

PALAU I MARTI, M.: *Andorra. Història, Institucions, Costums*, Editorial Virgili & Pagès, S. A., Lleida, 1987.

PUIG FERRIOL, L. (coord.): *Fonaments de dret privat andorrà, Volum I.- Dret de la persona i de la família*, Premsa Andorrana, s. l. e., 2005.

RODRIGUEZ BENOT, A.: *Manual de Derecho internacional privado*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2023.

RODRÍGUEZ MIÑANA, J.C.: “Normas de Derecho Internacional Privado en la Ley Andorrana 30/2022 calificada de la persona y de la familia: Examen de su Título III”, *Bitácora Millenium DiPr*, disponible en: <https://www.millenniumdipr.com/ba-106-normas-de-derecho-internacional-privado-en-la-ley-andorrana-30-2022-calificada-de-la-persona-y-de-la-familia-examen-de-su-titulo-iii>.

VALLS, A.: *La nova constitució d'Andorra*, Premsa Andorrana, S. A., Impremta Principat, S. A., s. l. e., 1993.

VIÑAS FARRE, R.:

- *Dret internacional privat del Principat d'Andorra (volumen I)*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- *Dret internacional privat del Principat d'Andorra (volumen II). Persona, família, sucesions y testaments*, Universitat d'Andorra i Fundació Crèdit Andorrà, Madrid, 2009.

VIUSÀ GALÍ, J.: *Andorra, retrat de societat*, Llibres de l'índex, Barcelona, 1993.



COMENTARIOS DE SENTENCIAS



CONDUCTA PRÓDIGA: NECESIDAD DE
PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE APOYO.
CURATELA ASISTENCIAL. COMENTARIO A LA STS
DE ESPAÑA NÚM. 1143/2024, DE 18 DE SEPTIEMBRE
(ECLI:ES:TS:2024:4400)

*PRODIGAL CONDUCT: NEED FOR PROPORTIONALITY OF THE
SUPPORT MEASURE. CARE GUARDIANSHIP. COMMENTARY
TO THE SPANISH SUPREME COURT JUDGMENT NUMBER
1143/2024, 18TH SEPTEMBER (ECLI:ES:TS:2024:4400)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 610-623

Salvador
CARRIÓN
OLMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Comportamiento pródigo constatado por hechos concretos, como consecuencia del padecimiento por el sujeto de enfermedad psíquica de carácter persistente. Necesidad de adoptar medidas de apoyo para la realización de actos de administración y disposición patrimonial complejos, a fin de evitar abusos por parte de terceros y prevenir una hipotética situación de indigencia en la que podría encontrarse aquél al no estar en condiciones de administrar el patrimonio heredado. Proporcionalidad de la medida a adoptar. Suficiencia de un complemento para consumar actos de administración y disposición patrimonial complejos; improcedencia de una curatela representativa y suficiencia de una curatela asistencial.

PALABRAS CLAVE: Conducta pródiga; enfermedad psíquica; medida de apoyo; actos de administración y disposición de carácter complejo; indigencia; proporcionalidad; curatela asistencial.

ABSTRACT: *Prodigal behavior confirmed by concrete facts, as a consequence of the subject's suffering from a persistent mental illness. Need to adopt support measures for carrying out complex asset administration and disposal acts, in order to avoid abuse by third parties and prevent a hypothetical situation of indigence in which the person could find themselves as they are not in a position to manage the inherited assets. Proportionality of the measure to be adopted. Sufficiency of a complement to consummate complex asset administration and disposal acts; inadmissibility of a representative guardianship and sufficiency of a welfare guardianship.*

KEY WORDS: *Prodigal behavior; mental illness; support measure; administration and disposition acts of a complex nature; indigence; proportionality, care guardianship.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. PROCEDIMIENTO INICIADO AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY 8/2021.- II. NOCIÓN DE PRODIGALIDAD.- III. CONDUCTA O COMPORTAMIENTO PRÓDIGOS Y SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.- IV. CARACTERÍSTICAS DEL COMPORTAMIENTO.- V. NECESIDAD DE LA MEDIDA Y PROPORCIONALIDAD DE LA MISMA. CURATELA ASISTENCIAL. PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE APOYO AUN EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL INDIVIDUO.

SUPUESTO DE HECHO

Procedimiento de incapacitación iniciado por la madre del demandado y establecimiento de curatela, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y continuado tras la entrada en vigor de aquella como procedimiento de provisión judicial de apoyos.

Padecimiento por el sujeto de enfermedad psíquica de carácter persistente que, pese a no impedirle realizar con autonomía sus actividades diarias, incluido el manejo de pequeñas cantidades de dinero ("dinero de bolsillo"), le imposibilita para la realización por sí de actos de carácter administrativo complejo, lo que conlleva la necesidad de supervisión para aquellos actos económicos de mayor complejidad.

La demanda prospera en la primera instancia, con el establecimiento de una curatela representativa. Interpuesto recurso de apelación, la AP desestima el recurso.

Recurrido en casación el fallo de la Audiencia, el TS estima en parte el recurso interpuesto. De la necesidad de que la medida de apoyo respete al máximo la autonomía de la persona se infiere, a su vez, la necesidad de proporcionalidad de aquella. Suficiencia en el caso enjuiciado de una curatela meramente asistencial.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El juicio sobre la procedencia de la curatela y su contenido debe ajustarse a los principios previstos en el art. 268 CC. Las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos tienen que ser "proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, han de respetar "la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y "atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias".

• **Salvador Carrión Olmos**

Catedrático emérito de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: salvador.carrión@uv.es.

Lo relevante no es tanto el diagnóstico de una enfermedad o trastorno psíquico que genera la situación concreta de discapacidad, como las concretas necesidades que provoca para el ejercicio de los derechos de esa persona.

En el caso enjuiciado las necesidades de apoyo se centran en la realización de actos de administración y disposición complejos. El problema en este caso radica en la proporcionalidad de la medida. Basta un auxilio y complemento para consumir esos actos de administración y disposición patrimonial complejos, pero sin necesidad de sustituir al interesado. No se precisa una curatela representativa, siendo bastante una curatela cuyo contenido se ajuste a prestar un auxilio para los referidos actos de administración complejos, requiriendo estos para su validez de la autorización del curador.

El hecho de que la medida de apoyo se haya acordado en contra de la voluntad de la persona con discapacidad no supone por sí una contradicción del art. 268 CC. En casos en los que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aún en contra de la voluntad del interesado; el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.

COMENTARIO

I. PROCEDIMIENTO INICIADO AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY 8/2021.

La sentencia objeto de comentario contempla un procedimiento en materia de prodigalidad iniciado al amparo de la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; procedimiento que, tras la entrada en vigor de la citada Ley, continuó en primera instancia como procedimiento de provisión judicial de apoyos.

La madre del demandado solicitaba que se declarase la incapacitación parcial de su hijo para la administración de su patrimonio, y el nombramiento de un curador. Hay que señalar, no obstante, que en la regulación de la prodigalidad anterior a la Ley 8/2021 (la instaurada por la Ley 13/1983, de reforma del CC en materia de tutela), el prodigo no era propiamente un incapaz sino un sujeto cuya capacidad de obrar sufría limitación en la esfera patrimonial (en la propia demanda de la madre parece que se esté apuntando esta idea con la referencia a que se declarase la incapacitación “parcial” de su hijo). De otro lado, la legitimación activa de los ascendientes (en el caso, la madre de José Daniel) para instar la declaración

de prodigalidad, cuando estuvieren percibiendo alimentos del presunto pródigo o en situación de reclamárselos, venía expresamente reconocida por el art. 294 CC surgido de aquella reforma, derogado luego por la Ley 1/2000, de 7 de enero, siquiera pasara su contenido sin mutación alguna a la ley procesal.

II. EN TORNO A LA NOCIÓN DE PRODIGALIDAD.

En el marco normativo anterior a la reforma del CC por la Ley 8/2021, cabe afirmar que el concepto de prodigalidad podía calificarse como pacífico. La doctrina más autorizada entendía por prodigalidad la conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro (directa o indirectamente) la situación patrimonial de su familia más cercana.

Esta noción de la figura no experimentó variación tras la reforma del CC por la Ley 13/1983, de reforma del CC en materia de tutela. Se produjo, sí, un cambio sustancial en el interés protegido: de las legítimas de los llamados herederos forzosos al derecho a alimentos del cónyuge, descendientes o ascendientes del presunto pródigo que estuvieren percibiendo alimentos del presunto pródigo o en situación de reclamárselos, pero en ambos casos la protección dispensada se refería a la familia más cercana (los sujetos con derecho a legítima coincidían con aquellos que tenían derecha a alimentos, ya *in actu*, ya potencialmente).

De otro lado, el concepto de prodigalidad aparecía como un concepto unitario, concordante con esa autorizada definición (DE CASTRO) unánimemente aceptada en la doctrina civil y en la jurisprudencia españolas.

Eran, asimismo, generalmente aceptadas las notas de la figura: a) existencia de una conducta o comportamiento; b) conducta creadora de un peligro para el patrimonio. c) claramente irrazonable d) puesta en peligro de la situación patrimonial de la familia más cercana.

El planteamiento al que acaba de hacerse referencia experimenta un cambio sustancial tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, cambio que afecta a la figura en su entera dimensión: a su misma noción, a los intereses objeto de protección y a las notas hasta entonces caracterizadoras de la figura.

El régimen de la prodigalidad deja de ser unitario o uniforme y pasa a ser contemplado en un marco plural, el marco que en cada caso concreto corresponda a la medida de apoyo de que se trate.

La referencia del Preámbulo a la supresión de la prodigalidad “como institución autónoma” debe ser entendida en este sentido, el de la desaparición de esa

unicidad de régimen de la prodigalidad, propio de la legislación anterior; y el paso a una diversificación de aquél.

Dando por supuesto que la prodigalidad, como figura jurídica (al margen ahora de la supresión de esa denominación en el CC tras la Ley 8/2021) es única, es claro que la referencia del preámbulo a “los supuestos contemplados por ella” no puede entenderse como hecha a la existencia de diversas categorías o tipos de prodigalidad, sino a la circunstancia de que tras la reforma la conducta o el comportamiento pródigos deberán ser contemplados al través de las medidas de apoyo que en cada caso procedan.

En consecuencia, la dicción del preámbulo no puede menos que calificarse como errónea además de confusa. La referencia a “los supuestos”, dada la imposibilidad de que quepa referirla a la conducta pródiga en sí misma, hay que entenderla hecha a las causas subyacentes en un comportamiento que quepa calificar de pródigo, con lo que “los supuestos contemplados por ella” no lo son de la prodigalidad, sino de las causas que estén en la base de ese comportamiento.

La conducta pródiga no tiene “supuestos” sino causas que la motivan o dan lugar a ella. Desde esta perspectiva, hay mayor grado de acierto en la conclusión de la referencia del preámbulo (“encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”), y que hay que entender referida a las “causas” de la conducta pródiga y en modo alguno a “supuestos” o tipos diferenciados de prodigalidad.

Presupuesto, por tanto, que los supuestos no lo son de la prodigalidad sino de las causas que la motivan o dan lugar a ella, si tiene sentido que esos supuestos, que esas causas motivadoras, encuentren encaje en las normas sobre medidas de apoyo. Tras la reforma, la conducta pródiga deberá ser contemplada al través de las medidas de apoyo que en cada caso procedan; pero contemplarla al través de las medidas de apoyo. Son esas medidas de apoyo las que deben dar adecuada respuesta a la causa que en cada supuesto concreto esté en la base de ese comportamiento calificable como pródigo.

Obsérvese la dicción que utiliza el legislador: de un lado, se refiere a la prodigalidad “como institución autónoma” y de otro, a “los supuestos contemplados por ella”. Esa contraposición no tiene sentido alguno si la referimos a la regulación anterior (la propia de la Ley 13/1983, y menos aún si nos remontamos a la redacción originaria del Código, sencillamente porque ese régimen era unitario o uniforme (incapacitación en la regulación de 1889 y consiguiente sujeción a tutela (art. 221 CC, redacción originaria) ; no consideración del pródigo como un incapaz y sujeción a curatela en la de 1983 (art. 286.3 CC en su redacción de 1983, “Están sujetos a curatela: 3º. Los declarados pródigos”).

Por tanto, la contraposición como se ha dicho sólo tiene sentido si la referimos a la reforma del CC por la Ley 8/2021: desaparición de la anterior regulación, la de unicidad de régimen, y su sustitución por una regulación que cabría denominar *ad casum*, atendiendo a la discapacidad concreta de que se trate, y a su consiguiente encaje en la medida de apoyo que en cada caso resulte más adecuada para la protección de los intereses del propio sujeto al que esa medida de apoyo se refiera.

En definitiva, los supuestos de prodigalidad se contemplan tras la Ley 8/2021 en el marco de las medidas de apoyo, medidas de apoyo que se establecerán *ad casum*, atendiendo a la especificidad de la discapacidad del sujeto de que se trate en cada caso. La prodigalidad presenta, por ello, una dimensión plural, no unitaria, precisamente porque las medidas de apoyo en cada caso procedentes son asimismo plurales, desaparecida la unidad de régimen propia del sistema anterior (art. 298 CC, en la redacción de 1983: “La sentencia determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador”).

La referencia del preámbulo de la ley a “los supuestos contemplados por ella”, no parece que pueda ser entendida como referida a la conducta pródiga en sí, pese a la errónea dicción del preámbulo, como si la prodigalidad pudiera ser plural, sino a la pluralidad de situaciones de discapacidad que podrán estar en la base de un comportamiento o conducta que quepa calificar de pródigos.

Y es que la conducta pródiga será siempre la misma, caracterizada por sus notas definitorias, con lo que la referencia a “los supuestos contemplados por ella” hay que entenderla a la pluralidad de causas que pueden estar detrás de un comportamiento pródigo, y determinantes, asimismo, de la procedencia de una u otra medida de apoyo. Con lo que cabría afirmar que la prodigalidad vendrá contemplada siempre al través de la medida de apoyo de que se trate.

Variación sustancial, también, la que experimenta el interés protegido. Sin perjuicio de las referencias que habrá que hacer en el siguiente apartado, referidas ya al supuesto concreto contemplado en la sentencia objeto de comentario, señalar aquí que lo que tras la reforma se protege es el interés del propio sujeto. Llama la atención a la vista de lo que se acaba de decir, y que es de gran utilidad a efectos de apreciar el radical contraste entre los designios legislativos de 1889 y 2021, el parecer de DE CASTRO, escribiendo para el CC de 1889: “La incapacitación por prodigalidad no se impone en interés de aquél a quién se incapacita, sino por el de la familia para que no se vea privada de los medios económicos necesarios para la subsistencia”. El legislador de 2021 ha optado por un planteamiento radicalmente diferente: el del interés del propio sujeto. Consecuentemente si la conducta pródiga es efecto o consecuencia de una situación de discapacidad, procederá el establecimiento de medidas de apoyo, pero en interés del propio sujeto. Si

tal comportamiento no es consecuencia de una discapacidad, la protección entonces de ese mismo interés conllevará la imposibilidad de establecimiento de tales medidas, sin perjuicio de que el llamado pródigo *a* se pueda si así lo desea acogerse a lo dispuesto en el art. 255.I CC.

La consecuencia inmediata de lo anterior es que la protección de los intereses que lo venían siendo al amparo de la regulación anterior (alimentistas actuales o potenciales) deberán discurrir por otras vías.

III. CONDUCTA O COMPORTAMIENTO PRÓDIGOS Y SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

Una de las cuestiones de mayor interés que presenta la reforma del régimen de la figura tradicionalmente llamada prodigalidad en nuestro Derecho tras la Ley 8/2021, es el de la relación entre conducta o comportamiento pródigos, de un lado, y situación de discapacidad, de otro.

La pregunta que a este respecto cabría formular es la de si una conducta pródiga debe presuponer, siempre y en todo caso, una situación de discapacidad del sujeto de que se trate. La sentencia objeto de comentario no aborda directamente la cuestión, ni tenía porqué hacerlo. Sencillamente se parte del dato, cumplidamente probado en el fallo de la instancia y en la apelación, y recogido en casación, de que el demandado padecía “una enfermedad psíquica de carácter persistente que si bien puede realizar con plena autonomía sus actividades diarias, relativas a su vida independiente (autocuidado y actividades cotidianas), además del seguimiento de sus pautas alimenticias, así como la administración de medicación pautada y consiguientemente para tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas, e igualmente para manejar dinero de bolsillo”, sin embargo “para la realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma de decisiones al respecto tales capacidades han de serle completadas al ser sus habilidades al respecto limitadas imposibilitándole para ejercerlas por sí mismo”.

Si la conducta pródiga no descansa en una situación de discapacidad, no cabe la adopción de medidas de apoyo alguna, a menos que el propio sujeto se acoja a ellas. La llamada prodigalidad *a* se ha dejado de ser objeto de consideración por el legislador. Ya no hay protección de derechos patrimoniales (legítimas), ni vitales (derecho a alimentos), sino del interés del propio sujeto. Por tanto, cuando la conducta pródiga descansa o fundamente en ella misma, en un comportamiento dilapidador o derrochador que no tenga otra causa que la voluntad misma del que lo realiza, no cabrá la adopción de medida alguna de apoyo, sin más excepción que la de que sea el propio sujeto el que voluntariamente quiera acogerse a esas medidas (medidas voluntarias, art. 255 CC), ya en previsión de una hipotética conducta dilapidadora futura, ya con la finalidad de poner fin a esa misma conducta

que ya viene desarrollando, y ello quizá a fin de evitar encontrarse en una situación de indigencia.

La circunstancia de que la llamada prodigalidad *a* se haya dejado tras la reforma de ser objeto de la consideración legislativa, no tiene otra causa que el cambio experimentado por cuanto al interés protegido se refiere en la figura tradicionalmente llamada prodigalidad. Y es que si lo que se protege es el interés del propio sujeto, no cabe el establecimiento de medidas de apoyo para un sujeto que no se halle en una situación de discapacidad, a menos que éste quiera acogerse voluntariamente a ellas.

En la sentencia objeto de comentario, son evidentes dos realidades que confirman lo que se acaba de decir: de una parte, la existencia de una discapacidad a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad (“enfermedad o trastorno psíquico que genera la situación concreta de discapacidad”). De otra, el interés que se trata de proteger con el establecimiento de una medida de apoyo concreta (en el caso, una curatela meramente asistencial), interés que no es otro sino el del propio sujeto (“riesgo de que algunas personas abusen de él y que, en poco tiempo, por no estar en condiciones de administrar con la mínima prudencia el patrimonio heredado (70.000 euros) se quede en la indigencia”). Obsérvese que la demanda la interpone su madre, y ello al amparo de una legislación en la que la legitimación activa para instar le declaración de prodigalidad correspondía, entre otros, a los ascendientes que estuvieren percibiendo alimentos del presunto pródigo o estuvieren en situación de reclamárselos. Si bien, este planteamiento propio de la legislación anterior cambia sustancialmente tras la ley 8/2021: pasa a protegerse el interés del propio sujeto. La madre continuará legitimada activamente, pero no ya en su propio interés sino en el del hijo, y ello es así por cuanto éste padece una enfermedad o trastorno psíquico, generador de una situación de discapacidad con “las concretas necesidades que provoca para el ejercicio de los derechos de esa persona”.

Es, por tanto, al sujeto que padece la discapacidad al que se trata de proteger, y, en concreto, a fin de evitar ese doble riesgo, el de que terceros sin escrúpulos abusen de él y el de hallarse en breve tiempo en una situación de indigencia. El interés protegido experimenta así un cambio sustancial en el inicio del procedimiento y en el desarrollo posterior del mismo, cambio que no afecta a la legitimación activa de la madre, pero sí al interés objeto de protección: el interés de la madre, derecho a alimentos de ésta, perceptora actual o posible de los mismos, y el interés del hijo, que es el único interés que se toma en consideración tras la reforma. Preocupa que José Daniel pueda seguir siendo víctima de engaños o fraudes, como ya lo había sido anteriormente, y preocupa, además, que en tiempo breve pueda hallarse en una situación de indigencia.

Que estas medidas puedan repercutir, y repercutan, en beneficio de su madre es indudable, pero no lo es menos que el interés objeto de protección ha cambiado.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL COMPORTAMIENTO.

Es opinión común que la figura de la prodigalidad presupone para su apreciación, la concurrencia de una serie de características: a) conducta, b) conducta creadora de un peligro para el patrimonio; c) irracionalidad del dispendio; d) hacer peligrar la situación patrimonial de la familia.

La sentencia objeto del presente comentario aborda un supuesto en el que concurren todas las características anteriores, a excepción de la última de ellas, como consecuencia de ese cambio fundamental en los intereses objeto de protección a que se ha hecho referencia anteriormente.

La habitualidad de la conducta queda probada de sobra en ambas instancias. No se estaba ante un riesgo de comportamientos de prodigalidad, meramente potencial, sino ante hechos concretos y reiterados, que permitían hablar de habitualidad. La sentencia se refiere a “compras absurdas (una furgoneta de 20.000 euros, que finalmente no se consumó, (pero no por desistimiento de José Daniel, sino por ser el comprador amigo o allegado de la familia), abusos o engaños sufridos en la contratación de la reforma de su vivienda, con duplicación de facturas de aparatos sanitarios, y mala realización de las obras, lo que determinó la necesidad de una realización posterior; exceso de liberalidades (por importe de 800 euros), alojamiento gratuito de personas en su casa sin participar en los gastos, etc.).

La creación de un peligro para el patrimonio no ofrece la más mínima duda. Existían bienes que se ponen en peligro (el patrimonio heredado de su padre, por importe de 70.000 euros), y ese peligro se ponía de relieve por actos inequívocos de dispendio.

Irracionalidad del dispendio. La sentencia habla literalmente de “compras absurdas”; y ese calificativo podría extenderse asimismo a la totalidad de los actos de carácter patrimonial realizados por el demandado.

La irracionalidad de la actuación implica que se está siempre ante la necesidad de calificar el carácter de ese comportamiento, tanto sobre lo adecuado de la actuación económica como respecto de los fines mismos perseguidos.

Es en la cuarta de esas características respecto de la que se produce un cambio fundamental. Y es que después de la reforma ya no preocupa la incidencia de ese comportamiento sobre la situación patrimonial de la familia sino sobre la

del propio sujeto que lo despliega. Y, en consecuencia, el establecimiento de las medidas de apoyo se llevará a cabo en interés de aquél que queda sujeto a ellas.

Es de todo punto obvio que tratar de establecer rigurosas líneas divisorias entre el interés familiar y el del sujeto al que vaya destinada la medida de apoyo sería erróneo, dada la indudable interconexión que en la práctica generalidad de casos se dará entre la familia y el individuo a aquella perteneciente, pero si es importante el cambio de enfoque.

V. NECESIDAD DE LA MEDIDA Y PROPORCIONALIDAD DE LA MISMA. CURATELA ASISTENCIAL. PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE APOYO AUN EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL INDIVIDUO.

Necesidad de la medida de apoyo, de una parte, y proporcionalidad de aquella, de otra, actúan indudablemente en planos diferentes. Presupuesta la necesidad de adoptar una medida de apoyo, se impondrá llevar a cabo un juicio ulterior sobre la proporcionalidad de aquella. Así lo dispone el art. 249.I, *in fine* CC, que se refiere expresamente a los principios de necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, tales medidas habrán de ser las estrictamente necesarias para garantizar que, en el caso concreto, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica (DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre de 2022, p. 76).

El art. 268.I CC, desciende de ese plano general del artículo primeramente citado a uno más concreto, disponiendo que “las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”.

La sentencia que se comenta necesariamente tenía que diferenciar ambas cuestiones.

“Lo relevante no es tanto el diagnóstico de una enfermedad o trastorno psíquico que genera la situación concreta de discapacidad, como las concretas necesidades que provoca para el ejercicio de los derechos de esa persona”.

En definitiva, la causa del comportamiento pródigo se halla en una enfermedad de carácter psíquico que el sujeto padece, pero el tratamiento jurídico del problema necesariamente ha de situarse en un plano distinto del propio de la ciencia médica.

Toma en consideración las necesidades del individuo: "las necesidades de apoyo se centran en la realización de actos de administración complejos, riesgo de que algunas personas abusen de él y que, en poco tiempo, por no estar en condiciones de administrar con la mínima prudencia el patrimonio heredado (70.000 euros) se quede en la indigencia". La conducta hasta ahora desplegada (compras absurdas, el haber sido víctima de engaños, exceso de liberalidades, etc.) hacían totalmente previsible ese riesgo.

Al legislador le preocupa ese riesgo de que el sujeto quede en la indigencia, pero le preocupa por la situación concreta de discapacidad que afecta a aquél. Ese mismo comportamiento llevado a cabo por un sujeto que no se hallare en situación de discapacidad, y que asimismo pudiera conducir a una situación de indigencia, no daría lugar a la adopción de medida alguna.

De otra parte, preocupa esa previsible situación de indigencia en cuanto dicha situación le afecte a él mismo, no a otras personas aún muy próximas a él (como su madre).

La sentencia no aprecia que exista proporcionalidad entre las necesidades que la situación de discapacidad provoca para el ejercicio de los derechos de José Daniel y la decisión del juzgado, confirmada en apelación, del establecimiento de una curatela representativa:

"El problema en este caso radica en la proporcionalidad de la medida, pues el apoyo debe respetar al máximo la autonomía de la persona. Bastaría un auxilio y complemento para consumir esos actos de administración y disposición patrimonial complejos, pero sin necesidad de sustituir al interesado. Razón por la cual no era necesario una curatela representativa. Bastaba una curatela cuyo contenido se ajustará a prestar un auxilio a José Daniel para los referidos actos de administración y disposición complejos, lo que se traduce en que para su validez requerirán de la autorización del curador".

Si la constitución de la curatela, incluso con carácter meramente asistencial, es una medida excepcional, mayor excepcionalidad cabrá apreciar aun tratándose de curatela representativa. En consecuencia, si la primera resultara adecuada a las necesidades del caso concreto, en modo alguno procederá el establecimiento de la segunda.

De otro lado, la referencia del art. 268. I CC a la necesidad de "atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias" de la persona, por cuanto se refiere a las medidas tomadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos a ella referido, no implica que haya que estar a "la voluntad contraria del interesado, cuando como ocurre con frecuencia en algunos

trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad. En casos como el presente, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, aun en contra de la voluntad del interesado".



**ESTOCADA A LA GUARDA DE HECHO. COMENTARIO
A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 875/2024, DE 18 DE JUNIO
(ECLI:ES:TS:2024:3527)***

***LUNGE TO THE “DE FACTO GUARD”. COMMENTARY TO THE
SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT NUMBER 875/2024,
18TH JUNY (ECLI:ES:TS:2024:3527)***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 624-655

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad” (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación “Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)”, CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El presente comentario constata el fracaso práctico de la guarda de hecho en los casos de discapacidad severa, como consecuencia de la dificultad probatoria de la condición de guardador.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho; prueba; curatela.

ABSTRACT: *This commentary notes the practical failure of “de facto” guardianship in cases of severe disability, because of the difficulty of proving the status of guardian.*

KEY WORDS: De facto guard; proof; curatorship.

SUMARIO.- I. EL CARÁCTER PREFERENTE DE LA GUARDA DE HECHO FRENTE A LA CURATELA.- II. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO.- 1. Ante las Administraciones públicas.- 2. El acta de notoriedad.- 3. Dificultades de prueba ante entidades bancarias o aseguradoras: la posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho.- 4. La denominada “declaración responsable” ante la entidad bancaria.- III. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INSTANCIA RESPECTO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA CURATELA.- IV. LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.- V. LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LA SENTENCIA COMENTADA.- VI. SUPUESTOS EN QUE ES PROCEDENTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA.- 1. Falta de ejercicio adecuado de la medida de apoyo por parte del guardador.- 2. Insuficiencia de la guarda de hecho como medida de apoyo.

SUPUESTO DE HECHO

El juicio tiene su origen en una demanda interpuesta en marzo de 2021, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reformó la legislación civil y procesal relativa al apoyo de las personas con discapacidad.

En ella, el hijo de una persona, que padecía un deterioro cognitivo muy avanzado de origen degenerativo, tipo Alzheimer (que le hacía totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida diaria), pedía su incapacitación y que se le nombrara tutor de la misma.

Entrada en vigor la Ley 8/2021, que suprimió la incapacitación y la tutela como medida judicial de apoyo de las personas con discapacidad, se aplicó al proceso en tramitación la disposición transitoria sexta de dicha Ley, conforme a la cual, “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

La demanda fue desestimada en la sentencia de primera instancia, la cual fue revocada en sede de apelación, constituyendo la Audiencia una curatela representativa y nombrando curador al demandante.

Interpuesto recurso de casación, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La existencia de una guarda de hecho no impide la constitución de una curatela, cuando el guardador se encuentra con dificultades prácticas para hacer valer su

• **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho civil, Universitat de València. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

condición en el tráfico jurídico cotidiano y la gravedad de la discapacidad exige actuaciones representativas frecuentes en nombre de quien la sufre.

COMENTARIO

I. EL CARÁCTER PREFERENTE DE LA GUARDA DE HECHO FRENTE A LA CURATELA.

La presente sentencia supone un duro golpe para el principio de desjudicialización insito en la Ley 8/2021, de 2 de junio, la cual pretende que las medidas judiciales de apoyo (en particular, la curatela) sean subsidiarias, constituyéndose, exclusivamente, a falta de una guarda de hecho, que no sea suficiente para atender las necesidades de la persona apoyada.

Uno de los propósitos fundamentales de la Ley 8/2021 es conseguir una “razonable desjudicialización”, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en el Preámbulo, había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”.

El art. 269.I CC dice, así, que “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función” (art. 263 CC), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En el Preámbulo se explica que “La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”; y que “Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

Con fin de reforzar la figura del guardador, al mismo se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas: unas, por ministerio de la Ley; otras, previa autorización judicial.

a) Así, “No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar” (art. 264.III CC).

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, se dice que “La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al ‘histórico bancario’ puede resultar revelador a esos efectos), etc.”¹.

El Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, interpreta el concepto de actos “escasa relevancia económica”, para cuya conclusión el art. 264.III CC legitima al guardador de hecho.

Afirma que “No presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades”.

¹ Las SSAP Cádiz 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2152) y 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126) observan que “Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, Allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y ANEXO III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización. Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de los guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la LO 2/1986 de Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado”.

Por el contrario, entiende que, “En cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas -como salvaguarda en consideración a que el guardador de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión-, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia”; y añade: “A tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/u hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de esas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias -medios y necesidades- del caso concreto”.

b) El art. 264.I CC prevé que, “Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

El guardador deberá solicitar la autorización “a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad”, por lo que, “antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite” (art. 52.3 LJV).

Nótese que el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso. Creemos, así, que el juez podrá conceder la autorización, si existe una clara necesidad de realizar un acto, aun oponiéndose aquella, cuando la misma no pueda formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le prive de la facultad de discernimiento.

Según el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, “Cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV”.

En particular, conforme al art. 63.I LJV, “En la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga”. Además, “Con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada”. Según el art. 63.2 LJV, “En el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción”. Por último, a tenor del art. 63.3 LJV, “podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”².

II. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO.

La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica.

I. Ante las Administraciones públicas.

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la

2 El AJPI (núm. 5) Córdoba 570/2022 15 septiembre 2022, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria Genérico 1297/2021, constatando la condición de guardadora de hecho de la hija de una persona con demencia avanzada, ha aplicado los arts. 61 y ss. LJV, para autorizar a aquella a vender directamente la cuota de un inmueble, por considerar que dicha venta revertiría en beneficio de la madre, que se encontraba en una residencia, “no pudiendo afrontar el gasto total de su estancia con las pensiones que percibe”, observando que el resto de comuneros estaban de acuerdo en la operación y que se había aportado una copia del preacuerdo de venta, en el que constaban los datos de las partes, vendedora y compradora, así como el precio de venta, que era ligeramente superior al valor de tasación fijado en el informe adjuntado. Se acuerda también requerir a la guardadora de hecho para que acredite que el dinero correspondiente a su madre “se ha destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)”.

persona con discapacidad”, añadiendo que “La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”.

Por su parte, diversas administraciones autonómicas, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión de las razones por las que se ostenta; que “a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno”; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

2. El acta de notoriedad.

No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, al amparo del art. 209 del Reglamento Notarial, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable; y, desde luego, no cabe duda de que quien la desempeña, está legitimado para realizar actos con trascendencia jurídica en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador.

El Notario deberá constatar que la persona con discapacidad, examinadas sus capacidades cognitivas y volitivas, necesita de medias de apoyo estables para el ejercicio de su capacidad; y esto presupuesto, como observa la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, 6, “la existencia de la guarda de hecho; su adecuado ejercicio; y que no existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”.

La Circular referida afirma que, “Con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC)” .

Observa que, “En los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar pero que no tienen aptitud para prestar consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del Código civil”; y concluye que, “En ese caso, el Notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar voluntad y de la inaptitud de prestar consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente de que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo, si bien, “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.”

Estos extremos no añaden nada a lo que ya dice el art. 264 CC, pero su constatación en el acta puede ser útil en el tráfico jurídico, para disipar dudas de las personas u organismos que deban tratar con el guardador.

La posterior Circular Informativa I/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), expone que, “Con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada”, pero que, “Si ésta última no puede conformar o expresar su voluntad, al existir imposibilidad de hecho, aún con la ayuda de medios o apoyos para ello, será requirente únicamente el guardador de hecho. Añade que “Excepcionalmente podrá formular el requerimiento el guardador de hecho dando razón del motivo por el que no comparece la persona apoyada (por razón de imposibilidad o de movilidad). En este caso el Notario habrá de personarse en su domicilio con el fin de dar cuenta a la persona apoyada del requerimiento o, en su caso, constatar la situación de imposibilidad”.

Respecto de los elementos de prueba, la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, se remite al art. 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que “el Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente”. Concretamente, considera “recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical”, precisando que “Los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente”. “Otras pruebas recomendables a

practicar -continúa- podrán ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del Registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el Notario considere conveniente. “No parece aconsejable -concluye- la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad”.

Más estricta es en este punto la Circular Informativa I/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, según la cual, “Entre las posibles pruebas, es imprescindible, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical, especialmente de los parientes y personas próximas al guardador y guardado. Los testigos, por tanto, han conocer al guardador y a la persona apoyada, les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. En este punto es relevante la declaración que puedan realizar los familiares”.

En las actas de notoriedad, frecuentemente, se protocolizan los siguientes documentos de prueba: certificado de discapacidad, emitido por el organismo de la Comunidad Autónoma de residencia; certificado de empadronamiento, del que se desprende la convivencia entre los requirentes; fotocopia del Libro de familia acreditativa del parentesco entre ambos; y partida de nacimiento de la persona con discapacidad, de la que resulta la inexistencia de medidas de apoyo judiciales o voluntarias, inscritas o anotadas.

La Circular Informativa I/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, entiende que, “A fin evitar que circulen ‘datos informativos cuya difusión debe ser cuidadosamente valorada, se considera conveniente que [el acta de notoriedad] se formalice en dos instrumentos públicos, lo que permite que se acredite la existencia de la notoriedad solo con la exhibición del acta de cierre, en la que consta la declaración de notoriedad”.

Por lo tanto, según la referida Circular, el acta de notoriedad, “incluso aunque se inicie, se practiquen las pruebas y concluya en el mismo día y en un solo acto, se debe documentar en dos instrumentos públicos”: un acta inicial, que “contendrá las declaraciones, las pruebas y documentación” y se incorporará al protocolo como instrumento independiente; y, un acta final, que sólo “contendrá una escueta relación de las pruebas practicadas, sin entrar en detalles y el juicio de notoriedad por el Notario”.

Todo lo dicho hasta aquí debe, sin embargo, relativizarse, porque, en la práctica, no son pocos los Notarios, que se niegan a hacer actas de notoriedad en orden a la prueba de la guarda de hecho. Esta negativa se explica, a mi parecer, porque, siendo la guarda de hecho una situación fáctica susceptible de cambio, son reacios a constatarla, por el temor a que, cuando se exhiba el acta, la persona identificada en ella como guardador ya no lo sea; y, además, porque algunos Notarios entienden

que es difícil llegar a la conclusión de que alguien sea guardador de hecho de otra persona en todos los aspectos de su vida, más allá de la concreta esfera respecto de la cual aquél pueda acreditar su apoyo (por ejemplo, en el ámbito de la salud), por lo que no son proclives a reconocerle la condición general de guardador; que, precisamente, es lo que necesita para poder realizar actos diversos a los que ya lleva a cabo (por ejemplo, en el ámbito bancario).

3. Dificultades de prueba ante entidades bancarias o aseguradoras: la posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho.

En la vida diaria, surgen dificultades (aunque, no sólo) con las entidades de crédito y aseguradoras, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que es titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, ante las dificultades prácticas, en muchas ocasiones, de obtener un acta de notoriedad o porque, directamente, no se pide, se suele instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria³.

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”)⁴.

También en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se dice que “Cuando en el expediente

3 El AJPI (núm. 3) Córdoba 8/2022 11 enero 2022, procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021, ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que “se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición”.

4 El AJPI (núm. 5) Córdoba 8/2022 7 febrero 2022, Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021, constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal”, pero que la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos”; y añade: “Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”. Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que esta tiene derecho, por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil “establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos”. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana “a todos los efectos legales”.

de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierta que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas". No obstante (sin duda a efectos prueba de la condición de guardador), se añade que "Es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho"⁵.

En las "Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores", de 2021, se afirma que "realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con

5 Esto es lo que hace la SAP La Coruña 17 julio 2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903), que confirma la sentencia que había desestimado la pretensión de constituir una curatela en apoyo de una persona que, según el informe médico forense, "presentaba un deterioro cognitivo grave, en contexto de la enfermedad de SIDA, de carácter crónico, con tendencia a un mayor deterioro, no siendo esperable mejoría, no pudiendo tomar decisiones en relación con su persona y administración de bienes"; y ello, por existir una guarda de hecho, ejercida por una ONG. Sin embargo, considera conveniente la declaración judicial de la condición de guardador de hecho de la referida ONG, "a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros", y específica, con bastante detalle, los actos que la guardadora puede realizar, sin limitarse a hacer una genérica remisión al art. 264.III CC. Dice, así, que "podrá representar plena y totalmente" a la persona con discapacidad en los siguientes actos: 1) En la obtención y renovación de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria [en la que a la persona con discapacidad le ingresan la pensión no contributiva]. 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y la Dirección General de Tráfico, ante la Xunta de Galicia y organismo dependientes, y ante la Administración Local; y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [la persona con discapacidad]". También lo faculta para realizar un acto, que no es de los comprendidos en el art. 264.III CC, ante la existencia de una necesidad actual de autorización judicial; y ello, sin duda, con la finalidad de evitar que posteriormente tuviera que iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener dicha autorización: "En la aceptación, cobro y suscripción de carta de pago de la herencia de su difunto padre; y, especialmente, para el cobro de una cantidad correspondiente a un seguro, cuya cuota parte ya percibieron sus hermanos". Concluye: "Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria".

La SAP Álava 17 enero 2023 (ECLI:ES:APVI:2023:32) procede de manera semejante, rechazando la pretensión de constitución de curatela, por existir una guarda de hecho desempeñada por la madre, desde que su hijo había alcanzado la mayoría de edad, "si bien, parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de hecho" de aquélla, "aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros". Además, precisa que la guardadora podrá representar a su hijo en los siguientes actos: "1) En la obtención y renovación de DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como, gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que [el hijo] tenga abierta una cuenta corriente 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración y Tribunales, y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [del hijo] ante la Administración y Tribunales". Concluye que "Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria".

No deja de ser curioso, que esta sentencia establece una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida ésta que el art. 268.II CC sólo contempla para las medidas judiciales de apoyo, lo que es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización. Establece, además, la obligación de la guardadora de informar de su actuación el mes de enero de cada año.

anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

4. La denominada “declaración responsable” ante la entidad bancaria.

Tratando de solucionar el problema apuntado, el Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, contempla lo que llama una “declaración responsable ante la entidad bancaria”, documento, que deberá ser suscrito “por el titular del producto bancario que comunica a la entidad la existencia de la guarda de hecho y firmado por el guardador (o guardadores en caso de pluralidad en el apoyo)”.

Sin embargo, dicho documento, en rigor, es un poder realizado ante el banco por la persona, que, aun teniendo una discapacidad, no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello, con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento.

Se dice, así, que “la declaración responsable ante la entidad financiera reflejará, entre otros, los siguientes contenidos: la identificación de los sujetos intervinientes ; la relación de parentesco o vínculo que les une, el alcance y modalidad de la actuación del guardador o guardadores ante la entidad; los niveles de acceso a la información bancaria; las autorizaciones de gestión operativa; la precisión y adecuación al caso concreto (...) de los límites de la gestión económica de escasa relevancia ; la autorización o no de medios de pago -que nunca podrán implicar financiación o endeudamiento, en cuanto se asimilarían a operaciones de crédito precisadas de autorización judicial- y las modalidades operativas pactadas para los mismos; la especificación de la (...) cuenta bancaria de referencia para la operativa a desarrollar con la intervención del guardador y la relación de los productos vinculados a la misma”⁶.

6 En el Documento interpretativo se afirma que “La eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo aconseja como buena práctica la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como pueden ser las tarjetas monedero y otros medios de pago a débito. Esta previsión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares”. Se añade que “La singularización en una sola cuenta de la gestión ordinaria de la guarda enervará el riesgo de confusión de patrimonios, evitará la posible actuación fraudulenta de presentarse como guardador ante distintas entidades bancarias interesando la capacidad de gasto máxima en cada una de ellas sobre los referidos índices de referencia y permitirá, en su caso, la adecuada rendición judicial de cuentas por el guardador de hecho”.

Cabe preguntarse por qué se denomina “declaración responsable” a lo que no es, sino un apoderamiento.

La razón estriba en que, en un principio, esta “declaración responsable” se concibió como una declaración del guardador de hecho, en los supuestos en que la persona con discapacidad no puede exteriorizar una voluntad libremente formada, la cual era semejante a la que el guardador realiza ante las administraciones públicas para solicitar prestaciones económicas. Se pretendía, pues, que dicha declaración acreditara ante el banco la condición de guardador de hecho y que, en consecuencia, éste pudiera actuar en representación de la persona necesitada de apoyo, para concluir en su nombre operaciones bancarias para cuya conclusión le habilita el art. 264.III CC.

Sin embargo, posteriormente, se cambió de opinión, seguramente, ante el temor de que dicha declaración de responsabilidad, hecha por el propio guardador, pudiera posibilitar actuaciones en perjuicio de la persona con discapacidad. En su lugar, se previó el actual documento de apoderamiento suscrito por ambas partes, conservándose, sin embargo, la denominación de “declaración de responsabilidad”, lo que, a todas luces, resulta inadecuado a la naturaleza del documento, que es un título voluntario de legitimación del guardador para actuar dentro de los límites y con las salvaguardas en él establecidas.

Por lo tanto, la llamada “declaración de responsabilidad” es inoperante en el caso para el que originariamente se pensó, es decir, para la acreditación de la condición de guardador de hecho de la persona que no puede manifestar una voluntad libre y responsable, caso este, en el que el Documento interpretativo resalta la “especial eficacia” de las actas de notoriedad, “por aportar mayor seguridad jurídica”, “en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir, la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda”.

Precisa, además, una idea importante, al observar que la prueba realizada a través del acta de notoriedad “reflejará un momento temporal preciso, por lo que deberá tenerse en cuenta la necesidad de cierta actualización periódica para detectar eventuales cambios de situación en la guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichas circunstancias desde el mismo momento en que se produzcan”.

Este Documento no ha tenido el éxito que se esperaba, en parte, por remitir al acta de notoriedad, la acreditación de la guarda de hecho, en los problemas de importante discapacidad.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INSTANCIA RESPECTO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA CURATELA.

La dificultad probatoria de la guarda de hecho explica, sin duda, la existencia en la jurisprudencia de instancia de dos orientaciones diversas.

a) Un sector de la jurisprudencia considera que, siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, si la misma existe y se ejerza adecuadamente, no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación (que sería lo más semejante al antiguo tutor de los incapacitados), sino que lo procedente es que el demandante continúe ejercitando la guarda de hecho, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo no comprendido en el art. 264.III CC⁷.

7 La SAP Córdoba (Sección 1ª) 22 marzo 2022, rollo de apelación 68/2022, confirmó la falta de necesidad de establecer una curatela, porque existía una guarda de hecho, que había “estado funcionando *de facto* durante muchos años y correctamente”, reconociendo la condición de guardadora a una de las hermanas de la persona con discapacidad (de acuerdo con sus preferencias), dado que aquella se dedicaba a su cuidado con mayor intensidad que el resto de los familiares (en la sentencia recurrida se había reconocido tal condición a los padres, que, sin embargo, dada su avanzada edad y las enfermedades que padecían, debían también a ser atendidos). Observa que las necesidades de la persona con discapacidad “no son sino las usuales de una persona con esta situación, supervisión de actos elementales y realizar por él otras para las que no alcanza a tener conocimiento”, y que “No consta la existencia de un patrimonio que precise actos de administración, ni intereses que precisen de una especial intervención y control de lo que en su nombre se pueda ir realizando por la persona a quien se le encomienda esa actuación”. Concluye: “Se trata por tanto de persona actualmente con 51 años, que lo que precisa es asistencia personal, precisamente la que ha estado teniendo a lo largo de su vida, sin que se haya visto en la necesidad de mayores formalidades, habiendo dado muestras en la entrevista de estar muy comfortable con la situación de la que ha gozado y goza en el presente”.

La SAP Cantabria 31 mayo 2022 (ECLI:ES:APS:2022:623) consideró improcedente la adopción de las medidas judiciales de apoyo pretendida por los padres de una persona de 18 años, que tenía una discapacidad intelectual media (coeficiente intelectual de 58 y edad mental de 7 años) y a la que se le había reconocido la situación de discapacidad administrativa del 67% y de dependencia en grado II. Dicha persona requería ayuda en actividades cotidianas no primarias, pero conservaba autonomía para realizar actividades básicas y cotidianas de la vida diaria y tenía una “buena adaptación social y familiar”, precisando, sin embargo, “supervisión para las decisiones de trascendencia personal y para la administración económica y disposición de sus bienes”. Observa que la valoración positiva “sobre la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho que sobre la persona con discapacidad realizan sus padres no ofrece ninguna duda para seguir proyectándola en el futuro, pues reside con ellos, le atienden, cuidan y apoyan satisfactoriamente desde su minoría de edad para el desarrollo pleno de su personalidad y para que en el futuro requiera de un menor apoyo y están, en fin, en perfectas condiciones para seguir voluntariamente haciéndolo en el futuro”. Los padres, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, habían argumentado que la solución de no adoptar medidas judiciales de apoyo, desembocaría en un “previsible colapso de la Administración de Justicia por la necesidad de interesar constantes autorizaciones de los guardadores al juez”. Frente a ello, la Audiencia responde que, con este argumento, “se impugna más una decisión del legislador que el fondo de la decisión judicial” (que fue confirmada en segunda instancia).

La SAP Cádiz 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126), confirmando la sentencia recurrida, entendió que procedía la desestimación de la demanda de provisión de apoyos, “actualmente innecesaria”, puesto que los padres de la persona con discapacidad desempeñaban “con absoluta dedicación y de manera adecuada, la guarda de hecho”. Dice, así, que, desde “el punto de vista asistencial, tiene cubiertas sus necesidades”; y, desde “la óptica de la administración de sus bienes, sus padres gestionan y administran su pensión y la cuenta en la que se ingresa la misma y, desde la misma, abona los gastos correspondientes de la asistencia que recibe, pudiendo, como guardadores de hecho realizar todas las gestiones que son precisas en el Banco”. Tajantemente, concluye que “El presente procedimiento constituye una rémora del régimen de incapacidad que felizmente ha sido superado con la actual reforma, viéndose obligada la familia

b) Sin embargo, hay otra orientación jurisprudencial distinta, existiendo sentencias que constituyen una curatela, debido a la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir un guardador de hecho, que se ocupa adecuadamente de aquélla, por considerar que, concurriendo una discapacidad severa, la guarda de hecho no puede funcionar correctamente⁸.

a instancia de instituciones a la iniciación del mismo cuando, con el devenir del tiempo y el cambio de la legislación, dicha iniciación ha devenido absolutamente innecesaria”.

La SAP Castellón 16 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCS:2022:1106), confirmó la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión de constitución de curatela, dado que quien pretendía ser nombrado curador era guardador de hecho y desempeñaba la medida de apoyo de manera adecuada. El apelante sostenía que la enfermedad de su madre (Alzheimer, grave, en fase avanzada) era “una de las patologías más inhabilitantes”, teniendo carácter irreversible, pretendiendo, “asumir formal y solemnemente la obligación de cuidar de la misma, con todas las de la Ley”, “no como algo de facto sino de iure”, esto es, “no como una mera obligación moral, sino como una auténtica obligación jurídica, merecedora del correspondiente auxilio para poder cumplirla cabalmente, dotando de certeza, seguridad jurídica y permanencia a una situación que a todas luces lo requiere”. Frente a ello, la Audiencia afirma que no procedía la constitución de la curatela, pues la madre tiene “ya un guardador de hecho, el propio recurrente que se postula como curador representativo, cuya eficaz actuación como tal guardador de hecho supone suficiente apoyo para la misma, tanto a nivel personal como de administración ordinaria de sus bienes, fundamentalmente sus pensiones, facilitado esto por la cotitularidad de la cuenta bancaria”.

La SAP La Coruña 31 enero 2023 (ECLI:ES:APC:2023:162) ha revocado la sentencia recurrida, que había considerado procedente constituir una curatela en favor de una persona de 92 años de edad, que padecía un deterioro cognitivo grave por demencia prefrontal con trastorno de conducta, como consecuencia de lo cual precisaba “apoyo en cuanto a las funciones de su autocuidado en el ámbito de su salud y toma de decisiones de carácter tanto sanitario como contractual y procesal, siendo totalmente dependiente en todos los aspectos de su vida”. Observa que la “prueba revela que existe una guarda de hecho que supone apoyo suficiente y adecuado, clara y encomiablemente desde el punto de vista asistencial”, “y también desde el punto de vista representativo”. Evidencia que la sentencia recurrida fundamenta la constitución de la curatela en la necesidad de representar a la persona con discapacidad “en todas aquellas situaciones y gestiones que pudieran resultar necesarias para el adecuado desarrollo de su vida diaria, como pudieran ser, en el ámbito sanitario tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, o cuestiones patrimoniales (pagos de IBI, declaraciones o pagos de impuestos, recibos, etc.), gestiones bancarias o solicitudes de ayudas o prestaciones a las administraciones públicas”. Frente a ello, afirma que “Puede entenderse, en esencia, que resultan ser las funciones representativas implícitas en la guarda de hecho conforme al art. 264 del Código Civil”, es decir, que se trata de actos para cuya realización el guardador ya está legitimado por Ministerio de la Ley por el párrafo tercero de dicho precepto. No obstante, dada la “dificultad acreditativa de la condición de guardador de hecho”, estima conveniente constatar la condición de guardadora de hecho de la hija, extendiendo sus facultades representativas en materia de salud, ante la redacción del art. 6 de la Ley 3/2001 gallega a diferencia del art. 9 de la Ley 41/2002, que ya supone habilitación legal expresa para que pueda actuar un familiar y con mayor razón, se estima, un guardador de hecho reconocido”.

- 8 La SJPII (núm. 4º) Massamagrell 21 septiembre 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:916) sujetó, así, a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías “persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma”, lo que, según el informe del médico forense, le originaba, de manera continuada e irreversible, “una anulación cuasi absoluta de facultades”. En el acto de la vista se apreció en la misma “un discurso muy limitado, con falta de respuesta a preguntas sencillas”, reconociendo “que la persona que se encarga de sus necesidades era su hijo Pablo en quien confía”. Dicho hijo, que convivía con él, era, en realidad su guardador de hecho y, según se desprende de sus declaraciones, así como de la del resto de los parientes más próximos, la guarda de hecho funcionaba correctamente. Sin embargo, se le nombró curador de su padre con facultades de representación, con preferencia a la madre, que tenía una edad avanzada y se encontraba sujeta a medidas de apoyo; y ello, “por motivos de mayor disponibilidad temporal existiendo además convivencia, y una manifestada actuación del mismo para ayudar a su padre en las cuestiones médicas, administrativas o económicas”. Respecto a la extensión de la curatela establecida, en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc.; y, en la esfera económica, la facultad de representarle en las “decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio”, “precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiaciones, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el art. 287 CC”.

La SJPII (núm. 1) Tafalla 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:1137) constituyó también una curatela en apoyo de una persona enferma de Alzheimer, con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, ejercida por su sobrina política y una amiga, que había funcionado “de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y necesidades de la misma”.

El argumento en que reposa esta orientación jurisprudencial es el de

Precisamente, nombró, como curadora a la sobrina, anterior guardadora de hecho, como curadora, atribuyéndole facultades de representación, dado que, por la enfermedad que padecía, no es posible “determinar cuáles son su voluntad, deseos y preferencias”, para cualquier tipo de decisión que “quiera adoptar respecto a su persona y patrimonio”.

La SAP Valencia 19 enero 2022 (ECLI:ES:APV:2022:111), igualmente, estableció una curatela respecto de una persona que sufría un Alzheimer agudo, nombrándose curador a su marido de 86 años, a pesar de venir ejerciendo este la guarda de hecho correctamente, desestimando la pretensión de tres hijos de ejercer la medida de apoyo conjuntamente, por entenderse no acreditado “que en el momento actual su edad (86 años) suponga impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación”.

La SAP Badajoz 27 junio 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:952) considera pertinente mantener una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona con Alzheimer, a pesar de existir una guardadora de hecho (nombrada curadora), una hija, que acudía todos los días al domicilio de sus padres, sin que su madre pudiera “sola hacer prácticamente ninguna tarea de la casa ni manejar por ejemplo el dinero de la pensión, 720 euros mensuales” que cobraba. Desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, que argumentaba que, existiendo una guarda de hecho que funcionaba correctamente, no procedía la constitución de una curatela. Frente a ello, la Audiencia la consideró necesaria, “sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada”, en atención a las circunstancias personales de la madre, sin que “sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la personalidad de aquella y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho, a todas luces insuficiente aquí”.

La SAP Málaga 20 septiembre 2022 (ECLI:ES:APMA:2022:4362) revocó la sentencia recurrida, que, aplicando el art. 263 CC, había considerado improcedente constituir una curatela, por existir una guarda de hecho que funcionaba correctamente. Por el contrario, la Audiencia constató que la persona con discapacidad padecía “una enfermedad psíquica de carácter persistente” que le impedía “expresar su voluntad, deseos, preferencias, de manera libre” y que en la entrevista no había sido “capaz de siquiera de llegar a comunicarse y no pudo moverse de la silla de ruedas”. De ello dedujo que la guarda de hecho no era suficiente medida de apoyo, “por cuanto requerir de las personas guardadoras que para todos los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos todos en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida”. Nombró curadora con facultades de representación a la sobrina, anterior guardadora de hecho.

La SAP Badajoz 10 octubre 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1338) también revoca la sentencia que había denegado la constitución de la curatela por considerarla improcedente, al existir una guarda de hecho, que, según el Juez *a quo*, funcionaba correctamente. Por el contrario, constituyó una curatela representativa en apoyo de una persona, que padecía un Alzheimer y una demencia grave, considerando insuficiente la guarda de hecho para apoyarla, nombrando curadora a la hija, tanto en la esfera personal, como en la patrimonial. Insiste en la grave situación en la que se encuentra la persona con discapacidad, lo que en la entrevista personal “le ha impedido contestar y comunicarse incluso, no respondiendo a ninguna de las preguntas que se le han realizado, de lo que se deduce su deterioro cognitivo”. Por su parte, su hija “responde que su madre se encuentra actualmente ingresada en un centro adecuado a sus necesidades y que necesita ayuda para todo, pues no come sola, ni casi camina ya”, manifestando “su disponibilidad para hacerse cargo de ella como curadora” y “aclarando a su letrada que necesita este nombramiento para cualquier gestión relacionada con su madre”.

La SAP León 8 febrero 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:186), revocando la sentencia apelada, constituyó una curatela con facultades de representación amplísimas en apoyo de una persona diagnosticada de demencia de tipo Alzheimer, en fase severa. Afirma que la guarda de hecho deja de ser suficiente “cuando es preciso extender los apoyos de manera generalizada”, “salvo cumplida demostración en contrario”. En este caso, observa que “la guarda de hecho es notoriamente insuficiente, pero no porque su hija no la cuide y atienda debidamente [de hecho, se nombra curadora a la guardadora], sino porque el mero apoyo asistencial no es suficiente: en casi todos los ámbitos de su vida [la persona con discapacidad] precisa adoptar decisiones que requieren una capacidad de comprensión de la que carece y una iniciativa ejecutiva que no tiene”; y continúa diciendo: “Estas limitaciones llevarían a la guardadora de hecho a un peregrinaje constante para solicitar autorización judicial en relación con actos tan nimios como sacar pequeñas cantidades de dinero de la cuenta de su madre para comprarlos alimentos que esta precisa o ropa que le resulte necesaria, medicamentos...”.

La SAP Alicante 20 febrero 2023 (ECLI:ES:APA:2023:598), revocando también la sentencia recurrida, nombró curadora con facultades de representación a la hija de una persona afectada por un Parkinson en fase avanzada, que padecía un grave deterioro cognitivo, como consecuencia del cual carecía de la posibilidad de “expresar su voluntad o deseos”; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho desempeñada por dicha hija. Afirma que “Esta Sala no desconoce que existe otra corriente entre una parte de las Audiencias Provinciales que limitan la designación de curador, cuando existe una guarda de hecho que se desarrolla de forma eficaz, siguiendo el art. 255 in fine del CC”. Pero añade: “Sin embargo, al entender de esta Sala en aquellos supuestos en que la persona discapaz que precisa de medidas de apoyo, carece de toda forma de expresar su voluntad o deseos, de tomar decisiones por sí mismo, no pudiendo desarrollar las más mínimas habilidades de la vida, y por tanto teniendo nula capacidad, pese a tener un guardador/a

que la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad le imposibilita para exteriorizar su voluntad, por lo que es necesario que el apoyo se realice a través de reiteradas actuaciones de carácter sustitutivo, lo cual exige el nombramiento de un curador con facultades de representación, con el fin de evitar que el guardador de hecho tenga que pedir repetidas autorizaciones judiciales para actuar en nombre de la persona a la que apoya.

Este argumento olvida que el guardador de hecho tiene atribuidas directamente facultades de representación por el art. 264.III CC y que, si bien es cierto que, para realizar actos no contemplados en dicho precepto, deberá recabar autorización judicial en los términos del art. 264.I CC, sin embargo, también lo es que el curador con facultades de representación tendrá que pedir autorización, cuanto menos, para realizar todos los actos enunciados en el art. 287 CC.

Por otro lado, una cosa es que una persona no pueda prestar su consentimiento habitualmente, como consecuencia de la discapacidad que padece, y otra muy distinta, que, para apoyarla, sea necesario llevar a cabo constantes actuaciones representativas no previstas en el art. 264.III CC: esto último no tiene por qué suceder, por ejemplo, si no tiene un cuantioso patrimonio que administrar.

IV. LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Hasta que ha recaído la sentencia comentada, la posición del Tribunal Supremo respecto de la cuestión interpretativa analizada en el epígrafe anterior era oscilante, pues existían dos sentencias contradictorias.

a) En STS 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291) optó claramente por la tesis de que, “En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias”, de modo que, “si de hecho hay alguien que (...) se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo”. Constata que la Ley 8/2021 “consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado”. Consiguientemente, ha considerado procedente que el hijo, que se ocupaba de la madre, continuara haciéndolo, en concepto de guardador de hecho, por no haberse constatado la existencia de problemas o dificultades que llevaran a concluir que la guarda de hecho no funcionara “eficazmente” y fuera preciso recurrir a las medidas judiciales de apoyo.

de hecho. Se hace totalmente necesario establecer una curatela representativa al ser aquella guarda insuficiente”.

Es, pues, claro que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, rechaza la tesis de que un grado de discapacidad intenso, por sí mismo, determine la necesidad de constituir una curatela, incluso, aunque existiera una guarda de hecho que funcionara correctamente. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en este caso, no concurría un alto grado de discapacidad, que afectara gravemente a la capacidad de discernimiento y a la posibilidad de exteriorizar una voluntad libremente formada. De hecho, el Supremo afirma que la solución adoptada por las resoluciones de instancia, que habían sometido a tutela a la persona con discapacidad y, por tanto, a representación, ni siquiera eran conformes a la regulación vigente en el momento en que se habían dictado (la anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021), pues se habían limitado “a transcribir el diagnóstico de la enfermedad”, sin prestar atención a cómo la misma afectaba “a su funcionalidad en su vida diaria”, ni tener “en cuenta su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola”. En definitiva, que “un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado”.

2º) En una segunda STS 20 octubre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4129), el Alto Tribunal cambia de posición y sigue la tesis de que el carácter grave de la discapacidad determina la constitución de una curatela con facultades de representación, por considerar que, en tal supuesto, la guarda de hecho es una medida de apoyo insuficiente.

De hecho, relata que “La Audiencia toma en consideración (...) el relato de la esposa acerca de las dificultades a que se enfrenta en la vida diaria (actividades cotidianas, medicación, manejo del dinero, incluso que firma por él), problemas para relacionarse con la administración por no tener conferida la representación de su esposo”.

El Supremo afirma, así: “Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial”.

V. LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LA SENTENCIA COMENTADA.

La sentencia comentada, sigue la orientación de la segunda de las sentencias anteriormente citadas y crea jurisprudencia.

La sentencia de primera instancia había desestimado la demanda, pronunciándose en los siguientes términos (los mismos que sigue la primera de las orientaciones de la jurisprudencia de instancia expuesta en el apartado III de este trabajo con la letra a): “El juzgado de primera instancia advirtió que Amanda vive con su hijo Hilario, quien desde hace tiempo se hace cargo de su cuidado personal, supervisa su atención médica y la medicación, y administra su pensión, que la dedica a los gastos corrientes y necesidades de Amanda. Entiende que Hilario se está haciendo cargo de la guarda de hecho de su madre, con la aquiescencia de sus hermanos, y que, por ello, al estar salvaguardadas las necesidades de Amanda, no es necesario constituir una curatela. Sin perjuicio de acudir puntualmente a los procedimientos de jurisdicción voluntaria para solicitar autorizaciones para actos de representación, conforme a lo previsto en el art. 287 CC”.

En cambio, la sentencia de segunda instancia, acogiendo el recurso de apelación, estimó la demanda (siguiendo la segunda de las orientaciones de la jurisprudencia de instancia a la que me he referido en el apartado III con la letra b), afirmando que, si bien en los ámbitos personales y de sanidad la actuación del guardado no planteaba problema alguno, “sin embargo, en el plano administrativo/bancario sí se encontraba con dificultades frecuentes, dado que para cualquier gestión que intentara llevar a cabo en nombre de su madre, con la simple guarda de hecho, no se le atendía, exigiéndole justificación de su representación, aspecto éste que el juzgador de instancia pretende salvarlo dejando abierta la puerta de que se inste en cada uno de esos momentos expediente de jurisdicción voluntaria al efecto, conclusión con la que el tribunal se muestra en desacuerdo, pues si lo que se pretende es desjudicializar asuntos de esta naturaleza, con el pronunciamiento practicado se produce un efecto inverso y, además, sin operatividad alguna, ya que la Administración de Justicia no está en condiciones actuales de una inmediata respuesta a tales pretensiones, de ahí que consideremos el ser procedente fijar determinadas medidas de apoyo conforme al nuevo régimen legal”; en definitiva, constituye una curatela con facultad de representación, nombrando curador al hijo que hasta ese momento ejercía la guarda de hecho.

La sentencia comentada, desestimando el recurso del Ministerio Fiscal, confirmó la sentencia recurrida, entendiendo que no era obstáculo para el establecimiento de la curatela la circunstancia de que el demandante, nombrado curador, estuviera ya ejerciendo correctamente la guarda de hecho de la madre, con el consentimiento del resto de los hermanos; y ello, por las frecuentes dificultades con las que el

guardador se encontraba en el ámbito administrativo y bancario para cualquier gestión que intentara llevar a cabo en nombre de su madre, “dificultades que no tendría si tuviera reconocida judicialmente la representación”.

A mi parecer, la sentencia comentada constata un fracaso, en tanto que supone un duro golpe al principio de desjudicialización que quiso instaurar la Ley 8/2021⁹.

En el caso por ella resuelto, la guarda de hecho, objetivamente considerada, no era una medida de apoyo inadecuada, sino que el problema radicaba en las dificultades con las que, en la práctica, se encontraba el guardador para ser reconocido como tal en las actuaciones representativas cotidianas para las que el art. 264.III CC le legitima directamente.

Seguramente, el legislador ha errado, al no haber previsto medios de prueba adecuados de la condición de guardar de hecho en el tráfico jurídico¹⁰, pero, en cualquier caso, la relativización del carácter subsidiario de la curatela, se explica también por la mayor seguridad jurídica que ésta ofrece a quienes apoyan a las personas con discapacidad y a los operadores jurídicos; y, no sólo, porque es una medida constituida por una resolución judicial que concreta los actos en los que la intervención del curador es necesaria, sino, sobre todo, porque se trata de una

9 No sería así, si seguimos las impresiones de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024, 9.1.3.2.3, que afirma que “La guarda como fórmula de apoyo natural sigue consolidando su espacio, sin perjuicio de que se sigue constatando, como ya se ha expuesto, cierto rechazo de las familias a esta modalidad de apoyo informal, fundamentalmente por las dificultades que se produjeron en los primeros momentos de aplicación de la nueva legislación, sobre todo en la gestión de la economía doméstica ante las entidades bancarias y en la actuación frente a administraciones públicas, en particular frente a las administraciones prestacionales”.

Considera que ese “rechazo inicial con que la nueva regulación de la guarda de hecho fue recibida en 2021 es el contexto” en el que se enmarca (en particular) el precedente de la sentencia comentada, esto es, la STS 20 octubre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4129), subrayando que con ella se resolvió un procedimiento iniciado por familiares legitimados antes de la entrada en vigor de la ley”, añadiendo que “Las partes actoras contaban -según la legislación vigente al tiempo de interponer las respectivas demandas-, con la legítima expectativa de obtener una resolución judicial de tutela o de curatela, como era habitual hasta esa fecha”. Insiste en “el contexto del caso concreto y se enmarcan en las circunstancias del entorno social y comunitario contemporáneo al mismo: la insuficiencia de la guarda se concluyó sobre la situación personal y ambiental de los guardadores, que se veían a sí mismos como imposibilitados para ejercerla en un entorno que aún no había desarrollado los itinerarios y herramientas prácticas para que la guarda fuera suficiente y eficaz”.

Este optimismo no concuerda, desde luego, con la solución a la que ha llegado la sentencia comentada; además, no debe olvidarse que, conforme a la disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021, “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

Por lo tanto, tanto la sentencia comentada, como su precedente, aplican la nueva normativa y sus principios generales.

10 No ha sucedido así en 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. En efecto, como se observa en su Preámbulo, “El legislador aragonés regula la forma de acreditación frente a terceros de esta medida de apoyo, para la que no es necesario un pronunciamiento judicial al respecto. La prueba puede llevarse a cabo por cualquier medio admitido en Derecho y se hace referencia a dos específicos medios de acreditación: la declaración de la Junta de Parientes en tal sentido o la declaración en acta de notoriedad, y en ambos casos exigiendo que se hayan efectuado en los dos años anteriores al acto que se vaya a realizar (artículo 169-13)”.

figura con la que se está tradicionalmente familiarizado y de la que, por lo tanto, no se desconfía¹¹.

VI. SUPUESTOS EN QUE ES PROCEDENTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA.

La sentencia comentada ha venido a relativizar el carácter subsidiario que la Ley 8/2021 asigna a la curatela.

- 11 Existe, además, otro motivo, que es extrínseco a los problemas de inseguridad jurídica que provoca la guarda de hecho.

La supresión de la incapacitación provocó un problema, en el ámbito de la Seguridad Social, desde el momento en el que la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS (anterior a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones) establecía que “A los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”.

En concreto, se planteaban dos problemas: de un lado, la suerte de personas que habían sido incapacitadas con arreglo a la legislación anterior, y que ya no lo están; y, de otro, la situación de las personas, en cuyo favor, con arreglo a la nueva legislación, se establezcan medidas de apoyo.

Al problema trató de atender la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que establecía que “En el plazo de seis meses, el Gobierno elaborará un informe que elevará a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para adecuar la asimilación que se prevé en la disposición adicional vigésima quinta de la Ley General de la Seguridad Social de las personas afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

El Criterio de Gestión 10/2022, de 16 de febrero de 2022, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, disponía que “En tanto no se lleve a término lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, no es posible la aplicación de la asimilación prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021. Si bien, en aquellos supuestos en los que la incapacidad judicial haya sido declarada mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021, deberá continuar produciéndose la asimilación a la discapacidad en grado igual o superior al 65% prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS”.

El Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones), en su disposición transitoria tercera, ha confirmado que “Aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento a efectos de la aplicación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”.

Pero, además, el artículo único del Real Decreto Ley 2/2023, en su apartado Treinta y uno, ha dado nueva redacción a la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS, que queda con el siguiente tenor: “A efectos de la aplicación de esta ley, sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 por ciento, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos”.

Por lo tanto, se ha asimilado al antiguo tutor “el curador con facultades de representación plena para todos los actos jurídicos”; y, de ahí, el interés de los familiares de las personas con discapacidad en que se constituya una curatela.

No obstante, es claro que sí que habrá supuestos en los que claramente proceda su constitución, bien, porque el guardador de hecho no ejerza adecuadamente la medida de apoyo (o no puede seguir ejerciéndola), bien porque la naturaleza de la discapacidad hace que la guarda de hecho no sea una medida de apoyo suficiente¹².

I. Falta de ejercicio adecuado de la medida de apoyo por parte del guardador.

Podemos considerar los siguientes supuestos.

a) Un caso evidente es el que tiene lugar cuando el guardador no presta la asistencia debida a la persona con discapacidad¹³.

b) Otro caso claro es el del guardador que descuida la administración del patrimonio de la persona con discapacidad, bien por negligencia, bien por mala fe, abusando de la confianza de aquel a quien cuida o ejerciendo una influencia indebida sobre su voluntad en su propio beneficio.

- 12 Con mayor razón, procederá la curatela, cuando la persona que necesite medidas de apoyo carezca de guardador. Repárese en que el art. 263 CC establece el principio de conservación de la guardia de hecho ejercida correctamente, pero no permite denegar la constitución de una curatela, con el argumento de que es posible apoyar a la persona con discapacidad a través del ejercicio de una guarda de hecho, pudiendo asumir la condición de guardador quien, al tramitarse el procedimiento, no lo es, pero está dispuesto a ser nombrado curador.

La SAP La Coruña 24 abril 2023 (ECLI:ES:APC:2023:I048) revocó la sentencia, que había denegado la constitución de una curatela con el argumento de que la persona con discapacidad era atendida por dos de sus hijos. Se trataba de una persona, internada en una residencia, que padecía una enfermedad de Parkinson diagnosticada hace más de veinticinco años, por lo que tenía un deterioro cognitivo avanzado, sin posibilidad de comunicación verbal, ni de otra clase, siendo “absolutamente dependiente de la ayuda de terceros para las más elementales actividades de la vida diaria”.

La Audiencia observa que “no todo familiar próximo” de la persona con discapacidad “ha de ser reconocido, por esa sola circunstancia, como su guardador de hecho, y que tampoco la cercanía familiar y/o afectiva de una persona con discapacidad con respecto a otras de su entorno -sus cinco hijos, en este caso- selecciona automáticamente a cualquiera de ellas como guardador de hecho, con las obligaciones y responsabilidades inherentes”.

Afirma que la persona con discapacidad al enviudar y perder a su marido, “perdió también a su verdadero guardador de hecho, a la persona que la había cuidado y asistido desde que hace aproximadamente veinticinco años aparecieron los primeros síntomas de la enfermedad”, añadiendo que “La situación que se produjo con el óbito [del marido] es, precisamente, la que la Ley contempla: no existe otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269)”, descartando que la circunstancia de que los hijos reaccionaran, inmediatamente, para atender a su madre, buscándole habitación en una residencia especializada, y de que, un mes después del fallecimiento del padre, presentaran solicitud de provisión judicial de apoyos, no los convertía en guardadores de hecho. Nombro, así, curadora con facultades de representación, en la esfera personal y patrimonial, a una de las hijas, con la aquiescencia del resto de los hermanos.

- 13 La SAP Cádiz 3 junio 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:I662) contempló el supuesto de una persona que padecía “Corea de Hutchington” y que, según el informe del médico forense, no tenía autonomía personal (era dependiente en vestido y aseo, había que prepararle la comida, darle de comer, no se desplazaba y no sabía la medicación que tomaba), no podía prestar un “consentimiento válido en actos de la vida civil” y carecía de la capacidad de gestionar su patrimonio. Valoró el esfuerzo del guardador de hecho, uno de los hijos de la persona con discapacidad, “para atender y cuidar a su padre dentro de sus posibilidades y pese a la escasa ayuda recibida por parte de sus familiares”, pero constató que no estaban “cubiertas sus necesidades básicas”, pues el padre presentaba un estado higiénico-dietético muy deficiente, las condiciones higiénicas de la casa en la que vivía eran “deplorables”, hallándose, además, en un estado de aislamiento, sin que durante, aproximadamente, cinco años hubiera salido de la vivienda y sin que apenas se levantase de la cama. Por ello, consideró que la guarda de hecho ejercida por la familia no era “la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios”, confirmando la sentencia recurrida, que había encomendado la tutela a una entidad pública, si bien sustituyendo la tutela por curatela (aplicando ya la Ley 8/2021) y desestimando el recurso del guardador de que se le nombra curador de su padre.

En este sentido se orienta el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, que considera que la guarda de hecho no es adecuada cuando existen “abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad”.

También es procedente la constitución de una curatela, cuando no es imputable al guardador de hecho una falta de diligencia en la administración del patrimonio de la persona que se halla bajo su guarda, pero no puede llevarla a cabo adecuadamente, por la conducta de esta última, que, con su actuación, pone en riesgo su propio patrimonio.

Así lo entendió la STS 20 octubre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4212), que, desestimando el recurso de casación del Ministerio Fiscal, confirmó la sentencia recurrida, la cual había establecido una curatela con facultad de representación en apoyo de un anciano de 92 años, que, como consecuencia de diversas enfermedades psiquiátricas, de carácter muy severo, carecía de la capacidad de gobernarse por sí mismo. Consideró que la guarda de hecho, ejercida por el hijo con el que convivía (nombrado curador), no era suficiente medida de apoyo, pues el padre “se escapa de la casa sin avisar, que mismo se va al banco para sacar dinero, o incluso aperturar nuevas cuentas y adoptar distintos sistemas de gestión, lo que supone un riesgo por la vulnerabilidad del mismo”.

c) Otro caso que puede determinar la constitución de una curatela es la existencia de una dificultad para seguir desempeñando adecuadamente la guarda de hecho (por ejemplo, la avanzada edad o empeoramiento de salud de quien la ejerce), lo que pueda llevar al guardador a desistir de sus funciones (art. 267.3.º CC)¹⁴.

d) Puede también determinar la constitución de una curatela el carácter necesariamente temporal de la residencia de la persona con discapacidad en la entidad, guardadora de hecho¹⁵.

14 La SAP Valencia 20 octubre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:3743) constituyó una curatela en apoyo de una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico, que recibía atención domiciliaria, la cual tenía una conciencia ambivalente de su enfermedad, por lo que no era posible asegurar que siguiera el tratamiento médico, necesitando, además, supervisión para organizar adecuadamente las actividades de la vida diaria. La madre, con quien vivía, era su guardadora de hecho y administraba las dos pensiones que percibía (por orfandad y minusvalía), pero tenía 84 años y necesitaba que su hija mayor acudiera diariamente a la vivienda, para encargarse de hacer la comida, la limpieza y atenderla. En estas condiciones se consideró razonable establecer una curatela, nombrándose curadora a la hermana mayor (de acuerdo con la preferencia manifestada por la persona con discapacidad).

La SAP Valencia 6 mayo 2022 (ECLI:ES:APV:2022:1877) constituyó también una curatela, nombrando al IVASS curador de la persona con discapacidad, “porque ni su madre, ni sus hermanos, se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado”.

15 La SAP Cádiz 27 octubre 2021 (ECLI:ES:APCA:2021:2247) confirmó la sentencia recurrida, que había sujetado a una persona con esquizofrenia paranoide a curatela de la Fundación Gaditana de Tutela, contra

2. Insuficiencia de la guarda de hecho como medida de apoyo.

En otras ocasiones es la naturaleza de la discapacidad la que hace necesario o muy conveniente constituir una curatela.

a) La guarda de hecho no funciona correctamente cuando existen continuos conflictos entre la persona con discapacidad y sus familiares.

A este supuesto se refiere El Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022¹⁶.

su voluntad y el parecer del Ministerio Fiscal para quien la guarda de hecho, ejercida por una institución de salud mental en la que residía, por haber ingresado en ella voluntariamente, “viene a garantizar los apoyos necesarios para la realización de los actos de la vida civil”, conviviendo los fines de semana en el domicilio familiar. En el informe forense y en la declaración de la psiquiatra que trata ordinariamente a la persona con discapacidad se pone de manifiesto “la necesidad de contar con los apoyos necesarios que garanticen la continuidad del tratamiento que viene recibiendo por motivo de su enfermedad mental”, la parcial conciencia de su enfermedad (con el consiguiente riesgo de abandono del tratamiento) y el carácter provisional del ingreso en la institución sanitaria (que, por protocolo, no puede exceder de dos años), lo que la coloca en situación de no tener dónde ir, “dado el rechazo de su núcleo familiar habida cuenta de los problemas de convivencia con sus familiares relacionados con las fases de descompensación”, cuando abandona el tratamiento, momento en el que surgen “numerosos enfrentamientos y episodios de agresividad” (que dieron lugar a procesos penales por malos tratos y lesiones). En consecuencia, la Audiencia no considera que la guarda de hecho ejercida por la institución sanitaria “sea la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios que permitan asegurar la efectividad del tratamiento”, ya que se “impone una labor asistencial continuada de supervisión en el seguimiento del tratamiento”, que “sólo mediante el ejercicio de la curatela puede procurarse”.

- 16 La SJPI (núm. 9°) Castellón de la Plana 23 septiembre 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:479) sujetó a curatela a una persona de 19 años, que estudiaba en una academia un grado de administración, la cual padecía un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes clínicos psicóticos. La persona con discapacidad reconoció en el acto de la audiencia que precisaba de apoyo, costándole mucho el autocuidado personal y “que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta”. Se constató la existencia de conflictos con el padre (hasta el momento, guardador de hecho), porque, en muchas ocasiones, no aceptaba de forma voluntaria los tratamientos y no sabía gestionar bien las frustraciones y los límites. Se estableció una curatela con carácter asistencial: en la esfera personal, en relación con la correcta realización de las tareas de la vida diaria, sobre el cuidado personal, aseo, alimentación y salud, y, especialmente respecto al consentimiento y cumplimiento de tratamiento; y, en la esfera patrimonial, en orden a que la hija pudiera “administrar su dinero de forma que no pueda dilapidarlo en gastos indebidos y siendo necesaria su intervención en los contratos que realice”, “ayudándole a formar su voluntad correctamente” (incluyendo, pues, la facultad de complemento del ejercicio de su capacidad jurídica). Se nombró al padre como curador, dado que la hija “manifestó que a su madre hacía seis meses que no la veía, que con ella no tiene mucha relación, que sus padres están separados, que su madre también sufre la enfermedad de esquizofrenia y que estaba viviendo con su padre que es quien la ayuda, de forma que quería que fuese su padre quien le apoye en lo que necesite”.

Más extremo es el caso resuelto por la SAP Valencia 20 octubre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:3705) relativo a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cannabis y ludopatía, por lo que, según el informe médico forense, presentaba una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social. La Audiencia constituyó una curatela con facultades de representación, nombrando como curador al IVASS, “en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación” de la persona con discapacidad “con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo su hijo y hermano, respectivamente”. La madre y los hermanos, en efecto, en sus declaraciones, habían puesto de manifiesto todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el demandando, “admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano”.

También la SAP Valencia 6 mayo 2022 (ECLI:ES:APV:2022:1877) entendió procedente la constitución de una curatela, nombrando curadora a la misma entidad pública, en apoyo de una persona que padecía un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo, como consecuencia del consumo de cannabis, cocaína y alcohol. Dice, así, que, “Habida cuenta de la situación en el hogar en el que habita el demandado, y los problemas que plantea la convivencia con sus padres, se

b) Un caso frecuente, que motiva el nombramiento de un curador, es el motivado por la existencia de conflictos entre los guardadores o entre el guardador y los familiares próximos de la persona con discapacidad¹⁷.

c) Tampoco funciona (o puede funcionar) correctamente la guarda de hecho cuando la enfermedad de la persona con discapacidad provoca una situación de riesgo para los familiares que han asumido o que podrían asumir aquella, de no existir dicha situación, en cuyo caso se suele nombrar curadora a un entidad pública que dispone de centros residenciales¹⁸.

d) La guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los

considera necesario que el Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria, organismo encargado de la curatela del demandado a falta de otra persona más idónea para el ejercicio del cargo, habida cuenta de la avanzada edad de los progenitores, procure al demandado una vivienda tutelada, de acuerdo con el deseo del propio apelante, y también el de sus padres”.

La SAP Alicante 27 abril 2023 (ECLI:ES:APA:2023:623) consideró igualmente procedente la curatela encomendada al IVASS, constituida por la sentencia recurrida, rechazando el recurso de la mujer de la persona con discapacidad, la cual argumentaba que “era ella misma la que estaba desempeñando el papel de guardadora de hecho del demandado y era quien debía asumir su curatela”. Frente a ello, la Audiencia afirma que es evidente que la convivencia entre los cónyuges “es insostenible”, “habiéndose producido, incluso, episodios de violencia de género”, y que en el acto de la vista la mujer “llegó a manifestar que no quería convivir con su esposo, y que, si lo hacía, debía ser a cambio de una pensión compensatoria”, manifestando, además, éste que no quería seguir conviviendo con aquélla. Concluye que “Dicha situación permite descartar la existencia de una guarda de hecho eficaz y adecuada y determina la necesidad de designar un curador”.

- 17 La SAP Sevilla 4 octubre 2022 (ECLI:ES:APSE:2022:2424) revocó la sentencia (dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había prorrogado la patria potestad de ambos progenitores, respecto de un hijo con un “profundo retraso mental”, nombrando curadora a la madre, tras constatar que “las relaciones entre los padres no son buenas, lo que corrobora objetivamente el posterior proceso de divorcio y el resultado de la audiencia de ambos en esta segunda instancia”.

La SAP Pontevedra 1 febrero 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:288) revocó la sentencia recurrida, que había considerado improcedente constituir una curatela en favor de una persona de 92 años, que padecía una demencia severa, tipo Alzheimer, por lo que necesitaba “apoyo intenso para realizar todas las actividades de la vida, tanto simples como complejas”. Constató la “existencia de diferencias” entre los hijos “en cuestiones de ámbito económico que afectan al uso de la vivienda”, en la que actualmente vivía uno de los hijos y cuyo usufructo correspondía a la persona con discapacidad, habiendo “también discrepancias entre los hermanos acerca del pago de los gastos por suministros de esa vivienda”. Se nombró curadora con facultad de representación a la hija con la que convivía aquélla.

- 18 La SAP Valencia 16 septiembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:3274) conoció del caso de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento, como consecuencia de tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. Como consecuencia de dichas patologías, veía parcialmente afectadas sus facultades de autogobierno y, en fase de descompensación de la enfermedad, podían verse mermadas sus capacidades intelectivas y volitivas. No era consciente de la enfermedad, por lo que era necesario supervisar el tratamiento médico, que incluía ingresos en centros adecuados en épocas de desestabilización. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia, que había incapacitado al demandado, sujetándolo a tutela del IVASS y (de acuerdo ya con la Ley 8/2021) estableció una curatela con facultad de representación, que comprendía la supervisión del autocuidado, del consentimiento para el tratamiento médico y para el manejo de la medicación, y de la supervisión de las actividades económicas, jurídicas y administrativa, pudiendo la persona con discapacidad disponer de dinero de bolsillo (40 euros mensuales). Se constató la existencia de una situación de riesgo familiar, por haberse producido numerosos incidentes violentos, de modo que todos los hermanos estaban asustados, razón por la cual la curatela se encomendó al IVASS. En este supuesto, el demandado estaba de acuerdo con la sustitución de la tutela por una curatela con facultades de representación, pero había pedido que se designara a sus hermanos como curadores, petición que no fue atendida.

contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine al consentimiento de un curador para evitar que pueda dilapidar su patrimonio¹⁹.

La STS 18 septiembre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4400) constituyó una curatela complementadora en apoyo de una persona con trastorno psíquico, centrada en los “actos de administración y disposición patrimonial complejos”, “para cuya validez requerirán de la autorización del curador”, “por el riesgo de que algunas personas abusaran de él y que, en poco tiempo, “por no estar en condiciones de administrar con la mínima prudencia el patrimonio heredado (70.000 euros)”, se quedara en la indigencia. Constata la existencia de “compras absurdas (una furgoneta de 20.000 euros, que finalmente no se consumó), de abusos o engaños sufridos en la contratación (en la reforma de la vivienda le duplicaron facturas de aparatos sanitarios y fue tan mal realizada que hubo que volver a hacerla), el exceso de liberalidades (entrega de 800 euros a una persona para evitar que

19 Hay que recordar que la Ley 8/2021 ha eliminado la figura de la prodigalidad como figura autónoma que protegía el derecho de alimentos de los parientes, mediante la sujeción al pródigo a curatela.

En el Preámbulo se explica que la supresión de “la prodigalidad como institución autónoma” se debe a “que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”.

No obstante, la explicación es más profunda, porque, si bien sigue siendo posible sujetar a curatela al pródigo, ha cambiado el interés que con ella se trata de proteger, que no es ya el de los parientes que, por hallarse en situación de necesidad, pueden exigir alimentos del pródigo, sino el interés de este último a no quedar en la indigencia, por realizar gastos absolutamente desproporcionados, impulsado por una enfermedad, cuyos efectos no puede controlar (por ejemplo, un trastorno bipolar).

En el caso de la prodigalidad, son necesarias medidas judiciales de apoyo, porque una de las desventajas de la guarda de hecho, en relación con la curatela que incluye facultad de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, es la circunstancia de que, en el caso de existencia de guarda de hecho, los contratos celebrados por la persona con discapacidad (en este caso, el pródigo, no pueden ser anulados por la falta de intervención del guardador, como, en cambio, sucede con los concluidos sin la asistencia del curador, cuando la misma fuera precisa (art. 1302.3 CC), debiendo, en su caso, acudir a la acción de nulidad por falta de consentimiento, si se carece de la capacidad natural de entender y de querer las consecuencias del concreto acto celebrado, o a la de anulación del contrato por dolo, cuyo éxito suscita más dificultades de prueba que la mera circunstancia objetiva, fácilmente constatable, de la falta de intervención del curador. Sin embargo, esta ventaja de la curatela se circunscribe, según la dicción del vigente art. 1302.3 CC, al supuesto en que sea la propia persona con discapacidad quien demande la anulación del contrato, pues, si es el curador quien lo hace, para que pueda reconocerse legitimación, no bastará con constatar su no intervención, sino que será preciso probar que el otro contratante era “conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

Respecto de la anulación por dolo, hay que tener en cuenta que, habitualmente, el dolo se resuelve en un error, es decir, provoca en el declarante un estado psicológico de falso conocimiento de la realidad, determinante de la prestación de su consentimiento, por lo que es usual calificar al dolo como un error provocado por la mala fe de la parte contraria. Sin embargo, lo cierto es que no parece que haya de excluir apriorísticamente la existencia de hipótesis de dolo-vicio, que no sean reconducibles a un error propiamente dicho. De hecho, existen algunas sentencias (ciertamente escasas), en las cuales se aprecia la existencia de dolo concurrente en casos en que uno de los contratantes, abusando de una situación de prevalencia, capta ilícitamente la voluntad del otro (una persona anciana, enferma o aislada socialmente), sin inducirlo a un error en el sentido estricto del término.

Es el caso de las SSTS 13 febrero 1967 (ECLI: ECLI:ES:TS:1967:1655), 15 julio 1987 (ECLI:ES:TS:1987:8558), 27 febrero 1989 (ECLI:ES:TS:1989:8944) o 28 septiembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6046), la cual anuló por dolo una donación de varias fincas hecha por una anciana octogenaria, cediendo a la presión provocada por un estado emocional creado por su hijo, que pretendía “arrancar” el consentimiento de aquella de forma irreflexiva.

ingrese en prisión y el alojamiento gratuito de personas en su casa, sin que compartan gastos)”²⁰.

Incluso, hay casos, en que la curatela se constituye con carácter representativo, lo que parece ser contrario al principio de proporcionalidad, pues, con ello, se llega a una solución más restringida que la prevista en la legislación anterior a la reforma de 2021, en el que el pródigo quedaba sujeto a una curatela, que entonces era meramente complementadora, pues, cuando era necesario realizar actuaciones representativas en nombre del incapacitado, se le nombraba un tutor²¹.

20 La SAP Madrid 25 octubre 2021 (ECLI:ES:APM:2021:12716) sujetó a curatela a una persona que padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía “conciencia de enfermedad”, por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, “al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía”: en el informe forense de primera instancia se dice que “gastó 20.000 euros en el día a día” y que “puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia”. Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando como curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, “en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello”; así como en el “ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo” (facultad de complemento de ejercicio de capacidad).

21 La SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 4 octubre 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1531) contempló el supuesto de una persona soltera de 35 años, que convivía con sus padres, guardadores de hecho, la cual padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que la habían inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas, habiendo podido salir de situaciones comprometidas por la protección de la familia con la que vivía. Por ello, consideró precisa la existencia de un apoyo judicial, para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y sus bienes, dado que no era consciente de la descompensación que presentaba, mostrando aquella su conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptando que las asumiera cualquiera de sus progenitores, aunque mostrando su preferencia por el padre. En consecuencia, nombró al padre como curador con facultades de representación: en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el art. 287 CC, no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno.

La SAP Málaga 13 julio 2022 (ECLI:ES:APMA:2022:4042), confirmando la sentencia recurrida, ha considerado procedente constituir una curatela con facultades de representación en contra de la voluntad de una persona, que padecía una enfermedad psíquica, que le originaba una acusada tendencia a la prodigalidad. Afirma que “no puede elevarse a obstáculo insalvable en la toma de este tipo de decisiones la negativa del afectado a la adopción de medidas de apoyo, siendo posible proveerse un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado”, “dado que de no adoptarse existe un riesgo grave y probable” de que aquél realizara “actos de dilapidación de su patrimonio”, lo que le colocaría “en una situación de grave riesgo”. En el informe forense se puso de manifiesta que la enfermedad “le puede producir trastornos de estabilidad, con riesgo de comportamientos de prodigalidad, dado que estas personas son influenciables y pueden entregarse a quienes les ayudan, siendo imprescindible un determinado control ante el riesgo de gastos desmesurados”; y se da “un alto grado de credibilidad” al testimonio de la persona con discapacidad, quien se había referido a “los actos de dispendio realizados por su hermano antes de que se adoptasen las medidas de apoyo y control de gasto, poniendo de manifiesto un riesgo evidente de que determinadas personas que rodean a su hermano puedan aprovecharse de su enfermedad y de su propensión al dispendio si no tiene control sobre sus bienes”. La curatela se restringió, exclusivamente, al ámbito puramente patrimonial (“realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma decisiones al respecto”), nombrándose curadora a una entidad pública. Se constató que la “enfermedad psíquica de carácter persistente” no impedía al afectado “realizar con plena autonomía sus actividades diarias, relativas a su vida independiente (autocuidado y actividades cotidianas), además del seguimiento de sus pautas

e) En el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022 (Cód. EX2201), se afirma que podrá entenderse que la guarda de hecho no es una medida de apoyo suficiente, “cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (p. ej. en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria)”²².

Hay que tener en cuenta que lo que hace conveniente el nombramiento del curador no es la cuantía económica de un determinado acto, sino la necesidad de intervención frecuente en el tráfico jurídico²³.

alimenticias, así como la administración de medicación pautada y consiguientemente para tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas e igualmente puede manejar dinero de bolsillo”.

La SAP La Coruña 2 mayo 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1075) revocó la sentencia recurrida, que había denegado la constitución de una curatela, con el argumento de que la persona con discapacidad estaba ya apoyada de manera suficiente y adecuada por la hermana, guardadora de hecho, que es la que pretendía ser nombrada curadora. Según el informe médico diagnosticada, la persona con discapacidad, sufría “una esquizofrenia paranoide, enfermedad que cursa con brotes, con ideaciones delirantes y juicio de la realidad alterado” y que “para evitar estos episodios es imprescindible seguir el tratamiento continuamente”, lo cual no acontecía en el caso juzgado en el que, en diversas ocasiones, se había abandonado el tratamiento, lo que había provocado diversos brotes; y, en trámites de aclaraciones, se evidenció que la enferma no conocía los precios de las cosas, no daba los datos económicos, “decía que no sabía, por lo que sería muy influenciable para que alguien la pudiera engañar”. La promotora del procedimiento había declarado que su hermana “ha sido estafada, que la estafa llegó a unos 60.000 euros, que su hermana ha realizado compras compulsivas, que ahora pasa todo el día en la residencia por el miedo que tiene a salir, miedo que se vincula a aquellos hechos”. La Audiencia nombró curadora a la hermana con facultades de representación, “para lo relativo a las actividades de carácter médico y que afecten al ámbito de salud, concediéndole facultades de representación salud (consentimiento del tratamiento médico, suministro medicación pautada, consentimiento de intervenciones quirúrgicas, seguimiento pautas alimenticias, toma medicación) y para aquellas actividades de carácter económico-jurídico-administrativas y contractuales (seguimiento de sus cuentas, ingresos, gastos, para administrar sus ingresos, para gestionar sus gastos ordinarios, para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como prestamos, enajenaciones, donaciones), sin perjuicio de que, en las cuestiones cotidianas, se respeten sus gustos y preferencias”.

- 22 La SAP Madrid 14 diciembre 2022 (ECLI:ES:APM:2022:20020), confirmando la sentencia recurrida, consideró precedente constituir una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona “con deterioro cognitivo con grave repercusión a nivel funcional”, nombrando curador al marido, anterior guardador de hecho. Afirma que “No puede decirse que hasta ahora no haya funcionado correctamente la guarda de hecho, pero ello no impide considerar que en este caso es más conveniente mantener la curatela acordada por el Juzgador de instancia y ello por ser necesario el apoyo (...) de modo permanente”. Precisa que “La guarda de hecho puede resultar apropiada en aquellos supuestos en que sea suficiente por no precisar de decisiones representativas pudiéndose limitar el guardador a adoptar las medidas más convenientes en el ámbito personal, o cuando deba acudir en contadas ocasiones a realizar actuaciones representativas. Pero en el caso que nos ocupa tanto el guardador de hecho, esposo de la persona afectada por la discapacidad, como sus tres hijas consideran precisa la constitución de la curatela atendiendo fundamentalmente a la envergadura de las decisiones que deben adoptarse en el ámbito patrimonial”.

La SAP Sevilla 27 febrero 2024 (ECLI:ES:APSE:2024:201) consideró procedente nombrar un curador con facultades de representación a una persona que padecía un Parkinson idiopático de más de 14 años de evolución, con graves síntomas de carácter “crónico, progresivo e irreversible”, por lo que requería “apoyo continuado para realizar las actividades complejas de la vida diaria”, que le prestaba la guardadora de hecho (su pareja). Sin embargo, se nombró curador representativo en el ámbito económico, jurídico y administrativo a su yerno, a quien había concedido un poder para administrar sus bienes, que había venido ejerciendo durante dieciséis años, alquilando sus nueve viviendas y cuatro o cinco locales de su propiedad, “ante la complejidad del patrimonio y la situación conflictiva entre los distintos hijos” de la persona apoyada, y, ante la declaración de ésta de “que confía en él y lo tiene apoderado”.

- 23 La SAP Cádiz 27 mayo 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929) afirma que la necesidad de vender la vivienda de una persona con discapacidad, para poder pagar la residencia en la que vive, no justifica la constitución de

f) Tampoco es suficiente, en la práctica, la guarda de hecho, cuando la persona con discapacidad se encuentra en una situación de salud tal, que necesita un tratamiento médico constante y no pueda, por sí misma, prestar el consentimiento informado.

Ciertamente, el art. 9.3 a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permite al guardador de hecho prestar el consentimiento en representación en cuando persona vinculada al enfermo, “por razones familiares o de hecho”, pero no lo es menos que, para ello, se ve obligado a tener que probar su condición de guardador de hecho constantemente, pudiéndose encontrarse con sanitarios que se nieguen a reconocérsela.

Es, pues, mucho más práctico, nombrarle un curador representativo en el ámbito de la salud²⁴.

una curatela, al existir una guarda de hecho, ejercida por sus hijos, que funcionaba correctamente, siendo lo pertinente que los guardadores de hecho pidiesen autorización para realizar la venta en expediente de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, revoca la sentencia que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a una de las hijas. En las declaraciones testificales todos los hijos “afirmaron que el motivo de la demanda es que todos los hermanos consideran necesaria la venta del domicilio propiedad de su madre, para hacer frente a los gastos de la residencia, pues con su pensión no es suficiente”.

La SAP Cádiz 17 junio 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:1636) observa que tampoco era motivo para constituir la curatela solicitada la necesidad de aceptar la herencia a la que estaba llamada una persona con discapacidad, por existir una guarda de hecho, ejercida por su mujer, que funcionaba adecuadamente, sino que lo procedente era que la guardadora de hecho pidiese autorización para aceptar tal herencia en expediente de jurisdicción voluntaria. Revoca, así, la sentencia recurrida, que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a la mujer, que era quien cuidaba de su marido, tanto en el aspecto personal y médico, como en la gestión de su economía, estando autorizada en su cuenta y administrando sus ingresos. En declaración testifical, tanto la mujer, como el hijo, habían afirmado “que el motivo de la demanda es la aceptación de la herencia de la madre del discapaz”.

- 24 El AAP León 4 junio 2024 (ECLI:ES:APLE:2024:717A) nombró curador con facultades de representación al hijo que venía ejerciendo la guarda de hecho respecto de su madre, extendiéndola, en particular, al ámbito de la salud. La madre padecía Alzheimer, con índice de Barthel de 0, “indicativo de dependencia total para todas las actividades básicas de la vida diaria”. Explica que, partiendo del informe Médico Forense, “acerca de la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud”, y de “su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, resulta conveniente que su hijo, para tomar las decisiones precisas en cada caso pueda contar con la representación suficiente, tanto para recibir información como para tomar decisiones”.

El nombramiento de curador será todavía más conveniente cuando la persona con discapacidad rechace el tratamiento, con agresividad, al no ser consciente de la enfermedad que padece²⁵.

-
- 25 La SAP Jaén 14 septiembre 2022 (ECLI:ES:APJ:2022:1123) se mostró favorable a constituir una curatela con facultad de representación respecto de una persona que, según el informe forense, padecía una “demencia degenerativa primaria asociada a componente vasculo-degenerativo en estadio severo”, con “trastornos cognitivos y conductuales”, que podían “producir estados continuados de incapacidad”, los cuales requerían “de apoyos en las áreas detalladas en sus capacidades adaptativas”, teniendo dicha patología “un carácter evolutivo crónico e irreversible”. La persona con discapacidad se negaba sistemáticamente a recibir todo tipo de tratamiento médico, mostrándose agresiva cuando se intentaba suministrárselo.
- Nombró curador a uno de los hijos, que, de acuerdo, con los demás, había aceptado dejar de trabajar para ocuparse de su padre, sustituyendo en esa tarea a otro de los hermanos, que, hasta ese momento, había ejercido la guarda de hecho, pero que tenía que seguir trabajando. Dice, así, que “la actual situación de guarda de hecho resulta insuficiente ante el delicado estado de salud psíquica del demandado, y aún más en los meritados episodios que viene sufriendo. Sin que pueda conminarse al actual guardador o a quien ahora se postula como tal (el aquí recurrente) a acudir a la autoridad judicial cada vez que su padre necesite tratamiento médico y/o farmacológico y éste se niegue al recibirlo, dada la nula conciencia en la materia que padece, suficientemente constatada en las pruebas practicadas como ha quedado dicho. A lo que se añade que la tramitación de un expediente judicial para la obtención de la correspondiente autorización, en cada caso el episodio en que sea preciso, es indudable supondría una dilación o retraso en la necesaria y urgente atención médica y asistencial del [padre], por completo inconveniente dado su estado de salud”.



**IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APOYO E INTERÉS
SUPERIOR VERSUS LA VOLUNTAD Y PREFERENCIAS
DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. COMENTARIO
A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 1143/2024, DE 18 DE
SEPTIEMBRE (ROJ 4400/2024)***

**IMPOSITION OF MEASURES OF SUPPORT AND BEST
INTERESTS VERSUS THE WILL AND PREFERENCES OF
THE PERSON WITH DISABILITIES. COMMENTARY ON THE
SPANISH SUPREME COURT JUDGMENT NUMBER 1143/2024,
FROM THE 18TH SEPTEMBER (ROJ 4400/2024)**

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 656-673

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoras; así como en el Proyecto de Investigación "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)" CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López, y en el Grupo de Investigación "Derecho y vulnerabilidad: menores de edad, personas con discapacidad y animales de compañía" (DERVUL), inscrito con referencia GIUV2022-532 en el Registro de Estructuras de Investigación de la Universitat de València (REIUV), del que es director el profesor Pedro Chaparro Matamoras.

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de diciembre de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Tras la Ley 8/2021, se recogen y plasman los principios que proclama la Convención de Nueva York de 2006 sobre las personas con discapacidad, entre los que destacan el principio de autonomía que acentúa el protagonismo de la persona en su propio proceso de decisiones y el principio de subsidiariedad, que consiste en no admitir ninguna forma de apoyo judicial cuando la persona haya adoptado las medidas y decisiones necesarias para ordenar su propio apoyo. En todo caso, las medidas adoptadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos, que serán excepcionales, tienen que ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, han de respetar la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. Así pues, y sin perjuicio de ajustar el alcance de la medida de apoyo para respetar al máximo la autonomía de la persona con discapacidad, se analiza si en aras de su interés superior, puede acordarse la medida de apoyo aun en contra de la voluntad del interesado.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; autonomía; voluntad; medidas de apoyo; interés superior.

ABSTRACT: After Law 8/2021, the principles proclaimed by the 2006 New York Convention on Persons with Disabilities are collected and embodied, including the principle of autonomy, which accentuates the person's leading role in their own decision-making process, and the principle of subsidiarity, which consists of not admitting any form of judicial support when the person has adopted the necessary measures and decisions to order their own support. In any case, the measures adopted by the judge in the procedure for the provision of support, which will be exceptional, must be proportionate to the needs of the person who needs them, must respect the maximum autonomy of the latter in the exercise of his or her legal capacity and must in all cases attend to his or her will, wishes and preferences. Thus, and without prejudice to adjusting the scope of the support measure to respect the autonomy of the person with disabilities as much as possible, it is analysed whether, for the sake of their best interests, they can agree.

KEY WORDS: Disability; autonomy; will; support measures; best interests.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. COMENTARIO: I. EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. La plena capacidad jurídica y su ejercicio.- II. AUTONOMÍA DE LA PERSONA Y MEDIDAS DE APOYO.- III. INTERÉS SUPERIOR *VERSUS* LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- IV. IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APOYO CONTRA LA VOLUNTAD DEL AFECTADO.- V. CONCLUYENDO.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia n.º 357/2022, de 13 de julio, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Málaga, n.º 53/2021, de 15 de octubre, sobre incapacidad y designación de medidas de apoyo.

La demandante, madre de la persona con discapacidad, interpuso demanda de juicio verbal de incapacidad y adopción de medidas de curatela ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Málaga contra su hijo y el Ministerio Fiscal, previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, 2 de junio, que reformó la legislación civil y procesal relativa al apoyo de las personas con discapacidad (en adelante, Ley 8/2021) para que se dictase sentencia por la que se estimase la demanda y se declarase a su hijo incapaz parcialmente para regir su patrimonio, quedando sujeto a la curatela de una Fundación de Tutela y Curatela de Málaga (FMCYA) y delimitando la sentencia los actos en que se considera necesaria la intervención del curador, a lo que se opuso el demandado curado.

Sin embargo, en primera instancia se dictó sentencia de fecha 15 de octubre de 2021 y se consideró que padeciendo el demandado una enfermedad psíquica de carácter persistente que le impide de forma parcial expresar su voluntad, deseos y preferencias de manera libre. Y le impide, asimismo, de forma parcial realizar con plena autonomía sus actividades diarias relativas a la realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma decisiones al respecto, tales capacidades le han de ser completadas al ser sus habilidades al respecto limitadas imposibilitándole para ejercerlas por sí mismo. Si bien admite el Tribunal de instancia que el demandado tiene capacidad económica suficiente para el manejo de dinero de bolsillo. En consecuencia, designa a la madre demandante como su curadora representativa, quien habrá de ejercitar las facultades y deberes de administración del patrimonio y bienes del hijo con discapacidad. Asimismo, resuelve que las medidas acordadas se revisarán en plazo máximo de tres años,

• **Pilar María Estellés Peralta**

Doctora en Derecho. Directora del Departamento de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es.

salvo que un cambio en la situación de la persona exija su modificación antes de tal plazo.

Tras instarse la aclaración de la resolución, en fecha 8 de noviembre de 2021 se dictó auto rectificando la sentencia dictada y modificando la designación del curador representativo en favor de FMCYA.

Recurrida la sentencia por el demandado curado, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 13 de julio de 2022 confirmando íntegramente la resolución de instancia.

Interpuesto recurso de casación contra la misma, fue admitido y se procedió a la votación y fallo casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a) y estimando en parte el recurso interpuesto por el curado, se acordó proveer, como medida de apoyo en favor del mismo, la constitución de una curatela cuyo contenido se ajustara a asistirle en la realización de actos de administración y disposición complejos, para cuya validez requerirán de la autorización del curador.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La controversia en casación versa sobre una solicitud de incapacitación presentada por la madre del discapaz antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021. Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el procedimiento continuó en primera instancia como un procedimiento de provisión judicial de apoyos. Sin embargo, se denuncia la infracción de los arts. 1, 3, 5, 12 y 13 de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, así como de los arts. 249, 250, 255, 268 y 269 CC y 14 CE.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial de Málaga consideraron que dado que el demandado y recurrente padece una enfermedad psíquica de carácter persistente que si bien le permite realizar con plena autonomía sus actividades diarias relativas a su vida de manera autónoma e independiente (autocuidado y actividades cotidianas), así como el seguimiento de sus pautas alimenticias, la administración de medicación pautada, los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, puede igualmente, manejar dinero de bolsillo. Sin embargo, para la realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma decisiones al respecto, tales capacidades han de serle completadas al ser limitadas sus habilidades al respecto, lo que le imposibilita para ejercerlas por sí mismo. Todo lo cual se tradujo en que se dictara sentencia en que se apreciaba la necesidad que tiene el demandado/recuriente de un apoyo para realizar actos de administración y disposición patrimonial complejos, y se nombraba curador representativo a la FMCYA.

De los hechos destacados en la sentencia, el Tribunal Supremo señala que no comparte el criterio mantenido por las sentencias de instancia y de la Audiencia Provincial ahora recurridos, porque para cualquier medida de apoyo, el art. 268 CC prevé que las medidas adoptadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos tienen que ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, han de respetar la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. A la vista de estas exigencias legales, la provisión judicial de apoyos mediante una curatela exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo. De este modo, la adopción de la medida requiere de un juicio de capacidad de la persona afectada, también por la exigencia de la proporcionalidad de las medidas con las necesidades de la persona que las precisa, que vienen a su vez determinadas por la concreta discapacidad de la persona y sus circunstancias vitales.

Para la sala, lo relevante no es tanto el diagnóstico de una enfermedad o trastorno psíquico que genera la situación concreta de discapacidad, como las concretas necesidades que provoca para el ejercicio de los derechos de esa persona. Entiende la sala, que el hecho de que la medida de apoyo se haya acordado en contra de la voluntad de la persona con discapacidad no supone por sí una contradicción del art. 268 CC y que el problema, en este caso, radica en la proporcionalidad de la medida, pues el apoyo debe respetar al máximo la autonomía de la persona, sin suplirla. Bastaría un auxilio y complemento para consumir esos actos de administración y disposición patrimonial complejos, pero sin necesidad de sustituir al interesado. Razón por la cual, no era necesario una curatela representativa. Bastaba una curatela cuyo contenido se ajustara a prestar un auxilio al recurrente para los referidos actos de administración y disposición complejos, lo que se traduce en que para su validez requerirán de la autorización del curador. Esto es, no se sustituye la voluntad del mismo, pero sí se la somete a un complemento, como medida que por una parte le asista en la administración patrimonial y la contratación compleja y, por otra, evite los abusos de terceros.

COMENTARIO

I. EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Muchos años han transcurrido desde que se aprobara en 2006 la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, para que se alcanzara el cambio que la misma propiciaba, esto es, la superación del

modelo médico, asistencial o terapéutico en favor de otro modelo social¹ que un sector doctrinal califica no de mero capricho legislativo, sino, de una cuestión de derechos humanos².

Actualmente, la discapacidad se enmarca en nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad basado en el respeto a su voluntad y preferencias, por virtud de la reforma de esta materia por la Ley 8/2021. En dicha ley se proclama la plena capacidad (en algunos casos, con los apoyos necesarios) y autonomía de la persona con discapacidad, en un nuevo sistema se basado en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros), lo que es plenamente coherente con lo normado en el art. 3 a) del Convenio de Nueva York, cuyos principios son el respeto de la dignidad inherente a toda persona; la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; y la independencia de las personas.

1. La plena capacidad jurídica y su ejercicio.

Tanto la Convención de 2006 como la reforma por la Ley 8/2021, han provocado un importante cambio de paradigma relacionado con la cuestión de la capacidad de las personas con discapacidad³ con el fin de asegurar el pleno disfrute, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales⁴. Precisamente, la definición de qué debe entenderse por capacidad jurídica o “legal capacity” constituyó un tema polémico por las diferencias interpretativas y de regulación en los diferentes Estados Partes. Finalmente, el término “legal capacity” ha quedado definido como la titularidad de derechos, además de su ejercicio⁵.

En este sentido, la Observación General núm. 1, al art. 12 de la Convención, de 31 de marzo a 11 de abril de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Observación General núm. 1), en su párrafo 12 distingue que:

“La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a

- 1 En CALAZA LÓPEZ, S.: “Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre, 2022, pp. 53-85.
- 2 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 39-62, en p. 61.
- 3 Vid. GETE ALONSO Y CALERA, M^a. C.: “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, en *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 25-48.
- 4 Vid. BARBA, V.: “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55, en p. 26.
- 5 Así, en BARBA, V.: “El art. 12”, cit., pp. 28 y ss.

la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”.

Consecuentemente, en la expresión “capacidad jurídica” debe entenderse que se incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos y deberes como la capacidad de obrar, esto es, la capacidad para realizar válidamente actos jurídicos o ejercicio de la capacidad jurídica⁶.

Con la reforma que la nueva Ley 8/2021 establece, se sustituye un sistema en el que predominaba la toma de decisiones que afectaban a las personas con discapacidad por terceros, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona que padece una discapacidad a la que se reconoce, como regla general, la facultad de adoptar sus propias decisiones.

En consecuencia, en virtud de la renovada regulación del ejercicio de la capacidad por las personas con discapacidad, ya no es posible (privarles o) limitarles, con carácter general, del ejercicio de su capacidad jurídica, que se considera como un atributo inherente a su persona, por lo que se regula un nuevo sistema más respetuoso con las personas⁷. Si bien es cierto, que en la legislación española la existencia de una discapacidad nunca ha conllevado a la privación o limitación de la capacidad jurídica entendida como la titularidad de derechos y obligaciones⁸. Cuestión distinta es su ejercicio⁹, que ahora, tras la reforma, supone un cambio de paradigma.

II. AUTONOMÍA DE LA PERSONA Y MEDIDAS DE APOYO.

De esta manera, tras la Ley 8/2021, se recogen y plasman en la legislación española los principios que proclama la Convención, entre los que destacan el principio de autonomía que acentúa el protagonismo de la persona en su propio

6 BARBA, V.: “El art. 12”, cit., p. 41.

7 De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 8/2021.

8 Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, en *Nuevos sistemas de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21 y ss., en p. 29, para quien estas afirmaciones deben matizarse si consideramos que en la realidad, a las personas con discapacidad sí se les ha privado en ocasiones del sufragio activo, etc.

9 En nuestra doctrina, tradicionalmente se ha distinguido entre *capacidad jurídica* -concepto equivalente a personalidad jurídica- y que supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad jurídica es absoluta: se tiene o no se tiene y no admite graduaciones. Y *capacidad de obrar* que consiste en la aptitud para celebrar válida y eficazmente actos y negocios jurídicos. Es relativa y admite graduaciones y dependía de la edad y de la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma. Ahora bien, esta distinción, puramente doctrinal, nunca fue recogida por el Código Civil. Tras la reforma, el concepto de capacidad de obrar se equipara al de ejercicio de la capacidad jurídica, el cual podrá ser autónomo o asistido, como sugiere CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad”, en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Á. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2024, p. 396.

proceso de toma de decisiones y el principio de subsidiariedad, que consiste en no admitir ninguna forma de apoyo judicial cuando la persona haya adoptado las medidas y decisiones necesarias para ordenar su propio apoyo. Las medidas judiciales de apoyo tienen, en consecuencia, un claro carácter subsidiario. Solo procederán “en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (art. 249.I CC), porque la finalidad de la reforma se orienta a la preferencia por las medidas de apoyo voluntarias que, de acuerdo con el art. 250.III CC, son “las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance”¹⁰.

Es decir, derivada de la Convención, la Ley 8/2021 prioriza la autorregulación frente a la heterorregulación¹¹, en clara aplicación y priorización del principio de autonomía. Ello engarza con la posibilidad de la persona de vivir su vida como desee en coherencia con sus valores y creencias¹². En tal sentido, nuestra jurisprudencia se anticipó a la Ley 8/2021 en la STS 17 septiembre 2019¹³, que ya entendió la autodeterminación como la posibilidad de ser protagonista de la propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes que marcan el curso vital, según los propios deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos.

Por su parte, la STS 6 mayo 2021¹⁴, también anterior a la reforma, entendió que, en congruencia con ello, “a las personas que sufren deficiencias físicas o psíquicas no se les puede privar injustificadamente de la facultad de adoptar decisiones propias, de ser autónomos de elegir la forma en la que desean vivir en coherencia con sus creencias y valores”.

A su vez, y compatibilizándolo con el principio de autonomía, la idea central de la reforma por la Ley 8/2021 es la de apoyo a estas personas en la asunción de sus propias decisiones libres de abusos o influencias indebidas. Lo que no significa tomar la mejor decisión para la persona con discapacidad, sino permitir que la persona tome su propia decisión, aunque no sea la mejor o no conlleve

10 En opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas”, cit., en p. 34, ello es consecuencia del principio de subsidiariedad, al que no se le cita expresamente, pero se colige, respecto de las medidas formales citadas en los arts. 249 y 269 CC, que solo proceden en defecto de medidas voluntarias y medidas informales que se esté aplicando eficazmente.

11 Vid. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Las medidas voluntarias de apoyo”, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-144, en p. 108, para quien interpretando conjuntamente el criterio de subsidiariedad y los de necesidad y proporcionalidad se puede determinar que cuando un sujeto ha decidido qué medidas necesita y cómo quiere articularlas, acudiendo a las que la norma pone a su disposición y no es preciso optar por una medida legal o judicial que, como se verá, en tales casos solo podría tener lugar por un inadecuado funcionamiento de las medidas adoptadas. Asimismo, PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, julio-septiembre 2018, pp. 13 y ss.

12 O “como quiera vivirla” de acuerdo con lo señalado en la STEDH Pretty c/Reino Unido, núm. 2346/02, de 29 abril 2004 (Tol 9091729).

13 STS 17 septiembre 2019 (Tol 7504191).

14 STS 6 mayo 2021 (Tol 8431634).

a la consecución de su mejor interés¹⁵. Apoyos que no sustituyen su voluntad. Porque ningún apoyo puede/debe sustituir la voluntad del apoyado que debiera ser soberana, tan sólo podrá/deberá ayudar a la persona en la asunción de sus propias decisiones libre de abusos, influencias indebidas o conflictos de intereses. Apoyos, en consecuencia, que atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Apoyos que deben ser excepcionales y proporcionados, preferiblemente informales, consentidos y propuestos por la persona afectada (es la persona con discapacidad la que determina quién y cómo le van prestar apoyos, si los necesita, con respeto a su voluntad y preferencias). Así pues, la provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado (art. 269 CC). Apoyos que, pese a lo antedicho, pueden llegar incluso, a la representación en la toma de decisiones, mediante la curatela representativa. Y aunque el art. 12 de la Convención “proscribe totalmente cualquier decisión de autoridad que elimine o limite la capacidad jurídica de las personas adultas”¹⁶, la curatela representativa ¿qué es sino una medida que limita y a veces elimina el ejercicio de la capacidad jurídica por mucho que se trate de una medida de apoyo personalizada, flexible y excepcional ex art. 269.3 CC?

Por otra parte, hay que atender al hecho de que hay enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen¹⁷ y su voluntad. En consecuencia, los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar, pueden atentar a su interés personal y patrimonial. Por ello, como pone de relieve la STS 8 septiembre 2021¹⁸ las medidas de apoyo excepcionales tendrán lugar “cuando la discapacidad repercuta directamente en la capacidad de tomar decisiones, cuando afecte a la autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad”¹⁹.

15 BARBA, V.: “El art. 12”, cit., p. 51, para quien “la cláusula general del interés superior de la persona con discapacidad ha sido el instrumento para tomar decisiones que responden al interés de sus familiares o al interés de una comunidad, especialmente en los casos en que se trataba ‘proteger’ los bienes de la persona, en beneficio exclusivo de los propios herederos, o en los que se prohibía la realización de un acto personal (matrimonio), por suponer que la persona estaba engañada o equivocada, o en todos los casos en que se impedía la realización de un testamento, por encontrarse en una condición vulnerable. En todos estos casos, es muy difícil establecer qué es lo que realmente interesa a la persona, y en muchos casos no se ha tomado una decisión que le permita desarrollar y desenvolver su personalidad, sino una que permita el mejor acomodo posible de todas las partes implicadas”.

16 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Presentación del monográfico”, en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico* (dir. por M^a. P. GARCÍA RUBIO), *La Ley Derecho de Familia*, núm. 31, julio-septiembre de 2021, p. 4.

17 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-124, en p. 108.

18 STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

19 Asimismo, SAP Madrid 20 diciembre 2021 (Tol 8794206).

En todo caso, la STS 12 junio 2024²⁰ señala que la provisión judicial de apoyos que suponga una curatela y la determinación de su contenido, sigue siendo un “traje a medida”. Así pues, el juez ha de valorar las concretas necesidades de la persona, a la vista de su *discapacidad* y de su situación vital y, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias, adoptar las medidas más apropiadas para esa persona y en ese momento de su vida. Que ahora más que nunca hay que huir de un juicio estandarizado y hay que personalizarlo al máximo en relación con la persona concreta.

III. INTERÉS SUPERIOR VERSUS LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

Cuestión relacionada con esta materia es si debemos entender que prevalece el interés superior de la persona frente a su voluntad, preferencias y deseos. Si se considera que su interés superior debe ser preservado por razones objetivas, en aquellos casos en que la persona tiene gravemente limitada su capacidad de entendimiento, tema muy controvertido en la doctrina científica, porque no todas las discapacidades suponen limitación de la capacidad cognitiva. Pero sí es indiscutible que algunas causas de discapacidad tienen su origen en enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen²¹ y, por ende, su voluntad. En consecuencia, los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar estas personas, posiblemente puedan atentar a su interés superior; sea personal y/o patrimonial. Y es, en estos casos, cuando cobra especial relevancia la protección de su interés.

La Observación General núm. 1.21 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad declaró que el “principio del interés superior” no es salvaguardia que cumpla con el art. 12 de la Convención y que, por el contrario, el paradigma de la voluntad y preferencias debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás²². Esta afirmación ha generado no pocas discusiones doctrinales que consideran que el Comité ha realizado una “lectura sesgada y parcial del art. 12 de la Convención” al ignorar que el citado precepto, en su párrafo cuarto *in fine* menciona expresamente los intereses de las personas con discapacidad por lo que es evidente que no solo “pueden” sino que “deben” ser tomados en cuenta sus intereses²³: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las

20 STS 12 junio 2024 (Tol 10075613).

21 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho”, cit., p. 108.

22 En relación con la posible permanencia del principio del mejor interés de la persona con discapacidad en algunos supuestos, DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, pp. 227 y ss., y SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre 2020, p. 394.

23 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por

medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Igualmente, nuestra jurisprudencia sistematizando los principios inspiradores de la reforma por la Ley 8/2021, se refiere al principio del interés superior de la persona con discapacidad y señala en la citada STS 6 mayo 2021²⁴ que: “El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros”.

La SAP Madrid 20 diciembre 2021²⁵ estima que: “se aprecian dificultades por parte de Araceli y de su familia, para percibir la importancia de desarrollar al máximo sus potencialidades y el beneficio que le supondría para poder tener una mayor independencia en su vida. No siendo discutido que Araceli precisa de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica que garanticen la adecuada promoción de su autonomía personal necesaria para su plena inserción social. Por ello, puede no atenderse a los deseos de la persona con discapacidad si éstos no responden a su interés y no son beneficiosos”.

Efectivamente, en opinión de DE VERDA²⁶, cuando una persona tenga afectada su capacidad de formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia de su estado y valorar la necesidad de una ayuda que incluso que rechace, sería posible en aras de su interés personal y patrimonial que

G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 118-119.

24 STS 6 mayo 2021 (Tol 843/634).

25 SAP Madrid 20 diciembre 2021 (Tol 8794206).

26 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho”, cit., p. 101. Asimismo, con MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General”, cit., pp. 118-119.

el apoyo adopte decisiones que contarían sus deseos y preferencias²⁷. Asimismo, resulta interesante la apreciación de PEREÑA VICENTE²⁸, quien advierte, con buen criterio, de la escasa atención que suscita el interés superior de la persona protegida por parte del legislador a diferencia del interés del menor, y plantea si hay que respetar la voluntad de la persona cuando genere un grave perjuicio personal o patrimonial para sí misma o cuando la persona manifieste voluntades contradictorias. Tal parece haber sido la posición de nuestro Tribunal Supremo en esta sentencia que comentamos. En la misma, el Tribunal Supremo señala (FJ2.4), -en una consolidada doctrina al respecto- que el empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”.

IV. IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APOYO CONTRA LA VOLUNTAD DEL AFECTADO.

Así pues, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, “tener en cuenta” y “considerar” no equivale a “satisfacer”. Con todo, es posible que la persona, con o sin discapacidad, en atención a la posible discapacidad presente o futura y valorando su situación presente y futura, decida que no quiere adoptar ninguna medida de apoyo ni tampoco que se la impongan judicialmente; o bien acepta algunas medidas -que le son insuficientes- pero se niega a otras que son las necesarias en su caso particular. Si atendemos al respeto a la libre voluntad y deseos o preferencias de la persona ¿qué hacer en estos casos?

Por una parte, la posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado/interesado, implica contradecir su voluntad y deseos²⁹ según reiterada jurisprudencia. Y ello se halla justificado por la necesidad o conveniencia para el sujeto, aunque con carácter excepcional³⁰. En tales casos estamos ante

27 En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas”, cit., en pp. 38 y ss. Vid. a este respecto, la STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

28 PEREÑA VICENTE, M.: “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 119- 141, en pp. 120-121.

29 En tal sentido, DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos?”, cit., pp. 2227-2268.

30 MARÍN CALERO, C.: *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre, Barcelona, 2022, p. 103. Vid. asimismo, PEREÑA VICENTE, M.: “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021, de 2 de junio”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M^a. del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch,

una situación de necesidad en que la discapacidad afecta a la toma de decisiones, impidiendo a la persona la formación de una voluntad libre que es la expresión del ejercicio de sus derechos. Y, además, del conjunto de la regulación y de la Convención no puede deducirse un derecho a rechazar los apoyos³¹.

A este respecto la jurisprudencia es favorable a la determinación de apoyos, aunque limitados a aquellos casos en que la persona no es consciente de su necesidad objetiva pese al rechazo del afectado. Este fue el criterio seguido por la STS 8 septiembre 2021³² que las considera aceptables, para no incurrir en lo que considera una “crueldad social” contraria al principio constitucional de dignidad de la persona si no se adoptase medidas de representación incluso en contra de su voluntad, por “abandonarle en su desgracia”: “cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador.

La cuestión es que la aplicación del principio de la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad encuentra importantes dificultades de aplicación cuando falla el entendimiento de la persona. En estos casos se produce un desplazamiento del principio de la voluntad, deseos y preferencias, aunque de manera excepcional y restrictiva que permiten al juez apartarse de la voluntad o preferencias manifestadas por la persona, si existen circunstancias graves desconocidas por ella o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. Criterio ya aplicado por nuestra jurisprudencia³³ y que se aprecia en las SSTs 19 octubre 2021³⁴, 2 noviembre 2021³⁵, 21 diciembre 2021³⁶ y en la que es objeto de este análisis, de 18 de septiembre 2024³⁷.

2022, pp. 125-159, en p. 130 afirma que se trata de una situación de necesidad que “proviene de que la discapacidad afecta a la cuestión central de la toma de decisiones, impidiendo a la persona la formación de una voluntad libre que es la expresión del ejercicio de sus derechos”.

31 PEREÑA VICENTE, M.: “Una contribución”, cit., p. 130.

32 STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

33 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas”, cit., p. 47, quien señala que el legislador prevé tal excepcionalidad de los apoyos con oposición de la persona, expresamente en los arts. 756 y siguientes LEC y en los arts. 272 y 276 CC.

34 STS 19 octubre 2021 (Tol 8628066).

35 STS 2 noviembre 2021 (Tol 8639708).

36 STS 21 diciembre 2021 (Tol 8739270).

37 STS 18 septiembre 2024 (Tol 10197239).

Efectivamente, la afectación de la capacidad para formar libremente la voluntad, por sufrir una enfermedad que impida tomar conciencia del propio estado y valorar la necesidad de una ayuda que incluso se rechaza, sería posible en aras de su interés personal y patrimonial que el apoyo adopte decisiones que contarían sus deseos y preferencias³⁸. Obviamente no estamos haciendo referencia a cualquier discapacidad, como las de carácter físico o sensorial, sino a enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen y, por ende, su voluntad, porque los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar estas personas, posiblemente puedan atentar a su interés superior, tanto personal como patrimonial.

La cuestión en liza es si se debe proteger la autonomía y la voluntad de las personas con discapacidad, porque estas personas gozan, en principio de plena capacidad -antes de obrar- aunque yerren. Y de no ser así, ¿dónde queda el derecho a adoptar decisiones que otros puedan entender como “erróneas”, porque ello es acorde a sus deseos y preferencias? Y, sin embargo, la posibilidad de adoptar decisiones, asumir riesgos, por ende, de equivocarnos, es una manifestación del derecho a la autodeterminación, a la autonomía personal, a la propia decisión independiente -sin aprobaciones ni autorizaciones de terceros- de todas las personas y, también, debiera ser de las personas con discapacidad ¿o no siempre? Porque *todos* nos equivocamos, pero la cuestión es que hay momentos en la vida en que somos capaces de advertir nuestros errores y otros en que no, porque nos falta esa capacidad de entendimiento y análisis. En todo caso, hay que atender al hecho de que hay enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen. Y que los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar, de acuerdo con sus preferencias, pueden perjudicar a los terceros, pero también atentar a su interés personal y patrimonial.

V. CONCLUYENDO.

En estos casos, se va a permitir un desplazamiento del principio de la voluntad, deseos y preferencias, aunque de manera excepcional y restrictiva³⁹. Y sólo cuando quede probado que la persona con discapacidad ha actuado consciente y libremente, su voluntad real debe ser atendida. De lo contrario, con el fin de protegerla incluso de sí misma, estaríamos desplazando o prescindiendo de su voluntad y preferencias y, por tanto, de su autonomía e independencia.

38 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho”, cit., p. 101. Asimismo, con MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General”, cit., pp. 118-119. En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas”, cit., pp. 38 y ss. Vid. a este respecto, la STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

39 Así las SSTs 19 octubre 2021 (Tol 8628066), 2 noviembre 2021 (Tol 8639708) y 21 diciembre 2021 (Tol 8739270).

Este ha sido el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia comentada. Considera el Alto Tribunal que, si bien ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a su voluntad, en algún caso -como el que es objeto de recurso-, puede que no sea así si existe una causa que lo justifique. Por tanto, no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso concreto. Y el presente, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente “en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”. También en este caso la enfermedad o trastorno que provoca la discapacidad y la necesidad apreciada de un apoyo para la realización de actos de administración y disposición complejos, afecta a la conciencia de esa necesidad y de los riesgos que sufre en las concretas circunstancias que ahora vive. De ahí que, sin perjuicio de ajustar el alcance de la medida para respetar al máximo su autonomía, pueda acordarse la medida aun en contra de la voluntad del interesado.

BIBLIOGRAFÍA

BARBA, V.: "El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre, 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad", en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Á. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2024.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Las medidas voluntarias de apoyo", en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.:

- "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- "Presentación del monográfico", en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico* (dir. por M^a. P. GARCÍA RUBIO), *La Ley Derecho de Familia*, núm. 31, julio-septiembre de 2021.

GETE ALONSO Y CALERA, M^a. C.: "Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía", en *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, en *Nuevos sistemas de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

MARÍN CALERO, C.: *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre, Barcelona, 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021.

PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, julio-septiembre 2018.

PEREÑA VICENTE, M.:

- “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2019.
- “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021, de 2 de junio”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M^a. del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, 2022.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre 2020.



*IN DUBIO PRO CAPACITATE, IN DUBIO PRO LIBERTATE
(SOBRE LA INTERPOSICIÓN DE ACCIÓN DE DIVORCIO
POR PERSONA SUJETA A CURATELA). COMENTARIO
A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 767/2024, DE 30 DE MAYO
(ECLI:ES:TS:2024:2920)**

*IN DUBIO PRO CAPACITATE, IN DUBIO PRO LIBERTATE:
(FILING OF DIVORCE ACTION BY THE PERSON SUBJECT TO
GUARDIANSHIP). COMMENTARY TO THE SPANISH SUPREME
COURT JUDGEMENT NUMBER 767/2024, 30TH MAY
(ECLI:ES:TS:2024:2920)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 674-697

* La presente obra se enmarca en el Proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)" CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López, y en el Grupo de Investigación "Derecho y vulnerabilidad: menores de edad, personas con discapacidad y animales de compañía" (DERVUL), inscrito con referencia GIUV2022-532 en el Registro de Estructuras de Investigación de la Universitat de València (REIUV), del que es director el profesor Pedro Chaparro Matamoros.

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo a analizar aborda un supuesto controvertido, en el cual se plantea si es obligatorio que el curador consienta la interposición de una acción de divorcio por parte de su curatelado. El Alto Tribunal concluye que dicho acto jurídico no se encuentra en los previstos por la institución establecida, ni, en principio, lo podría estar recogido. No obstante, se suscitan interesantes cuestiones sobre cómo puede comprobar el Tribunal la voluntad del curatelado, y, a nuestro entender, si en otras circunstancias el curador sí estaría facultado para interponerla.

PALABRAS CLAVE: Acción de divorcio; curador; curatelado; medidas de apoyo; voluntad; deseos; preferencias.

ABSTRACT: *The recent judgment of the Supreme Court to be analyzed deals with a controversial case, in which the question arises as to whether it is mandatory for the curator to consent an action for divorce filed by ward. The High Court concludes that such legal act is not among those provided for by the established institution, nor, in principle, could it be included. However, interesting questions remain as to how the Court can verify the will of the ward, and, in our opinion, whether in other circumstances the guardian would be entitled to bring such an action.*

KEY WORDS: *Divorce action; curator; ward; support measures; will; wishes; preferences.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR.- II. ¿ERA NECESARIA LA REFORMA? III. MEDIDAS APLICABLES.- 1. Medidas formales e informales.- 2. Medidas voluntarias, judiciales y legales.- IV. EL RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS.- 1. El interés de la persona con discapacidad.- 2. *In dubio pro capacitate, in dubio pro libertate.*

SUPUESTO DE HECHO

1º) Jorge y Teodora contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1975.

2º) En agosto de 2018, Teodora abandonó el domicilio familiar y se trasladó a la vivienda de su hija Estefanía.

3º) Se instó un proceso de modificación de la capacidad de Jorge, quien se opuso. Este procedimiento concluyó con sentencia el 10 de febrero de 2020, posteriormente ratificada en apelación, que acordó la modificación parcial de la capacidad de Jorge y el nombramiento de su hija Estefanía como curadora, cuya autorización sería necesaria para la realización de los “actos jurídicos, económicos y mercantiles complejos y para la supervisión de su tratamiento médico y todo lo relativo a su salud”.

4º) En junio de 2021, al poco tiempo de adquirir firmeza esa sentencia, Jorge, bajo la misma representación procesal y asistencia jurídica con la que se había opuesto a la modificación de capacidad, presentó la demanda de divorcio.

5º) Teodora se opuso a la demanda, al entender que el demandante carecía de legitimación activa, ya que no podía entablar la demanda sin la intervención de su curadora, pues una demanda de divorcio es un acto jurídico complejo para el cual la sentencia de modificación de la capacidad exigía la intervención de la curadora.

6º) La sentencia de primera instancia estimó la demanda de divorcio y puso hincapié en el hecho de que la esposa había abandonado el domicilio hacía ya tres años.

7º) Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó la legitimación del demandante para pedir el divorcio sin necesidad de apoyo o complemento de la capacidad. Razonó que entre los actos para los que se acordó la necesidad de apoyo de la curadora no estaba la facultad de solicitar la disolución del matrimonio, ni lo estaría ahora tampoco el ejercicio del derecho a contraer, en su caso, nuevo matrimonio.

• Gonzalo Muñoz Rodrigo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universitat de València, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Grado. Máster en Abogacía y en Derecho de la Empresa por la misma Universidad e, igualmente, doctor por las Universidades de Valencia y Bolonia, con la máxima calificación, sobresaliente cum laude y mención internacional. Correo electrónico: gonzalo.munoz@uv.es.

8º) Frente a la sentencia de apelación se presentó un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

9º) El 29 de febrero de 2024 el Ministerio Fiscal emitió un informe por el cual señalaba que la naturaleza del acto personalísimo del consentimiento matrimonial implica que este consentimiento no puede sustituirse por el del tutor, ni completarse por el curador. Además, en este caso, la sentencia que establece las medidas de apoyo no expresó nada acerca de la intervención del curador para actos relacionados con el matrimonio, y la sentencia de divorcio, dictada por la misma sala que resolvió en apelación sobre las medidas de apoyo, entendió que no estaba comprendido entre los actos que requerían complemento de capacidad instar la disolución de matrimonio o volver a contraerlo en su caso. No obstante, consideró que debería fijarse doctrina por la Sala en el sentido de que el órgano jurisdiccional puede y debe acordar de oficio la exploración de la persona con apoyos como salvaguarda para interpretar cuáles son sus deseos, voluntad y preferencias cuando en el curso de un procedimiento surjan dudas al respecto.

10º) El Tribunal Supremo desestima ambos recursos y concluye que Jorge tiene plena capacidad para interponer la acción de divorcio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) Los “actos jurídicos complejos” son de naturaleza patrimonial y no personal.

2º) Tanto la acción de divorcio como el acto de contraer matrimonio son derechos personalísimos que no puede sustituirse por el tutor ni completarse por el curador.

3º) No formando parte del régimen de actuación del curador la acción de divorcio, el curatelado tiene plena legitimación para interponer la misma.

4º) Aunque puedan existir dudas sobre la persistencia en la voluntad del curatelado, el Tribunal no tiene la obligación de acordar una entrevista personal, cuando de la prueba practicada en la vista con la presencia del mismo sea posible cerciorarse que su voluntad no ha variado.

COMENTARIO

I. PRELIMINAR.

La presente sentencia se enmarca dentro de la nueva regulación acaecida tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este cambio normativo ha supuesto un hito sin precedentes en el Derecho Civil

español que altera sustancialmente el régimen jurídico que hasta el momento se aplicaba a las personas que, por los motivos que fueran, no eran capaces de ejercitar adecuadamente su capacidad jurídica.

Anteriormente, el Código Civil establecía el método de la incapacitación como una forma que garantizar que aquellas personas que no pudieran gobernarse por sí mismas tuvieran una adecuada protección. De modo que, si la persona era privada del ejercicio de su capacidad jurídica, debería someterse a una tutela, como si de un menor de edad se tratase. En ese sentido, adquiriría significado la diferenciación que la doctrina tradicionalmente había hecho entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras que la primera tenía únicamente que ver con la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, la segunda se enfocaba en el espectro de su ejercicio. Por tanto, el incapacitado, si bien podía ser propietario de una vivienda, no la podría enajenar a un tercero, dado que sería necesaria la representación de su tutor.

Cabe destacar que, aunque la tutela se contemplaba como el método principal de actuación en estos casos, también existía la curatela como una medida menos intervencionista de enfrentarse al fenómeno de la discapacidad. Asimismo, el Código Civil recogía otras situaciones como la prodigalidad, en las cuales la figura del curador resultaba idónea. No obstante, a pesar de la impresión que se pudiera llevar un lector joven o poco experimentado, la regulación que contenía el Código Civil no adolecía de una excesiva rigidez, puesto que había sido flexibilizada por la jurisprudencia.

Esto es, debido a que uno de los principales motivos que han auspiciado el cambio normativo ha sido la supuesta no adaptación de la legislación española a la Convención de Nueva York¹, la conclusión que uno se puede llevar es que la lectura de sentencias no es un hábito muy cultivado. Basta con hacer un pequeño recorrido por los antecedentes jurisprudenciales para advertir que la doctrina del “traje a medida” o los “trajes a medida” no ha sido una ocurrencia de la ONU, ni de los ponentes de la Ley. Es el mismísimo Tribunal Supremo quien la acuñó en la STS I de julio de 2014², cuando señalaba que, obviamente, para abordar un procedimiento de incapacitación había que tener en consideración los postulados del art. 12 de la Convención de Nueva York y, por tanto, flexibilizar la medida impuesta en consonancia con las necesidades de la persona discapacitada.

1 Sobre la incidencia de la Convención de Nueva York en la reforma, véase BARBA, V.: “El Art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AA.VV.: *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-52.

2 STS I julio 2014 (Tol 4468983), doctrina que reiteró en la STS 18 julio 2018 (Tol 6676470). Sobre los “trajes a medida” recomendando la lectura de las SSTs 11 octubre 2012 (Tol 2674037) y 24 junio 2013 (Tol 3800142).

En consecuencia, si la persona era consciente de la realidad y tenía voluntad propia, seguramente establecer una incapacitación era una fórmula excesiva y, por el contrario, la curatela para los actos que precisase apoyo se antojaba como la solución óptima. Prueba de ello son las cuasi adolescentes SSTS 21 septiembre 2011 (Tol 2248621), 17 julio 2012 (Tol 2635528), 24 junio 2013 (Tol 3800142), 13 mayo 2015 (Tol 5000594), 4 noviembre 2015 (Tol 5550396), entre otras, que operaron en este sentido³.

De todos modos, parece ser que el legislador no confía en los jueces y prefiere ser él mismo quien siente doctrina jurisprudencial. En ese sentido, si tanto quiere condicionar cómo deben proceder los operadores jurídicos, en lugar de reconocer algo que de base ya se intuía, debería haber articulado un sistema gradual en el cual en función de la discapacidad que presente una persona (por ejemplo, muy grave, grave, leve o muy leve), diseñar una serie de remedios. Que podría haber sido un sistema mucho más previsible y dotado de una mayor seguridad jurídica. Por el contrario, ha considerado mucho más “eficiente” establecer, como regla general, que todo el mundo tiene plena capacidad jurídica, y simplemente que hay ciertas personas o colectivos que necesitan apoyos para el ejercicio de la misma.

II. ¿ERA NECESARIA LA REFORMA?

La conclusión a la que llega el legislador se mueve entre la cándida ingenuidad y el activismo de sillón más estridente. No ya por alejarse de la evidencia científica⁴, en pos de una supuesta voluntad integradora, sino por demostrar una clara influencia política en sus postulados básicos. Resulta palmario que la nueva regulación no busca tanto adecuar el derecho a los intereses de las personas necesitadas de protección, sino apuntalar un discurso progresista. Es decir, no es que las personas con discapacidad tengan, desgraciadamente, carencias físicas o intelectuales, debidas a enfermedades (genéticas o sobrevenidas) o accidentes que hayan provocado daños irreversibles en su organismo. Sino que existen barreras externas impuestas por una sociedad opresora que impide a personas “no discapacitadas”, sino “necesitadas de apoyo” poder desarrollar adecuadamente su voluntad o su personalidad.

3 Las SSTS 145 y 146, ambas de 15 de marzo de 2018, de las que fue ponente M^a Ángeles Parra Lucán ya pusieron de relieve que existía una presunción de capacidad de las personas y que, en todo acto jurídico se debe comprobar *in situ* la capacidad natural del sujeto respecto del negocio que pretende otorgar.

4 Resulta demoledor ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, p. 570, cuando señala que “se ha efectuado una aplicación de la Convención *sui generis* puesto que ha tenido que pasar de puntillas sobre algunas de las ilógicas manifestaciones de la Observación de 2014 que vetan directamente el recurso a cualquier tipo de medida de apoyo sustitutiva y expresamente se manifiestan en contra de la utilización tanto de la tutela como de la curatela y que incluso llegan a poner en tela de juicio a la ciencia médica para valorar las afecciones mentales”.

Como se puede observar, el cambio legislativo no es tanto una modificación jurídica sino una alteración de perspectiva. El foco ya no se pone en las instituciones que van a regir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona necesitada de protección, sino en cómo va a poder ejercerla la persona en cuestión. Lo que se busca es una suerte de visión expansiva por la cual todo es posible salvo que se indique expresamente lo contrario. Esta tendencia más liberal es digna de aplaudir, pero como digo la realidad es tozuda y, tal vez, el orden es más aconsejable que la utopía. Más aún cuando, el legislador se lava las manos y, a fin de cuentas, en muchas ocasiones, van a seguir siendo los jueces los que tengan que dilucidar cómo una persona debe ejercer su capacidad jurídica con exactitud milimétrica. Francamente, para este viaje no hacían falta alforjas.

Tal y como vengo diciendo, aunque sea muy loable buscar que el derecho de alguna forma no responsabilice a las personas que no puedan ejercer adecuadamente su capacidad jurídica o directamente no sean capaces gobernarse por sí mismas; no por ello, es responsable, valga la redundancia, modificar extensiva y disruptivamente con un calado nunca visto hasta la fecha, el régimen jurídico de la capacidad de las personas en sentido amplio. Porque no olvidemos que la *odiosa restringenda*, si se me permite la referencia⁵, provoca que nadie sea sospechoso de incapaz, pero que, en cambio, hace recaer sobre nuestros juristas la difícil tarea de enjuiciar la capacidad de las personas en todo acto⁶. Lo que, en definitiva, si no se ha llevado a cabo una adecuada prevención y planificación, resultará muy conflictivo y indudablemente aumentará el número de litigios por esta causa. En lugar de haber armado desde el principio un sistema mucho más ordenado y seguro, que garantizase una adecuada protección, sin colocar en peligro el ideal que siempre debemos buscar, la seguridad jurídica.

Si somos críticos con la reforma, podemos argumentar que es evidente que toda persona es susceptible de necesitar apoyos en cualquier ámbito de su vida, si realizamos un ejercicio de introspección cada uno de nosotros es más hábil y más inútil en algunos aspectos de la vida diaria, pero no por ello se justifica una institución a este servicio. Si realmente queremos ayudar a alguien que no puede valerse por sí mismo, es mucho más inteligente, si pretendemos evitar posteriores problemas jurídicos que, dicho en román paladino, todo esté claro, por lo que, tal vez, no era necesaria una reforma con este alcance y rupturismo, cuando a la postre el resultado no ha sido tan ambicioso.

5 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda*: viejos principios para interpretar nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO; coords. C. GIL MEMBRADO y J. J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 125-144.

6 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad”, en EGUSQUIZA BALMADEA, M^a. Á. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2024, p. 398.

III. MEDIDAS APLICABLES.

Dicho esto, por tanto, el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad suprime la incapacitación e instaura un modelo que no busca imponer nombres y fórmulas rígidas, es un sistema fluido y camaleónico que pretende adecuarse a la persona necesitada de protección a la perfección⁷. Pero, como ya hemos indicado, una cosa es la teoría y otra la práctica. Ya que, esta normativa parece estar pensando en un tipo concreto de discapacidad y parece desconocer otras realidades más amargas.

Es decir, de una lectura pausada se puede interpretar que el régimen encaja muy bien para determinadas circunstancias como que la persona en cuestión tenga Síndrome de Down. Una alteración genética que implica un subdesarrollo del sujeto y que, en consecuencia, tenga dificultades para poder llevar a cabo determinadas actividades complejas en comparación con otras personas, para lo que necesitaría asistencia. Y, sin embargo, sea completamente funcional en otros aspectos de la vida diaria. Asimismo, no se evidencia, una falta de voluntad o preferencia, siendo posible preguntarle qué quiere y que emita una idea precisa al respecto.

De igual modo, aunque la doctrina no se suele pronunciar, a diferencia del ejemplo anterior, también pienso que este modelo se centra en la crisis de envejecimiento que atraviesan las sociedades modernas, y, en realidad, busca con un discurso integrador concienciarnos, cuando el problema de fondo es económico. Las personas cada vez viven más, pero no por ello gozan de una gran calidad de vida. Por tanto, se necesitan ingentes recursos económicos para mantener a una cada vez más creciente tercera edad. En ese sentido, se pretendería a través de los apoyos ir supliendo progresivamente las carencias que, por el paso de los años, una persona vaya adquiriendo. Así cobra mucho sentido la figura del guardador de hecho, que puede tener un papel muy relevante para un anciano, que no está enfermo, simplemente está viejo, y necesita alguien que le asista para determinadas tareas como ir al banco a sacar dinero del cajero.

I. Medidas formales e informales.

Para llegar a tal fin, la nueva normativa genera dos grandes tipos de medidas. Y no me refiero a las voluntarias y a las judiciales. En realidad, los dos grupos que distingue el articulado, en primer lugar, serían las medidas informales y las medidas formales. Las primeras son, verdaderamente, solo una, la incomprendida guarda de hecho. La guarda de hecho se corresponde con una medida de apoyo

7 V. en este sentido CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad", cit., p. 397.

que ni siquiera requiere pronunciamiento judicial al respecto, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda requerir a guardador en cuestión para que informe sobre el estado de la persona con discapacidad y su actuación⁸. Se trata, por tanto, de alguien que cuida y asiste a la persona necesitada de protección en cuestiones que no tengan gran relevancia económica o personal, de lo contrario sí que necesitaría el auxilio judicial, por ejemplo, para representar a la misma en un contrato bancario.

En cambio, el segundo grupo de medidas son aquellas que más satisfacen a los juristas, porque tienen nombres y apellidos. Y serían las formales, esto es, aquellas sobre las cuales sí ha habido un pronunciamiento al respecto, al desaparecer la incapacitación, la tutela de las personas mayores de edad ha sido eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que ahora mismo solo los menores pueden tener tutores, en defecto de padres y madres que ejerzan la patria potestad. Por todo ello, nos resta la curatela y el defensor judicial. Si bien, hay una excepción en el sistema para impedir que se desmorone, y sobre la cual el legislador no ha tenido más remedio que detenerse. La cual es, ni más ni menos, que la curatela representativa, una especie de tutela descafeinada que se limitaría solamente a los actos para los cuales haya sido prevista. Por consiguiente, se puede establecer, por ejemplo, una curatela representativa únicamente para determinados aspectos patrimoniales que se consideren más delicados, pero la persona conservaría su plena capacidad jurídica para los demás, en caso que no se conjugase con cualquier otra medida de apoyo.

2. Medidas voluntarias, judiciales y legales.

Dicho esto, las medidas formales se desdoblarían a su vez, en otros tres tipos, las medidas voluntarias, las judiciales y las legales⁹. Por lo que respecta a las medidas voluntarias, serían principalmente los poderes y los mandatos preventivos, la autocuratela y los documentos de instrucciones previas. En ese sentido, la persona necesitada de protección, debería, por ejemplo, haber anticipado su futura enfermedad o para el caso que se encontrase impedida habría previsto cómo quiere que se proceda para garantizar su plena protección y ejercicio de su capacidad de acuerdo con sus preferencias. En resumen, el mayor atractivo que, en mi opinión, pueda tener esta posibilidad radica, no ya en la articulación del régimen de actuación, que en la práctica será muy parecido siempre, sino en la posibilidad de designar exactamente qué personas y qué medida desea que le

8 El 249.4° CC indica que: “La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera”.

9 Propone esta distinción GUILARTE-MARTÍN CALERO, C.: “Comentario a los arts. 249 a 250 CC”, en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 531.

asista. Es decir, por mucho que la persona quiera que su régimen de protección descanse en un sentido determinado, en realidad, será la afección que tenga la que determinará la forma de proceder; ya que como cláusula de cierre se establece que, en defecto o insuficiencia de las medidas voluntarias se deberán imponer la judiciales¹⁰. Por tanto, la voluntad de la persona irá más encaminada a preferencias personales sobre sus familiares y amigos y, no tanto, a la construcción del sistema de apoyos. En otros términos, si el curatelado es ludópata, la medida de protección se enfocará en su ludopatía¹¹, por lo que será irrelevante que la persona haya establecido una medida de apoyo para cuestiones médicas si en ese campo tiene plena capacidad de discernimiento.

Por todo ello, es perfectamente posible que una persona cree su propia curatela sin necesidad de que la misma venga impuesta por un procedimiento judicial, ya sea de jurisdicción voluntaria o contencioso. En efecto, la persona con discapacidad tiene a su alcance la facultad de establecer su autocuratela en documento público, pues así deben constar las medidas voluntarias, con la finalidad de que sean inscribibles en el Registro Civil, aun cuando la misma pudiese estar ya aquejada de una cierta afectación de sus capacidades, pero que el notario autorizante acreditase que tiene juicio suficiente para otorgar al acto en cuestión¹². Una cosa es que el que vaya a estar sujeto a medidas de apoyo no tenga capacidad de administrar sus bienes y patrimonio adecuadamente, piénsese en una demencia progresiva, pero otra que aún sea capaz de comprender cuáles son sus necesidades y que prefiere a determinada persona para tales funciones.

En cuanto a los poderes y mandatos preventivos, serían negocios jurídicos unilaterales o bilaterales que se establecerían con anticipación por la persona necesitada de protección, es interesante destacar que estos negocios podrían tener algunas particularidades. Es decir, sería perfectamente posible que el futuro discapaz celebrase un contrato de mandato con su contraparte e, incluyese una cláusula de subsistencia. En ese sentido, en caso de producirse la eventualidad de requerir apoyos, la persona ya habría designado, por ejemplo, para esa tarea concreta a su mandatario, quién seguiría teniendo autoridad para actuar, por ejemplo, en su nombre en las concretas actividades que tuviera por objeto el

10 El 249 CC pone de relieve que: “las medidas de origen judicial solo proceden en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

11 A favor de que el ludópata pueda estar sujeto a una medida de apoyo, CARRIÓN OLMOS, S.: “Discapacidad, adiciones y supresión del término prodigalidad”, *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 49, núm. 2, 2024, p. 108. Por el contrario, CHAPARRO MATAMOROS, P.: *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Madrid, 2024, pp. 173-175, considera muy discutible que, habida cuenta la excepcionalidad que parece otorgarle el legislador a las medidas de apoyo más intensas, pueda un pródigo, que simplemente tiene un impulso irrefrenable de jugar, estar sujeto a una curatela.

12 El art. 4.10 LRC dispone que serán inscribibles “Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”. Igualmente, el art. 77 LRC establece que “Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”.

mandato. A su vez, por seguir con la misma idea, el contrato de mandato debería ser aceptado, por lo que, a diferencia de las medidas judiciales, no serían obligatorias para el designado.

Por lo que se refiere a las instrucciones previas, se corresponden con unos documentos en los cuales la persona en cuestión, antes de ver mermadas sus capacidades intelectuales o volitivas, establece cómo quiere que se proceda en determinados aspectos relacionados con su persona y salud. Es decir, si consiente determinada intervención o directamente cómo desea que se proceda respecto al sepelio. Por todo ello, aunque pueda tener cierta relevancia en este ámbito, porque, en realidad, podría designarse a ciertas personas como encargadas de algunas gestiones, obviamente no se trataría verdaderamente de una curatela.

En cuanto a las medidas judiciales, serían aquellas que a diferencia de las anteriores han sido establecidas por la autoridad judicial: la curatela y el defensor judicial. La idea principal del nuevo sistema de protección a las personas con discapacidad es que esta situación nunca se produzca, lo preferible es que la persona sea ella misma la que designe sus apoyos o incluso, si no es necesario, que se recurra a medidas informales a modo de red de apoyo personal de la que pueda gozar el individuo, una tarea irreal, por lo que, en muchas ocasiones, lo más recomendable será la designación de, por ejemplo, un curador, ya sea representativo o no, para la asistencia o complemento de capacidad del curatelado. Para llegar a esta curatela, el método que nos sugiere la nueva ley es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹³.

Como hemos señalado al principio, esta reforma es de un calado mayúsculo porque no solo afecta a nivel sustantivo, sino también al procesal. Por todo ello, en defecto de previsión personal, la consecuencia jurídica que provocará la ausencia de apoyos en caso de que sean necesarios será la iniciación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Este procedimiento puede ser iniciado por el Ministerio Fiscal, por el propio sujeto o también por su cónyuge no separado legalmente o de hecho, sus ascendientes o descendientes. Es decir, las personas más cercanas a él. Sin entrar en mayores detalles a nivel procedimental, como es obvio, la finalización de este expediente de jurisdicción voluntaria tendrá lugar cuando se determine qué medida de apoyo se establece sobre las personas necesitadas de protección y con qué alcance. Cabe destacar que, el procedimiento de jurisdicción voluntaria podría finalizar sin el establecimiento de ninguna medida de apoyo, si la persona

13 Este expediente se regula en los arts. 42 bis, a) a 42 bis c), que integran el Capítulo III bis de la LJV, titulado “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”, y que se añade en la Ley de Jurisdicción Voluntaria por la Ley 8/2021. Sobre estos extremos, véase CALAZA LÓPEZ, S.: “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 31 (Monográfico: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico) (coord. M^a. P. GARCÍA RUBIO), 1 julio 2021, p. 2 y ss.

no la necesita. Pero también si las rechaza directamente, en cuyo caso se abriría un procedimiento contencioso para dilucidar si efectivamente las medidas son absolutamente necesaria y proporcionales¹⁴.

En caso de que finalmente sea establecida una medida de apoyo a través de estos cauces, la institución estrella, que sería la curatela, funcionaría de diversas maneras. Esto es, tal y como se ha indicado, el espíritu de la reforma gira en torno a la idea del traje o incluso de los trajes a medida. Qué quieren decir estas expresiones, pues que no existe una fórmula rígida para caracterizar o categorizar los apoyos. En cuanto a la curatela, la doctrina ha tratado de llevar a cabo una clasificación que otorgue una mayor coherencia a esta realidad, en este sentido, ha diferenciado entre la curatela representativa, la preceptiva y la asistencial¹⁵. La primera tendría grandes similitudes con la clásica tutela, es decir, el curador funcionaría como un tutor que representa a la persona necesitada de protección. La segunda se correspondería con la tradicional curatela en sentido estricto, como ya la conocíamos cuando operaba respecto de los menores de edad emancipados. Es decir, el curador complementa la capacidad del menor que, a pesar de su emancipación, necesita la aquiescencia de sus padres para que el consentimiento se considere completo. Y, la tercera, sería la asistencial, el curador, aunque se le designe como tal, no asumiría realmente una carga representativa o de complemento con su curatelado; sino que sería alguien que solo presta servicios de apoyo y acompañamiento para las tareas que requieran su presencia.

Pero no solo ello, si se me permite el símil, el armario de la persona con discapacidad no solo albergaría un traje para ir de boda, sino también otro para ir al notario y otro para bajar a la calle a comprar o salir de cena. En consecuencia, la idea preconcebida de que solo es posible articular un apoyo no se nos tiene que arraigar en la mente. Es perfectamente admisible que varios individuos sean titulares de diversas medidas de apoyo sobre una persona y con distinta extensión. Por consiguiente, cabe la convivencia de un curador con facultades representativas sobre cuestiones más delicadas con otro que solo tenga asistenciales para tareas más mundanas, como también un curador de complemento de capacidad para asuntos patrimoniales, junto con un guardador de hecho para la vida diaria. Como digo, este es el verdadero espíritu de la norma, la designación de los apoyos es, en

14 El art. 51 bis LJV señala que: "Extinción de los poderes preventivos. - 1. Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador. - 2. Admitida la solicitud, se citará a la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal".

15 Sobre un análisis detallado de la jurisprudencia véase DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, 3 de marzo de 2022, como también DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre 2022, pp. 11-116.

principio, para asuntos concretos, si bien, cabe que su extensión sea más o menos amplia, aunque en mi opinión la norma no lo vería con buenos ojos.

Para terminar, las medidas legales se corresponderían con la guarda automática por parte de la entidad pública en situaciones de urgencia o desamparo, puesto que en tales casos la propia administración asumiría el apoyo legal a dichas personas. Imaginemos que llegara nuestras costas una persona con serios problemas de salud psíquicos o físicos.

IV. EL RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS.

Sin perjuicio de lo anterior, una de las mayores controversias que supone la implantación efectiva de este nuevo sistema en nuestro ordenamiento jurídico es la referencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Es decir, aunque reconozcamos que la persona que presta apoyos puede llegar a tener facultades representativas o, por lo menos, tener que emitir su opinión sobre determinados actos que realiza la persona sujeta a medidas, siempre deberá respetar lo que ella desea. Dicho con otras palabras, la persona que presta apoyos no es la que debe guiar o conducir en una determinada dirección al individuo necesitado de protección. En realidad, el curador debe asegurarse de conocer cuál es la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad para poder guiarla en tal dirección, es decir, no es tanto aquel que le marca un punto en el mapa, sino que debe ser la propia persona necesitada de protección la que, con ayuda de su representante, curador, guardador de hecho, etc; diga el punto al que quiere llegar en el mapa y su asistente erigirse como la mera brújula que le señala el camino correcto¹⁶.

En caso de que no sea posible saber cuál es la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de protección, la respuesta no debe ser el mejor criterio de aquel que este desempeñando el cargo en cuestión sino, seguir respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Y la pregunta entonces es, cómo es posible desentrañar esto si la persona que deber emitir tales juicios esta imposibilitada para ello, pues la norma nos señala que será la persona que soporta la carga de las medidas quien deberá averiguarla para poder ejercer su función de manera adecuada y correcta. He aquí dónde más criticable resulta la reforma. Claramente, será prácticamente necesario que el curador o asimilado sea una persona de la máxima confianza del curatelado, porque de lo contrario este extremo nunca va poderse completar con cierta virtualidad. En ese sentido, quien

16 A tenor del art. 249.II CC: “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

ejerza las funciones de apoyo deberá remontarse a acontecimientos pasados, creencias, ideologías, opiniones y carácter del individuo en cuestión para dilucidar qué hubiera hecho en caso de encontrarse en tal situación. Pero claro, también puede darse el hecho de que el asistido considere algo contrario a lo que entienda razonable el curador, porque directamente sea perjudicial para él mismo o sus intereses, y no digamos que sea susceptible de causar daños a terceros.

Las consideraciones anteriores no llevan a pensar que el sistema puede derrumbarse en cualquier momento sino se establecen una suerte de cortapisas en caso de que el individuo aquejado por una discapacidad no coopere en la resolución de su concreta situación. Que, en definitiva, le permitiría tener una mejor calidad de vida, la cuestión de fondo que subyace también en la nueva regulación.

Es decir, a mi modo de ver, deberíamos poder responder a tres preguntas para, de alguna manera, encontrar coherencia al régimen. La primera de ellas sería qué sucede en caso de que la persona con discapacidad rechace las medidas de apoyo. Ya hemos dicho que, si bien la nueva regulación busca que todo este trámite sea lo más natural y menos burocrático posible, no es menos cierto, que, una vez propuestas las medidas de apoyo a la finalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria en el cual se valoraría la necesidad de someter a la persona a esta nueva situación y se llevarían a cabo las diligencias correspondientes (informes médicos, entrevista personal, declaraciones de familiares, etc.), el sujeto no las acepte porque considere que no son adecuadas para su estado. No hay que olvidar que el *leitmotiv* de la nueva regulación es voluntad, deseos y preferencias. De todos modos, la norma indica que se iniciaría el respectivo procedimiento contencioso. Por ello, hay que pensar que, en principio, nunca sería posible que una persona con graves trastornos de la personalidad pudiera soslayar el ordenamiento jurídico y evitar que se le impusiera la medida de apoyo idónea y necesaria para poder vivir en sociedad.

La segunda pregunta sería si la persona puede elegir libremente los apoyos que considere oportunos, es decir, no que se niegue, sino que su capacidad de planificación sea más o menos elevada. Si bien la norma parece inclinarse en dotar a los ciudadanos de una gran capacidad de decisión, es verdad que se contiene una cláusula de cierre, que permite a los tribunales establecer todas las salvaguardas que se consideren oportunas, por todo ello, aunque, por ejemplo, una persona designase a un amigo o familiar como curador meramente asistencial y de acompañamiento para determinadas materias como podrían ser médicas; eso no impediría que, si la autoridad judicial tiene conocimiento de su situación, pudiese posteriormente establecer una curatela más intensa, si así se desprende de las necesidades del sujeto, teniendo en cuenta las observaciones que he hecho

en el párrafo anterior. Eso sí, el designado no se podría negar por ser una medida de carácter judicial.

La tercera pregunta, y que más controversia suscita, es si es posible que el curador contraríe a su curatelado o, en definitiva, si cabe actuar en contra de la voluntad, deseos y preferencias de la persona sujeta a medidas de apoyo. Afortunadamente, esta cuestión de suma importancia fue despejada al poco de la entrada en vigor de la norma, puesto que estaba pendiente la resolución de un recurso de casación frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, por la cual se había decidido, ya en primera instancia, imponer una tutela a la persona demandada por un caso de Síndrome de Diógenes. Nótese que, a pesar de no estar en vigor la nueva reforma, la tutela que se impuso a Dámaso no implicaba la incapacitación del mismo, sino que era una tutela a los solos efectos de la asistencia y cuidado de la limpieza de su hogar, puesto que su inobservancia de las reglas más básicas de higiene estaba causando estragos en la comunidad de vecinos. Pues bien, no conforme con la tutela que ostentaba el Principado de Asturias para actuar en dicho orden, recurrió la misma llegando hasta el Tribunal Supremo.

Las conclusiones a las que llega el Alto Tribunal hacen que dadas las circunstancias, el momento de decisión y las características del supuesto concreto sean de obligado estudio para comprender la reforma. Básicamente, lo que aquí nos interesa es que se manifiesta que el supuesto “derecho a equivocarse” al que hacen referencia los defensores de la reforma no es tal¹⁷. Porque uno tiene derecho a equivocarse mientras no haga daño a los demás, o incluso pueda vulnerar sus derechos más innatos y fundamentales. Es que acaso una persona que no sabe controlarse cuando bebe, tiene derecho a equivocarse y, por tanto, hay que dejarle conducir. Y, de hecho, existe una sanción que consiste en la retirada del carné. Nada más lejos de la realidad, el argumento del “derecho a equivocarse” no se sostiene, es evidente, prístino, axiomático que si una persona tiene una enfermedad mental por la cual se pone en riesgo a sí mismo o los demás hay que evitarlo. Por todo ello, la voluntad de una persona siempre es susceptible de una valoración y un análisis de razonabilidad. La voluntad de una persona no es absoluta. En consecuencia, si su voluntad afecta sus derechos más innatos como también es susceptible de afectar a los demás, no puede ser tenida en consideración. Sería una crueldad intolerable en una sociedad civilizada como la nuestra, dejar a una persona a merced de su propio trastorno, lo cual iría en

17 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, Estudios, julio-septiembre 2018, p. 32, indica que: “Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás”.

contra de uno de nuestros principios y valores constitucionales más elementales, la dignidad de la persona¹⁸.

Por todo ello, la sentencia del Supremo estima en parte en recurso de casación y, si bien, sustituye la tutela por una curatela meramente asistencial, autoriza al Principado de Asturias a poder entrar en el domicilio de Dámaso para cumplir la función encomendada, garantizando la limpieza de la vivienda y la higiene del propio afectado. No admitiendo en su totalidad los argumentos esgrimidos por la parte recurrente que, en puridad, se oponía al establecimiento de cualquier medida de apoyo, puesto que esa era su voluntad¹⁹.

I. El interés de la persona con discapacidad.

Este íter discursivo nos conduce a la conclusión que sí que es posible establecer una medida de apoyo a pesar de la frontal oposición del sujeto afectado, como también que sería posible que, establecida una medida de apoyo, el curador obrase no de conformidad a la voluntad, deseos y preferencia de la persona necesitada de protección, sino de acuerdo a su mejor interés. En consecuencia, parece que el interés de la persona con discapacidad sí que está vivo y no habría que descartarlo completamente en consonancia con la finalidad de la nueva regulación²⁰. Es decir, según los nuevos postulados siempre había que proceder como lo haría la persona con discapacidad de encontrarse en plenas facultades y, en principio, no cabría actuar de acuerdo con otro criterio. Una observación que, en verdad, flaquea por varios lados, en la medida que perfectamente la voluntad de una persona puede desconocerse completamente o que nunca la haya manifestado.

De todos modos, esta actuación fuera de la órbita de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, parece que se trata de algo muy excepcional, ya que la propia sentencia lo reconduce con apoyo en aquellos derechos más innatos, fundamentales, como también su dignidad personal²¹. A

18 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios generales”, cit., p. 75, considera que “es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en ‘la voluntad, deseos y preferencias de la persona’ con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad”.

19 STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

20 ALEMANY, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 38-43; y MUNAR BERNAT, P. A.: “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 183.

21 El nuevo art. 249.1 CC apunta que las: “medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”.

lo que se sumaría el respeto a los derechos de los demás, que no tienen por qué soportar una actuación contraria a sus intereses cuando son fruto de un comportamiento incívico, que ya ha sido detectado por las autoridades o el resto de ciudadanos.

Por ello, estas reflexiones resultan muy útiles para analizar el fallo de la sentencia del Supremo que está siendo objeto de comentario en el presente trabajo. En el supuesto de hecho se ha manifestado que había sido establecida la que hemos denominado una curatela preceptiva, es decir, una medida de apoyo por la cual el curador debía prestar su consentimiento sobre determinados actos de una trascendencia un poco más delicada, como eran actos jurídicos complejos y la supervisión del estado de salud del curatelado.

Por tanto, hasta aquí nada extraño, según este régimen entendemos que el curador precisará de la aquiescencia de su asistente para poder, por ejemplo, realizar operaciones bancarias más complejas, como la inversión en activos financieros, la contratación de préstamos, la compraventa de acciones o participaciones sociales, sobre las cuales, en realidad, como hemos visto sería muy complicado que su curador se opusiese. Es decir, si hemos recalcado que la actuación del curatelado solo puede ser matizada justamente cuando pueda hacerse daño así mismo o a los demás, porque se estarían afectando sus derechos más básicos, no resulta convincente que el curador de acuerdo con el espíritu que impregna todo el articulado, pudiese vetar la decisión de su asistido. En todo caso, deberá cerciorarse de cuál es el propósito de su curatelado y, una vez dilucidado su legítimo objetivo vital, acompañarlo y prestarle apoyo, para que juntos encuentren la opción que es más recomendable para él. Pero no parece que, con carácter general, pudiera mostrarle una prohibición tajante, como tampoco ser él mismo quien le propusiera interesadamente una determinada actuación. Ya hemos dicho que el curador, de acuerdo con la reforma, debe ser la brújula no el marcador.

Lo mismo se podría extender a las cuestiones de salud, el curador no debería ser quien le formase una determinada idea al curatelado, sino que debe ser la persona necesitada de apoyo la que actuase según su propia voluntad, más en este caso, en el cual no se ha impuesto una curatela representativa. Aquí se plantearía, al igual que el párrafo anterior, que la decisión se pudiese judicializar, en caso de que ambas partes no llegaran a un acuerdo, porque considerase el curador que su asistido está actuando de forma contraria a los intereses que, quizás, incluso pueda albergar en la mente la persona necesitada de protección. En ese sentido, al juez se le presenta un dilema importante porque, como hemos manifestado, al final, el interés de la persona con discapacidad es algo residual, tal y como se ha pronunciado el Supremo a respecto, por lo que en muchas ocasiones estará obligado a tomar

decisiones salomónicas o, tal vez, aquellas menos comprometedoras con la salud el curatelado.

2. *In dubio pro capacitate, in dubio pro libertate.*

Sentado lo anterior, parece que no hay dudas sobre la cuestión que origina la contienda, es claro que el curador no deberá consentir la acción de divorcio, no solo porque no estaba contemplada entre las atribuciones del curador (salvo que consideremos que entre los actos jurídicos complejos está la acción de divorcio), sino porque directamente la doctrina es unánime en considerar que los actos personalísimos como pueda ser el otorgamiento de testamento, el reconocimiento de un hijo no matrimonial o el propio matrimonio, se encontrarían fuera de la actuación de cualquier curador, ya tenga facultades representativas o no²². Pero, es más, directamente carecería de sentido si estamos reconociendo que la persona tiene voluntad propia, porque no se ha impuesto una curatela representativa, solo necesita asistencia en determinadas cuestiones, y para nada podrá ser alguien que tuviera que autorizar si debe o no romper su matrimonio.

Cosa distinta sería el supuesto de que tratásemos cuestiones de índole patrimonial, aunque estuvieran relacionadas con el matrimonio o la crisis matrimonial, véase el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o la renuncia a una eventual pensión compensatoria. Es claro que, en estos supuestos, en los cuales solo se abordan cuestiones económicas, el curador puede aconsejar e incluso prestar su aquiescencia para defender los intereses de su curatelado, sobre la conveniencia o no de consentir tales actos con una trascendencia jurídica muy elevada. Principalmente para asegurarse que se de está cumpliendo con su voluntad y no se están contrariando sus preferencias por parte del otro cónyuge, que de manera oportunista quisiera aprovecharse de él.

Sin embargo, en cuestiones estrictamente personales como pueda ser una acción de divorcio, pensamos que carecía de sentido que tuviera que pedírsele permiso al curador. En nuestra vida todos hemos conocido o incluso hemos podido vivir situaciones en pareja, en las que resulta evidente que dos personas no se convienen y que, sin llegar a escenarios graves o delictivos, su unión resulta perjudicial por ser tóxica. No obstante, nadie en su sano juicio podría pensar que alguien tuviera la autoridad para poder romper esa unión, ya sea de hecho o

22 A este respecto, véanse las reflexiones de ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 377-389. Sobre los actos personales y personalísimos, resultan muy esclarecedores GUILARTE-MARTÍN CALERO, C.: "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera", en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. GUILARTE-MARTÍN CALERO; coord. J. GARCÍA MEDINA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 85 a 89 y PALLARÉS NEILA, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M^a. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ; coord. M. NUÑEZ NUÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 275-276.

matrimonial. Todo lo contrario, los amigos y familiares, están para comprender y acompañar a la persona en su trayecto vital y, en su caso, para hacerle ver que determinadas decisiones que está tomando no son las acertadas para sus propios intereses, pero también porque vemos que esa persona no está actuando como ella verdaderamente es, sino movida por otras pasiones, traumas o difíciles momentos existenciales. Por ello, los amigos y familiares están para aconsejar y tratar de reconducir a una persona en un determinado momento, pero nunca para imponerle una determinada decisión vital.

Por ello, nos parece acertada la posición del Tribunal Supremo y consideramos que bajo ningún concepto podría, en tales circunstancias el curador tener que autorizar la acción de divorcio y mucho menos interponerla él mismo. Se trata de cuestiones muy personales a las que el derecho no debería entrar, sería ilógico pensar que el curador tuviera que aceptar igualmente el matrimonio de su asistido cuando se considerase que tiene capacidad suficiente para poder emitir ese consentimiento matrimonial sin ninguna clase de impendimiento. No olvidemos que la libertad nupcial es un derecho fundamental, cuyos impedimentos deben estar perfectamente identificados en la ley. A lo que añadiría que, en caso duda sobre la capacidad de una persona, deberemos seguir la máxima de *in dubio pro capacitate*, por lo que *in dubio libertas matrimonialis*.

A todo esto, se podría objetar que en el caso de que la persona no tenga voluntad propia, debido a una enfermedad o no sea posible conocer la misma (supuesto en el que seguramente tendremos una curatela representativa), es claro que difícilmente obtendremos la voluntad, deseos o preferencias, pero cabría pensar si habida cuenta de su trayectoria vital podremos saber cuál era su opinión al respecto. Imaginemos que se descubre que la mujer o marido de la persona que ahora no puede emitir su opinión le fue infiel en el pasado, ¿caso el curador con facultades representativas estaría capacitado para dilucidar que haría la persona en cuestión de encontrarse en tal situación? ¿Quizás lo hubiera perdonado? Por cuestiones de lógica jurídica y razonabilidad debemos concluir que es prácticamente imposible en un ámbito tan personal y profundo de un sujeto poder extraer o averiguar su opinión, nadie está investido de la autoridad moral para indicar cuál es la pareja adecuada para otro. Se trata de algo que únicamente dos personas deciden libremente y lo motivos que los llevan a estar juntos solo ellos lo saben.

Si bien es cierto que siguiendo los antecedentes jurisprudenciales es posible encontrar sentencias relativas al régimen anterior que, en clave de tutela, habían permitido a los tutores ejercitar la acción de divorcio²³, se trataba de circunstancias

23 STS 21 septiembre 2011 (Tol 2248621), con base en la jurisprudencia de la STC 311/2000, de 18 de diciembre (Tol 81734).

excepcionales que tanto por el espíritu del sistema anterior, como por el caso concreto no resultarían aplicables a la gran mayoría de supuestos. Puesto que el régimen general de la tutela ha desaparecido, ahora solo se permite la existencia de curatela representativa para aspectos tasados por sentencia judicial o, en caso de que se haya previsto, una autocuratela representativa, que a efectos prácticos nunca pivotaría sobre un aspecto tan personal como es el matrimonio. Además, en los ejemplos que resaltamos habían tenido lugar unos hechos muy particulares, esto es, había indicios de esa voluntad de querer divorciarse, por tanto, en realidad el tutor sí que estaba actuando según la voluntad del tutelado. Como bien ha dejado claro el Alto Tribunal en la sentencia analizada, cualquier duda o indicio debe quedar cumplidamente acreditado, por lo que, volviendo al supuesto de hecho de la misma, si de la prueba practicada no se evidencia ningún cambio de voluntad, el tribunal no tiene la obligación de asegurarse mediante una entrevista personal, porque debe entender, como si de una persona con plena capacidad se tratase, que su voluntad se corresponde con la acción de divorcio ejercitada.

A colación de lo anterior, se podría argumentar que sí sea posible conocer con certeza una voluntad de querer divorciarse de la persona que ya no puede emitir la misma, imaginemos que lo hubiese incluso dejado por escrito, a modo de drama televisivo, pero que a causa de su enfermedad o accidente ya no pueda expresar su voluntad o ya no se pueda conocer, porque no tenga. Entonces, cabría pensar que el curador con facultades representativas sí pudiese ejercitar esa acción de divorcio. Dado que ya no estaríamos actuando en función de su mejor interés, sino simplemente haciendo cumplir su voluntad. No obstante, este escenario resulta cuanto menos inverosímil. Asimismo, podríamos plantearnos qué sucede si se pudiera demostrar que la convivencia con el cónyuge es muy perjudicial, pero salvo que se acreditase un supuesto de maltrato, cuyas consecuencias transitarían por otros derroteros, resulta complejo encontrar remedio jurídico. Puesto que, a mayor abundamiento, la medida, en todo caso, a aplicar no sería el divorcio, sino las penas que correspondiesen. De hecho, un abuso sobre otra persona no conlleva necesariamente la ruptura matrimonial. En un caso violencia doméstica, el divorcio no es obligatorio, podría seguir perfectamente casado. Ahí se evidencia que ni siquiera en esas circunstancias tan graves es posible que el derecho incida en algo tan personal como es el matrimonio, especialmente, debido a la su trascendencia, que va más allá de lo meramente civil, ya que el matrimonio es susceptible de afectar al ámbito espiritual y religioso de un individuo.

Por motivos similares, también parece difícil que un curador con facultades representativas pueda prestar el consentimiento matrimonial de una persona incapacitada para ello, por no decir ridículo. Sí que es cierto que otra cuestión sería el ámbito de la nulidad del matrimonio, por tratarse de una realidad que afecta al orden público. Esto se ve en los propios legitimados para interponer

una acción de nulidad matrimonial, que serían más allá del propio cónyuge, el Ministerio Fiscal, pero también cualquier otra persona con interés legítimo, donde podrían entrar sus representantes legales²⁴. De todos modos, la nulidad sigue teniendo una particularidad y es cuando su origen radica en la minoría de edad, en el error, la coacción o el miedo grave, ya que, en estos últimos tres casos, solo la pueden ejercitar aquellas personas que lo han sufrido²⁵, por tanto, volveríamos a la duda de sí en un caso de curatela representativa, el curador tiene capacidad para ejercitar en nombre de su curatelado tal acción. La repuesta debe ser la misma que hemos pronunciado anteriormente, en principio, solo si es posible conocer la voluntad de la persona con discapacidad se podrá declarar la nulidad del matrimonio en tales casos, porque siendo un supuesto de anulabilidad, su eficacia es claudicante. Perfectamente podría convalidarse el mismo con posterioridad, aunque desconociese una cualidad de su contrayente que fuese susceptible de afectar a la validez del matrimonio.

Aquí cabría sostener que el *dies a quo* se mantuviese paralizado hasta que la persona recuperase su plena capacidad jurídica, y no desde el conocimiento de los hechos, por ejemplo, por sus familiares más cercanos. De igual modo, excepcionalmente, sería posible entender que, si el error recae, por ejemplo, sobre una condición médica del cónyuge que pudiese afectar gravemente a la salud, sí se pudiera invocar el mejor interés de la persona con discapacidad, dado que de lo contrario sí que correríamos el riesgo de vulnerar sus derechos más fundamentales.

24 Art. 74 CC: "La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes".

25 Art. 75 CC: "Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla".

Art. 76 CC: "En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio. Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo".

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022.

ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

BARBA, V.: “El Art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AA.VV.: *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y Á. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CALAZA LÓPEZ, S.: “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 31 (Monográfico: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico) (coord. M^a. P. García Rubio), 1 julio 2021.

CARRIÓN OLMOS, S.: “Discapacidad, adicciones y supresión del término prodigalidad”, *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 49, núm. 2, 2024.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: viejos principios para interpretar nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO; coords. C. GIL MEMBRADO y J. J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P.:

- *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Madrid, 2024.
- “La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad”, en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Á. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2024.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10021, 3 de marzo de 2022.
- “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, Estudios, julio-septiembre 2018.

GUILARTE-MARTÍN CALERO, C.:

- “Comentario a los arts. 249 a 250 CC”, en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. GUILARTE-MARTÍN CALERO; coord. J. GARCÍA MEDINA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

MUNAR BERNAT, P. A.: “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

PALLARÉS NEILA, J.: “El ejercicio de la nueva curatela”, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M^a. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ; coord. M. NUÑEZ NUÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.



LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS MATRIMONIOS
CELEBRADOS POR PERSONAS MAYORES CON
DISCAPACIDAD. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA
NÚM. 91/2024, DE 24 DE ENERO (JUR 2024, 32898)*

*THE LEGAL ISSUES OF MARRIAGES CELEBRATED BY ELDERLY
PERSONS WITH DISABILITIES. COMMENTARY TO THE
SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT NUMBER 91/2024,
24TH JANUARY (JUR 2024, 32898)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 698-709

* Este trabajo está elaborado en el marco de los proyectos: "Criterios interpretativos de la reforma del Código civil en materia de discapacidad", de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo, Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunidad Valenciana, IP José Ramón De Verda Beamonte y María José Reyes López, así como "Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: Retos jurídicos", de la Agencia Estatal de Investigación, IP, Montserrat Pereña Vicente.

María del
Mar HERAS
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: En este comentario se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo 24 de enero de 2024 en la que se declara la nulidad civil matrimonial por falta de consentimiento de uno de los cónyuges afectado de alzhéimer por haber quedado cumplidamente desvirtuada la presunción de capacidad nupcial. El Tribunal Supremo reprocha a la Audiencia haber aplicado erróneamente el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 1301 CC para impugnar la validez de los contratos, señalando que el ejercicio de la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier momento, sin estar sujeta a un plazo específico.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; nulidad; personas mayores; discapacidad.

ABSTRACT: *In this commentary, the Supreme Court Judgment of January 24, 2024, is analyzed, which declares the nullity of marriage due to the lack of consent of one of the spouses with Alzheimer's, as the presumption of nuptial capacity has been duly disproven. The Supreme Court reproaches the Court of Appeals for erroneously applying the four-year statute of limitations provided in Article 1301 of the Civil Code to challenge the validity of contracts, noting that the action for nullity can be exercised at any time, without being subject to a specific time limit.*

KEY WORDS: *Marriage; invalidity; elderly people; disabilities.*

SUMARIO.- I. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO HUMANO UNIVERSAL A CONTRAER MATRIMONIO POR LAS PERSONAS MAYORES AFECTADAS POR UNA DISCAPACIDAD PSÍQUICA.- II. LAS BASES JURÍDICAS PARA UN EJERCICIO IGUALITARIO.- III. LA NULIDAD DE UN MATRIMONIO YA DISUELTO POR EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES. SU EFICACIA *EX TUNC*.- IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.- V. GARANTÍAS LEGALES PARA PREVENIR LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS SIN LA APTITUD MATRIMONIAL REQUERIDA LEGALMENTE. EL DICTAMEN MÉDICO.

SUPUESTO DE HECHO

En un procedimiento de nulidad civil de un matrimonio por falta de consentimiento matrimonial iniciado por el hijo tras el fallecimiento de su padre afectado de alzhéimer e incurso en un procedimiento de “modificación judicial de su capacidad”, resulta necesario detenerse en la siguiente cronología referida a los hechos más relevantes:

1º) En noviembre de 2013, los cuatro hijos interponen demanda de modificación judicial de la capacidad frente a su padre, diagnosticado con Alzheimer desde 2011. Mediante decreto de 22 de mayo de 2015, la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Bilbao, y a petición de las partes, se acuerda la suspensión del curso de los autos, por prejudicialidad por la tramitación de un procedimiento penal seguido por un delito contra el matrimonio y otros delitos del Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao. Finalmente se archivan los autos y por decreto de 22 de abril se declara la caducidad de la instancia.

2º) En diciembre de 2013, el padre y su cuñada, hermana de su primera esposa fallecida en 1996, otorgan escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

3º) En febrero de 2014, ambos contraen matrimonio. Poco tiempo después, el padre otorga testamento instituyendo como heredera a su esposa constituyendo una sustitución a favor de los descendientes de esta en caso de premoriencia. El testador atribuye a sus cuatro hijos la legítima que legalmente les corresponde.

4º) En diciembre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao dicta sentencia por la que se declara “modificada judicialmente la capacidad de obrar” del esposo, tanto en el ámbito personal como patrimonial, designando a la esposa como tutora.

• María del Mar Heras Hernández

Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos. Doctora en Derecho por la UCM. Premio Extraordinario de Doctorado. Su labor investigadora se ha centrado en la protección jurídica de las nuevas situaciones de vulnerabilidad de personas mayores, menores y con discapacidad, materias sobre las que ha realizado múltiples aportaciones científicas al amparo de distintos proyectos de investigación competitivos. Correo electrónico: mariamar.heras@urjc.es.

5º) En julio de 2017, el matrimonio queda disuelto por el fallecimiento del esposo.

6º) En septiembre de 2019, se declara judicialmente la nulidad del testamento por falta de capacidad del otorgante, declarándose válido y subsistente el otorgado previamente por el padre, en el que instituía como herederos por partes iguales a sus cuatro hijos.

7º) En junio de 2021, uno de los hijos interpone demanda de nulidad civil matrimonial frente a la viuda.

8º) El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria de la demanda, declarándose nulo el matrimonio por falta de consentimiento matrimonial.

9º) La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, considerando que se trata de un supuesto de anulabilidad y no de nulidad radical, y por haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 1301 CC.

10º) Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por dos motivos: por infracción del art. 1301 CC relativo a la anulabilidad contractual, en relación con el art. 73 CC referido a la nulidad civil del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial. Se impugna que la sentencia recurrida aplicara el 1301 CC y no el art. 73 CC sobre la nulidad matrimonial. El segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1261 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de Primera Instancia, estimando el primer motivo de casación, considerando innecesario el estudio del segundo motivo de casación y del recurso interpuesto por infracción procesal.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Las personas afectadas por una discapacidad cognitiva pueden prestar válidamente el consentimiento matrimonial. La afectación de enfermedades o deficiencias psíquicas no determinan *per se* la falta de capacidad para prestar válidamente el consentimiento matrimonial. La consideración de que, tanto la causa de nulidad del matrimonio por error vicio del consentimiento, como la aplicación del plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 1301 CC para la anulación de los contratos, es completamente errónea. El art. 73 CC no prevé la caducidad de la acción de nulidad matrimonial, toda vez que el Código civil solo admite la convalidación de un matrimonio nulo solamente en los supuestos previstos en los arts. 75 y 76 CC, es decir, cuando la causa de nulidad es la minoría de edad, o cuando uno de los contrayentes ha incurrido en “error, coacción o

miedo grave", conforme a lo dispuesto en el art. 76.2 CC. Solo en estos dos supuestos es posible convalidar el matrimonio si "los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo". La regla general es, por tanto, que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio pueden hacerlo sin estar sujetas a un plazo.

Aunque en el expediente matrimonial no se hubiese apreciado la falta absoluta de capacidad nupcial para prestar válidamente el consentimiento, exista o no dictamen médico previo, en ningún caso, es posible excluir el posterior ejercicio de la acción judicial de nulidad civil del matrimonio para valorar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos de capacidad y de libertad nupcial, dado que el hecho de no haberse apreciado la falta de aptitud nupcial de forma previa no impide que pueda declararse judicialmente la nulidad del matrimonio, pues ello supondría dejar carente de contenido el particular régimen jurídico de la nulidad civil matrimonial.

COMENTARIO

Tomando el pulso de la realidad del momento en que vivimos, resulta cada vez más frecuente la celebración de matrimonios de personas afectadas por enfermedades psíquicas, degenerativas, demencias o deterioros cognitivos graves vinculados a la edad avanzada, de carácter crónico e irreversible, que merman severamente las funciones más básicas de la persona. En todos estos supuestos es necesario comprobar *ad casum* si reúnen la aptitud matrimonial suficiente para prestar válidamente el consentimiento matrimonial a fin de prevenir matrimonios nulos tras los que se esconden captaciones de voluntad y abusos patrimoniales, ante los que se impone la obligación de arbitrar las garantías legales, que de forma efectiva y suficiente, sirvan para prevenir manipulaciones, captaciones de voluntad y abusos patrimoniales, en línea con lo declara el art. 12.4 de la Convención de Nueva York. Como afirma la sentencia comentada: "el respeto de los derechos de las personas con discapacidad psíquica y especialmente el de sus derechos fundamentales, y el respeto a su dignidad y a que la persona no sea instrumentalizada exige también una garantía de que la voluntad que se expresa se haya podido formar verdaderamente". (FJ.5º.5).

El caso que da origen a la sentencia comentada muestra abiertamente esta realidad cuando se da a conocer un dato absolutamente revelador a través de la elaboración de un informe pericial económico en el que se detalla como el esposo había sido desposeído de la práctica totalidad de su dinero en efectivo, así como de distintos fondos de inversión y otros productos financieros entre el 2009 y 2013, en un periodo inmediatamente anterior a la "modificación judicial de su capacidad" y a la celebración del matrimonio. Ello demuestra, por un lado, la falta

absoluta de control que el contrayente tenía sobre su vida personal y patrimonial; de otro, la evidente intención de “despatrimonializarle”, comprobándose que había sido el blanco de influencias indebidas y abusos patrimoniales por parte de su cuñada, posteriormente esposa y tutora.

Esta realidad requiere hacer referencia a distintos aspectos relacionados con el derecho a contraer válidamente matrimonio, analizando si en el caso que comentamos se han cumplido o no los requisitos legalmente exigidos para contraer válidamente el matrimonio, sabido que no existe una previsión legal que limite la edad máxima legal para contraer matrimonio, si bien el consentimiento matrimonial puede verse gravemente comprometido por la aparición de anomalías o deterioros cognitivos acusadamente graves vinculados con la edad avanzada que impiden la válida conformación del consentimiento matrimonial. Cabe advertir que este tipo de dolencias o enfermedades no determinan por sí mismas la nulidad del matrimonio, conocida la presunción general de capacidad de los adultos para poder celebrarlo, incluso afectados por este tipo de enfermedades, en un momento de intervalo lúcido, pero pueden ser la causa de nulidad matrimonial cuando se comprueba que el consentimiento no se ha prestado de forma consciente y voluntaria en el momento de contraerlo. En el caso que nos ocupa, la presunción legal de capacidad ha sido cumplidamente desvirtuada. Cabe apuntar que la resolución judicial por la que determinó la “la modificación de la capacidad” del esposo, en ningún caso, podría haber privado, restringido o limitado genéricamente el ejercicio de este derecho, como ya ha señalado la jurisprudencia en STS 145/2018, 15 de marzo, RAJ 2018, 1478, F.D. 3º, apartado 7º. Aún, es más, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, quedan sin efecto conforme a la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley.

Resulta sumamente interesante el planteamiento de la cuestión jurídica relativa a la supuesta caducidad de la acción de nulidad apreciada por la sentencia recurrida y la errónea aplicación que el tribunal de apelación hace del régimen jurídico propio de la anulación contractual por mediar vicios del consentimiento, conocida la particular naturaleza jurídica del matrimonio y del régimen jurídico de su nulidad.

I. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO HUMANO UNIVERSAL A CONTRAER MATRIMONIO POR LAS PERSONAS MAYORES AFECTADAS POR UNA DISCAPACIDAD PSÍQUICA.

El *ius connubii* es un Derecho Humano universal reconocido en distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos. El art. 23 de la Convención de Nueva York, bajo la rúbrica “Respeto del hogar y la familia” declara que: “Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contras las personas con discapacidad en todas las cuestiones

relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones que los demás, a fin de asegurar: a) Se reconozca a todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros contrayentes". Vinculado al derecho fundamental a la dignidad y libre desarrollo de la persona (art. 10.I CE), su ejercicio conlleva la posibilidad de decidir si se quiere o no contraer matrimonio, la elección de la persona con la que se quiere contraerlo con absoluta libertad, así como la voluntad de no continuar con el matrimonio, todo ello desde la consideración del principio de máximo respeto a la voluntad, autonomía y libertad de las personas con discapacidad, cuanto más, por cuanto se refiere a su esfera más personal e íntima.

En cumplimiento de la exigencia legal de promover el ejercicio igualitario de este derecho reconocido constitucionalmente en el art. 32.I CE y art. 44 CC, la Ley 4/2017, de 28 de junio de modificación de la Ley Jurisdicción Voluntaria, modificó la redacción que le fuera dada a la norma contenida en el art. 56 CC con la finalidad de suministrar los apoyos necesarios para facilitar la expresión del consentimiento matrimonial por quienes tuvieran dificultades para manifestarlo, reservándose el dictamen médico solo para aquellos supuestos excepcionales en los que las condiciones de salud de uno de los contrayentes sean de tal entidad, que de forma evidente, categórica y sustancial, y tras la adopción de las medidas de apoyo necesarias, excluyan la aptitud matrimonial, invalidando la decisión de querer contraer matrimonio.

II. LAS BASES JURÍDICAS PARA UN EJERCICIO IGUALITARIO.

Las bases sobre las que se asienta el ejercicio igualitario del derecho a contraer matrimonio por las personas con discapacidad son los siguientes:

No existe matrimonio sin consentimiento matrimonial, es decir, sin que concurra la voluntad libre, plena y consciente de querer contraerlo. La voluntad matrimonial es un requisito esencial del matrimonio (art. 45 CC), presupuesto de su validez y eficacia. Esta voluntad precisa de la previa conciencia y entendimiento necesario y suficiente para tomar la decisión de querer contraerlo, así como de la posibilidad de valorar la conveniencia o no de contraerlo. La decisión de querer contraer matrimonio requiere una aptitud psíquica específica, imprescindible y consustancial al matrimonio, llamada aptitud matrimonial. La voluntad de querer o no contraer matrimonio es insustituible y no admite representación alguna porque requiere de una declaración de voluntad personal del contrayente, toda vez que procede afirmar que aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas solo pueden ser fruto de una decisión personal adoptada por aquellos cuyo estado civil va a verse afectado.

En el supuesto analizado queda suficientemente probado la falta absoluta de capacidad nupcial a través de distintos informes médicos emitidos entre 2014 y 2018, así como del resultado de las distintas pruebas testificales practicadas, comprobándose que el deterioro cognitivo que padecía el contrayente fue determinante para apreciar que, en el momento de celebrarse el matrimonio, carecía de la aptitud matrimonial necesaria, por lo que la causa de nulidad del matrimonio fue la falta absoluta de consentimiento y no el error vicio, como sostuvo el tribunal de apelación.

El TS en esta sentencia asume una posición diferente a la adoptada en la conocida STS 145/2018, de 15 de marzo (RJ, 2018, 1478). En ella se declara la plena validez de un matrimonio celebrado por una persona gravemente afectada también de alzhéimer. La nulidad del matrimonio celebrado por el contrayente antes de la “modificación judicial de su capacidad”, había sido declarada, tanto en primera como en segunda instancia por falta absoluta de consentimiento matrimonial en base a un informe médico en el que se ponía de manifiesto de manera incuestionable el gravísimo deterioro cognitivo que presentaba el contrayente al tiempo de celebrarse su matrimonio en China. A pesar de ello, el TS estima el recurso de casación, declarando la plena validez del matrimonio. Parece que, en el caso, prevalece sin demasiada justificación la aplicación del principio *favor matrimonii*, atendidas las circunstancias del caso, el deseo de mantener la estabilidad familiar, la prolongada convivencia entre los contrayentes con carácter previo al matrimonio, además de haberse tenido muy en cuenta el interés económico que mueve a las demandantes que parece querer entrar en clara contradicción con el principio prevalente del pleno respeto a la voluntad de la persona con discapacidad de querer contraer matrimonio. En esta misma línea se muestra la STS 235/2015, 29 de abril, RJ, 2015, 2208. En este supuesto los contrayentes se conocían mucho tiempo atrás a la celebración del matrimonio, mantuvieron una relación sentimental, saliendo con otras parejas y viajaban juntos con otras parejas. Durante la enfermedad del esposo, un tumor que posteriormente sería la causa de su muerte fue la esposa quien se encargó de sus cuidados y atención, deduciéndose que el único motivo que les movió a contraer matrimonio fue el deseo de pasar el resto de sus vidas juntos.

III. LA NULIDAD DE UN MATRIMONIO YA DISUELTO POR EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES. SU EFICACIA EX TUNC.

Es importante destacar que existen numerosos casos en los que se solicita la nulidad de un matrimonio una vez disuelto por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Esto obedece al particular régimen jurídico de la nulidad civil matrimonial, su fundamento y efectos, de modo que, si bien el fallecimiento de uno de los cónyuges produce la disolución del matrimonio a partir de ese

preciso momento, el procedimiento de nulidad permite invalidar el matrimonio con efectos retroactivos o *ex tunc*, siendo perfectamente posible que concurra un interés legítimo en obtener dicha nulidad, incluso después de producirse su disolución. Precisamente en la STJUE de 13 de octubre de 2016 (Sala Segunda), asunto C-294/15, Edyta Mikolajczyk c. Marie Louise Czarnecka y Stefan Czarnecki, el Abogado General apuntaba a este respecto que: “si bien el fallecimiento produce la disolución del matrimonio *ex nunc*, el procedimiento de nulidad pretende su invalidación *ex tunc*. Por lo tanto, puede existir un interés en obtener la nulidad de un matrimonio, incluso después de la disolución de este por el fallecimiento de uno de los cónyuges.” (punto 27). Claro está que, en todos estos supuestos, también en el que comentamos, el procedimiento de nulidad del matrimonio afectará no solo a cuestiones relacionadas con el estado civil, sino también a los derechos sucesorios.

IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.

Otra de las cuestiones relevantes que se plantean en el supuesto descrito se refiere a la errónea aplicación del plazo de caducidad previsto en el art. 1301 CC, plazo previsto para impugnar la validez de los contratos. El TS reprocha a la Audiencia que haya aplicado esta norma declarando que quienes están legitimados para pedir la nulidad del matrimonio pueden hacerlo en cualquier momento sin estar sujetos a plazo alguno, por lo que, procede concluir que la acción para declarar la nulidad del matrimonio es imprescriptible.

Al mismo tiempo aclara que el régimen de la nulidad del matrimonio contenida en el Código civil solo previene dos supuestos de anulabilidad susceptible de convalidación: el matrimonio cuya causa de nulidad reside en la minoría de edad de uno de los contrayentes y el matrimonio celebrado mediando “error, coacción o miedo grave”, previstos en los arts. 75 y 76 CC respectivamente. En el primer supuesto la legitimación para ejercitar la acción de nulidad corresponde al contrayente menor de edad, salvo que los esposos hubieran vivido juntos durante un año después de alcanzar la mayoría de edad (art. 75.2 CC). En el segundo supuesto, conforme a lo dispuesto en el art. 76.2 CC, la acción caduca y el matrimonio se convalida “si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo”. La convivencia durante el período legalmente señalados por ambos preceptos se considera un factor favorable para presumir que el consentimiento matrimonial se prestó de forma consciente, libre y “renovado” dada la continuidad de la vida en común. Puesto que el supuesto descrito no se incluye en ninguno de los anteriormente señalados, estaremos ante una causa de nulidad radical y absoluta o de pleno derecho del matrimonio, sin posibilidad alguna de convalidación y sin

que resulte de aplicación el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 1301 CC para la anulabilidad contractual.

V. GARANTÍAS LEGALES PARA PREVENIR LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS SIN LA APTITUD MATRIMONIAL REQUERIDA LEGALMENTE. EL DICTAMEN MÉDICO.

Como señala la sentencia comentada el derecho a contraer matrimonio reconocido en distintos instrumentos internacionales y en la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad, requiere para su adecuado e igualitario ejercicio que la persona goce de la capacidad nupcial suficiente para consentir válidamente el matrimonio. El respeto a los derechos de las personas con discapacidad, en particular, de sus derechos fundamentales, así como el respeto a su dignidad como persona y su derecho a que la persona no sea instrumentalizada, exige comprobar en cada caso que la expresión de la voluntad de querer contraer matrimonio ha sido válidamente conformada, de manera consciente y libre. Para tal fin, se articulan distintos mecanismos legales que permite dicha comprobación con carácter previo o posterior a la celebración del matrimonio, como la tramitación del expediente matrimonial del art. 56 CC y solicitud de un dictamen médico siempre y cuando se aprecie que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias psíquicas graves, según lo previsto en el art. 245 RRC.

Tras la reforma operada en la norma contenida en el art. 56 CC, el dictamen médico adquiere un carácter excepcional, exigiéndose solamente en aquellos supuestos en los que las condiciones de salud de la persona comprometen de manera categórica, grave y sustancial la capacidad volitiva y cognitiva del contrayente, es decir, cuando surgen dudas fundadas de que el consentimiento es válido. De lo contrario, podría considerarse una exigencia legal en la que pudiera apreciarse un cierto grado de discriminación. Ello supone que las personas afectadas por una discapacidad leve o moderada, con inteligencia límite o con trastornos psíquicos no limitantes de la capacidad nupcial, quedarán fuera de dicha exigencia legal, dado que legalmente no se exige que el consentimiento matrimonial sea prestado en condiciones óptimas.

Si el dictamen médico se muestra favorable a la aptitud matrimonial de los contrayentes, el matrimonio deberá ser autorizado. Si por el contrario confirma la ausencia de dicha capacidad, el dictamen, aun no siendo vinculante, tendrá la consideración de un elemento que preconstituye una prueba difícil de desvirtuar de cara a un posterior procedimiento de nulidad matrimonial.

Por lo que se refiere a la verificación de la capacidad nupcial en relación con los matrimonios celebrados ante notarios, es preciso tomar en consideración la Instrucción DGSJFP de 3 de junio de 2021. En ella se señala que cuando exista

sentencia de modificación judicial de la capacidad o resolución judicial que acuerde medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, el Notario deberá indicar a los interesados que el procedimiento debe ser resuelto por el Encargado de Registro Civil del domicilio de los promotores ante quien deberán formular la solicitud con la finalidad de recabar la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en vía de informe. Fuera del supuesto anterior y para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, por los promotores se aportarán inicialmente acompañando a su solicitud o por requerimiento del Notario autorizante en trámite de subsanación, el informe o los informes, en relación con su aptitud, realizados por su médico de cabecera o médico especialista que le esté tratando y en los que se manifiesten las circunstancias en relación con la aptitud o no para prestar el consentimiento.

Si tras ser requeridos para su subsanación, no aportasen estos documentos, el Notario dictará resolución de inadmisión del procedimiento en el acta por no subsanar la falta de elemento imprescindible para fundar su juicio de capacidad.

En caso de aportarse, el Notario iniciará o continuará el acta de autorización y, en trámite de prueba, hará una valoración de la capacidad de los contrayentes. Si lo estima necesario para corroborar cualquier dato dudoso o paliar la insuficiencia de los informes inicialmente aportados, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56 párrafo 2.º del Código Civil, solicitará informe pericial médico dirimente sobre la capacidad. Y, en función de los informes recabados resolverá la autorización o no del matrimonio. El Notario puede elegir libremente el facultativo que emita el dictamen dirimente sin perjuicio de que los Colegios Notariales elaboren una lista de peritos a tal fin por si el Notario considerase oportuno su intervención. Con carácter previo a la elaboración del informe, habrá de consignarse en la oficina notarial el importe de los honorarios del perito designado, presupuestados por éste de forma prudencial y justificada. Los promotores estarán obligados solidariamente a su consignación en el plazo de cinco días desde la comunicación que les dirija el Notario indicándoles que procedan a abonar la cantidad fijada; agotado este plazo sin verificarlo, el Notario les comunicará que transcurridos tres meses se entenderá caducado el procedimiento. En caso de que los promotores no consignasen el importe del dictamen finalizado el mencionado plazo de tres meses, el Notario dictará resolución declarando la caducidad del procedimiento y el archivo del acta; sin perjuicio del derecho de volver a formular solicitud ante cualquiera de las autoridades legalmente habilitadas para la autorización del matrimonio. El importe consignado para los honorarios del informe será abonado por el Notario al perito designado una vez finalice su encargo.

Finalmente, cabe añadir, que la falta de apreciación de la capacidad nupcial de forma previa a la celebración del matrimonio, bien en la tramitación del expediente matrimonial, bien por parte del notario o encargado del Registro civil, que en el caso comentado, carecía de todos los datos médicos, familiares y sociales relacionados con el contrayente afectado por la discapacidad, no impide acudir posteriormente a la nulidad civil de matrimonio, considerada como una medida de cierre necesaria para comprobar la aptitud matrimonial. El matrimonio no tiene efectos inocuos o debe ser considerado que beneficia siempre a ambos contrayentes, sino muy al contrario, el matrimonio tiene importantes efectos patrimoniales -matrimonio y patrimonio siempre van de la mano-, por lo que resulta imprescindible articular las medidas necesarias para comprobar, en cada caso, la aptitud matrimonial de los contrayentes, incluso tras la celebración del matrimonio o *ex post*, cuando ha pasado la falta de aptitud matrimonial ha podido pasar desapercibida, incluso cuando el matrimonio haya sido disuelto por el fallecimiento de uno de los contrayentes, sin que exista limitación temporal alguna para el ejercicio de la acción de nulidad por falta de consentimiento matrimonial.

LA DETERMINACIÓN DE LAS CARGAS ASOCIADAS
AL CUIDADO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.
COMENTARIO A LA STS, NÚM. 4146/2024, DE 17 DE
JULIO DE 2024 (RJ 2013, 6650)

*THE DETERMINATION OF THE ASSOCIATED CHARGES
RELATED TO THE CUSTODY OF THE PETS. COMMENT TO
SPANISH STS NO. 4146/2024, 17TH JULY (RJ 2013, 6650)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 710-719

Joel Harry
CLAVIJO
SUNTURA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad comentar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), núm. 4146/2024, de 17 de julio de 2024. La cuestión jurídica central del proceso de divorcio recae sobre la determinación de las cargas asociadas al cuidado de los animales de compañía, petición solicitada por la cónyuge en el acto de vista del proceso. La discusión jurídica se forma en base a las reformas implementadas en el Código Civil mediante la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, y sobre el alcance del art. 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), con relación al momento procesal en que se pueden introducir hechos y alegaciones en el proceso. En ese marco, se comienza el comentario de la resolución judicial con una breve descripción sobre el supuesto de hecho. Luego, se presenta la doctrina jurisprudencial sobre el tema motivo de análisis. En la parte central se aborda el comentario de la sentencia en función de la factibilidad de fijar las cargas asociadas que genera el cuidado de los animales de compañía, en el supuesto de que las partes no incluyan la petición en la determinación del objeto del procedimiento de divorcio.

PALABRAS CLAVE: Animales de compañía; cargas asociadas; convenio regulador; custodia.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze on the judgment of the Provincial Court (STS) No. 4146/2024, of July 17. The central legal issue of the divorce process lies in the determination of the associated charges related to the custody of the pets; a request requested by a spouse in the hearing process. The legal discussion is formed based on the reforms implemented in the Civil Code through Law 17/2021, of 15 December, on the legal regime of animals, and on the scope of art. 752 of the Civil Procedure Law (LEC), in relation to the procedural moment in which facts and allegations can be introduced in the process. In this context the commentary on the judicial decision begins with a brief description of the factual situation. Then the jurisprudential doctrine on the subject is presented. In the central part, the commentary of the judgment is addressed in terms of the feasibility of establishing the associated charges generated by the custody of the pets, in the event that the parties do not include the petition in the determination of the object of the divorce proceedings.

KEY WORDS: Associated charges; custody; pets; regulatory agreement.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS CARGAS ASOCIADAS QUE GENERA EL CUIDADO DE LOS
ANIMALES DE COMPAÑÍA.- III. CONVENIO REGULADOR.- IV. CUESTIÓN PROCESAL
VS CARGAS ASOCIADAS.

SUPUESTO DE HECHO

El proceso comienza en primera instancia a solicitud del cónyuge, quien en fecha 10 de mayo de 2022, interpone la demanda de divorcio contencioso en contra de la cónyuge, con quien había contraído matrimonio el 10 de septiembre de 2021, con la finalidad de que se disponga la disolución del matrimonio sin hijos. La cónyuge notificada con la demanda de divorcio contesta solicitando también que se declare disuelto el matrimonio. Además, solicita que se le asigne en virtud del art 97 del Código Civil (en adelante CC), una pensión compensatoria, durante 4 años, en virtud del desequilibrio económico que le ocasiona el divorcio. Al respecto, afirma que el cónyuge se había desatendido de los gastos de los 2 animales de compañía (en adelante 2 gatos) que poseían en común, por lo que, le correspondió asumir todos los gastos de alimentación y veterinarios.

En base a lo solicitado y luego de haber llevado a cabo el procedimiento correspondiente la Jueza *a quo* dictó sentencia en fecha 21 de septiembre de 2022, declarando disuelto el matrimonio de los cónyuges, En cuanto a la asignación de una pensión compensatoria, la autoridad judicial rechaza la solicitud de la cónyuge, por lo que, no se determina pensión compensatoria alguna. En cambio, se pronuncia sobre los 2 gatos que forman parte de la familia. En ese sentido, resuelve lo siguiente:

- En defecto de acuerdo, la cónyuge asume la custodia de los 2 gatos.
- Los gastos de los 2 gatos se abonarán por los 2 cónyuges de forma prorrateada al 50%, siempre que la cónyuge demuestre los gastos realizados.
- Los gastos de los 2 gatos que excedan la alimentación y no sean estrictamente necesarios deberán ser consensuados por ambos cónyuges para su abono al 50%, caso contrario será asumido por quien haya decidido el gasto de forma unilateral.

La cónyuge en desacuerdo con la autoridad judicial que rechaza la asignación de una pensión compensatoria recurre la sentencia de primera instancia, que también es impugnada por el cónyuge disconforme con la fijación de gastos

• **Joel Harry Clavijo Suntura**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: joelclav@ucm.es.

asociados al cuidado de los 2 gatos. La Audiencia Provincial, luego de seguir el trámite correspondiente, en fecha 28 de abril de 2023, dicta sentencia en los siguientes términos:

- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la cónyuge con relación a la asignación de la pensión compensatoria.

- Estimar la impugnación presentada por el cónyuge y revocar en parte la sentencia de la juez *a quo*, por lo que, dispone que los gastos que ocasione el cuidado de los 2 gatos deberán ser asumidos únicamente por la cónyuge.

La cónyuge -esta vez- en desacuerdo con la resolución de la Audiencia Provincial que dispone que debe asumir los gastos asociados al cuidado de los 2 gatos en solitario, interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.I. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción de los arts. 90, 91, 94 y 94 *bis* del CC, y el art. 752.I de la LEC, en lo relativo al momento en que se pueden introducir hechos y alegaciones en el proceso. De forma concreta, sostiene que el art. 752.I de la LEC, permite realizar alegaciones o introducir hechos en cualquier momento sin limitar su presentación a la demanda o a la contestación. Una vez que la sala acuerda admitir el recurso de casación, el cónyuge como parte recurrida formaliza su oposición al recurso interpuesto por la cónyuge.

Finalmente, luego de seguir el trámite correspondiente, en fecha 31 de mayo de 2024, se nombra ponente y se acuerda resolver el recurso sin celebración de vista y en fecha 2 de julio de 2024, la sala resuelve desestimar el recurso interpuesto por la cónyuge en contra de la Sentencia Audiencia Provincial, dictada en fecha 28 de abril de 2023. Al respecto, en su fundamentación se resalta que:

- El art. 152 de la LEC, no permite introducir de forma extemporánea una petición.

- Las modificaciones implementadas en el Código Civil por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, no permiten pronunciarse sobre una pretensión no incluida de forma oportuna.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La cuestión jurídica central del proceso de divorcio se centra sobre la determinación de las cargas asociadas al cuidado de animales de compañía (2 gatos), petición solicitada por la cónyuge en el acto de vista. La discusión jurídica se forma en base a las reformas implementadas en el Código Civil mediante la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, concretamente sobre el alcance de los arts. 90, 91, 94 y 94 *bis* del CC, y el art. 752

de la LEC, con relación al momento procesal en que se pueden introducir hechos y alegaciones en el proceso.

En ese marco, la sala que tramita el recurso de casación hace referencia a la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, que establece que en virtud de la importancia del proceso que se resuelve, se debe ofrecer a las partes y a quienes tengan un interés legítimo, la posibilidad de realizar alegaciones, aportar documentos y otro tipo de justificaciones atendiendo a un rigor que no sea excesivamente formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental es el resultado, tal como se manifiesta en la STC 187/1996, de 25 de noviembre y en la STC 178/2020, de 14 de diciembre.

En cuanto al derecho adjetivo, sobre el art. 752 de la LEC, denominado “prueba”, la sala señala que se refiere a los hechos constitutivos de las pretensiones. En esa línea, admite que pueden ser incorporados al proceso hasta la conclusión para la sentencia definitiva. Sin embargo, los hechos constitutivos de las pretensiones, no significa la introducción de nuevas pretensiones en cualquier momento del procedimiento. Motivo por el cual, el tribunal considera que no debe pronunciarse sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado de los 2 gatos, porque tal pretensión no fue incluida por las partes al momento de determinar el objeto del proceso.

Asimismo, la jurisprudencia de la sala conecta la *ratio* del citado art. 752 de la LEC, con otras disposiciones que muestran que el principio dispositivo debe ser tomado en consideración a la hora de precisar el objeto del procedimiento, por ejemplo, el art. 749 del mismo cuerpo normativo que si bien regula la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, no regula la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del bienestar animal. Lo propio ocurre, con relación a las pruebas que de oficio puede acordar el tribunal al amparo del numeral 4 del art. 770 del mismo cuerpo normativo, regulación que no contempla la práctica de oficio de pruebas referidas al bienestar animal. En igual sentido, no se puede ajustar el proceso objeto de análisis al contenido de los arts. 769 y siguientes del mismo cuerpo normativo que regulan los procesos matrimoniales y de menores.

Con relación a la norma sustantiva, sobre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, si bien la sala admite que parte de las reformas implementadas en el Código Civil, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, permiten al juez, por ejemplo, de conformidad con el numeral 2 del art. 90 del CC, apartarse de los acuerdos de los cónyuges recogidos en el convenio que sea gravemente perjudicial para el bienestar animal, enfatiza que esto es posible si existe convenio. Otro tanto ocurre, con relación al art. 91 del CC, que regula las medidas judiciales sobre el divorcio referidas al destino de

los animales de compañía, que se aplican en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de que su contenido no haya sido aprobado.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

A modo de introducción, debemos puntualizar que la cuestión jurídica que genera controversia en la sentencia que es objeto de análisis, no se centra tanto en el derecho sustantivo, sino en el derecho adjetivo. Esto significa que, no es motivo de controversia la regulación, la determinación o el contenido de las cargas asociadas al cuidado de los animales de compañía, figura regulada en el derecho sustantivo, sino la forma como en base al derecho adjetivo la cónyuge pretende hacer valer su derecho.

A pesar de ello, el tribunal antes de desestimar el recurso de casación realiza un examen minucioso no solo del derecho adjetivo, sino también del derecho sustantivo en virtud de las reformas implementadas en el Código Civil, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales. Esto, debido a que la sentencia de primera instancia fundamenta su resolución sobre la determinación de los gastos asociados a los animales de compañía, en base a los arts. 90, 91 y 94 bis del CC. Especialmente, hace referencia al art. 94 bis del CC, para considerar probado que el matrimonio tenía 2 gatos, por lo que, corresponde el pago de forma prorrateada al 50% de las cargas asociadas que genera su cuidado. Al respecto, conviene puntualizar que ya antes de la regulación expresa sobre la determinación de las cargas asociadas en el Código Civil, existen resoluciones judiciales como la SAP Navarra, núm. 182/2013, 09 de octubre 2013 (ECLI:ES:APNA:2013:813), que fija la división de los gastos relacionados a la alimentación y los gastos del veterinario entre los cónyuges.

II. LAS CARGAS ASOCIADAS QUE GENERA EL CUIDADO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.

En virtud de las reformas implementadas en el Código Civil, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, se incluye el art. 94 bis, que regula las cargas asociadas que genera el cuidado de las mascotas. Al respecto, se debe señalar que el razonamiento del juzgado de primera instancia no deja de ser correcto si nos remitimos al contenido de este artículo, por cuanto, el legislador establece que la autoridad judicial debe determinar la atribución de los animales de compañía a uno o ambos cónyuges. Igualmente, debe fijar el reparto de las cargas asociadas a su cuidado atendiendo al interés de los miembros de la familia -en nuestro caso solo los cónyuges, porque no tienen hijos- y al bienestar de los animales de compañía -en nuestro caso los gatos- sin que la titularidad

dominical de las mascotas sea determinante para adoptar una determinada decisión.

No sin razón, si nos remitimos únicamente al contenido del art. 94 *bis* del CC, la sentencia de primera instancia *a priori* adopta una tesis correcta. En efecto, el cauce normal que genera un proceso de divorcio cuando hay hijos menores de edad es la determinación de la custodia y el correspondiente pago de pensiones alimenticias, pero como en nuestro caso los cónyuges no tienen hijos, sino 2 gatos -familia multiespecie- corresponde fijar las cargas asociadas a su cuidado. De esta forma, se asimila el pago de las cargas asociadas al cuidado de los 2 gatos a una especie de pensión alimenticia. No obstante, la demanda, o bien la reconvencción debe incluir una petición expresa, con la finalidad de que la autoridad judicial determine la obligación de asumir las cargas asociadas, aspecto que no ocurre en el proceso de divorcio que analizamos.

A nuestro modo de ver -recurriendo a la imaginación- presumimos que la cónyuge confunde el contenido de la pensión compensatoria, puesto que, en la solicitud de reconocimiento de esta modalidad de pensión, entre otros, aduce que el cónyuge se había desentendido de los gastos que se debían asumir por el cuidado de los 2 gatos que poseían en común, por lo que, ella se había visto en la necesidad de asumir esta obligación. Sin embargo, la cónyuge apercebida de su confusión pretende enmendar este *lapsus* en el acto de vista del proceso, momento procesal en el que de forma expresa solicita que los gastos por el cuidado de los 2 gatos sean abonados a partes iguales por ambos cónyuges, solicitud realizada al amparo del art. 97 del CC, que por cierto comprende el desequilibrio económico que ocasiona el divorcio a uno de los cónyuges, de ninguna forma en su contenido se hace referencia a las cargas asociadas a los animales de compañía.

Asimismo, conviene resaltar que el juez *a quo* en la fundamentación de la sentencia con relación a las cargas asociadas al cuidado de los 2 gatos, además del art. 94 *bis* del CC, hace referencia a los arts. 90 y 91 del CC, regulación que comprende los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Sin embargo, hubiera sido conveniente también hacer referencia al art. 103, 1ª *bis* del CC, artículo que regula la forma en que el cónyuge no custodio podrá tenerlos en su compañía, a pesar de que el cónyuge en la demanda ignora la existencia de los 2 gatos o al menos niega la coposesión.

Una vez que ya nos referimos al art. 94 *bis* del CC, así como a la conveniencia de haber incluido en la fundamentación de la sentencia el art. 103, 1ª *bis* del CC, en el siguiente apartado analizaremos los arts. 90 y 91 del CC con relación al convenio regulador.

III. CONVENIO REGULADOR.

El art. 90 del CC, hace referencia al convenio regulador, que en nuestro caso deberá contener al menos de conformidad al inciso b) *bis*, el destino de los animales de compañía para ello se debe tomar en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal. Igualmente, se debe regular la distribución de la convivencia y cuidado, así como las cargas asociadas a su cuidado. El juez *a quo* si bien en base a este artículo fundamenta la existencia de 2 gatos en el matrimonio olvida que su aplicación se encuentra condicionada a la existencia previa de un convenio regulador, documento que no se evidencia que haya sido aportado por las partes, por lo que, modestamente consideramos que hay un alto riesgo de considerar la sentencia de primera instancia como un fallo *ultra petita*. Para ahondar más en el tema, el citado artículo hace referencia al interés de los miembros de familia, en el caso objeto de análisis, no se aprecia interés alguno por parte del cónyuge, puesto que, no hace mención a los 2 gatos en la demanda de divorcio.

El art. 91 del CC, prevé que, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el juez en caso de que no haya acuerdo entre las partes o en el supuesto de que no se apruebe el acuerdo determinará las medidas a adoptarse, entre otros, con relación al destino de los animales de compañía, por último, el legislador le faculta al juez a adoptar las medidas que procedan si previamente no se hubiera adoptado una medida al respecto. Sobre el tema, en sentido estricto, una vez más debemos puntualizar que su contenido hace referencia a la existencia previa de un convenio entre las partes, que no es el caso nuestro. Asimismo, tanto el art. 90 como el art. 91 del CC, hacen referencia a la determinación del destino de los animales de compañía, término que se asimila a la asignación de la custodia de los animales de compañía, más no a la fijación de las cargas asociadas al cuidado de las mascotas.

Por su parte, si asemejamos la figura de la custodia de los hijos con la custodia de los animales de compañía, parece algo *sui generis* que los cónyuges se olviden de sus mascotas tanto en la demanda como en la reconvención. A modo de coartada, que al final recae en un aspecto procesal que analizaremos en el siguiente apartado, el cónyuge afirma que no existía coposesión sobre los 2 gatos, y que además ello, no convivían con los cónyuges en el domicilio matrimonial. Sin embargo, resulta inadmisble que la cónyuge se olvide de solicitar expresamente la fijación de las cargas asociadas al cuidado de los 2 gatos, porque una vez más es como olvidar que los hijos para su sustento necesitan una pensión alimenticia. En virtud de ello, tomando en cuenta los recientes cambios normativos implementados sobre el régimen jurídico de los animales en el Código Civil mediante la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, consideramos que, a diferencia de los administradores de justicia, las

partes -los cónyuges- han formado un vínculo afectivo con sus mascotas -aunque el cónyuge niega ella-, por lo que, son los más indicados en precautelar su bienestar.

IV. CUESTIÓN PROCESAL VS CARGAS ASOCIADAS.

El cónyuge disconforme con la fijación de cargas asociadas por el cuidado de los 2 gatos impugna la sentencia del juzgado de primera instancia, en su fundamentación aduce que la solicitud realizada por la cónyuge en el acto de vista le impidió presentar pruebas para demostrar que los 2 gatos le pertenecían a ella antes del matrimonio, que sufre una alergia y que los gatos convivían en el domicilio de su suegra, tesis acogida por la Audiencia Provincial.

La Audiencia Provincial fundamenta su resolución en base a los arts. 90, 91, 94 y 94 *bis* del CC, en ese sentido, estima la impugnación presentada por el cónyuge y revoca en parte la sentencia de la juez *a quo*, por una parte, ratifica la asignación de la custodia de los 2 gatos a la cónyuge y, por otra parte, dispone que los gastos que ocasione el cuidado de los 2 gatos deberán ser asumidos por la cónyuge. Al respecto, la Audiencia Provincial razona que la cónyuge debió plantear la contribución a los gastos de los animales en el momento de contestar la demanda, con la finalidad de que el cónyuge demandante pudiera hacer las alegaciones y proponer una prueba contradictoria de lo alegado.

Sobre el tema, debemos señalar que la estrategia de apelación del cónyuge hace énfasis al momento procesal -nos referimos al acto de vista- en el que la cónyuge realizó la solicitud de fijación de cargas asociadas que conlleva el cuidado de los 2 gatos, aspecto que no le permitió asumir una defensa apropiada ni le permitió aportar debidamente las pruebas para desvirtuar la solicitud de la cónyuge. De lo afirmado por el cónyuge, asumimos que lo que pretendía demostrar con la aportación de las pruebas, además de la falta de convivencia con los 2 gatos durante el matrimonio debido a una alergia, es que la titularidad de las mascotas le pertenecía a la cónyuge antes del matrimonio. De esta forma, al no tener la titularidad no le correspondía asumir las cargas asociadas que genera su cuidado. A nuestro modo de ver, la Audiencia Provincial olvida que el art. 94 *bis* del CC, establece que independientemente de la titularidad dominical de las mascotas, se determinará el reparto de las cargas asociadas al cuidado de los animales de compañía.

Por lo que, aunque sin hacer referencia a la LEC en la resolución se prepondera el derecho adjetivo -nos referimos al momento en el que se realizó la solicitud-, en esa línea, conviene resaltar la importancia que tiene el momento procesal en el que se solicita una pretensión, puesto que, es determinante no solo para las partes, sino para la autoridad judicial. En el caso concreto que analizamos, hubiera sido conveniente realizar un reconocimiento judicial, con la finalidad de realizar

una valoración presencial de los 2 gatos para comprobar su reacción y conducta ante la presencia de los 2 cónyuges, de esta forma la autoridad judicial hubiera podido constatar el vínculo afectivo de los gatos con cada uno de los cónyuges.

Al respecto, resulta oportuno puntualizar que a este tipo de reconocimiento judicial presencial ya se recurría antes de la reforma normativa del año 2022, para comprobar el afecto que tiene el animal de compañía con los cónyuges. Por ejemplo, la sentencia del juzgado de primera instancia núm. 4, Murcia, 21 de junio 2019 (LA LEY 80204/2019), durante la prueba de reconocimiento constató que la mascota reaccionó con miedo cuando el cónyuge intentó acariciarlo. A partir de la reacción de los gatos la autoridad judicial hubiera podido comprobar si los gatos convivieron con ambos cónyuges durante el matrimonio.

La cónyuge en desacuerdo con la decisión de la Audiencia Provincial interpone recurso de casación, en base a lo determinado en los arts. 90, 91, 94 y 94 bis del CC, y en el art. 752. 1. de La LEC, en lo relativo al momento procesal en que pueden introducirse hechos y alegaciones en el proceso, la cónyuge afirma que de acuerdo con el contenido de este artículo pueden ser incluidos en cualquier momento del proceso sin limitarlo a la demanda o a la contestación.

En cuanto al alcance del art. 752 de la LEC, si bien existe como antecedente en el ámbito jurisprudencial la STC núm. 178/2020, 14 de diciembre 2020 (ECLI:ES:TC:2020178), resolución que manifiesta con relación a la tutela judicial efectiva que en la aplicación de las normas procesales debe admitirse un criterio de flexibilidad. Sobre el tema, el tribunal que tramita el recurso de casación es contundente al señalar que los hechos constitutivos de las pretensiones, aunque admite que pueden ser incorporados en el proceso hasta la fase de conclusión, no significa que se puedan incluir nuevas pretensiones como la fijación del reparto de las cargas asociadas al cuidado de los 2 gatos, en cualquier momento del procedimiento como quiere hacer ver la cónyuge recurrente.

Por lo que, el tribunal no encuentra alternativa alguna que le permita estimar el recurso de casación incluso relacionando la pretensión de la cónyuge con otros artículos de la LEC, por ejemplo, el art. 749 si bien regula la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, no contempla su intervención en defensa del bienestar de las mascotas. Igualmente, el tribunal en virtud del numeral 4 del art. 770, si bien puede acordar la producción de pruebas de oficio no contempla la práctica de oficio de pruebas referidas al bienestar animal.

FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS EN VIRTUD
DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 1626/2024,
DE 4 DE DICIEMBRE (RJ 2024, 5879)

*FILIATION OF MINORS BORN UNDER A GESTATIONAL
SUBROGACY AGREEMENT. COMMENT ON SPANISH STS NO.
1626/2024, 4TH DECEMBER (RJ 2024, 5879)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 720-741

Celia
CARRILLO
LERMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de diciembre de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: La STS 4 diciembre 2024 (RJ 2024/5879) no supone un cambio muy significativo en la doctrina de la Sala Primera sentada en sus anteriores decisiones en materia de gestación subrogada. No obstante, introduce algunos matices importantes, en especial, que el interés del menor debe interpretarse dentro del marco del orden público español, lo que no deja de ser contradictorio con la jurisprudencia del TEDH en la materia.

PALABRAS CLAVE: Doctrina; gestación subrogada; interés del menor; orden público.

ABSTRACT: Spanish STS no. 1626/2024, of December 4 (RJ 2024, 5879) does not represent a very significant change in the doctrine of the First Chamber established in its previous decisions on gestational surrogacy. However, it introduces some important nuances, such as the best interests of the child must be interpreted within the framework of Spanish public policy, which may contradict the jurisprudence of the ECtHR on the matter.

KEY WORDS: Doctrine; gestational surrogacy; best interests of the child; public policy.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. INTRODUCCIÓN.- 1. La gestación subrogada como técnica de reproducción humana asistida.- 2. Contexto de la sentencia.- II. NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA Y NECESIDAD DE UN DESARROLLO NORMATIVO EN ESPAÑA.- III. LA STS 4 DICIEMBRE 2024 Y DOCTRINA SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.- 1. El contrato de gestación subrogada es contrario al orden público.- 2. El contrato de gestación subrogada vulnera los derechos fundamentales.- 3. El orden público no es contrario al interés del menor, sino el marco dentro del cual debe satisfacerse.- IV. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho de la sentencia puede ser resumido de la siguiente manera: una pareja española, ambos varones, celebran un contrato de gestación subrogada con una mujer residente en Texas, Estados Unidos de América, y con su cónyuge en 2019. Unos meses después, y previamente al parto de los dos niños nacidos en virtud de ese contrato, un tribunal del estado de Texas (Juzgado núm. 73 del Condado de Bexar) determina la validez del contrato y la filiación de los niños que en su virtud pudieran nacer en favor de los progenitores comitentes o intencionales, con todos los efectos inherentes y con el mandato al hospital o centro médico donde se produzca el nacimiento de que se respeten todos sus derechos.

En 2020, una vez nacidos dos niños mediante gestación subrogada, se procede a la correspondiente inscripción en el Registro Civil de Texas. Posteriormente, el antedicho juzgado de Texas dicta otra sentencia en virtud de la cual se confirma la filiación de los dos menores nacidos en favor de los padres comitentes, con nuevos mandatos al hospital de nacimiento y a la otra parte del contrato.

De regreso en España, en 2021, los dos ciudadanos españoles interesan el reconocimiento de la última de las sentencias dictadas por el juzgado extranjero, que se tramita como procedimiento de exequátur ante el Juzgado Mixto n.º 1 de San Roque (Cádiz), pero se encuentran con obstáculos importantes.

En esta primera instancia, el Ministerio Fiscal se opone al reconocimiento de la sentencia extranjera y el Juzgado desestima la solicitud de los demandantes (2022). En cuanto a los fundamentos de Derecho ofrecidos por el órgano judicial se pueden sintetizar así: el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno

• Celia Carrillo Lerma

Profesora de Derecho Civil en ISEN, Facultad adscrita a la Universidad de Murcia, Doctora internacional en Derecho por la Universidad de Murcia, cuenta con varias publicaciones en revistas y obras colectivas, así como una monografía titulada *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad* (2021), ha participado como ponente y comunicante en diversas Jornadas y Congresos internacionales, y en varios proyectos de investigación, y ha realizado una estancia predoctoral en el *Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Verona*, Italia. Correo electrónico: celia.carrillo@um.es.

derecho en España, pues se entiende realizado en fraude de la ley española y contraviene el orden público, y por ello se rechaza el reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera en virtud del art. 46.1.º, apartados a) y d), de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, y del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En segunda instancia, el Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación interpuesto contra el auto del juzgado *a quo*. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz desestima el recurso en 2023. Los argumentos de los recurrentes en apelación se basan en la infracción del interés superior del menor y de la jurisprudencia del TEDH. La Audiencia Provincial es tajante: el interés superior del menor no se entiende vulnerado, pues su consecución no es incompatible con el orden público, sino que debe tener lugar dentro de su marco. En otras palabras, el interés superior del menor no se puede esgrimir como excusa o excepción al respeto del orden público, sino que debe tener lugar en los márgenes que este ofrece.

Finalmente, los progenitores de intención interponen un recurso de casación contra el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, aunque durante su tramitación solo es continuado por uno de los recurrentes (razón por la cual, en adelante, se hará referencia a esta parte procesal como “el recurrente”). El Ministerio Fiscal se opone a la pretensión del recurrente. Los motivos aducidos en el recurso de casación son cuatro: 1) incongruencia del Auto de primera instancia, y 2) vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad, 3) vulneración del principio de no discriminación, y 4) vulneración del principio del interés superior del menor. Admitido a trámite el recurso, el Ministerio Fiscal interesa su desestimación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Sala Primera del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y, por tanto, la solicitud de reconocimiento de la resolución extranjera, en términos generales, por entender que hacerlo sería opuesto al orden público español.

La STS 4 diciembre 2024 (ROJ 2024/5879) se sustenta en tres aserciones:

Primera. El reconocimiento de efectos de una sentencia extranjera que determina la filiación de las personas menores de edad nacidas en virtud de un contrato de gestación subrogada es contrario al orden público español, lo que constituye una causa de denegación del reconocimiento conforme al art. 46.1. a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

Segunda. El contrato de gestación subrogada es incompatible con los derechos fundamentales que forman parte del orden público español, como son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE) y la integridad física y moral (art. 15 CE), todos ellos tanto de la madre gestante como de la persona o personas nacidas en virtud de aquel contrato. En concreto, madre y descendencia son tratados como mercancía y otros derechos y garantías se ven comprometidos (entre otros, la salud de la mujer gestante, el derecho del menor a conocer sus orígenes (art. 7 CDN), o la falta de control sobre la idoneidad de los progenitores de intención).

Otras normas que se estiman vulneradas, las cuales van en esta misma dirección, son el artículo 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y la Ley 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. Asimismo, se citan resoluciones e informes jurídicamente no vinculantes: el apartado 115 de 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 el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

Tercera. El interés superior del menor debe satisfacerse siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico y del orden público. En concreto, esto se identifica, en esta materia, con que se verifique la ruptura de todo vínculo con la madre gestante, que se pueda determinar la filiación paterna biológica de uno de los progenitores de intención y que el menor forme parte de un núcleo familiar estable. Todo ello se consigue, en España, mediante el recurso a tres instituciones jurídicas: filiación biológica paterna, adopción y acogimiento familiar; así como a través de la intervención del Ministerio Fiscal en estos asuntos y de las funciones que el ordenamiento jurídico le otorga en cuanto a la protección de las personas menores de edad. Se cita el Dictamen Consultivo del TEDH (Gran Cámara), de 10 de abril de 2019, demanda n. PI6-2018-001, para argumentar que las soluciones ofrecidas por el Derecho español satisfacen el interés del menor al mismo tiempo que respetan los derechos fundamentales tanto de este como de la madre gestante.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

I. La gestación subrogada como técnica de reproducción humana asistida.

Los avances biomédicos en el último medio siglo han ayudado a cumplir los deseos de procreación de muchas personas o parejas que, por motivos de diversa

índole (médica, personal, social), no podían tener descendencia sin el recurso a las llamadas técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA).

En España, la primera regulación de estas técnicas tiene lugar en virtud de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La polémica abierta dio lugar a un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por el Tribunal Constitucional a favor de la constitucionalidad de la ley (STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116)). Posteriormente, se modifica por Ley 45/2003, de 21 de noviembre, si bien la necesidad de corregir las insuficiencias de la primera ley y adaptar su contenido a la nueva realidad culmina en la promulgación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

El artículo 10.1.º LTRHA define el contrato de gestación subrogada como aquel “por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. No obstante, la ley declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, sean onerosos o gratuitos. Por tanto, según la clásica regla pauliana aún mantenida en España, la filiación se determina por el parto (apartado segundo), pero el padre biológico puede reclamar la filiación paterna conforme a las reglas generales (apartado tercero).

En un primer momento, el recurso a la gestación subrogada se concibe como una forma de satisfacer el deseo de reproducción de aquellas parejas heterosexuales en las que, al menos uno de sus miembros, está aquejado de un problema de esterilidad o fertilidad, o cualquier otro que implique la imposibilidad de alumbrar un bebé sano, lo cual puede tener lugar de varias formas (mediante la aportación de material genético del que no tiene problemas para procrear; mediante la aportación de material genético de ambos, o sin aportación de material genético -normalmente, mediante recurso a donante anónimo-). Sin embargo, la formalización de este contrato tiene lugar, hoy en día, por muchos perfiles de persona o pareja: el ya citado de pareja heterosexual, parejas homosexuales masculinas, personas solteras o, en última instancia, incluso personas que desean ser abuelas, como es por todos conocido tras el mediático caso de Ana Obregón (sobre este particular es muy interesante la monografía de VILAR GONZÁLEZ, S.: *Madre legal, abuela biológica: sobre la filiación, la fecundación post mortem y otras cuestiones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023).

La gestación subrogada es un tema que plantea cuestiones de diversa índole (jurídicas, éticas, sociales, emocionales...) muy difíciles de resolver y siempre controvertidas (pues dentro la misma doctrina jurídica se pueden encontrar posturas de todo tipo, como se verá), sobre la cual incluso autores autorizados han admitido la dificultad de ofrecer propuestas [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Nuevas y

viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M^a. P. GARCÍA RUBIO, coord. por J. AMMERMAN YEBRA et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 646-647].

2. Contexto de la sentencia.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse recientemente sobre un asunto en relación con la polémica, delicada y nada fácil materia de gestación subrogada. Se trata de la STS 4 diciembre 2024 (ROJ 2024/5879), fallada por la Sala en Pleno y de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, al igual que en las anteriores decisiones de la Sala en esta materia.

Esta sentencia es la última de las pocas, pero relevantes (con independencia de la crítica que merezcan) decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de gestación subrogada. Ha transcurrido una década desde que este órgano se pronunció sobre el tema por primera vez y han sido cuatro las veces en que ha tenido la ocasión de hacerlo desde entonces. Se trata de las STS 6 febrero 2014 (ROJ 2014, 247); ATS 2 febrero 2015 (ROJ 2015, 335), que resolvía negativamente el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la STS anterior y recogía la misma postura de la sentencia; STS 31 marzo 2022 (ROJ 2022/1153) y, por supuesto, la que es objeto del presente trabajo. En cuanto a las STS 16 mayo 2023 (ROJ 2023, 1958) y STS 17 septiembre 2024 (ROJ 2024/4370), si bien las personas menores del supuesto de hecho nacieron mediante un contrato de gestación subrogada, la casación no versa directamente sobre los efectos de este tipo de contratos en España. No obstante, debe matizarse que, con relación a la STS 17 septiembre 2024, hay quien considera la posición del Tribunal como una aceptación indirecta del contrato de gestación subrogada como modo de crear una filiación jurídica, ya sea de paternidad como de maternidad (VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La STS (1^a Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?, *Diario La Ley*, núm. 10594, 2024).

La STS 4 diciembre 2024 no constituye un cambio en la doctrina que la Sala viene desarrollando en materia de gestación subrogada. No obstante, no por ello carece de importancia, pues sí que establece ciertos matices en su doctrina que ayudan a consolidarla o reforzarla.

Si bien su doctrina, al menos en lo referente a los derechos fundamentales, es bienintencionada, tal vez no realiza la argumentación más adecuada, lo que acaba por llevarle a resultados contradictorios, algo que viene repitiendo desde su primer pronunciamiento.

II. NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA Y NECESIDAD DE UN DESARROLLO NORMATIVO EN ESPAÑA.

El marco normativo de los contratos de gestación subrogada en España está compuesto por los instrumentos jurídicos internacionales, transnacionales y nacionales que a continuación se detallan, sin perjuicio de que su celebración pueda derivar en la aplicación de otras normas también, como se expone en el tercer apartado del trabajo.

En el ámbito internacional, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado el 25 de mayo de 2000, prohíbe la venta de personas menores de edad, considerando por tal "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución" (art. 2). Es cierto que la finalidad de este Protocolo no tiene que ver directamente con los contratos por los que se pretende establecer una filiación, pero sí invita a reflexionar sobre los riesgos que conllevaría el permitir a los privados la conclusión de estos acuerdos sin sopesar la introducción de los debidos controles, tal y como se prevé para el acogimiento y la adopción.

En el ámbito de la Unión Europea no existen instrumentos específicos que regulen la gestación subrogada, pero el Parlamento Europeo viene condenando (sin carácter vinculante) la práctica de la gestación por sustitución, por considerar que es contraria a la dignidad de la mujer, ya que supone un tipo de explotación de las funciones reproductivas y su cuerpo es usado como mercancía, con especial mención de las mujeres vulnerables de países en desarrollo, y en este sentido pide que se revisen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de forma urgente (apdo. 115, relativo a los derechos de las mujeres y las niñas, de 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]). En 2017, igualmente en su Informe Anual, condena la gestación subrogada en el contexto de la trata de personas; en 2021 de nuevo, y en 2022 reitera esta condena en su Informe sobre el impacto de la guerra de Ucrania en las mujeres (arts. 12, 13 y 14), por el riesgo que esta conlleva.

En cuanto al Derecho interno, como se señalaba en la Introducción, el art. 10.1.º LTRHA establece que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, sean onerosos o gratuitos. La filiación se determina por el parto (apartado segundo), y el padre biológico puede reclamar la filiación paterna conforme a las reglas generales (apartado tercero). Por su parte, según el art. 131.2.º CC, no es posible reclamar la filiación en los casos en las que ya haya una legalmente determinada.

Asimismo, la más reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reitera la nulidad de pleno de derecho de estos contratos (art. 32.1.º). Esta norma jurídica declara expresamente la gestación subrogada como forma de violencia hacia las mujeres en el ámbito reproductivo, por vulnerar gravemente su salud y derechos reproductivos (Preámbulo); prevé el impulso de campañas institucionales para la concienciación y la prevención de esta práctica (art. 10 *quinquies* y 32.2.º LO 2/2010, de 3 de marzo), y prohíbe su promoción comercial (art. 33 LO 2/2010, de 3 de marzo, y arts. 3.a) y 6 de la Ley 34/1988, General de Publicidad).

Por otro lado, aunque la autonomía privada es un principio rector en materia de contratos que no rige en el Derecho de familia, debe citarse que, incluso en aquel ámbito, que se rige por el principio dispositivo, no pueden ser objeto de los contratos las cosas fuera de comercio ni los servicios contrarios a la ley o a las buenas costumbres (*cf.* art. 1271 CC) y que la autonomía privada tiene como límites la ley, la moral y el orden público (*cf.* art. 1255 CC).

También se debe mencionar que existe un tipo penal en virtud del cual puede constituir un delito la entrega y recepción de personas menores de edad con el fin de establecer una relación análoga a la de filiación al margen de los procedimientos de guarda, acogimiento y adopción legalmente establecidos, así como las conductas de intermediación (*cf.* art. 221.1.º y 2.º CP). Este tipo penal tiene, en realidad, un espectro más amplio que los casos de gestación subrogada y, a su vez, no todos estos entran dentro de su ámbito de aplicación.

En cuanto a la jurisprudencia, en el ámbito del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha logrado sortear pronunciarse de forma expresa sobre la cuestión de fondo derivada de estos contratos, cual es la propia validez del contrato (VILAR GONZÁLEZ, S.: "Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, p. 92).

Por lo que respecta al Tribunal Supremo español, su postura es (aparentemente) muy clara: se opone a la validez de estos contratos, que son nulos en virtud del art. 10.1.º LTRHA, realizando una dura crítica de esta práctica, si bien los casos que se le han presentado no versaban directamente sobre la validez de estos contratos, como se verá (SSTS 6 febrero 2014, 31 marzo 2022 y 4 diciembre 2024).

Por su parte, en la doctrina científica es posible encontrar posiciones muy diversas que podrían, a su vez, ser clasificadas conforme a diversos criterios, si bien en este punto baste señalar tres grupos de autores por su postura en torno a una futura regulación de los contratos de gestación subrogada en Derecho

español: 1) aquellos que, con independencia de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, consideran que el contrato es nulo igualmente, por ser contrario a los principios de indisponibilidad del cuerpo humano (funciones reproductivas y de gestación) y del estado civil (por pretender alterar las normas de determinación de la filiación) y por la ilicitud de su causa (DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, p. 351), o por ilicitud de su objeto (PANTALEÓN PRIETO, F., “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, p. 27); 2) autores que defienden que deben prohibirse estos contratos, o cuanto menos hacerse una regulación “restrictiva”, por atentar contra la dignidad de la mujer gestante (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Con la naturaleza hemos topado: Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo Derecho de familia”, *Prudentia Iuris*, núm. Aniversario, 2020, p. 320), y 3) otros que abogan por que el legislador se pronuncie y regule el contrato de gestación subrogada en España, así como los efectos de las resoluciones extranjeras por las que se determina la filiación derivada de estos contratos. Un sector autorizado de la doctrina ya se pronunció bajo la vigencia de la ley anterior sobre la excesiva simplicidad del art. 10 LTRHA (RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “*¿Mater semper certa est?* Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, núm. 1, 1997, p. 16).

No obstante, dentro de estos últimos autores, no debe pensarse que constituyen un grupo homogéneo, pues la intensidad de su propuesta y las razones por las que exigen la actuación del legislador pueden ser bien diferentes. En aras de la brevedad, acaso sea más fácil destacar algunos puntos donde suelen confluir: la nulidad de los contratos ex art. 10 LTRHA es una opción de política legislativa y es posible la regulación dentro del marco constitucional, siendo la clave el respeto de la dignidad de la mujer y del interés superior del menor, y la mayoría suele coincidir en que lo importante es que el legislador se pronuncie, en el sentido que sea, prohibiendo o acogiendo la figura, pero que se pronuncie (CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: *Una mirada al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 79; ROCA TRÍAS, E.: “*Dura lex sed lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en AA.VV.: Monográfico dedicado a: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA, E. FARNÓS AMORÓS, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 69, núm. 2179, 2015, pp. 334-335; TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, p. 293), si bien algunos llegan más lejos y se atreven a proponer algunas pautas (CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 36-39; FARNÓS AMORÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, *Indret: Revista para el Análisis*

del Derecho, núm. 1, 2010, pp. 22-23; GARCÍA RUBIO, M^a. P. y HERRERO OVIEDO, M.: "Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 85-86; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C. y SOLÉ RESINA, J.: "Panorámica del Derecho de familia después de la Constitución de 1978. El Derecho de familia de la postmodernidad", *Revista Jurídica de Les Illes Balears*, núm. 22, 2022; MÚRTULA LAFUENTE, V.: "A vueltas con la gestación por sustitución y filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la STS, 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, 2023, p. 108; VILAR GONZÁLEZ, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 900-902, 912-913 y 927-928), o incluso hacer propuestas de *lege ferenda* (VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011).

Ese desarrollo normativo serviría, al menos, para dar solución a la situación de inseguridad jurídica provocada por la incoherencia y contradicciones entre la normativa española, la jurisprudencia o las resoluciones de la (hoy) Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP), que han creado un panorama donde, pese a la nulidad de los contratos de gestación subrogada, se haya permitido en muchos casos la inscripción registral de la filiación determinada en su virtud (VILAR GONZÁLEZ, S.: "Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, p. 93; en sentido parecido, VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés superior", *cit.*).

III. LA STS 4 DICIEMBRE 2024 Y DOCTRINA SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.

En el presente apartado se realiza un análisis crítico de los fundamentos que forman parte de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS en la sentencia objeto de este comentario, con atención a sus decisiones anteriores, la jurisprudencia del TEDH y las observaciones de la doctrina científica.

La doctrina sintetizada *supra* puede colegirse de los fundamentos de Derecho tercero y quinto (FD 3.º y 5.º) (donde se analizan y desestiman los motivos del recurso de casación segundo y cuarto).

I. El contrato de gestación subrogada es contrario al orden público.

Los recurrentes basan su segundo motivo del recurso en la vulneración del principio del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1.º CE, pues la no

inscripción de la filiación de los menores en favor de los recurrentes los colocaría en una “situación de vulnerabilidad y exposición” frente a terceros. La *ratio decidendi* de la Sala en relación con el rechazo de la correspondiente inscripción en relación con la desestimación de este motivo es que hacerlo vulneraría el orden público (FD 3.º).

La Sala confirma que el auto recurrido aplica la norma correcta, esto es, el art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, ya que lo que se le plantea es el reconocimiento de una resolución extranjera y ese precepto regula las causas de denegación del reconocimiento, entre las que se halla ser “contrarias al orden público”.

Cabe entonces preguntarse qué lleva a la Sala a entender que se ha vulnerado el orden público. La argumentación gira, en realidad, en torno a la vulneración de los derechos fundamentales, cuyo respeto forma parte, desde luego, del orden público español.

En sus anteriores decisiones en la materia, la Sala ya defendía esta postura por la que entendía que el contrato de gestación subrogada y el reconocimiento de sus efectos en España vulneraría el orden público, “entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan” (STS 6 febrero 2014, FD 3.º). En este sentido, entendía dentro de ese orden público derechos humanos y derechos fundamentales cuya fundamentación varía en función de la sentencia, lo que es tratado en el siguiente subapartado. Sin embargo, a diferencia de las anteriores, en la STS 4 diciembre 2024 la Sala no relaciona la nulidad del contrato de gestación subrogada ex art. 10 LTRHA con el orden público (STS 6 febrero 2014, FD 3.º; STS 31 marzo 2022, FD 3.º). No obstante, esta sentencia trae a colación la Ley 1/2023, de 28 de febrero, que contempla la gestación subrogada como una forma de violencia contra las mujeres e insiste en la nulidad de los contratos de estos contratos en el ordenamiento jurídico español, para declarar que “Estas novedades legislativas no hacen sino confirmar que la gestación subrogada es contraria a nuestro orden público”.

Por su parte, debería desarrollarse por qué se entiende que el art. 10 LTRHA forma parte del orden público español. El TS no lo ha hecho y su razonamiento sería necesario, tal y como ha señalado un sector de la doctrina (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario la Ley*, núm. 10069, 2022). Puede deberse a que la normativa sobre filiación está compuesta por normas imperativas que afectan al estado civil y, por lo tanto, son de orden público (VELA SÁNCHEZ, A. J.: “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada

del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013); también se ha señalado que se debe a que el precepto responde al principio “de que no pueden ser objeto del tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer” (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación”, cit., p. 357).

El TEDH ha reconocido a los Estados un amplio margen de apreciación en materia de contratos de gestación subrogada (pueden regularlos o no hacerlo, o prohibirlos), por lo que estos pueden oponer la cláusula de orden público cuando consideren que las normas y principios que lo constituyen se ven comprometidas. No obstante, al mismo tiempo, ha advertido que la invocación del orden público no podrá vulnerar derechos fundamentales de las personas menores (entre ellos, el derecho a su vida privada y familiar) y que el Derecho del Estado debe contemplar otras formas o procedimientos para determinar con celeridad esa filiación. Dicho de otro modo, la aplicación de la cláusula debe ser proporcional, ponderarse con el interés del menor y, en última instancia, no puede pasar por encima de este (STEDH 26 junio 2014, as. *Mennesson c. Francia*, ap. 84; STEDH 24 enero 2017, as. *Paradiso y Campanelli c. Italia*, ap. 192-194).

En este sentido, en el ámbito de la UE, el interés superior del menor se erige como principio de “consideración primordial” en los procedimientos que versen sobre personas menores de edad, sean estos concluidos por autoridades públicas o entes privados (cfr. art. 24.2.º CDFUE).

En definitiva, puede invocarse el orden público para evitar que los contratos de gestación por sustitución o, mejor dicho, las resoluciones que determinan la validez de la filiación que en su virtud tiene lugar, surtan efectos en España; pero de ningún modo puede contravenirse el interés superior del menor; y esta es asimismo la interpretación que hacen otros autores (ANDREU MARTÍNEZ, B.: “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10º bis, 2019, p. 83; FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, núm. 1, 2015, p. 47).

2. El contrato de gestación subrogada vulnera los derechos fundamentales.

La relación entre el orden público y los derechos fundamentales es obvia, puesto que el respeto de estos forma parte de aquel, y en este sentido el TS argumenta que el reconocimiento de los efectos de la resolución extranjera sería contrario al orden público por vulnerar derechos fundamentales. Véanse ahora cuáles son esos derechos fundamentales a los que se refiere la Sala en su FD 3.º (sean derechos humanos positivados en las declaraciones y convenios

internacionales, sean también derechos fundamentales garantizados como tales en la Constitución española o dotados de una tutela reforzada).

La Sala Primera entiende que es la formalización del contrato de gestación por sustitución lo que vulnera la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del hijo (art. 10.1 CE), por ser tratados como objetos; asimismo, los derechos de ambos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y, finalmente, el derecho de las personas menores a conocer su origen (art. 7 CDN). Las demás normas que cita, o no regulan en sí derechos fundamentales, o en realidad son resoluciones o informes jurídicamente no vinculantes. Esto no deja de ser curioso, pues lo que al tribunal se le plantea, como afirma después, es el reconocimiento de efectos de la resolución extranjera por la que se determina la filiación conforme a un contrato de gestación subrogada.

En cuanto a la argumentación, el por qué se entienden vulnerados estos derechos en el caso concreto, no parece deducirse de los fundamentos del Tribunal. Lo que se hace es un alegato en contra de los contratos de gestación subrogada en general. No afirmo, con ello, que en el supuesto concreto de la sentencia no hayan podido vulnerarse derechos fundamentales de la madre gestante o de la persona menor; lo que intento exponer es que la Sala acaso debiera haber juzgado el caso concreto del que estaba conociendo.

Entre los que ofrece, la gran mayoría son argumentos desarrollados en las STS 6 febrero 2014 y STS 31 marzo 2022. Lo novedoso (y a la vez contradictorio) está en afirmar que lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante y de la persona menor es la suscripción del contrato en sí, al ser tratados como meros objetos. Y digo contradictorio, porque un poco después afirma que la técnica a aplicar es la del reconocimiento, y el reconocimiento no puede ser de un contrato, sino de una resolución extranjera, luego, técnicamente, lo que interesaría sería valorar si la resolución cuyos efectos se pretenden en España vulnera los derechos fundamentales y argumentar por qué.

Insisto en que no pongo en duda el riesgo de vulneración de los derechos a los que el Tribunal se refiere mediante el recurso a la gestación subrogada. Pero entiendo que la Sala podría haberlo fundamentado mejor. Hay incluso, otras normas que podrían alegarse, aparte de las citadas en esta o las otras decisiones de la Sala (entre otros, art. 4 DUDH, art. 4.1.º CEDH, arts. 1, 3, 5.3º y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE).

En el ámbito del Consejo de Europa, de un lado, artículo 8 CEDH no se pronuncia expresamente sobre el derecho a conocer los orígenes, pero el TEDH ha interpretado este derecho como integrado en el de respeto a la vida privada y familiar (STEDH 13 de febrero de 2003, as. *Odièvre c. Francia*, ap. 46, y STEDH 25

septiembre 2012, as. *Godelli c. Italia*, ap. 52). En este sentido, un sector de la doctrina mantiene firmemente que el derecho del menor a conocer sus orígenes debe culminar en la eliminación del anonimato en la donación de gametos y en atender al fenómeno de la pluriparentalidad (que a una persona puedan constarle más de dos progenitores [GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C. y SOLÉ RESINA, J.: *Actualización del Derecho de filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 69, 70, 127 y 129]).

De otro lado, cuando se prohíbe la maternidad subrogada en los Estados demandados con el fin de proteger los intereses, tanto de las mujeres en riesgo de verse abocadas a ello como de los niños a conocer sus orígenes, la denegación del reconocimiento de la filiación derivada de estos contratos tiene un objetivo legítimo, cual es proteger los derechos y libertades de los demás (STEDH *Mennesson*, ap. 62, *Paradiso*, ap. 177, y STEDH 18 mayo 2021, as. *Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*, ap. 65).

Como se puede observar, y si se pone en relación con la jurisprudencia del TEDH citada a propósito del orden público, también hay cuestiones contradictorias en las resoluciones del TEDH, si bien se ha afirmado que si hay algo de lo que no cabe duda es que se considera un atentado contra los derechos fundamentales del menor el no contemplarse cualquier fórmula que permita la determinación de su filiación cuando hay vínculo genético (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Nuevas y viejas, cit., p. 634; CAÑIZARES LASO, A.: “Paradiso y Campanelli c. Italia. Un caso para la reflexión”, en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho*, cit., p. 661).

En fin, las técnicas de reproducción asistida entrañan, muchas veces, problemas cuyas soluciones son muy cuestionables, pero lo que es incuestionable es que la principal limitación se halla en el respeto de los derechos fundamentales de los implicados (ROCA TRÍAS, E.: “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 7, núm. 1, 1999, pp. 1 y 14).

3. El orden público no es contrario al interés del menor, sino el marco dentro del cual debe satisfacerse.

La Sala pone la guinda en su FD 5.º, al pronunciarse sobre la desestimación del cuarto motivo del recurso de casación (vulneración del “principio superior de protección de los menores”).

Dentro de los argumentos de la Sala, lo que aquí interesa es la parte donde manifiesta que el interés del menor debe interpretarse dentro del marco del ordenamiento jurídico, que en esta materia se identifica con que se verifique 1) la ruptura de todo vínculo con la madre gestante, 2) la realidad de una filiación paterna biológica y 3) que el menor forme parte de un núcleo familiar estable, lo que se consigue mediante el recurso a tres figuras jurídicas: filiación biológica

paterna, adopción y acogimiento familiar. Las soluciones indicadas satisfacen el interés superior del menor al mismo tiempo que se respetan los derechos fundamentales tanto de este como de la madre gestante; en caso contrario, ambos devendrían "gravemente lesionados", pues se favorecería la extensión de la práctica de estos contratos por personas que pretendieran sus efectos en España (cita a este respecto el Dictamen Consultivo del TEDH, de 10 de abril de 2019). Esto además queda garantizado en el sistema jurídico español a través de la intervención del Ministerio Fiscal en estos asuntos y las funciones que aquel le otorga en cuanto a la protección de las personas menores de edad.

Esta doctrina no supone un gran cambio con la anterior de la Sala, si bien en este punto se ve reforzada, al argumentar y dejar bien claro que el interés del menor debe interpretarse dentro del marco del ordenamiento jurídico, y no fuera de este. Se debe destacar la STS 6 febrero 2014. En ella el TS sí recogía las normas jurídicas internacionales e internas que regulan el interés superior de menor, que en la sentencia objeto del presente comentario se obvian. Tiene en cuenta el carácter primordial del interés del menor, pero advierte que al intentar concretarlo se debe hacer una ponderación de todos los demás derechos dignos de protección, entre ellos nombra la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, con especial consideración a las mujeres vulnerables en situación de pobreza (FD 5.º). No creo que le falte razón, pero dudo si la Sala efectúa tal ponderación en el caso concreto que está conociendo. Más aún, en la STS 4 diciembre 2024 el TS va más lejos y afirma que "Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor" y que, por ello, el reconocimiento de la resolución es contrario al orden público.

Como ya se ha puesto de relieve al tratar la cuestión del orden público, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, en la ponderación de intereses en juego el interés del menor debe primar, al menos en lo que atañe a sus derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a su vida privada y familiar, y la doctrina del TS afirma lo contrario (FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada", cit., p. 47; VILAR GONZÁLEZ, S.: *Madre legal*, cit., 2023, p. 231).

La argumentación del TS es como *la pescadilla que se muerde la cola*: el interés del menor debe satisfacerse dentro del marco del orden público. Pero, ¿no es el interés del menor uno de los principios que forma parte de ese orden público? (ROCA TRÍAS, E.: "Dura lex", cit., p. 332). Parece referirse al interés del menor como si se tratara de un elemento externo que debiera ajustarse al orden público español, pero, a mi juicio, el orden público es lo que es por los principios y normas que lo conforman, entre ellas, este principio y, en este sentido, un sector de la

doctrina recuerda que lo que se entiende por orden público hoy, puede no serlo mañana, precisamente por la introducción de nuevas normas y nuevos principios en un ordenamiento jurídico (VILAR GONZÁLEZ, S.: *Madre legal*, cit., 2023, p. 215).

Además, otro error en el que incurre la Sala es que, en muchos de sus alegatos, se refiere a los contratos de gestación subrogada de forma genérica, en lugar de ceñirse al caso concreto que se le presenta (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución, cit., al referirse al FD 3.º de la STS 31 marzo 2022).

En cualquier caso, lo recriminable no es la negativa de la Sala a no reconocer los efectos de una resolución basada en un contrato que es, hoy por hoy, nulo en España y, al menos algunos de ellos, seguro que contrarios al orden público y a los derechos fundamentales. Lo que es del todo incoherente es la postura que viene manteniendo el Tribunal consistente, de un lado, en demonizar estos contratos y, de otro, en permitir que, finalmente, la finalidad perseguida por quienes han actuado en fraude de ley se vea consumada por otras vías, pues el mismo Tribunal se aventura a adelantar que el resultado de las otras formas legales de determinación de la filiación será positivo (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución, cit., al referirse al FD 3.º de la STS 31 marzo 2022; FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación 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*, vol. 75, núm. 3, 2022, pp. 1283-1284, 1293, 1296 y 1306).

Además, se ha puesto de manifiesto la falta de idoneidad de la adopción, tal y como está configurada actualmente, para resolver los problemas derivados de la gestación subrogada, y no siempre es posible (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución, cit., al referirse al FD 3.º de la STS 31 marzo 2022; MÚRTULA LAFUENTE, V.: “A vueltas, cit., p. 133).

En realidad, el último pronunciamiento del TS es una manifestación más de lo que muchos autores vienen advirtiendo: que el intérprete del Derecho no cuenta con las herramientas adecuadas y, por ello, no puede dar una solución satisfactoria, incluso aunque pudiera haberlo hecho mejor, por lo que es ineludible una regulación legal, en el sentido que sea, pero, en última instancia, con respeto a los derechos fundamentales de la mujer gestante y la persona menor gestada (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución, cit., al referirse al FD 3.º de la STS 31 marzo 2022; VILAR GONZÁLEZ, S.: “Exequatur de sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, p. 1211).

IV. CONCLUSIONES.

Del cuerpo del trabajo se extraen las siguientes conclusiones:

Primera.- La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en los casos de reconocimiento de una resolución extranjera que determina la filiación de una persona menor conforme a un contrato de gestación subrogada y de determinación de la filiación por posesión de estado que tiene como origen un contrato de gestación subrogada gira en torno a dos ideas clave: a) que estos contratos son contrarios al orden público español por vulnerar los derechos fundamentales de la mujer gestante y de la persona menor gestada, en concreto, su dignidad y libre desarrollo de la personalidad, su integridad física y psíquica y el derecho de la persona menor a conocer sus orígenes, y b) que el interés del menor debe interpretarse dentro del marco del orden público español.

Segunda.- La STS 4 diciembre 2024 no supone un cambio significativo con respecto a la doctrina anterior de la Sala, pero introduce algunos matices: de modo particular, refuerza la tesis acerca de que, en la labor de interpretación del interés del menor, esta debe tener lugar dentro del marco del orden público, con el que no puede haber contrariedad, y se deben ponderar todos los derechos en juego. Por un lado, el problema está en que, tal vez, la Sala no ha realizado esa ponderación *in casu*. Por otro lado, y en mi opinión, cabe preguntarse si acaso el interés del menor puede ser interpretado fuera del marco del orden público, pues, recuérdese, aquel forma parte de este y, además, el interés del menor es el que es: ni el que resulta de la apreciación subjetiva de quien lo invoca ni el que resulta de su adaptación a otras normas.

Tercera.- No cabe duda de que, en Derecho español, los contratos de gestación subrogada son nulos de pleno derecho y que su conclusión constituye un riesgo para los derechos fundamentales. De un modo particular, para la dignidad de la mujer gestante.

Cuarta.- No obstante, también está claro que el orden público español está formado, no solo por principios y normas de derecho interno, sino también por aquellos que se derivan de sus obligaciones internacionales y transnacionales, y es ahí donde cobra relevancia la jurisprudencia del TEDH en la materia, que, aunque no carente de incertidumbres, sí deja bien claro que el interés superior del menor debe prevalecer en todo caso, al menos en lo que se refiere a sus derechos fundamentales y, en particular, al derecho a su vida privada y familiar.

Quinta.- Como ocurre en muchas ocasiones, acaso la Sala hubiera podido argumentar mejor aquello que intenta defender y, sobre todo, ser coherente en su postura, en lugar de acabar facilitando el resultado pretendido con los contratos

de gestación subrogada recurriendo a otras vías legales para determinar la filiación. Si se asume que el contrato vulnera la dignidad de la mujer y el interés del nacido, y por eso no se reconocen la filiación así determinada, de ningún modo tendría que darse una salida.

Sexta.- Se debe reconocer, sin embargo, y como ya han señalado otros autores, que el intérprete del Derecho no cuenta con las herramientas adecuadas, por obsoletas y por inapropiadas; de ahí que la jurisprudencia del TS constituya un “parche” y no carezca de contradicciones.

Séptima.- Por todo ello, es imperiosa la actuación del legislador; pues lo que está claro es que la mera declaración de nulidad de los contratos resulta muy insuficiente. La prohibición u admisión de los contratos de gestación subrogada en España, así como las vicisitudes sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras para proteger los derechos humanos de la persona menor; son tareas que el legislador debe acometer mediante un desarrollo bien sopesado. La labor del legislador es sumamente difícil y delicada y, sobre todo, incómoda, pero también es necesaria, como ha ocurrido con otras reformas en materia de familia y ocurrirá con las que están pendientes. Solo una cosa está clara: tiene como guía y límite el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas implicadas, en especial, debe combinar el respeto de la dignidad de la mujer gestante y del interés superior del menor. No lo tiene nada fácil.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M^a. P. GARCÍA RUBIO, coord. por J. AMMERMAN YEBRA et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AA.VV.: Monográfico dedicado a: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda, E. Farnós Amorós, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 69, núm. 2179, 2015.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022", *Diario la Ley*, núm. 10069, 2022.

ANDREU MARTÍNEZ, B.: "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10º bis, 2019.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D.:

- "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.
- *Una mirada al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016.

FARNÓS AMORÓS, E.:

- "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010.
- "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, núm. 1, 2015.
- "La filiación 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*, vol. 75, núm. 3, 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a. P. y HERRERO OVIEDO, M.: "Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C. y SOLÉ RESINA, J.:

- *Actualización del Derecho de filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- "Panorámica del Derecho de familia después de la Constitución de 1978. El Derecho de familia de la postmodernidad", *Revista Jurídica de Les Illes Balears*, núm. 22, 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Con la naturaleza hemos topado: Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo Derecho de familia", *Prudentia Iuris*, núm. Aniversario, 2020.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "A vueltas con la gestación por sustitución y filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la STS, 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, 2023.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "¿*Mater semper certa est*? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, núm. 1, 1997.

ROCA TRÍAS, E.: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y Salud*, vol. 7, núm. 1, 1999.

TAMAYO HAYA, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.:

- "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013.
- "La STS (1.^a Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?", *Diario La Ley*, núm. 10594, 2024.
- "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011.

VILAR GONZÁLEZ, S.:

- "Exequatur de sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020.
- *Madre legal, abuela biológica: sobre la filiación, la fecundación post mortem y otras cuestiones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- "Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023.
- "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

INDEMNIZACIÓN AL ARRENDATARIO: ANÁLISIS DE
LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY DE
ARRENDAMIENTOS URBANOS. COMENTARIO A LA
STS DE ESPAÑA NÚM. 877/2024, DE 19 DE JUNIO DE
2024 (ECLI:ES:TS:2024:3542).

COMPENSATION TO THE RENTER: ANALYSIS OF THE
REQUIREMENTS OF ARTICLE 34 OF THE URBAN LEASE
LAW. COMMENTARY OF THE SPANISH SUPREME
COURT JUDGEMENT NUMBER 877/2024, 19TH JUNE
(ECLI:ES:TS:2024:3542).

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 742-751

Manuel PATUEL
PARDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Este comentario se centra en el análisis de una Sentencia del Tribunal Supremo de España que resuelve acerca de la concurrencia de los requisitos del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en el seno de una reclamación indemnizatoria. La Sentencia analiza la existencia de tales requisitos en el supuesto de hecho, haciendo hincapié en aquéllos que son controvertidos. La Sentencia reconoce la concurrencia de los requisitos y por lo tanto el nacimiento del derecho de indemnización.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos Urbanos; Indemnización por pérdida de clientela; análisis de los requisitos legales del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; concepto de local comercial y de bar.

ABSTRACT: *This commentary focuses on the analysis of a ruling by the Supreme Court of Spain that resolves on the concurrence of the requirements of article 34 of the Urban Leasing Law within a claim for compensation. The ruling analyses the existence of such requirements in the case at hand, emphasizing those that are controversial. The ruling recognizes the concurrence of the requirements and therefore the birth of the right to compensation.*

KEY WORDS: *Urban Leases; compensation for loss of clientele; analysis of the legal requirements of article 34 of the Urban Leases Law; concept of commercial premises and bar.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EXAMEN DE LAS CUESTIONES ORBITANTES.- I. Ausencia de renuncia expresa.- 2. Tipología de la indemnización.- 3. No existencia de derecho de retención del inmueble.

SUPUESTO DE HECHO

1º) El caso planteado, en cuanto a sus hechos, se desarrolla de la siguiente manera. La entidad mercantil “Fox Old S.L.” arrienda un local comercial a la entidad mercantil “Danisa World S.L.”, para uso distinto de vivienda en el año 2004, por un plazo de 10 años. Con anterioridad a la finalización de tal plazo, la entidad arrendataria formula petición a la entidad arrendadora para renovar el contrato por el mismo plazo. Pese a ello, finalmente, las partes pactan un adendum en que prorroga el contrato dos anualidades más, sin posibilidad a ninguna anualidad adicional.

2º) Con carácter previo al cumplimiento del plazo de la prórroga, la entidad arrendataria manifiesta, nuevamente, su intención de renovar el contrato por un plazo de diez años, no obstante, la entidad arrendadora indica que su voluntad es la de finalizar el plazo de la prórroga y dar por finalizado el contrato definitivamente, lo cual ocurre sin ninguna incidencia. Es necesario indicar para entender el desarrollo de los acontecimientos posteriores que en ningún caso, ni en el contrato original, ni en el adendum posterior, se hace referencia alguna a la exclusión de la indemnización prevista en el art. 34 LAU, y así lo expone el propio Tribunal, pese a los argumentos en contra de la recurrente.

3º) Con posterioridad, la entidad mercantil “Fox Old S.L.” interpone una demanda contra la entidad mercantil “Danisa World S.L.” reclamando una indemnización de 96.000 euros en virtud del art. 34 LAU. En dicha primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia desestima tal pretensión, interponiéndose a tal efecto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la cual entendió que sí que existía el derecho a la meritada indemnización debido a que se cumplían los requisitos del art. 34 LAU.

4º) Contra dicha Sentencia estimatoria, la entidad “Danisa World S.L.” formula recurso de casación, del cual deriva la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de análisis.

• Manuel Patuel Pardo

Graduado en Derecho por la Universitat de València. Becario de colaboración en el Departamento de Civil de la Universitat de València (2023-2024). Actualmente, Becario de iniciación a la investigación en el Departamento de Civil de la Universitat de València. Estudiante del Máster de Abogacía y Procura en la Universitat de València.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Son requisitos para que proceda la indemnización del art. 34 LAU:

1º) En primer lugar, que no exista renuncia a ella. Se trata uno de los puntos que la parte apelante trata de entrar a discutir pero que resultan del todo marcanos los argumentos, es decir, la supuesta renuncia tácita a la indemnización del art. 34 LAU por la suscripción del adendum en que se marca una prórroga de dos años. En este sentido, conforme indica nuestro Alto Tribunal, el derecho de indemnización que se discute es de carácter eminentemente dispositivo, por tanto, las partes, atendiendo al art. 1255 CC y al art. 4.3 LAU tienen la capacidad de renunciar al mismo. No obstante, ello no ocurre en el presente caso, ni de manera expresa ni de manera tácita, debido a que del clausulado contractual no subyace dicha renuncia. A estos efectos, resulta del todo esclarecedora la siguiente conclusión del TS: "No hay conexión lógica racional entre la duración del contrato por dos años más con la renuncia a la indemnización postulada en la demanda". Para más inri, en la propia Sentencia se hace mención a que la renuncia a la indemnización contemplada en el art. 34 LAU es una práctica habitual en esta clase de contratos, pero que en este caso no se produce.

2º) En segundo lugar, que exista un contrato de arrendamiento suscrito entre las partes para uso distinto de vivienda. Esta cuestión, es, en el supuesto planteado, incontrovertida, ninguna de las partes la niega, por lo que el propio Tribunal obvia un análisis pormenorizado. A este respecto, el contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda ha de ser considerado en los términos y requisitos que exige el art. 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

3º) En tercer lugar, que en el local sobre el que recaiga el contrato de arrendamiento se haya venido ejerciendo una actividad comercial de venta al público durante los últimos cinco años. Dicho plazo, conviene el Tribunal, se trata de un tiempo mínimo consecuente para la formación de una clientela habitual. Este es el punto más analizado en la Sentencia, y el motivo fundamental es el de establecer una conexión entre la actividad llevada a término, y que la misma pueda considerarse como venta al público. La parte recurrente argumenta que no existe la conexión indicada en la actividad llevada a cabo en el local comercial objeto del arrendamiento, es decir, que una actividad de "bar con terraza" no puede considerarse como actividad comercial de venta al público. Esto no es atendido por nuestro Alto Tribunal, que en sintonía con la Sentencia de segunda instancia, estima que la actividad de "bar con terraza" es susceptible de generar una clientela en el local, y por tanto, que ello puede reportar un valor económico adicional a la mera actividad comercial. Por lo tanto, concluye el Tribunal en este punto lo siguiente: "(...) fidelización de clientes que es susceptible de ser disfrutada por quien sustituya al arrendatario en el tráfico mercantil".

En relación con ello, es necesario entender que el objetivo que persigue la indemnización indicada por el art. 34 LAU es el de dotar de la importancia que la clientela que una actividad comercial de venta al público tiene, y por ello, evitar el desequilibrio y perjuicio que la pérdida de tal clientela, que siendo la misma actividad se va a mantener, va a suponer en el arrendatario que ve extinguido su contrato de arrendamiento, y que irremediablemente pierde en su nuevo negocio la clientela que fidelizó en el antiguo.

4º) Por lo que se refiere al cuarto de los requisitos, el mismo hace referencia que haya transcurrido la totalidad del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, por tanto, que el mismo se encuentre extinguido, lo cual hace referencia a que la indemnización nunca podrá ser reclamada con anterioridad a la finalización del meritado contrato. En el presente caso es una cuestión incontrovertida que el Tribunal Supremo no analiza en profundidad.

5º) En cuanto al quinto requisito, el art. 34 LAU hace referencia a que, con un plazo de 4 meses de anterioridad a la finalización del contrato de arrendamiento, el arrendatario tendrá que manifestar al arrendador su voluntad de renovar el contrato, con dos condiciones adicionales, que tal renovación sea por un periodo mínimo de 5 años, y que la renta sea de mercado. Este requisito queda constancia que fue cumplimentado por la entidad arrendataria.

6º) Una vez atendidos estos requisitos, nuestro ordenamiento, en cuanto a la consecuencia jurídica del art. 34 LAU, es decir, la indemnización, establece dos posibles vías según las circunstancias. Por una parte, en el supuesto de que el arrendatario iniciara, en los seis meses siguientes a la extinción del contrato, la misma actividad a la que se hubiera venido dedicando en el mismo municipio en el que se encontraba el local arrendado, la indemnización comprenderá los gastos de traslado, los perjuicios derivados de la pérdida de clientela. Por otra parte, en el supuesto de que el arrendatario iniciara otro tipo de actividad o no iniciara actividad alguna, sumado a que en el local que estaba arrendado se desarrolle la misma actividad que se desarrollaba cuando el inquilino era el anterior arrendatario, la indemnización consistirá en una mensualidad por cada año de duración del contrato, con un máximo de 18 mensualidades.

7º) En el presente caso, considera el Tribunal Supremo que, pese a que la entidad arrendataria llevaba a cabo la misma actividad en el mismo municipio con otros locales, la misma era anterior a la extinción del contrato, por lo que no nos encontramos, en cuanto al cálculo de la indemnización, ante el primero de los supuestos, sino respecto del segundo, ratificando por lo tanto el Tribunal Supremo la Sentencia de la Audiencia Provincial.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El presente trabajo tiene la pretensión de analizar, pormenorizadamente, cuáles son los requisitos y los supuestos de hecho dimanantes del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante "art. 34 LAU"), todo ello, pivotando alrededor de la reciente Sentencia de nuestro Alto Tribunal al respecto, así como de los criterios que, en cada caso concreto, han ido adoptando las Audiencias Provinciales.

A este respecto, y atendiendo a todo lo expuesto por la STS 19 de junio 2024 nº 877/2024 (Núm. Rec. 4135/2019) previamente expuesta, la misma establece y analiza sistemáticamente los requisitos del art. 34 LAU, y los desglosa en los siguientes:

a) Que nos hallemos ante un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda en los términos del art. 3 LAU.

b) Que en el local sobre el que recaiga el contrato de arrendamiento se haya venido ejerciendo una actividad comercial de venta al público durante los últimos cinco años.

c) Que haya transcurrido el plazo de vigencia del contrato suscrito. Ello hace referencia a la extinción del meritado contrato de arrendamiento por el transcurso del tiempo del mismo o por causas no imputables al arrendador.

d) Que el arrendador haya manifestado con una antelación mínima de cuatro meses a la expiración del contrato de arrendamiento su voluntad de novar el mismo, por un plazo mínimo de cinco años y por una renta de mercado.

e) Tipología de la indemnización según el tipo de actividad que desarrolle posteriormente el arrendatario y la actividad que se desarrolle en el local arrendado.

Estos son los requisitos que nuestro Alto Tribunal analiza en su Sentencia, y son requisitos que, en todo caso, es necesario que se atienda a los mismos no como entidades estancas y fijas, sino que son criterios que deben aplicarse al caso concreto, y que pueden mutar según las circunstancias concretas del caso.

En todo caso, a parte de estos criterios, que son los básicos, también es necesario partir de otras premisas que a continuación se enumeran:

a) Que el derecho de indemnización del art. 34 LAU no haya sido expresamente excluida en el contrato de arrendamiento.

b) Que no se produzca una retención indebida del inmueble arrendado en virtud del art. 34 LAU, debido a que el mismo no es uno de los supuestos de retención legítima contemplada en nuestro ordenamiento jurídico.

II. EXAMEN DE LAS CUESTIONES ORBITANTES.

I. Ausencia de renuncia expresa.

El requisito de la ausencia de renuncia expresa en el seno del contrato de arrendamiento para que pueda existir el derecho de indemnización dimanante del art. 34 LAU es elemental, en el sentido que se trata de un derecho enteramente disponible por las partes, lo que supone que, en atención al art. 1255 CC, y, además, de forma más concreta, tal renuncia es permitida literalmente por el art. 4.3 LAU, que, en los arrendamientos para uso distinto de vivienda, permite una mayor disponibilidad de las normas aplicables por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Si bien es cierto que tal requisito es tratado por la meritada Sentencia del Tribunal Supremo, lo cierto es que no se profundiza en exceso, en el sentido que no es el objeto principal de la resolución.

Por lo tanto, resulta pertinente hacer referencia a otras resoluciones jurisdiccionales que ahondan más en este concreto requisito.

Por una parte, podemos encontrar la SAP Murcia (Sec. 5ª) 17 julio 2012 nº 269/2012 (Núm. Rec. 267/2012), la cual viene a hacer hincapié que, en ningún caso, el derecho reconoce por el art. 34 LAU tiene carácter imperativo, sino que el mismo puede ser renunciado libremente por la parte arrendataria, y ello con tanta amplitud como las partes contemplen, es decir, ello puede ser renunciado aunque nos encontramos ante un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación.

Por otra parte, resulta también pertinente mencionar la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 16 junio 2022 nº 292/2022 (Núm. Rec. 543/2021). Esta Sentencia, además de resaltar lo indicado previamente, pone en relación tal cuestión con el meritado art. 4.3 LAU, que permite la válida renuncia de tal indemnización, y con el art. 6 LAU, aunque en este caso desde una perspectiva negativa, en el sentido que el mismo indica la nulidad de las cláusulas que suponga una renuncia de derechos en el seno de contratos de arrendamiento de vivienda, sin hacer mención a los contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda, por lo que en contraste

cabe asumir la disponibilidad de derechos en tales contratos. Además, volviendo a hacer referencia a la posibilidad de que tal renuncia se incluya en el seno de unas condiciones generales de la contratación, se argumenta que ello en ningún caso supone un desequilibrio contractual o económico entre las partes.

2. Tipología de la indemnización.

El art. 34 LAU, conforme se ha indicado, una vez se han atendido a todos los requisitos necesarios para su sustanciación, requiere de otro requisito adicional, que puede dar lugar a distintos tipos de indemnización, en concreto a dos. Por tanto, en el supuesto de que la parte arrendataria haya iniciado, en el mismo municipio, dentro de los 6 meses posteriores a la extinción del contrato, la misma actividad, la indemnización deberá comprender, por una parte, los gastos de traslado, y por otra los perjuicios derivados de la pérdida de la clientela.

Por otra parte, la alternativa, de carácter complementario, que establece el apartado segundo en relación con la indemnización, hace referencia al supuesto de que, dentro de los 6 meses posteriores a la extinción del contrato, se haya iniciado una actividad diferente o no se haya iniciado actividad alguna. En este caso, además, se requiere de un requisito adicional, y es el de que en el inmueble previamente arrendado, el arrendador o un tercero, lleven a cabo la misma actividad o una afín es decir, aptas para beneficiarse de la clientela creada por el anterior arrendatario derivada de su actividad. En este caso, la indemnización será de una mensualidad por cada año de contrato, con un máximo de dieciocho mensualidades.

En relación con lo expuesto, resulta muy pertinente comentar de forma resumida la SAP Islas Baleares (Sec. 4ª) 9 febrero 2016 nº 253/2016 (Núm. Rec. 426/2015). En esta Sentencia, se plantea la vicisitud en cuanto a la aplicación de una de las formas expuestas previamente, debido a que, en todo caso, estima el Tribunal que el resto de requisitos del párrafo primero del art. 34 LAU confluyen, por lo que la cuestión jurídica es determinar si se cumplen los requisitos para alguna de las indemnizaciones previstas.

Atendido lo anterior, la cuestión principal reside en la interpretación acerca del desarrollo de la misma, de otra, o de ninguna actividad por la parte arrendataria en los seis meses siguientes a la finalización del contrato de arrendamiento. La Sala descarta de forma inmediata la primera de las formas de indemnización, en el sentido que es indubitado que el arrendatario no ha iniciado la misma actividad (o una afín) que llevaba a término (en el local arrendado) en la misma ciudad. Por lo tanto, la cuestión queda reducida a los requisitos requeridos por la segunda tipología de indemnización. En tal sentido, se pasa a analizar la intención del legislador con la expresión de que el arrendatario "no iniciara actividad alguna", en el sentido que el Tribunal considera que la misma no puede, en ningún caso,

ser equiparada con una situación de inactividad, es decir, se trata de conceptos distintos, y de hecho, en el supuesto indicado se considera que tal requisito es cumplido por la parte arrendataria, en el sentido que no inicia una actividad nueva, sino que continúa con la venía ejerciendo en el mismo local hasta que le lanzaron, pese a la extinción del contrato de arrendamiento, por lo que, en cuanto a la interpretación jurídica, el requisito para la segunda tipología de indemnización se cumple. Además, con posterioridad al meritado lanzamiento, el arrendador, de por sí o través de un tercero, realiza la misma actividad y se viene lucrando de la misma a costa del anterior arrendatario, acotando además la cuestión de la localización física del local, es decir, el Tribunal viene a indicar que, a los efectos del lucro de la parte arrendadora o de un tercero en cuanto a la misma actividad (o afín), no es necesario que sea exactamente el mismo local, sino que se encuentren en la misma finca, atendiendo al tenor literal del precepto y a la *ratio legis* pretendida por el legislador.

Por lo tanto, conforme el Tribunal va hilvanando sus criterios jurídicos en la anterior Sentencia, se puede observar como los criterios del art. 34 LAU han de ser siempre vistos bajo la luz de los hechos fácticos, siendo imposible realizar una interpretación absoluta de los mismos, en el sentido que nos encontraríamos ante casos absolutamente irresolubles o francamente perjudiciales para alguna de las partes, como es el contenido en la Sentencias la AP de las Islas Baleares, en el sentido que había existido un evidente enriquecimiento para la parte arrendadora por su actividad llevada a término que podría no haber sido reconocido de no ser por una interpretación totalizadora y cabal con el espíritu de la norma realizada por el Tribunal.

3. No existencia de derecho de retención del inmueble.

El art. 34 LAU es muy claro cuando, una vez establece todos los requisitos necesarios, así como la tipología de la indemnización, permite la reclamación de la misma, con un fundamento evidente, y es el de evitar que exista un enriquecimiento injusto por parte del arrendador o de un tercero por la clientela o negocio consolidado por el arrendatario. Incluso podría llegar a entenderse que se trata de una indemnización por los daños y perjuicios que tal pérdida de clientes o de negocio pudiera ocasionar en la parte arrendataria.

No obstante, tal justificación no otorga ningún derecho especial al arrendatario más allá de la eventual reclamación pecuniaria en los términos del art. 34 LAU. Es decir, no se otorga ninguna facultad distinta al arrendatario para hacer valer su derecho, y menos aún, la posibilidad de poder retener el bien inmueble con dicho fin, una vez ha finalizado el contrato de arrendamiento que le facultaba la posesión del meritado inmueble.

En este sentido, resulta relevante hacer mención a la SAP Islas Baleares (Sec. 5ª) 15 julio 2014 nº 216/2014 (Núm. Rec. 278/2014). En el supuesto de hecho tratado por la Sentencia no se discute tanto la existencia del derecho de indemnización por pérdida de clientela contemplado en el art. 34 LAU, o incluso de los eventuales daños y perjuicios dimanantes del art. 1101 CC, sino que se hace hincapié en la circunstancia de que la parte arrendataria, una vez finalizado el contrato de arrendamiento, no abandonó el bien inmueble, y cuando fue requerido su lanzamiento, intentó hacer valer un derecho de retención surgido de su derecho de indemnización por la pérdida de clientela.

Ante ello, y siguiendo el criterio marcado en Primera Instancia, la Audiencia resuelve claramente indicando que en nuestro ordenamiento no existe norma alguna que excluya la recuperación de la posesión material de un inmueble por la existencia de un eventual derecho de indemnización por pérdida de la clientela, en otras palabras, que no existe un derecho de retención en tal sentido, y que el mismo tampoco supone, a dichos efectos, un motivo fundado para la suspensión del procedimiento de desahucio por expiración del plazo del contrato de arrendamiento.

Se trata, en todo caso, de una interpretación cabal de Tribunal, en el sentido de que, además, en nuestro ordenamiento civil el derecho de retención se trata de una cuestión reservada a supuestos concretos y tasados, que se explicitan claramente, por lo que la interpretación para determinar su existencia ha de ser restrictiva.

PANORAMA



REGULACIÓN JURÍDICA Y PROTECCIÓN SOCIAL DE
LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN ECUADOR

*LEGAL REGULATION AND SOCIAL PROTECTION OF SELF-
EMPLOYED WORKERS IN ECUADOR*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 754-783

Rafael PARDO
GABALDÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de diciembre de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El sistema de protección social de los trabajadores autónomos en Ecuador representa un caso digno de análisis, no solo por sus diferencias con el caso español y europeo en general, sino también por la práctica igualdad con la que el sistema ecuatoriano trata a trabajadores autónomos y trabajadores asalariados en relación al contenido de las prestaciones económicas de seguridad social.

PALABRAS CLAVE: Trabajadores independientes; trabajadores autónomos; protección social; seguridad social.

ABSTRACT: *The social protection system for self-employed workers in Ecuador represents a case worthy of analysis, not only because of its differences with the Spanish and European case in general, but also because of the practical equality with which the Ecuadorian system treats self-employed workers and salaried workers in relation to the content of social security economic benefits.*

KEY WORDS: *Self-employed workers; self-employed workers; social protection; social security.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. REGULACIÓN NORMATIVA.- I. Concepto legal.- 2. Fuentes jurídicas.- III. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL.- I. Sistema de seguridad social en Ecuador.- 2. Financiación.- 3. Régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos.- IV. PRESTACIONES ECONÓMICAS DE SEGURIDAD SOCIAL.- I. Consideraciones previas.- 2. Seguro general de salud individual y familiar.- A) Maternidad.- B) Paternidad.- C) Enfermedad.- 3. Seguro de riesgos del trabajo.- A) Incapacidad temporal.- B) Incapacidad permanente parcial.- C) Incapacidad permanente total.- D) Incapacidad permanente absoluta.- 4. Seguro de pensiones.- A) Pensión de vejez.- B) Pensión de invalidez.- C) Pensiones de Montepío.- D) Auxilio por funerales.- V. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Antes de proceder a efectuar un análisis más exhaustivo, cabría analizar brevemente el contexto socio laboral dentro del cual se desenvuelve el colectivo de trabajadores por cuenta propia en el país ecuatoriano.

En primer lugar, cabe destacar el importante peso que ocupa el trabajo autónomo en relación a la población activa, representando el 44,8% de la misma en 2024¹, prácticamente triplicando la media española y europea. Pero conviene matizar que las altas tasas de autoempleo no solo están presentes en el caso ecuatoriano, siendo norma habitual dentro del continente latinoamericano, especialmente dentro de las economías menos prosperas. Y es que en general podemos llegar a la conclusión de que, a nivel mundial, a menor desarrollo económico, mayores tasas de autoempleo.

Respecto de los sectores predominantes dentro del colectivo de trabajadores independientes en Ecuador², destacan sobre manera los sectores del Comercio y de la Agricultura, ambos con prácticamente un 28% sobre el total³. Este último sector sobresale especialmente en relación a España, donde el sector agrícola -en claro declive en las últimas décadas- únicamente ocupa al 8% de los autónomos⁴.

1 "Encuesta Nacional, Empleo, Desempleo y Subempleo" 3° T 2024, *Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC)*, 2024.

2 DURÁN VALVERDE, F.: "Innovaciones en la extensión de la cobertura del seguro social a los trabajadores independientes experiencias de Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Francia y Uruguay", *International Labour Organization (OIT)*, 2013, p. 56.

3 LANAS MEDINA, E, BÁEZ VALENCIA, J.: "LINEAMIENTOS PARA LA REGULACIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ECUADOR", *REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE SOCIOLOGÍA DEL TRABAJO*, núm. 15, 2023, p. 77.

4 "Estadística de Personas Trabajadoras por Cuenta Propia afiliadas a la Seguridad Social", *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, abril 2024, p. 13.

• Rafael Pardo Gabaldón

Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y director del Máster de Abogacía, Procura y Práctica Jurídica en la Universidad Internacional de Valencia (VIU). <https://orcid.org/0000-0003-4067-6390>. Correo electrónico: rafaelpardo@icav.es.

Otro dato que a priori llama poderosamente la atención del mercado laboral ecuatoriano son las reducidas tasas de desempleo existentes en relación a la mayoría de países europeos. En el país latinoamericano, oscilando habitualmente entre el 4%⁵ y el 5%⁶ de la población activa, mientras que por ejemplo en el caso de España -a pesar de registrar el mejor dato desde 2008- se eleva hasta el 11,2%⁷. Todo y que en el país ecuatoriano la tasa de actividad en este momento se sitúa en el 65,5%,⁸ frente al 60,4% de España⁹.

Este dato de la tasa de desempleo, por si solo podría llevarnos a equivoco, y a pensar que la situación laboral y económica de Ecuador resulta claramente más boyante que la europea, si no fuera porque prácticamente la mitad del empleo ecuatoriano estaría encuadrado dentro de la categoría conocida como “subempleo” o “empleo inadecuado”¹⁰. En otras palabras; la mitad de los trabajadores ecuatorianos pese a tener un empleo, obtendrían un nivel de ingresos tan bajo, que estarían situados por debajo del umbral de pobreza, al no poder satisfacer el mínimo vital.

Aunque lo cierto es que tampoco podemos afirmar que el fenómeno del subempleo en Ecuador represente un problema nuevo, llegando a alcanzar en épocas pasadas tasas del del 65% de la población urbana ecuatoriana¹¹.

El fenómeno del subempleo afecta a todas las capas de la población, aunque sin lugar a dudas, golpea con mayor dureza sobre el colectivo femenino, las personas con menor nivel de estudios, así como también sobre los trabajadores independientes¹². En concreto, del total de subempleados existentes en el país ecuatoriano, el 54,5% serían trabajadores por cuenta propia¹³.

Pero además del subempleo, otro de los graves problemas estructurales de la economía ecuatoriana y del continente latinoamericano en general son las altas

5 “Encuesta Nacional, Empleo, Desempleo y Subempleo”, 3° T 2024, *Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC)*, 2024. Consulta web.

6 LANAS MEDINA, E.: “La situación laboral en Ecuador: septiembre 2011-septiembre 2012”, *Programa Andino de Derechos Humanos*, 2012, p. 197.

7 “Encuesta de Población Activa (EPA), tercer trimestre”, *Instituto Nacional de Estadística*. (2024). Recuperado de <https://inec.es/dyngs/Prensa/es/EPA3T24.htm>

8 “Encuesta Nacional, Empleo, Desempleo y Subempleo”, 3° T 2024, *Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC)*, 2024. Consulta web.

9 “Encuesta de Población Activa (EPA), tercer trimestre de 2024”, *Instituto Nacional de Estadística*. (2024). Recuperado de <https://inec.es/dyngs/Prensa/es/EPA3T24.htm>

10 PORRAS VELASCO, A.: “La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”, *Foro: Revista de Derecho*, núm. 24, 2015, p. 111.

11 LARREA, A. I, LARREA, C.: “Empleo apropiado y desempleo estructural en el Ecuador”, *Repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito*, 2007, p. 4.

12 Ibid.

13 “Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo”, *Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC)*, 2017.

tasas de informalidad existentes. Representando en los últimos años en el caso ecuatoriano entre el 40%¹⁴ y poco más del 50%¹⁵ del empleo total. Y alrededor también del 50% en el conjunto de Latinoamérica¹⁶. Y ello a pesar que desde el año 2010, en el país ecuatoriano se estableció la afiliación obligatoria a la seguridad social de las personas empleadas en el servicio doméstico. Además, precisamente, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), este fenómeno sería más acuciado en el colectivo de los trabajadores independientes (79%)¹⁷, especialmente en el caso de jóvenes, mujeres y mayores de 60 años¹⁸.

Entre las causas que motivarían estas elevadísimas tasas informalidad dentro del trabajo independiente, podría destacarse: las dificultades para poder obtener un trabajo por cuenta ajena (lo cual motivaría también el auge del número total de autónomos)¹⁹, el coste económico de tener registrada la actividad económica o profesional (cargas tributarias, de seguridad social, etc.), la falta de ingresos, así como también el déficit de información sobre las coberturas sociales que, a cambio de la cotización, proporciona el sistema de seguridad social²⁰.

Pero es que, además; tanto el fenómeno del “subempleo”, como el de la “informalidad” conllevan un problema añadido; y es que la escasa cotización en el primer caso, y la inexistente en el segundo, provocan un déficit de cotización a la seguridad social que a su vez trae consigo un déficit de protección social. En este sentido, en el caso ecuatoriano, al igual que en el caso europeo, las cuantías de las prestaciones económicas de seguridad social percibidas están íntimamente ligadas a las cotizaciones satisfechas. Además, en el país andino nos encontramos con un problema añadido; y es que la afiliación a la seguridad social de los trabajadores autónomos en la práctica -como veremos a lo largo del estudio- se trata de una opción totalmente voluntaria, provocando que una buena parte de los trabajadores por cuenta propia se encuentren desprotegidos en relación a las prestaciones de seguridad social.

Esta plena voluntariedad en el acceso al sistema de seguridad social, sin lugar a dudas, representa la mayor diferencia existente entre la regulación jurídica del trabajo por cuenta propia en Ecuador y la de la mayoría de países europeos, como es el caso de España.

14 BERTRANOU, F (coord.): “Trabajadores independientes y protección social en América Latina”, *Organización Internacional del Trabajo*, 2009, p. 12.

15 “Encuesta de Población Activa (EPA), tercer trimestre de 2024”, *Instituto Nacional de Estadística*. (2024). Recuperado de <https://inec.es/dyngs/Prensa/es/EPA3T24.htm>

16 BERTRANOU, F (coord.): “Trabajadores independientes”, cit., p. 12.

17 LANAS MEDINA, E, BÁEZ VALENCIA, J.: “Lineamientos”, cit., p. 77.

18 “La informalidad laboral, una condición arraigada en Ecuador”, *Revista Líderes*, 2015. Disponible en: <http://www.revistalideres.ec/lideres/informalidad-laboral-condicion-ecuador.html>.

19 LANAS MEDINA, E, BÁEZ VALENCIA, J.: “Lineamientos”, cit., p. 70.

20 BERTRANOU, F (coord.): “Trabajadores independientes”, cit., p. 13.

A simple vista, podría parecer que esta inclinación por la voluntariedad de acceso a la protección social respondería a una cuestión ideológica; decantándose en este caso los diferentes gobiernos ecuatorianos existentes hasta la fecha por el “neoliberalismo económico”. En lugar de por una “economía del bienestar”, opción que con matices comparten todos los gobiernos de la Unión Europea a pesar de sus diferencias de discurso, y que básicamente se caracteriza por la conjugación de una libre economía de mercado con una cierta intervención estatal. De tal modo que pueda garantizarse una mínima protección social a toda la población, incluidos los trabajadores autónomos.

Pero si analizamos esta cuestión con mayor perspectiva, nos daremos cuenta de que este régimen voluntario es también característico de otros muchos países del continente latinoamericano, como, por ejemplo: Bolivia, El Salvador, Guatemala o Nicaragua. Y si hay algo que une a estos países no es precisamente su ideología neoliberal. Si no más bien, la escasa remuneración económica media percibida por sus trabajadores, en especial en el caso de los trabajadores independientes. En sentido contrario, la afiliación a la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia resulta obligatoria en otros países de la región dotados de economías más desarrolladas, como: Costa Rica, Chile, Argentina o Brasil²¹.

Es decir, más que a una cuestión ideológica; la total libertad con la que cuentan los trabajadores por cuenta propia de países como Ecuador para afiliarse o no a la seguridad social, respondería a la dificultad con la que se encontrarían muchos de ellos para poder asumir el coste económico que ello implica. Y es que, claramente los ingresos netos medios de los trabajadores independientes ecuatorianos tradicionalmente vienen resultando inferiores a los de los trabajadores por cuenta ajena²², incluso hasta el punto de que el ingreso medio resulta inferior al Salario Mínimo Unificado²³. Por el contrario, esta libertad de afiliación no existe en el caso de los autónomos empleadores, los cuales obligatoriamente deben contribuir al seguro social. Si bien la situación económica de los patronos es bien diferente, al multiplicar por cinco sus ingresos medios en relación a los trabajadores independientes sin asalariados²⁴.

También cabe apuntar que la falta de protección social de los trabajadores independientes y de la población en general no responde exclusivamente a un problema ecuatoriano, ni tampoco latinoamericano, sino que desgraciadamente se trata de un problema latente a escala mundial. Y es que, en todo el mundo,

21 BERTRANOU, F. (coord.): “Trabajadores independientes”, cit., p. 27.

22 Ministerio de Trabajo. Acuerdo ministerial MDT-2016.

23 PICARDO CHACÓN G.: “Propuesta de un esquema innovador de afiliación para la inclusión de los trabajadores independientes en la seguridad social del Ecuador”, *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, 2022, p. 17

24 “Ingresos de cuenta propia o Autónomos y Patronos”, INEC, Ecuador, 2015, p. 25.

únicamente una de cada cinco personas estaría cubierta por una protección social dotada de unos estándares mínimos de calidad²⁵.

El colectivo de trabajadores más afectado a nivel mundial por este déficit de protección social, sin lugar a dudas es el colectivo de trabajadores autónomos, especialmente en el caso de los países en vías de desarrollo. Y entre las causas destacarían: la intermitencia en la obtención de ingresos, la diversidad del colectivo, la escasa representación colectiva, la falta de confianza en los sistemas públicos de seguridad social, o el hecho de tener que asumir íntegramente -a diferencia de los asalariados- las cotizaciones sociales. Asimismo, lo cierto es que la recaudación de las aportaciones de los trabajadores autónomos tanto en lo relativo a las cotizaciones sociales, como a los tributos, entraña una mayor complejidad que requiere de una especial atención y control por parte de las administraciones públicas competentes²⁶.

En el caso concreto de Ecuador²⁷, la mitad del colectivo no contribuía al seguro social (algunas fuentes lo llegan a situar en más del 80%²⁸), provocando la exclusión de las prestaciones de seguridad social, incluida la atención primaria sanitaria.

II. REGULACIÓN NORMATIVA.

I. Concepto legal.

En relación al campo de aplicación del trabajo autónomo existe una clara diferencia entre el caso ecuatoriano y otros ordenamientos jurídicos como el español. Y es que a pesar de que el concepto legal establecido en ambos países resulte claramente similar, la legislación ecuatoriana en materia de seguridad social distingue la figura del trabajador autónomo de otras figuras análogas que en el caso español están expresamente incluidas dentro del concepto de trabajador autónomo.

Así, según establece, el art. 1.1 de la Ley de Estatuto del Trabajo Autónomo español serían trabajadores autónomos “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”²⁹.

25 DURÁN VALVERDE, F.: “Innovaciones”, cit., p. 11.

26 Ibid.11.

27 PARDO GABALDÓN, R.: La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora ALFONSO MELLADO, C.L, FABREGAT MONFORT, G (Dir.), Tesis doctoral Universitat de Valencia, 2018, p. 459.

28 LANAS MEDINA, E, BÁEZ VALENCIA, J.: “Lineamientos”, cit., p. 80.

29 Ley 20/2007 de 11 de julio (BOE núm. 166 de 12 de julio) del Estatuto del Trabajador Autónomo.

Asimismo el citado precepto legal incluye expresamente como trabajadores autónomos además de a los trabajadores autónomos propiamente dichos, a otros colectivos como: familiares colaboradores, autónomos societarios (en este caso en función de la proporción de participación en el capital social), miembros de sociedades civiles o comunidades de bienes, trabajadores autónomos económicamente dependientes, trabajadores agrarios por cuenta propia, o, socios de sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado³⁰.

Por su parte, el art. 9.2 de la Ley de Seguridad Social ecuatoriana define al trabajador autónomo, como “toda persona que ejerce un oficio o ejecuta una obra o realiza regularmente una actividad económica, sin relación de dependencia, y percibe un ingreso en forma de honorarios, comisiones, participaciones, beneficios u otra retribución distinta al sueldo o salario”³¹.

Como puede comprobarse, en relación al concepto legal no se establecen diferencias de fondo entre las definiciones de ambos países, aunque eso sí, llama la atención como mientras que la legislación española incluye el término “habitualidad”, la legislación ecuatoriana incluye el de “regularidad”. Aunque resulta más que palpable la voluntad del legislador ecuatoriano de incluir exclusivamente dentro del concepto de trabajador autónomo, al trabajador por cuenta propia individual persona física, cuando acto seguido el propio art.9.2. de ley de seguridad social a partir de su letra c, establece una definición por separado; del “profesional en libre ejercicio”, del “administrador o patrono”, del “dueño de una empresa unipersonal”, o del “menor trabajador independiente”³².

2. Fuentes jurídicas.

En relación a las fuentes jurídicas reguladoras del trabajo autónomo, en Ecuador a diferencia del caso español donde ya existía normativa propia desde el año 2007 (Ley de Estatuto del Trabajo Autónomo³³) la legislación ecuatoriana no incorporó normativa específica hasta hace escasas fechas (2022)³⁴. Aunque eso sí, con carácter previo, otras normas jurídicas como la constitución ecuatoriana, o la ley de seguridad social ya abordaban específicamente la cuestión.

Lo cierto es que la nueva normativa ecuatoriana sobre trabajo autónomo desinfló en buena parte las expectativas creadas. En este sentido, apenas contiene 15 artículos y 3 disposiciones transitorias, frente a los 39 artículos, 19 disposiciones

30 Ibid.

31 Ley de Seguridad Social de Ecuador (Registro oficial de 30 de noviembre de 2001).

32 Ibid.

33 Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (BOE núm. 166 de 12 de julio).

34 Ley de Defensa del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista (Tercer Suplemento núm. 211 del Registro Oficial, de fecha 16 de diciembre de 2022).

adicionales y 4 disposiciones transitorias del Estatuto del Trabajo Autónomo español. Apreciándose además numerosos vacíos en materia de protección de derechos³⁵ por parte de voces autorizadas de la doctrina³⁶ que llevaban mucho tiempo abogando por que el trabajo por cuenta propia fuera también objeto de regulación específica en el país andino.

Bajo mi punto de vista destacaría concretamente dos derechos reconocidos por parte de la Ley de Defensa del Trabajador Autónomo, excluidos por parte del Estatuto del Trabajo Autónomo en España. De un lado el acceso al crédito (hasta 25 salarios básicos unificados)³⁷ con intereses y plazos preferenciales, y de otro lado, el acceso preferente al Bono de Vivienda³⁸.

La vigente constitución ecuatoriana del año 2008 de forma expresa reconoce específicamente al trabajo autónomo como una de las modalidades de trabajo, situándolo al mismo nivel que el trabajo dependiente. Así, según establece específicamente el art. 325 de la vigente constitución ecuatoriana, "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores".

Ya adentrándonos en materia de protección social, el art. 34 del citado texto legal establece que "El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo"³⁹.

Según parece desprenderse del citado precepto legal es clara la voluntad constitucional de que los trabajadores autónomos de una forma obligatoria queden protegidos por el sistema de seguridad social. Es decir, la constitución ecuatoriana en este aspecto tampoco establece distinción alguna entre asalariados y autónomos.

35 LANAS MEDINA, E, BÁEZ VALENCIA, J.: "Lineamientos", cit., p. 97.

36 LANAS MEDINA, E.: "La situación laboral", cit., p. 201.

37 Art. 9. Ley de Defensa del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista (Tercer Suplemento núm. 211 del Registro Oficial, de fecha 16 de diciembre de 2022).

38 Art. 10. Ibid.

39 Ley de Seguridad Social de Ecuador (Registro oficial de 30 de noviembre de 2001).

Por su parte, según establece el art. 2 de la ley de seguridad social ecuatoriana, “Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular: a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo; c. El profesional en libre ejercicio; d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal; f. El menor trabajador independiente; y, g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales”⁴⁰.

Como puede observarse, siguiendo el espíritu de la constitución ecuatoriana, la ley de seguridad social ecuatoriana señala expresamente a los trabajadores autónomos y figuras análogas como sujetos obligados a solicitar la afiliación al seguro general obligatorio de seguridad social.

Pero sorprendentemente, a pesar de la meridiana claridad de este mandato legal, lo cierto es que la falta de un desarrollo legal que precise el proceso de afiliación de los trabajadores por cuenta propia, ha propiciado que, a día de hoy su encuadramiento en seguridad social, en la práctica resulte totalmente voluntario en el país ecuatoriano. Y no solo eso. La propia ley de seguridad social también habría contribuido a la creación de una situación de confusión jurídica, al establecer en su art. 10.b) que “El trabajador autónomo, el profesional en libre ejercicio, el administrador o patrono de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal, el menor independiente, que voluntariamente se afiliaren al IESS, estarán protegidos contra todas las contingencias enunciadas en el art. 3 de esta Ley, excepto la de cesantía”⁴¹.

Es decir, según parece desprenderse del contenido de este precepto legal, la afiliación del trabajador autónomo y del resto de figuras análogas se trataría de una cuestión voluntaria, contradiciendo así no solo la voluntad constitucional sino también lo establecido artículos atrás por la propia ley de seguridad social. Aunque posteriormente nuevamente el art. 15 de la citada ley vuelve a dejar claro el carácter obligatorio de la norma en línea con el art. 2 -y contradiciendo al art. 10.b- al establecer que “La aportación individual obligatoria del trabajador autónomo... se calculará sobre la Base Presuntiva de Aportación (BPA)...”⁴².

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Ibid.

III. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL.

I. El sistema de seguridad social en Ecuador.

Como ya se ha tenido la ocasión de detallar, la actual normativa de seguridad social en Ecuador data del año 2.001 (reformada recientemente en 2022), aunque ni mucho menos puede afirmarse que nos encontremos ante la primera normativa legal en materia de protección social. En este sentido, como antecedentes a la vigente normativa de seguridad social actual, pueden destacarse diferentes normas legales; como la caja de pensiones de 1.928, la ley de seguro obligatorio de 1.935, o el seguro obligatorio del trabajador agrícola de 1.986. Y hasta incluso, ya la constitución de 1.929 otorgaba cierto reconocimiento en materia de protección social, consagrándose en la constitución de 1.945, y mejorándose claramente en la constitución de 2.008, al declararse de forma expresa el carácter universal del acceso a la protección social⁴³.

Respecto del modelo de seguridad social imperante en Ecuador; podría decirse que el país latinoamericano se ha ido inclinado hacia el “modelo bismarckiano”. Este modelo instaurado por el canciller “conservador” Otto Van Bismarck en Alemania a finales del siglo XIX, resultó pionero en todo el mundo en materia de protección social. Ideado inicialmente exclusivamente para los trabajadores dependientes tenía como objetivo que todos los trabajadores tuviesen acceso a unas adecuadas prestaciones de seguridad social. Y para ello se contaría; además de con las aportaciones de los empleadores y trabajadores, también con el subsidio estatal⁴⁴.

El otro modelo imperante en el mundo, fue instaurado con posterioridad en Inglaterra bajo el mandato del primer ministro “conservador” Winston Churchill por el ministro “liberal” Lord Beveridge en plena vorágine por la segunda guerra mundial. Este modelo conocido como “plan Beveridge” a diferencia del modelo anterior, tenía como destinatario el conjunto de la población, y no únicamente la población activa. El objetivo era que de forma universal toda la ciudadanía pudiese tener acceso a una protección social mínima, que sería financiada mediante el pago de impuestos, en lugar de a través de cotizaciones sociales⁴⁵.

Lo cierto es que con el tiempo la mayoría de los sistemas de seguridad social mundiales han ido adoptando modelos mixtos. Tal sería por ejemplo el caso de España, que siguiendo el modelo Beveridge, otorga asistencia sanitaria de manera universal a toda la población. Pero que siguiendo el modelo bismarckiano, concede

43 PORRAS VELASCO, E.: “La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”, *Foro: Revista de Derecho*, núm. 24, 2015, pp. 99-101.

44 *Ibid.* p. 90.

45 *Ibid.*

prestaciones económicas de seguridad social a quienes previamente hayan contribuido a través del pago de cotizaciones sociales.

Por otro lado, el sistema de seguridad social ecuatoriano a pesar de que expresamente tenga establecido un sistema mixto⁴⁶, en la práctica ha optado por un sistema de reparto frente a un sistema de capitalización⁴⁷, con la única excepción de la prestación de cesantía, la cual claramente funciona como una prestación de capitalización pura y dura. Aunque en todo caso, según garantiza la propia ley de seguridad social, “Se combinará el principio de solidaridad intergeneracional con los incentivos del esfuerzo individual, para elevar la cuantía de las prestaciones”⁴⁸.

En este sentido, cabe precisar que el sistema de reparto está fundamentado en el principio de solidaridad, siendo financiadas las prestaciones económicas de los pasivos a través de las cotizaciones de los trabajadores en activo. Es decir, en este sistema las cotizaciones sociales efectuadas se depositan en un fondo común. Por el contrario, con el sistema capitalización individual, las aportaciones satisfechas por los trabajadores más los intereses generados por la inversión de las mismas, se van depositando en una cuenta individual de ahorro cuyo titular es el propio contribuyente. Es decir, con este sistema son los propios trabajadores en activo quienes se financian a sí mismos⁴⁹. Limitándose la intervención del Estado, a gestionar el fondo, bien directamente, o bien subcontratando con una entidad gestora de ámbito privado.

2. Financiación.

La financiación del sistema de seguridad social ecuatoriano, -cuya gestión está encomendada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)⁵⁰- sigue un sistema de financiación mixto característico de los modelos bismarckianos. Financiándose no solo a través de las aportaciones de empleadores y trabajadores, sino también mediante aportaciones estatales provenientes de los ingresos tributarios⁵¹. Así, por ejemplo, en lo referente al capítulo de la cobertura de pensiones (vejez, discapacidad y muerte y supervivencia), según establece la ley de seguridad social, la aportación obligatoria del Estado ascenderá al 40% del total⁵². Aunque en este sentido cabe apuntar que “La ley de justicia laboral y reconocimiento del trabajo

46 Art. 173. Ley de seguridad social, cit.

47 PORRAS VELASCO, E.: “La seguridad social”, cit., p. 107.

48 Art. 6.2. Ley de seguridad social, cit.

49 PORRAS VELASCO, E.: “La seguridad social”, cit., p. 93.

50 Art. 16. Ley de seguridad social, cit.

51 Art. 74. Ley de seguridad social, cit.

52 Art. 237. Ley de seguridad social, cit.

en el hogar” de forma sorprendente suprimió dicha obligación estatal. Si bien es cierto, que esta medida supresora en principio tendría un carácter transitorio⁵³.

Como excepciones al sistema de financiación mixto, cabe apuntar que las coberturas sociales de los trabajadores rurales campesinos y sus familiares, casi en su totalidad son financiadas exclusivamente por parte del Estado, ya que la cofinanciación por parte de los afiliados en realidad resulta meramente simbólica⁵⁴. O también, el caso de las prestaciones de las personas que efectúan un trabajo no remunerado en el hogar o “trabajo reproductivo”⁵⁵, que son financiadas exclusivamente a través de la aportación estatal⁵⁶.

Por su parte, la cobertura de asistencia sanitaria, a diferencia del caso español donde fue universalizada en la década de los años 80 por el gobierno “socialista” de Felipe González, en el país ecuatoriano permanece encuadrada dentro del sistema de seguridad social. Por tanto, a diferencia de España cuya financiación deriva exclusivamente de los presupuestos generales del estado, en Ecuador está financiada por los cotizantes al seguro social, además de por el propio Estado. Aunque eso sí, con la excepción de los jubilados, cuya financiación integra corre de cargo del Estado⁵⁷.

3. Régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos.

A diferencia del caso español, y de otros numerosos países europeos, que cuentan con regímenes específicos de seguridad social para los trabajadores autónomos desde hace décadas, en el país andino no se ha contemplado legalmente esta opción hasta la reciente aprobación de La Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo. Así, en el art. 11 se establece el derecho a afiliarse al IESS “a través de un régimen especial”.

Hasta la fecha en teoría, según se desprende del análisis jurídico efectuado en el apartado anterior, los trabajadores independientes deberían de haber permanecido encuadrados dentro del régimen general obligatorio, aunque lo cierto es que en la práctica (excepto en el caso de los empleadores) llevan tiempo siendo parte junto con otros colectivos, del régimen especial de seguro voluntario.

A este respecto, el IESS siguiendo las directrices emanadas de la constitución ecuatoriana, y de la propia ley de seguridad social; emitió una resolución (n° 464)

53 LANAS MEDINA, E.: “Reformas al Código del Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar”, *Foro Revista de Derecho* núm. 24, 2017, p. 6.

54 PORRAS VELASCO, E.: “La seguridad social”, cit., p. 101.

55 LANAS MEDINA, E.: “Reformas”, cit., p. 6.

56 PORRAS VELASCO, E.: “La seguridad social”, cit., p. 112.

57 Ibid.p.105.

en enero de 2014, donde por fin se regulaba el proceso legal de afiliación de las personas sin relación de dependencia. Y donde claramente se establecía el carácter obligatorio de la misma⁵⁸.

Pero lo cierto, es que, debido a la presión de una buena parte del propio colectivo de trabajadores autónomos, y también de la oposición política, el IESS a instancias del Gobierno derogó esta medida, aprobando poco después en marzo de 2014 otra resolución (nº 467), en la que de una forma expresa se establecía el carácter voluntario de la afiliación a la seguridad social de los trabajadores autónomos.

Bajo mi punto de vista, está última resolución fue efectuada de forma apresurada, y respondía al fracaso de la anterior. En mi opinión, el IESS en su resolución nº 464 acertaba claramente al establecer de una forma expresa el carácter obligatorio de la afiliación al seguro social por parte de los trabajadores por cuenta propia. Si bien es cierto, que dicho acierto se limitaba al fondo, y no a la forma. Es decir, compartiendo la necesidad de articular un mecanismo legal que regulase el proceso de afiliación obligatoria de los trabajadores autónomos en Ecuador; al mismo tiempo considero que se erró en las formas. En primer lugar, porque la resolución no obedeció a un proceso de consenso previo con los colectivos afectados, y, en segundo lugar, porque entiendo que establecer las mismas normas de cotización para todos los trabajadores autónomos por igual, ya de antemano estaba condenado al fracaso. Y es que, si el colectivo de trabajadores autónomos de por sí, ya se trata de un colectivo profundamente heterogéneo en todo el mundo, especialmente lo es, en el continente latinoamericano y en el país ecuatoriano en particular. Así, existe un gran número de trabajadores autónomos, para los que aun deseando participar del seguro social, en la práctica, los rendimientos generados por el desarrollo de su actividad económica resultan claramente insuficientes para poder sufragar la actual cotización mínima.

En mi opinión, resulta fuera de toda duda la necesidad de regular el proceso de afiliación obligatoria al seguro social de los trabajadores autónomos ecuatorianos. En primer lugar, porque así lo establece tanto la Constitución, como la Ley de Seguridad Social. En este sentido, ambas normas dejan claro que el sistema de seguridad social ecuatoriano, sustentado en principios como: universalidad, solidaridad y contribuidad, integra de una forma expresa a los trabajadores autónomos. Y establecer la cotización obligatoria no sería más que una manifestación de estos principios⁵⁹.

58 Resolución núm. CD 464 de "Codificación del reglamento del régimen de afiliación obligatoria aplicable a personas sin relación de dependencia y del régimen de afiliación voluntaria del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social", IESS, enero 2014 (derogada).

59 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de seguridad social", *Ministerio Coordinador de Desarrollo Social*, 2015, pp. 51-52.

Y, en segundo lugar, porque considero que la obligatoriedad de cotización se trata de un paso previo imprescindible para poder dotar a todos los trabajadores autónomos de una mínima protección social.

Pero al mismo tiempo, creo que establecer una cotización igual para todos los trabajadores autónomos, teniendo en cuenta la heterogeneidad del colectivo en cuanto a la cuantía de ingresos obtenidos, en la práctica resulta inviable. Máxime teniendo en cuenta que la base de cotización mínima (equivalente al importe del salario mínimo unificado) es muy superior a los rendimientos obtenidos por muchos trabajadores autónomos, como por ejemplo es el caso de los vendedores ambulantes, que en el país andino adquiere una especial relevancia cuantitativa.

En este sentido se señala la necesidad de establecer la cotización obligatoria de una manera progresiva en el tiempo⁶⁰, progresividad que también se extendería en relación a la aportación económica, de tal manera que en todo momento el acceso al IESS resulte asequible para todo el colectivo⁶¹. Y también flexibilizar los periodos de pago permitiendo también la cotización trimestral o cuatrimestral⁶².

Respecto del contenido concreto de la resolución derogada relativa a la “afiliación obligatoria aplicable a las personas sin relación de dependencia”⁶³, bajo mi punto de vista se trataba de una regulación muy interesante. En este sentido, la resolución daba respuesta a una de las grandes reivindicaciones históricas del colectivo de trabajadores autónomos en todo el mundo. Esto es; la plena equiparación en derechos con los trabajadores asalariados.

Así, de un lado se establecía el acceso por parte de los trabajadores sin relación de dependencia (independientes, profesionales liberales, administradores, autónomos societarios, empleadores, etc.) a todas y cada una de las prestaciones existentes de seguridad. Entre la cuales también se incluían; la prestación de cesantía y la prestación de riesgos del trabajo (contingencias profesionales). Y de otro, que “... las condiciones para acceder a las prestaciones serán las mismas exigidas para los afiliados al Seguro General Obligatorio, de conformidad con la Ley y reglamentación interna”⁶⁴. Es decir, a diferencia del caso español y de la gran mayoría de países, si se hubiera producido la entrada en vigor de la citada resolución; trabajadores autónomos y asalariados podrían acceder exactamente en las mismas condiciones a todas y cada una de las prestaciones del sistema.

60 PICARDO CHACÓN, G.: “Propuesta”, cit., p. 97.

61 Organización Internacional del Trabajo (OIT). “¿Es obligatoria la afiliación a la seguridad social de las personas autónomas en Ecuador?”, *Nota técnica*, 2022, p. 12.

62 Ibid. p. 13.

63 Disposición reformativa primera. Resolución IESS CD 464, cit. (derogada).

64 Disposición General Séptima. Resolución IESS CD 464, cit. (derogada).

Pero la resolución, bajo mi punto de vista también contenía disposiciones claramente mejorables. Así de un lado, se establecía la obligación de afiliación de las personas sin relación de dependencia "... que tengan ingresos..."⁶⁵. Es decir, en lugar de ligarse la obligatoriedad de afiliación a la realización de una actividad económica de forma "regular", como si señala la ley de seguridad social ecuatoriana para definir a los trabajadores por cuenta propia, o "habitual", término empleado por la legislación española, en este caso únicamente se vinculaba a la percepción de ingresos por cuenta propia. En consecuencia, una interpretación jurídica exhaustiva nos podría llevar a determinar que, desde el primer dólar percibido por un trabajo efectuado sin relación de dependencia, automáticamente existiría la obligación de afiliación al sistema de seguridad social.

Además, en línea con lo ya señalado; el sistema de cotización utilizado resultaba excesivamente homogéneo, sin tener en cuenta las peculiaridades de ciertos colectivos de trabajadores autónomos. Así, la base de cotización utilizada coincidiría con el importe de las ganancias de la actividad, pero estableciéndose al mismo tiempo una base mínima, que no podría resultar inferior a la cuantía equivalente al salario mínimo unificado⁶⁶.

Es decir, de un lado se establecía un sistema de cotización variable en función de los ingresos, lo cual bajo mi punto de vista podría contribuir a solucionar la problemática de la cotización de los trabajadores autónomos con menores niveles de ingresos. Pero al mismo tiempo, también se establecía una cuota fija con base al salario mínimo. Y el problema es, que en la práctica esta cuota resultaba lo suficientemente elevada para una gran cantidad de trabajadores autónomos, para que muchos de ellos no pudieran cumplir con sus obligaciones de cotización.

IV. PRESTACIONES ECONÓMICAS DE SEGURIDAD SOCIAL.

I. Consideraciones previas.

Como se ha tenido la ocasión de analizar anteriormente, la afiliación al seguro social por parte de los trabajadores autónomos y de otras figuras análogas, (con la única excepción de los empleadores) en la práctica se trata de una opción totalmente voluntaria en el país ecuatoriano. Por tanto, será el trabajador por cuenta propia quien libremente decida si desea o no formar parte del sistema público de seguridad social. En cuyo caso podría disfrutar de las mismas prestaciones de seguridad y en las mismas condiciones que los trabajadores asalariados, con la única excepción en la práctica de las prestaciones de cesantía y desempleo,

65 Art. 1. Resolución IESS CD 464, cit. (derogada).

66 Art. 4. Resolución IESS CD 464, cit. (derogada).

condicionadas a un despido previo en el marco de una relación contractual de carácter laboral.

Sin lugar a dudas, este caso de casi plena equiparación entre trabajadores asalariados y trabajadores autónomos, resulta digno de análisis. Y es que precisamente se trata de una vieja aspiración del colectivo de trabajadores por cuenta propia en todo el mundo.

Pero el problema radica en que este poder de decisión con el que cuenta el colectivo de trabajadores autónomos de formar parte o no del sistema de seguridad social, en la práctica se traduce en un déficit de protección social, ya que una gran parte de ellos al no contribuir al seguro social, tampoco resultan beneficiarios de la acción protectora del sistema. En este sentido, únicamente el 15,71% de los trabajadores autónomos encuestados manifiesta su satisfacción con la protección social otorgada por el sistema de seguridad social ecuatoriano a los trabajadores autónomos.⁶⁷ Manifestación que no nos pueda resultar extraña cuando resulta que la mitad de los trabajadores autónomos (el 50%)⁶⁸ afirman que ni siquiera contribuyen al seguro social. Y ello a pesar de que aquí se incluye a los autónomos empleadores para los que su afiliación al mismo resulta totalmente obligatoria⁶⁹. Aunque también cabría destacarse como un 45,71%, considera que la protección habría mejorado en los últimos años⁷⁰.

Respecto de la base de cotización aplicable -en línea con el caso español- los trabajadores autónomos cotizarán en función de una base presunta elegida por el propio interesado. Pero sin poder resultar inferior a una base equivalente al salario básico unificado (460 dólares en 2024)⁷¹, cuantía claramente superior a las ganancias medias declaradas por el colectivo.

En relación a las prestaciones económicas de seguridad social, el seguro social ecuatoriano a su vez queda dividido en los seguros de: "salud", "riesgos del trabajo", "invalidez", "vejez" y "muerte", así como en el de "cesantía y desempleo". Si bien en relación a esta última contingencia también nos encontraríamos ante una cierta situación de inseguridad jurídica. Y es que mientras la resolución vigente del IESS⁷², incluye al seguro de cesantía como uno de los seguros previsionales incluidos dentro de la afiliación voluntaria de los trabajadores sin relación de dependencia, otras normas legales disponen lo contrario. Así, la ley de seguridad social establece que "el seguro general obligatorio protegerá al afiliado en relación de dependencia

67 PARDO GABALDÓN, R.: "La protección social", cit., p. 459.

68 Ibid.

69 Ibid.

70 Ibid.

71 Registro Estadístico Empleo y Seguridad Social, agosto, 2024.

72 Disp. Reformatoria Iª Resolución núm. CD 467, cit.

contra la contingencia de desempleo". Mientras que el Reglamento de seguro de cesantía y desempleo se pronuncia en el mismo sentido, al definir de un lado la cesantía como: "falta de ingresos provenientes del trabajo de un empleado, obrero o servidor público, afiliado al IESS"⁷³. Y de otro, al establecer que el seguro de desempleo únicamente protegerá a "...los afiliados al IESS que pierdan su empleo bajo relación de dependencia por causas ajenas a su voluntad..."⁷⁴.

Respecto del tipo de cotización total que deberán afrontar los trabajadores autónomos y sin relación de dependencia acogidos al seguro social ascenderá al 17,60% sobre el ingreso declarado libremente, incluyendo el 0,10% adicional destinado a las pensiones de discapacidad.⁷⁵ Eso sí, resulta importante matizar que el ingreso mínimo declarado no podrá resultar inferior al salario mínimo unificado vigente en cada momento (460 euros en 2024), de tal forma que la cotización mínima en 2024 se sitúa en 80,96 dólares.

2. Seguro general de salud individual y familiar.

"El seguro general de salud individual y familiar" en línea con lo ya expuesto a diferencia del caso español (financiado mediante impuestos) está condicionado a una cotización previa al sistema de seguridad social. En concreto, para tener derecho a la misma, al menos se requieren 3 meses de cotización previa, excepto en el supuesto de accidente u emergencia, en cuyo caso no se requeriría contribución previa alguna. Asimismo, además del propio afiliado o pensionista resultan beneficiarios de la cobertura sanitaria pública, tanto el cónyuge como los hijos menores de 18 años⁷⁶.

Pero además de la atención sanitaria, el seguro de salud proporciona las siguientes prestaciones económicas:

A) Maternidad.

Para poder disfrutar de la prestación económica en caso de maternidad; se requiere de un lado aportar una contribución mínima al seguro social de 12 mensualidades consecutivas, o en su defecto de 378 días dentro de las últimas 16 mensualidades. Y de otro lado, que 6 de esas mensualidades sean inmediatamente

73 Art. 3. Resolución núm. CD 518 de "Reglamento General del seguro de cesantía y seguro de desempleo", IESS, abril, 2016.

74 Art. 12. Resolución núm. CD 518 de "Reglamento General del seguro de cesantía y seguro de desempleo", IESS, abril, 2016.

75 PICARDO CHACÓN, G.: "Propuesta", cit., p. 4

76 Art. 107.a) Ley de seguridad social, cit.

anteriores a la fecha del parto u adopción⁷⁷. Aunque si se dejasen de abonar las aportaciones, persistiría el derecho a la prestación hasta un máximo de 2 meses⁷⁸.

El subsidio consistirá en una prestación económica mensual del 75% de la base de cotización del mes anterior a la fecha del hecho causante, que podrá ser percibido durante 12 semanas (10 semanas anteriores al parto y 2 semanas posteriores). Si bien, la duración de la prestación podría resultar ampliada en los supuestos de: hijo prematuro (en 8 días) o de enfermedad degenerativa o discapacidad severa (en 25 días)⁷⁹.

En caso de que la madre falleciese durante el parto, el padre podría hacer uso de la prestación integral. Pudiendo también la madre ceder al padre parte del tiempo de disfrute de la prestación⁸⁰.

B) Paternidad.

También en caso de nacimiento o adopción, con independencia de la prestación de maternidad, el padre tendrá derecho a la obtención de una prestación económica. En concreto, tendrá derecho a una prestación en la misma cuantía y con los mismos requisitos que en el caso de la prestación de maternidad. Aunque en este caso limitada únicamente a una duración de 10 días⁸¹.

C) Enfermedad.

En caso de que el afiliado padeciese una enfermedad que temporalmente le imposibilitase para la realización de una actividad profesional, tendrá derecho a la percepción de una prestación económica del 75% de la base de cotización del mes anterior a la fecha del hecho causante, a disfrutar desde el 4º día de baja médica, y hasta un máximo de 182 días⁸². Aunque ello siempre y cuando acreditara una cotización mínima al seguro social de 6 mensualidades ininterrumpidas⁸³.

3. Seguro de riesgos del trabajo.

El seguro de riesgos del trabajo, proporciona a los afiliados las prestaciones económicas siguientes.

77 Página Web IESS: <https://www.iesg.gob.ec/es/web/guest/servicios-de-salud1>.

78 Art. 107.b. Ley de seguridad social, cit.

79 Página Web IESS: <https://www.iesg.gob.ec/es/web/guest/servicios-de-salud1>.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Ibid.

83 Art. 107. Ley de seguridad social, cit.

A) Prestación por incapacidad temporal.

En caso de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional), se tendrá derecho a la percepción de una prestación económica desde el 1º día de baja, con una duración máxima de un año. Aunque pudiendo ampliarse por otro año más, siempre y cuando, el estado de salud del afiliado así lo aconsejase. A la finalización de este periodo, la comisión de evaluación de incapacidades dictará; bien el alta médica, o bien el reconocimiento de una incapacidad permanente⁸⁴.

La cuantía económica del subsidio será del 75% de la base de cotización durante las 10 primeras semanas de baja, y del 66% desde la 11ª hasta la 52ª semana. Si después de un año de baja persistiese la incapacidad, el afiliado percibiría una prestación del 80% de la base de cotización como máximo durante otro año más⁸⁵.

Respecto de la contribución al seguro social, en caso de accidente de trabajo no se requerirá cotización previa alguna, mientras que en caso de enfermedad profesional se requerirían 6 mensualidades de contribución previas a la fecha del diagnóstico médico⁸⁶.

La prestación económica por incapacidad temporal finalizará por “alta médica”, “declaración de la incapacidad permanente parcial, total o absoluta”, “fallecimiento”, o “por negarse el afiliado, a cumplir las prescripciones o tratamientos de los facultativos o por dificultar tal propósito”⁸⁷.

B) Indemnización por incapacidad permanente parcial.

La incapacidad permanente parcial “es aquella que produce en el trabajador una lesión corporal o perturbación funcional definitiva que signifique una merma de la integridad física del afiliado y su aptitud para el trabajo”.⁸⁸ El reconocimiento de esta incapacidad dará derecho a la obtención de una indemnización económica a tanto alzado (pago único) de 60 mensualidades, calculada en función de las bases medias de cotización del último año.⁸⁹

84 IESS: <https://www.iesgob.ec/es/web/guest/prestaciones>.

85 Art. 22. Resolución núm. CD 390 de “Reglamento de riesgos del trabajo”, IESS, noviembre, 2011.

86 Art. 25. Ibid.

87 Art. 27. Ibid.

88 Art. 28. Resolución núm. CD 390 de “Reglamento de riesgos del trabajo”, IESS, noviembre 2011.

89 Art. 32. Ibid.

C) Prestación por incapacidad permanente total.

Tendrá la consideración de incapacidad permanente total “aquella que inhabilite al afiliado para la realización de todas o las fundamentales tareas de la profesión u oficio habitual”⁹⁰.

El reconocimiento de la misma por parte de la comisión de valuación de incapacidades dará derecho a la obtención de una prestación económica de carácter mensual del 80% de la base de cotización, calculada en función de la media de las bases de cotización del último año, o de los últimos 5 años, si en este caso resultase superior⁹¹.

D) Prestación por incapacidad permanente absoluta.

Tendrá la consideración legal de Incapacidad Permanente Absoluta, “aquella que le inhabilita por completo al afiliado para toda profesión u oficio requiriendo de otra persona para su cuidado y atención permanentes”⁹².

El reconocimiento de esta incapacidad por parte de la Comisión de Valuación de Incapacidades, dará derecho a la obtención de una prestación económica mensual del 100% de la base de cotización (a elegir entre el promedio mensual del último año, o de los 5 mejores años)⁹³.

4. Seguro de pensiones.

El seguro de pensiones, que recordemos; destaca por estar financiado en un 40% por parte del Estado, proporciona las siguientes prestaciones:

A) Pensión de vejez.

Los afiliados al IESS tendrán derecho a percibir una prestación económica vitalicia por jubilación en los siguientes casos⁹⁴:

-A los 60 años de edad, con al menos 30 años de cotización.

-A los 65 años de edad, con al menos 15 años de cotización.

-A los 70 años de edad, con al menos 10 años de cotización

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹² Art. 35. Ibid.

⁹³ Art. 37. Ibid.

⁹⁴ Página Web IESS: <https://www.iess.gob.ec/es/web/guest/jubilacion-ordinaria-vejez>.

-A cualquier edad, siempre que al menos se hayan aportado 40 años de cotización.

-A cualquier edad, con al menos 25 años de aportes, en caso de padecer discapacidad física

-A cualquier edad, con al menos 20 años de aportes en caso de padecer discapacidad intelectual.

El porcentaje de la pensión de jubilación será proporcional al número de años cotizados. Así por ejemplo con 40 años cotizados se percibiría el 100% de la misma, mientras que, con 10 años de contribución, quedaría reducida al 50%.

Para el cálculo de la cuantía económica de la pensión se tendrán en cuenta los últimos 5 años. Aunque existiendo paralelamente tanto una pensión mínima como una máxima. Así, las pensiones mínimas de vejez para 2024 serán las siguientes dependiendo de los años de contribución al IESS:

- Con 10 años cotizados: 230 dólares (50% del salario básico unificado).
- Entre 11 y 20 años cotizados: 276 dólares (60% del salario básico unificado).
- Entre 21 y 30 años cotizados: 322 dólares (70% del salario básico unificado).
- Entre 31 y 35 años cotizados: 368 dólares (80% del salario básico unificado).
- Entre 36 y 39 años cotizados: 414 dólares (90% del salario básico unificado).
- A partir de 40 años cotizados: 460 dólares (100% del salario básico unificado).

Respecto de las pensiones máximas para 2024, serán las siguientes también en función de las contribuciones realizadas:

- De 10 a 14 años cotizados: 1.150 dólares (250% s/ SMU)
- De 15 a 19 años cotizados: 1.380 dólares (300% s/ SMU)
- De 20 a 24 años cotizados: 1.610 dólares (350% s/ SMU)
- De 25 a 29 años cotizados: 1.840 dólares (400% s/ SMU)
- De 30 a 34 años cotizados: 2.070 dólares (450% s/ SMU)
- De 35 a 39 años cotizados: 2.300 dólares (500% s/ SMU)

-A partir de 40 años cotizados: 2.530 dólares (550% s/ SMU)

El inicio de la prestación económica siempre dará comienzo el primer día del mes siguiente al que el asegurado cese en su actividad profesional, siendo distribuidas entre 12 mensualidades, más aparte una 13ª mensualidad otorgada en todo el país en el mes de diciembre, y una 14ª mensualidad otorgada en el mes de septiembre en las regiones de Sierra y Amazonía, y en el mes de abril en las de: Costa e Insular.

Quienes acceden a la pensión con al menos 70 años de edad y 20 años de cotización tendrán un incremento adicional de 10 euros mensuales.

Con más de 40 años cotizados se incrementaría la pensión en un 1,25% anual por cada año de aportación adicional.

Y respecto a la base de cotización para el cálculo de la pensión, serán tenidos en cuenta los 5 mejores años de cotización.

Por lo anteriormente analizado, puede afirmarse que el sistema de pensiones ecuatoriano resulta mucho más generoso que el sistema europeo en general y español en particular. Entre otras cuestiones, como hemos podido comprobar, para el cálculo de la pensión se tienen en cuenta los 5 mejores años, frente a los 25 últimos cotizados de España. También en relación al caso español, destaca la posibilidad de jubilarse con el 100% de la pensión con 40 años cotizados con independencia de la edad, algo impensable en el país europeo, en el cual la edad ordinaria de jubilación (la que permite jubilarse con el 100% de la pensión cuando además se cumplen los requisitos mínimos de cotización) se sitúa en 66 años y 6 meses con carácter general y en 65 años únicamente en caso de haber cotizado un mínimo de 38,5 años.

B) Pensión de invalidez.

Podrá percibir una pensión por invalidez, aquel “afiliado que por enfermedad o por alteración física o mental, se encuentre incapacitado para su trabajo”.

En caso de incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, el asegurado obtendrá una prestación económica con carácter vitalicio, siempre y cuando acredite una cotización mínima de 60 mensualidades (6 de ellas inmediatamente anteriores y consecutivas) o de 120 mensualidades en total.

La cuantía económica ascenderá al 100% de la base media de los últimos 12 meses, o de la base media de los últimos 5 años si esta resultase superior. Existiendo en todo caso, tanto una pensión mínima, como una máxima en función

de los años cotizados. En concreto, las pensiones mínimas serán exactamente equivalentes a las señaladas anteriormente en el supuesto de las pensiones de vejez, mientras que la pensión máxima en todo caso no podría sobrepasar la cuantía de los 2.070 dólares (450% s/ SMU)⁹⁵.

C) Pensiones de Montepío.

En caso de fallecimiento del asegurado o pensionista, el IESS concede a los familiares del causante siempre que al menos hubiese aportado 60 mensualidades de cotización (5 años), una serie de prestaciones económicas periódicas. Las personas beneficiarias podrán ser las siguientes:

-Viudos o parejas de hecho.

-Hijos menores de 18 años.

-Hijos mayores de edad (solo en caso de encontrarse incapacitados para el trabajo).

-Padres que conviviesen con el causante (solo en caso de ausencia cónyuge e hijos).

La prestación económica de viudedad será del 40% de la pensión de jubilación que estuviese percibiendo el causante, o de la que le hubiese correspondido. Ampliándose hasta el 60%, en caso de ser la única persona integrante del grupo familiar. Pero siempre y cuando, el cónyuge no estuviese afiliado al seguro social, ni ostentase la condición de pensionista. Por su parte, la pensión de orfandad por cada hijo beneficiario ascenderá al 20% de la base de cotización. Aunque en todo caso, la pensión mínima del conjunto del grupo familiar será del 50% s/ SBU, mientras que la pensión máxima ascenderá al 450% s/SBU.

En caso de que el afiliado no hubiese completado el número de contribuciones necesarias para poder percibir esta pensión (60 mensualidades), el IESS devolverá a sus familiares las aportaciones efectuadas al seguro de invalidez, vejez y muerte.

Respecto del cálculo de la cuantía económica de la pensión, serán tenidos en cuenta los 5 mejores años de cotización⁹⁶.

D) Auxilio por funerales.

De forma complementaria a las pensiones de montepío anteriormente analizadas, el IESS concederá a los familiares del causante un subsidio por los

⁹⁵ Página Web IESS: <https://www.iess.gob.ec/es/web/guest/jubilacion-por-invalidez2>.

⁹⁶ Página Web IESS: <https://www.iess.gob.ec/es/web/guest/montepio1>.

gastos relacionados con el sepelio por un importe máximo en 2024 de 1.437,90 dólares.

En concreto serán justificables los gastos siguientes:

- Cofre mortuario
- Servicio de velación
- Carroza
- Servicio religioso
- Costos de inhumación o cremación.
- Arrendamiento o compra de nicho.

Con carácter alternativo a la obtención de la citada prestación económica, los familiares cuentan con la opción de poder concertar gratuitamente dichos servicios con cualquier empresa funeraria acreditada por el IESS⁹⁷.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERA. La protección social de los trabajadores autónomos continúa siendo una asignatura pendiente tanto en Ecuador como en general en todo el continente latinoamericano. Sin lugar a dudas, cuestiones como las altas tasas de informalidad existentes, la falta de cultura de autoprotección por parte del colectivo, o la tradicional falta de atención por parte de la Administración, influyen de una manera decisiva en esta situación de infra protección.

SEGUNDA. Otra cuestión que tiene una enorme transcendencia en la fala de protección social de los trabajadores autónomos; es -en la práctica- el régimen voluntario de afiliación instaurado en el país ecuatoriano que permite a los trabajadores autónomos sin asalariados decidir libremente si desean o no estar protegidos en materia de seguridad social. Esta "voluntariedad" se traduce en que muchos trabajadores autónomos -bajo criterios cortoplacistas- opten por no formar parte del sistema de seguridad social, lo que a medio y largo plazo provoca que muchos de ellos aún limitados para el trabajo por cuestiones de edad o salud, se vean obligados a continuar trabajando prácticamente hasta el final de sus días. Y es que la ausencia de una cultura previsional provoca que la inmensa mayoría de los trabajadores autónomos que no contribuyen al seguro social, tampoco lo hagan a planes de pensiones o seguros privados de ahorro. Pero no solo eso; esta

97 Página Web IESS: <https://www.iess.gob.ec/es/web/guest/auxilio-para-funerales3>.

falta de cotización al seguro social, provoca también la ausencia de protección por contingencias tales como: enfermedad, maternidad, accidente o fallecimiento.

TERCERA. Para que todos los trabajadores autónomos pudieran estar protegidos en materia de protección social, resultaría imprescindible la instauración de un régimen obligatorio de afiliación. Aunque paralelamente a ello debería de articularse un sistema de cotización que permita a todos los trabajadores autónomos poder hacer frente al pago de seguridad social. En este sentido, considero que en el país ecuatoriano resultaría totalmente inviable la instauración de un mismo sistema de cálculo de cotización para todo el colectivo. Es decir, al igual que para los autónomos del sector agrícola (colectivo caracterizado por la obtención de escasos ingresos) están establecidas unas normas especiales que permiten la cotización al seguro social gracias al subsidio estatal, y a la solidaridad del resto de cotizantes, resultaría necesario también dotar de reglas especiales en materia de cotización a otros colectivos. Bajo mi punto de vista, la extensión del más que ventajoso cálculo de las cotizaciones del colectivo agrícola a otros colectivos, resultaría totalmente insostenible desde el punto de vista financiero. Es más, en los últimos tiempos ya existe un debate abierto en el país ecuatoriano acerca de la inviabilidad de poder mantener por más tiempo este sistema agrario que permite la protección integral de seguridad social del trabajador agrícola, así como la protección parcial de sus familiares, aportando como contrapartida únicamente una cuota simbólica. Descartada esta opción, considero que lo más viable, de un lado sería el establecimiento de un sistema de cotización general totalmente variable sin la existencia de una base mínima. O bien en su defecto, el establecimiento de un sistema mixto, donde las cotizaciones serían calculadas de forma variable en función de los ingresos, pero a su vez estableciéndose una base mínima claramente inferior a la actual. Quizás reducida en un 50%. Y es que como se ha tenido ocasión de detallar; existe una gran parte de trabajadores autónomos que queriendo contribuir al seguro social, en realidad no lo pueden hacer, debido a los escasos beneficios económicos generados por el desarrollo de su actividad económica o profesional. Y de otro lado, el establecimiento de un sistema de cotización reducido para aquellas actividades caracterizadas no solo por los escasos ingresos medios percibidos, sino también por la dificultad de control de los ingresos verdaderamente percibidos. Tal sería el caso por ejemplo del sector de la venta ambulante. En este caso, podrían plantearse varias alternativas, como la instauración de una especie de cotización fija reducida (tarifa plana) o de un régimen de monotributo ya existente en otros países de Latinoamérica, y que en suma consiste en poder sufragar de una sola vez -con base a parámetros objetivos- no solo la cotización de seguridad social, sino también la tributación fiscal. O también simplemente permitir la contribución por una base claramente inferior a la mínima general actual.

CUARTA. Otra cuestión que debería ser puesta sobre la mesa sería la posibilidad de universalizar la cobertura pública de sanidad, que en este momento -a excepción de las urgencias- resulta vinculada a la cotización a la seguridad social. Provocando que una buena parte de la población -entre ellos muchos trabajadores autónomos- carezcan de la misma. Aunque obviamente para ello cabría realizarse un minucioso análisis económico que prevea como se cubriría financieramente la pérdida de ingresos de seguridad social generados por este concepto.

QUINTA. Prácticamente la única diferencia existente en materia de protección social entre los trabajadores asalariados y los trabajadores autónomos que contribuyen al seguro social, sería la ausencia en el caso de estos últimos de las coberturas de cesantía y desempleo. En este sentido, considero que deberían realizarse las modificaciones legales oportunas, de modo que se estableciese de una forma clara el derecho de este colectivo a la percepción de ambas prestaciones. Y para ello, debería de añadirse claramente como una de las causas, la situación de cese involuntario derivada de la realización de una actividad económica o profesional por cuenta propia, en línea con lo establecido en España con la Prestación por cese de actividad.

BIBLIOGRAFÍA

BERTRANOU, F (coord.): “Trabajadores independientes y protección social en América Latina”, *Organización Internacional del Trabajo*, 2009.

DÍAZ, L. E.: “La seguridad social y el trabajador independiente”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 7, núm. 2, 2014.

DURÁN VALVERDE, F.: “Innovaciones en la extensión de la cobertura del seguro social a los trabajadores independientes experiencias de Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Francia y Uruguay”, *International Labour Organization (OIT)*, 2013.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de seguridad social”, *Ministerio Coordinador de Desarrollo Social*, 2015.

IRIGOYEN, J.: “El trabajo autónomo en el Ecuador, ¿está protegido?”, *Iuris Dictio*, núm. 15, 2017.

LANAS MEDINA, E.:

- “La situación laboral en Ecuador: septiembre 2011-septiembre 2012”, *Programa Andino de Derechos Humanos*, 2012.
- “Reformas al Código del Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar”, *Foro Revista de Derecho* núm. 24, 2017.

LANAS MEDINA, E. y BÁEZ VALENCIA, J.: “Lineamientos para la regulación del trabajo autónomo en Ecuador”, *Revista del Centro de Estudios de Sociología del Trabajo*, núm. 15, 2023.

LARREA, A. I. y LARREA, C.: “Empleo apropiado y desempleo estructural en el Ecuador”, *Repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito*, 2007.

PARDO GABALDÓN, R.: *La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora*. ALFONSO MELLADO, C. L. FABREGAT MONFORT, G (dir): Tesis doctoral, Universitat de Valencia, 2018.

PICARDO CHACÓN, G.: “Propuesta de un esquema innovador de afiliación para la inclusión de los trabajadores independientes en la seguridad social del Ecuador”, *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, 2022.

PORRAS VELASCO, A.: "La Seguridad Social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas", *Foro: Revista de Derecho*, núm. 24, 2015.

KLUVERT, C.: "Trabajadores por Cuenta Propia: Su comportamiento ante Monotributo. Asesoría General en Seguridad Social", *Comentarios de la Seguridad Social* núm. 66, 4° t, 2019.

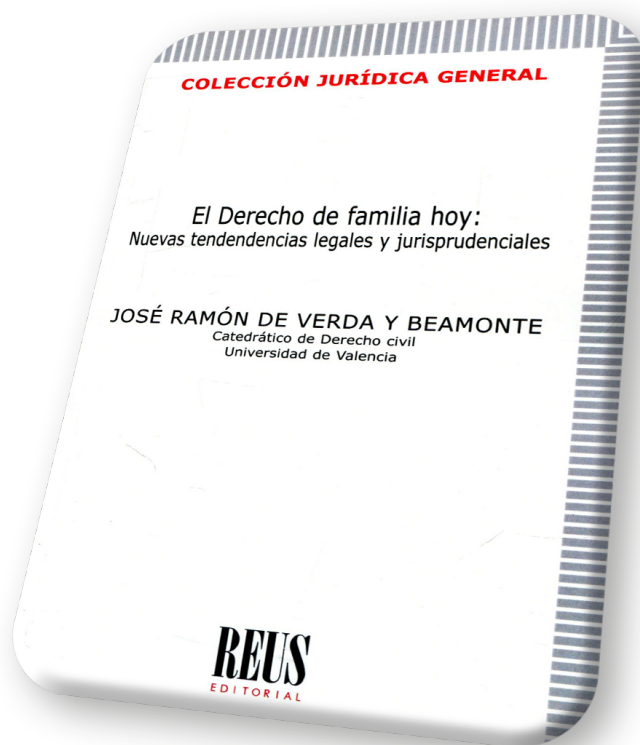
SECO MARTÍNEZ, J. M.: "De la igualdad formal a la igualdad material: cuestiones previas y problemas a revisar", *Derechos y Libertades, Época II*, núm. 36, enero 2017.



RECENSIONES



DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El Derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Madrid, Reus, 2025, 260 pp.



Acaba de ser publicado un sugerente y ameno libro sobre *El Derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, del Profesor José Ramón de Verda y Beamonte, uno más, que se suma a su prolífica obra.

Estamos ante una obra ciertamente original, en la que el autor expone ideas propias sobre un sector del ordenamiento jurídico del que es un indudable experto; y ello, con una claridad asombrosa, unida a una extraordinaria profundidad, combinando, así, dos características que impregnan todos sus escritos.

El profesor de Verda despliega un hondo conocimiento de la realidad legislativa española (estatal y autonómica) y de la jurisprudencia, tanto patria como foránea, con certeras referencias a fallos de los Tribunales franceses, alemanes, italianos o portugueses, en las que nada es superfluo.

En el capítulo I reflexiona sobre la denominación misma de la disciplina, sosteniendo con ingenio que debe conservarse la tradicional nomenclatura de “Derecho de familia”, en vez de adoptar la del “Derecho de familias”. Los argumentos parecen impecables: la pérdida de la utilidad reivindicativa de esta última expresión en orden al reconocimiento de formas de familia, distintas de la tradicional, que ya encuentran encaje en el art. 39.1 CE; el rechazo a formas de familia contrarias a la dignidad de la mujer (matrimonio poligámico); o la idea de que no todos los tipos de familia merecen la misma protección desde una óptica constitucional (distinción entre familia matrimonial y no matrimonial).

El capítulo segundo se dedica al examen de lo que el autor llama “líneas fuerzas o principios básicos” que inspiran el moderno Derecho de familia, a saber, los principios de libre desarrollo de la personalidad, de igualdad y de protección del interés superior del menor.

A este respecto, realiza extensos análisis de cuestiones que tienen gran trascendencia dogmática y práctica.

En relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad, se refiere a la ruptura de la identificación de la familia con el matrimonio y a una idea, muy suya, de la *personalización* del matrimonio, desde aspectos muy diversos, como el aquilatamiento de la tutela del consentimiento de los contrayentes (proponiendo como causa de nulidad lo que denomina “temor reverencial cualificado”) o el delicado problema de la validez de los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial, especialmente, el de renuncia a percibir una compensación por desequilibrio. Igualmente, presta atención a la reproducción asistida como alternativa a la natural y a la quiebra de la verdad biológica en la determinación de la filiación, realizando una revisión crítica de la interpretación llevada a cabo por los Tribunales de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, siendo particularmente sugerentes las observaciones que realiza en orden a la figura de la posesión de estado.

Por cuando concierne al principio de igualdad, se detiene en dos cuestiones relacionadas con las técnicas de reproducción asistida. De un lado, la del anonimato del donante de gametos, que, no sin razón, considera discordante con el vigente art. 180.6 CC, en cuya virtud “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”; como también con el art. 7 del Convenio internacional relativo a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, según el cual, aquél, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. Por otro lado, analiza los derechos sucesorios del concebido *post mortem*, llegando a la conclusión de que, determinada legalmente la filiación del hijo, éste será llamado a la herencia del padre, tanto si existe un llamamiento testamentario hecho a su favor (recordando

que, actualmente, es indudable la posibilidad de instituir heredero a un *concepturus* con la condición suspensiva de que llegue a nacer), como si, a falta de testamento, es la propia Ley quien lo llama a suceder *ab intestato*, afirmando que el aparente obstáculo legal a dicha sucesión (falta de concepción del heredero al tiempo del fallecimiento del causante y, por tanto, imposibilidad de aplicación del art. 29 CC) debe ceder ante las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad: “determinada legalmente la filiación, no se puede negar a los hijos nacidos de una fecundación *post mortem* los derechos sucesorios que la ley reconoce a todo hijo, pues ello supondría una discriminación contraria al art. 14 CE”.

El principio de protección superior del interés de menor es objeto de interesantes reflexiones, particularmente centradas en la atribución del cuidado de los animales domésticos en las crisis familiares, proponiendo ajustarlo al régimen de custodia de los hijos menores de edad, en atención al interés de los mismos; y en la cuestión de la determinación de la filiación en España de los hijos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, realizando una contundente crítica de la posición al respecto de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública, que parece avalada por la reciente STS (Pleno, Sala 1ª) de 4 de diciembre de 2024, rec. n° 7904/2023, la cual ha denegado el exequatur de una sentencia de un Tribunal de Texas, que validaba un contrato de gestación subrogada y atribuía la paternidad de los nacidos a los varones comitentes, por ser contrario al orden público el reconocimiento de la sentencia extranjera, afirmando que “Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público”.

En el tercer capítulo el Profesor de Verda estudia lo que llama “petrificación” del Derecho de familia codificado y su superación por la práctica jurisprudencial, demostrando un hondo conocimiento de lo que la doctrina italiana llama *dirito vivente*, poniendo de manifestó cómo las legislaciones autonómicas han sabido *aggiornarsi*, en mayor medida que la estatal, a las exigencias derivadas de la actual realidad social.

Pone de manifiesto la superación práctica del carácter excepcional del régimen de custodia compartida, la integración jurisprudencial del parco art. 93.I CC en materia de alimentos, la insuficiente regulación del art. 96 CC respecto de la atribución del uso de vivienda familiar o la reformulación jurisprudencial de la compensación por desequilibrio, hasta llegar a la conclusión de que, con ella no se compensa “cualquier desequilibrio, sino, tan solo, el que tiene su causa en

la dedicación exclusiva (o prioritaria) de uno de los cónyuges al cuidado de la familia o en su coloración desinteresada en la actividad profesional o empresarial del otro, siempre que, como consecuencia de ellos, haya sufrido una pérdida de expectativas económicas o de desarrollo profesional o laboral".

En el cuarto y último capítulo examina el contenido del Derecho de familia, proponiendo con sólidos argumentos el mantenimiento en su seno de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad (ámbito en el que el autor es un reconocido experto). Igualmente, lleva a cabo un detenido estudio de la cuestión de la asignación del cuidado de los animales domésticos en las crisis familiares, a raíz de la importante Ley 17/2021, de 15 de diciembre, demostrando una extrema sensibilidad en las soluciones que propone. Finalmente, trata del debatido problema de la aplicación de la figura de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, realizando una decidida defensa del resarcimiento del daño endofamiliar y rechazando, con sólidos argumentos, la tradicional idea del carácter cerrado (inmune a la aplicación de principios generales) del Derecho de familia.

Estamos, en definitiva, ante una aportación original, realizada por uno de los máximos expertos en la materia, que, además, es de fácil y amena lectura.

Salvador Carrión Olmos.
Catedrático Emérito de Derecho civil
Universitat de València

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Madrid, 2024, 301 pp.



La sugerente obra que tengo el placer de recensionar constituye una aportación necesaria en el campo de nuestra disciplina, tanto por la actualidad del tema, como por lo escasamente abordado del mismo. El prof. CHAPARRO MATAMOROS, de trayectoria hace ya tiempo contrastada, ha sabido anticipar el análisis de una materia de la que no cabe esperar que surjan sino conflictos en los próximos años, especialmente los relativos a la validez de determinadas apuestas deportivas de contrapartida que se realizan a través de Internet.

Ciertamente, el juego no es una costumbre (o vicio, según se mire) exclusiva de nuestro tiempo. Se ha jugado siempre, ya sea con fines más o menos meramente recreativos o lúdicos, o con fines crematísticos. Sin embargo, asistimos en la actualidad a un cambio en la forma de jugar: del tradicional juego presencial se ha

pasado al juego *online*, con los peligros que ello conlleva y que pueden fácilmente observarse en cuestiones como la ausencia de conocimiento por parte de los demás de tal práctica (y, en consecuencia, del consiguiente reproche moral que se pudiera recibir) y el mayor gasto que se puede hacer derivado de no contar con las limitaciones en la disposición propias del dinero en efectivo. Partiendo de este escenario, la obra se ocupa de categorizar el contrato de prestación de servicios de juego desde una perspectiva dogmática, sin prescindir de las necesarias referencias al juego presencial que todo estudio de esta materia requiere para su mejor comprensión.

Así las cosas, el capítulo primero (“Consideraciones preliminares”) constituye una presentación de la materia, esforzándose el autor por justificar la necesidad y ocasión del tema atendida la realidad social actual y el cambio en los patrones de juego que viene desarrollándose a raíz de la expansión de Internet y de la mayor fiabilidad que ofrecen hoy en día los pagos efectuados en línea. En este primer capítulo, el prof. CHAPARRO MATAMOROS analiza la evolución de la legislación en materia del juego: se pasa, así, de la inicial prohibición de su práctica a unas normas contemporáneas que tratan de alejar del juego (o, cuando menos, de limitar su participación) a ciertos colectivos que se consideran especialmente vulnerables, como son los menores de edad y las personas que presentan comportamientos patológicos de juego.

El capítulo segundo (“Concepto, naturaleza, perfección y contenido del contrato de prestación de servicios de juego. Distinción con el contrato de juego y apuesta que se celebra en el marco del juego organizado”) resulta fundamental para delimitar el contrato de prestación de servicios de juego, como marco general, de cada uno de los contratos de juego y apuesta que se celebran con ocasión del primero. Esta distinción se presenta como absolutamente necesaria para entender los efectos del contrato. Para el autor, el contrato de prestación de servicios de juego es un instrumento para la efectiva participación en el juego, que tendrá lugar no con la mera perfección de aquél, sino cuando el jugador participe en cada uno de las distintas modalidades de juego que ofrezca el operador, celebrando de esta manera un contrato autónomo respecto del primero, pero vinculado a él: el contrato de juego y apuesta.

Continuando el comentario a la obra de acuerdo con su estructura, debe decirse que el capítulo tercero (“Elementos personales del contrato de prestación de servicios de juego y del contrato de juego y apuesta que se celebra en el marco del juego organizado”) sea, seguramente, el más importante, lo que se desprende tanto de la extensión del mismo, como de su contenido, enfocado en las figuras del operador y del participante en las actividades de juego. En relación con el primero, el autor describe el régimen administrativo de obtención de licencias y

autorizaciones a que se somete su actividad, poniéndose de relieve de esta manera el intervencionismo estatal en una materia que el Estado considera estratégica por tratarse de una fuente de ingresos fiscales nada desdeñable, circunstancia ésta que se hallaba entre los motivos que contribuyeron a la despenalización de la práctica del juego en 1977.

Más importante que la figura del operador es, sin duda, desde la óptica del Derecho Civil, la del participante. A este respecto, el autor realiza un análisis ciertamente exhaustivo de todas las cuestiones que tienen que ver con el jugador, comenzando con la crítica al incoherente (por defecto) sistema de prohibiciones de participación subjetiva. Continuando con las cuestiones abordadas en este capítulo, destaca el original tratamiento de la figura del jugador profesional, sobre el que hasta la fecha únicamente existían escasas referencias elaboradas al socaire de comentarios a la STJUE (Sala 6ª) de 10 de diciembre de 2020, asunto C-774/19 (ECLI:EU:C:2020:1015). De especial interés son las reflexiones sobre la figura del *tipster* o corredor de apuestas, planteando el prof. CHAPARRO MATAMOROS los principales problemas que suscita, como son los relativos al eventual reproche moral que deben merecer sus métodos de captación de clientes y a la posible existencia de un autocontrato, en aquellos casos en que el *tipster* se dedicara a la gestión de la cuenta de juego de un apostante e invirtiera el saldo disponible para la realización de apuestas en pronósticos efectuados en la casa de apuestas con la que ha llegado a algún tipo de acuerdo publicitario.

El siguiente extremo que el prof. CHAPARRO MATAMOROS aborda en este capítulo es el relativo a la eventual participación de menores de edad en el juego. Pese a constituir la minoría de edad una situación de prohibición subjetiva de participación, a nadie se le escapa que los menores de edad acceden tanto al juego presencial como *online*, y, además, se inician en su práctica a edades cada vez más tempranas, como ponen de manifiesto los estudios de campo. La primera cuestión que se plantea en esta sede es la relativa a la admisión de la participación del menor emancipado en el juego, considerando el autor que el concepto de “menor de edad” que contiene el art. 6.2.a) LRJ alude a un estatus jurídico, diferente al de emancipado, y que la participación en el juego no es, en general, un acto de la trascendencia económica de los enumerados en el art. 247.I CC, razones éstas que deberían ser suficientes para autorizar la práctica del juego al menor emancipado.

Más espinosa es, como advierte el prof. CHAPARRO MATAMOROS, la cuestión de si podría considerarse la participación en determinados juegos de carácter presencial como uno de los contratos que los menores de edad no emancipados pueden celebrar por sí mismos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. Existen, desde luego, poderosas razones para negar lo anterior, aunque el autor observa los beneficios en relación

con la prevención de conductas patológicas del juego que podrían derivarse de una admisión moderada de la práctica del juego a determinadas edades.

No menos compleja que la anterior emerge la cuestión de la apertura de “cajas de recompensas” (o *loot boxes*) en los videojuegos por menores de edad. Para el autor, proclive a las restricciones en su activación por menores de edad debido a la falta de consciencia del riesgo que estos micropagos pueden suponer, no estamos en puridad ante un juego de azar, por cuanto no hay incertidumbre acerca de la realización de la prestación por parte de la compañía de videojuegos (siendo, como es obvio, la incertidumbre en la existencia del premio un elemento consustancial al juego).

El capítulo tercero de la obra acaba con una referencia a la problemática de los jugadores con adicción patológica al juego. La normativa administrativa reguladora de los juegos de azar se ha encargado de establecer restricciones a la práctica irreflexiva e irracional del juego, como son las limitaciones en las cuantías de los depósitos que los jugadores pueden cargar en sus cuentas de juego, al tiempo que ha delegado en los operadores de juego la vigilancia y eventual advertencia a los jugadores que incurran en conductas de juego patológico. Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto el prof. CHAPARRO MATAMOROS, los operadores de juego obtienen sus beneficios de la adicción al juego (y no del juego esporádico), por lo que cabe desconfiar de la efectiva implementación de protocolos destinados al cumplimiento de unas obligaciones de control cuya inobservancia seguramente no será echada en falta por parte de aquellos jugadores ludópatas que no quieran ver alterados sus hábitos de juego con una constante correspondencia del operador que le alerte de los riesgos que puedan derivarse de sus patrones de juego.

En otro orden de ideas, el capítulo cuarto (“Elementos reales del contrato de prestación de servicios de juego. Distinción con el contrato de juego y apuesta que se celebra en el marco del juego organizado”) analiza el objeto del contrato de prestación de servicios de juego y del contrato de juego y apuesta que se celebra en el marco del juego organizado. De especial interés resulta el objeto de este último, realizando el autor interesantes reflexiones acerca de la participación, el precio y el premio. En relación con la primera, el prof. CHAPARRO MATAMOROS desgana cada una de las actividades de juego que contiene el art. 2.1 LRJ, que, a estos efectos, son aquellas sobre las que puede recaer la participación. En esta materia se aprecia, sin duda, el dominio de la misma por el autor, que tiene la capacidad necesaria para hacer comprender al lector en qué consiste cada una de las actividades de juego y, asimismo, diferenciarla con claridad del resto (con oportunos ejemplos), lo que resulta especialmente útil considerando que, en

la práctica, los contornos sobre ciertas actividades de juego son muy difusos, pudiendo confundirse con facilidad.

Por su parte, el precio como contraprestación por la participación en las actividades de juego se presenta como una materia de obligado estudio, si bien el hecho de que resulte necesario el previo desembolso del mismo para que pueda tener lugar la participación reduce los conflictos en este ámbito: si no se paga el precio fijado, no existe participación ni derecho al premio. Algo similar ocurre con el premio: su pago por el operador, cuando proceda, es un elemento indispensable para el correcto funcionamiento de la industria. Sin embargo, el operador de juego no siempre accede voluntariamente al pago, y, como puede fácilmente intuirse, siempre estará a la búsqueda de cualquier elemento que le permita no hacerlo (o hacerlo en una cuantía inferior a la pactada) con arreglo a una determinada cláusula del contrato de prestación de servicios de juego. En particular, como expone el prof. CHAPARRO MATAMOROS, esta situación, pese a producirse en un porcentaje relativamente bajo de todos los supuestos en que se tiene derecho al premio, está observándose cada vez con mayor frecuencia en la práctica en materia de errores en la fijación o actualización de las cuotas de los eventos que forman parte de una apuesta deportiva de contrapartida.

El capítulo quinto de la obra (“Efectos del contrato de prestación de servicios de juego”) es, quizás, el más descriptivo de la obra, si bien su importancia no debe minusvalorarse por cuanto el autor extrae los diferentes derechos y deberes que corresponden a operador y participante de la normativa administrativa reguladora de los juegos de azar para establecer un estatuto jurídico de aquéllos ciertamente exhaustivo.

Por último, el capítulo sexto (“La extinción del contrato de prestación de servicios de juego. Distinción con el contrato de juego y apuesta que se celebra en el marco del juego organizado”) aborda la extinción del contrato de prestación de servicios de juego, haciendo especial hincapié el autor en los supuestos de extinción no convencional que se producen al amparo de alguna cláusula predispuesta por el operador en el contrato. En relación con esta cuestión, conviene llamar la atención sobre dos supuestos concretos: a) en primer lugar, cabe referirse a la eventual validez de la cláusula que faculta al operador de juego a suspender o limitar el uso del registro de usuario del participante cuando advierta que éste ha llevado a cabo comportamientos colusorios o fraudulentos, lo que exige, a juicio de la jurisprudencia menor, que no existan dudas acerca de la concurrencia de la conducta que se le impute como legitimadora de la suspensión o cierre del registro de usuario; y b) por otro lado, se encuentra la cláusula que faculta al operador a anular una apuesta ya validada, la cual, en principio, no tiene por qué

ser abusiva, sino que deberán valorarse los concretos matices que concurran en su aplicación a efectos de decidir acerca de su admisibilidad.

En conclusión, estamos ante una obra de lectura indispensable, que se ha adelantado a muchos de los problemas que se producirán en esta materia y que pueden empezar a intuirse a la luz de la cada vez más numerosa jurisprudencia menor (especialmente la de 2023 y 2024) que viene conociendo de conflictos ocasionados en el marco de contratos de prestación de servicios de juego, lo que sitúa a esta monografía, qué duda cabe, como la obra de referencia para todos los estudios posteriores que (especialmente, en Derecho de consumo) analicen cuestiones relativas a la validez de las cláusulas insertas en este tipo de contratos.

Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil
Universitat d'Alacant

COBAS COBIELLA, M^a. E.: *Mediación en el ámbito intercultural*, Dykinson, Madrid, 2024, 191 pp.



La inmigración y la extranjería existe y ha existido siempre, constituyendo, hoy en día, una constante histórica y un fenómeno universal, que obedece a factores de diversa índole (económicos, laborales, sociales, políticos, etc.). Hace 1500 años, en lo que actualmente conocemos como Moscú, no había un sólo ruso, en Hungría no había un sólo húngaro, en Turquía no había turcos, España empezaba a ser visigoda, y en América sólo vivían indígenas. Aunque son los EE.UU. los que tradicionalmente han venido recibiendo a inmigrantes de todas partes del mundo, en el último siglo, Europa, por factores de índole geográfico e histórico, se ha convertido en destino de los flujos migratorios.

La inmigración y la extranjería son una realidad, un fenómeno tan antiguo como el ser humano. Un tema cada vez más recurrente en el discurso político ya que la mayoría de los ciudadanos considera que sus Gobiernos deberían convertir la lucha contra la inmigración clandestina en una tarea prioritaria. Sin embargo,

la instantánea que podemos sacar de la política en materia de inmigración y extranjería es la de la falta de armonización legislativa y la existencia de diferentes legislaciones estatales para hacer frente al fenómeno de la inmigración. Hay dos datos de partida que debemos observar: uno, que, hoy día, más de 200 millones de personas pueden ser consideradas migrantes, esto es, residen fuera del país de su nacionalidad; y, dos, que está claro que hay que integrarse.

Cuando hablamos de inmigración, asilo, refugiados, ciudadanía y libre circulación de personas nos movemos en un amplio abanico de realidades que se abordan desde distintas perspectivas: Unión Europea, internacional, nacional y comparada, donde la inmigración regular e irregular, la integración, las medidas de protección internacional, la crisis de los refugiados, el marco normativo, la gestión de las fronteras, el régimen jurídico de extranjería, la configuración del estatuto de ciudadanía, los logros o las barreras en la libre circulación, el espacio judicial europeo en la cooperación civil, entre otros, se presentan como los grandes protagonistas de este escenario multinivel.

La necesidad de gestionar la diversidad cultural desde la integración bidireccional y el respeto a las reglas del juego garantistas de la identidad colectiva, el acceso, el alcance o el ejercicio de los derechos humanos (garantizados por el Derecho internacional) y los derechos fundamentales (consagrados en el ámbito nacional), desde la mediación y no desde el conflicto debe ser la clave.

La integración de extranjeros debe implicar el reconocimiento de una serie de derechos, así como el cumplimiento de unos deberes que parten de los criterios de convivencia y organización característicos de la sociedad europea. Todo ello dentro del respeto a la identidad cultural y religiosa de los recién llegados. En este sentido, la integración sólo puede hacerse efectiva a través del conocimiento mutuo. Para lograr este objetivo de integración, se debe construir un modelo jurídico que lo garantice, y que establezca las bases fundamentales de un modelo que posibilite la efectiva integración social de las personas extranjeras.

Parafraseando a la Dra. M^a Elena Cobas Cobiella, podríamos señalar que “la vida contemporánea se desenvuelve en un entorno intercultural. A diario se está en contacto con personas de diversas culturas, tradiciones, y valores que permean las relaciones sociales, económicas, políticas, internacionales y jurídicas. Este panorama conlleva a la existencia de conflictos de distinta índole, dentro de los cuales aparecen los llamados conflictos interculturales, y con ello el surgimiento de la mediación en el ámbito intercultural como fórmula para paliar estos conflictos. La obra *Mediación en el ámbito intercultural* tiene un objetivo principal, el análisis de una de las aristas menos trabajadas -no por ello menos importante- de la mediación, que es la intercultural”.

La obra resulta de interés para el lector, porque sistematiza e institucionaliza la mediación intercultural. Lo hace desde el origen: la multiculturalidad (Capítulos I y II), definiendo su marco conceptual y normativo (Capítulo III), reflexionando sobre su *leit motiv*: los conflictos interculturales (Capítulo IV) y ahondando en su solución: la mediación intercultural (Capítulos V y VI).

En un mundo cada vez más globalizado, donde personas de diferentes orígenes culturales viven y trabajan juntas, los conflictos interculturales son inevitables. Estos conflictos pueden surgir en una variedad de contextos, desde el lugar de trabajo hasta las escuelas, pasando por las comunidades locales y los sistemas de atención médica. La mediación intercultural ofrece un enfoque especializado para abordar estos conflictos, ayudando a las partes a entender y respetar las diferencias culturales y a encontrar soluciones que sean aceptables para todas las partes involucradas.

La mediación intercultural no solo aborda los conflictos de manera efectiva, sino que también promueve la comprensión y el respeto mutuo entre diferentes culturas. Esto es particularmente importante en sociedades diversas como España, donde las comunidades migrantes constituyen una parte significativa de la población. Al facilitar el diálogo intercultural y la comprensión, la mediación intercultural puede contribuir a una mayor cohesión social y a la integración de las comunidades migrantes en la sociedad española.

Las aportaciones que conforman *Mediación en el ámbito intercultural* invitan a la reflexión. Nos encontramos, sin duda alguna, ante un trabajo serio, bien armado y estructurado, que provoca el debate y la reflexión sobre la inmigración y los conflictos interculturales; y que trata de alumbrar soluciones desde la mediación intercultural.

En definitiva, esta monografía de la Dra. M^a Elena Cobas Cobiella es y debe ser, sin duda alguna, lectura obligada no sólo para la doctrina, sino también para los especialistas y operadores que deben hacer frente a los conflictos interculturales. Nos encontramos ante una obra de referencia absoluta y excelente visión panorámica de un tema tan complejo como es la mediación intercultural.

Se agradece que la producción científica en nuestra materia se complemente con trabajos como éste, rigurosos, prácticos y de calado científico. Útil, sólida y práctica son algunos de los merecidos calificativos que (desde la razón y no desde el corazón) merece *Mediación en el ámbito intercultural*.

Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche

MARÍN SALMERÓN, A.: *El defecto de diseño en los productos digitales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, 309 pp.



La trascendencia cuantitativa y cualitativa de los productos y bienes digitales es proporcional a su uso en nuestra vida cotidiana. La mayoría de productos que en esencia eran simplemente tangibles, ahora suelen o pueden incorporar algún elemento digital. Este desarrollo supone una ruptura con las categorías jurídicas tradicionales. El legislador europeo se ha adentrado en la difícil tarea de intentar crear un marco jurídico general para estos productos. Destacan, en este sentido, entre otros, el Reglamento (UE) 2024/1698, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial); la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes; la Directiva 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; la propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial, con pocas perspectivas de futuro; y la *novísima* 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.

La obra recensionada se centra en un problema concreto que, con la irrupción de estos nuevos productos, adquiere una gran trascendencia, al haberse convertido en la base del proceso productivo: el diseño y, concretamente, el defecto de diseño. Este nuevo marco regulatorio y la aparición de los productos que pretende regular resultan, al mismo tiempo, de gran complejidad y de absoluta importancia práctica, por lo que está motivando gran cantidad de bibliografía por parte de la doctrina. Sin embargo, se centra en un aspecto nunca tratado de manera monográfica hasta la fecha. El autor lo desarrolla con gran extensión, contando con una amplia y completísima bibliografía, al incluir no sólo obras nacionales sino también internacionales, sobre todo una gran cantidad de trabajos estadounidenses, cuna de la responsabilidad civil por daños de productos defectuosos.

Lejos de lo que pudiera hacernos pensar el título escogido para la obra, estamos, como dice el profesor Ataz López en el prólogo de la monografía, ante «un estudio completo del defecto de diseño, al que se añade una concreción o especial atención respecto de los productos digitales».

El autor, Andrés Marín Salmerón, doctor en Derecho y actual profesor Ayudante Doctor (acred. Contratado doctor) en el departamento de Derecho civil de la Universidad de Murcia, nos presenta un análisis exhaustivo, profundo, transversal y actualizado. Sin centrarse exclusivamente en el defecto de diseño, el estudio ofrece una reflexión doctrinal detallada de las principales problemáticas que podían surgir al aplicar la normativa tradicional de responsabilidad por productos defectuosos en el contexto de los nuevos productos digitales y como las modificaciones propuestas, hoy ya consolidadas en un nuevo texto legal, no solucionan gran parte de las dificultades presentadas.

El avance de las tecnologías emergentes -en particular la inteligencia artificial-, la acelerada y dinámica realidad económica, los nuevos modelos de negocio de economía circular, la creciente internacionalización de las cadenas de suministro y, en conjunto, las características del mercado contemporáneo son algunos de los motivos que han provocado la derogación de la Directiva 85/374/CEE -que ha servido de marco legislativo ante los daños provocados por productos defectuosos durante casi 40 años- y el paso a una nueva regulación que, aunque ahonda en los pilares básicos de la antigua directiva es consciente de las peculiaridades que pueden acarrear estos nuevos productos. Lo que ha pretendido el autor con este trabajo es, ni más ni menos, que un estudio completo y dinámico de esta nueva regulación, teniendo siempre presente la relevancia -y singularidad- del defecto de diseño. Ardua tarea en la que ha demostrado solvencia y soltura en el uso de los conceptos básicos sobre la materia, analizando -y discutiendo-

la más autorizada doctrina en la materia y desgranando casi la totalidad de la jurisprudencia de esta temática en el ámbito español, así como gran número de sentencias estadounidenses.

La obra está estructurada en seis capítulos que, de manera pedagógica, podrían clasificarse en tres partes diferenciadas. Los primeros dos capítulos componen el análisis de conceptos fundamentales para el entendimiento del resto de la obra. El capítulo tercero, probablemente, autónomo en sí mismo, se centra en la evolución histórica de la regulación en Estados Unidos, Europa y nuestro país. La tercera parte, compuesta por los capítulos cuarto, quinto y sexto, explora de manera exhaustiva tres aspectos trascendentales de la responsabilidad por productos defectuosos, con especial atención a los casos en que los daños derivan de defectos en el diseño.

El primero de los capítulos «Productos digitales y productos digitales defectuosos» se adentra en la difícil tarea de definir el concepto de «Producto digital». Para ello, en primer lugar, analiza el concepto de «producto» de la -ya derogada- Directiva 85/374/CEE y de si, su concepto, hoy ya «defenestrado», incluía -o, podía incluir- el *software* y/o los productos digitales. Tras asegurar su posible inclusión y poner de manifiesto los beneficios de su definición, examina los conceptos de producto de la Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos elaborada por el *European Law Institute*¹ y de la Directiva (UE) 2024/2853 -en el momento de la elaboración de la monografía, todavía Propuesta de Directiva-. La primera de ellas define el propio concepto de producto digital y la segunda introduce en el concepto mismo de producto los programas informáticos y los denominados «archivos de fabricación digital». El autor comprende que el concepto del *ELI* resultaba más clarificador y suponía una mayor uniformidad al tener en cuenta en el concepto de producto digital los términos «contenido digital», «servicio digital» y «bienes con elementos digitales» de las Directivas 2019/770 y 2019/771 que, según el autor, podrían resultar menos afectados por potenciales modificaciones tecnológicas.

El segundo de los capítulos con el título de «Ideas generales del diseño y el defecto de diseño» probablemente sea el más técnico del trabajo. El autor intenta trasladar al lector la relevancia exponencial que están adquiriendo los diseños en el proceso productivo. Y, además de aclarar la gran cantidad de significados que se utilizan para con el término diseño, se resalta que el campo del diseño no se circunscribe exclusivamente al aspecto estético, sino que también incluye el plano funcional. Asimismo, este capítulo adquiere gran relevancia porque sintetiza, con carácter general, el proceso de elaboración de un diseño cualquiera, con sus diferentes fases, además de que se explican las diferencias que acarrearán los

¹ *ELI Draft of a Revised Product Liability Directive.*

diseños de particulares productos como es el caso de los programas informáticos. De hecho, la mayor complejidad de este capítulo surge al intentar sintetizar los dos modelos más utilizados en el desarrollo de software (*waterfall* y *agile*) y pretender desembrollarlos para legos informáticos. Destaca el autor aquí también, antes de adentrarse en el defecto de diseño propiamente, las peculiaridades y complejidades que las actualizaciones tienen en los productos digitales, así como la importancia de su diseño.

Una vez examinado el concepto de diseño, el autor se adentra en su defecto, pero sin olvidar los tipos de defectos que de acuerdo con doctrina y jurisprudencia puede contener un producto: diseño, fabricación, información. El autor destaca que los nuevos textos legales siguen sin distinguirlos, al menos formalmente, aunque materialmente se ponen de manifiesto (*vid.* Capítulo 4). Se estudian también aquí las concretas características que acarrearán el defecto de diseño en los productos digitales y, singularmente, de los sistemas de IA.

El último punto de este capítulo lo utiliza el autor para analizar y poner de manifiesto como la jurisprudencia española trata de eludir, o simplemente confunde, la existencia de algún tipo de defecto diferente al diseño, cuando claramente es de este tipo. Se intenta demostrar en este apartado que los Tribunales suelen incluir el defecto de diseño tanto bajo el «amplio paraguas» del defecto de fabricación, como en el defecto de información o, incluso, ciertas ocasiones en los que los Tribunales, sabedores de la especialidad y peculiaridades del defecto de diseño evitan hacer mención concreta al defecto que se trata. Todo ello, entiende el autor, motivado por la subjetividad patente en los defectos de diseño que le difieren respecto de los otros dos tipos de defectos.

El capítulo acaba con el análisis en detalle de una sentencia fundamental para el desarrollo de la Tesis doctoral: la SAP de Vizcaya de 10 de diciembre de 2014. En esta sentencia, la Audiencia deja manifiestamente clara la necesidad de distinguir los diversos tipos de defectos y revela que el éxito del procedimiento puede estar en la correcta calificación del defecto que ha producido el daño y de los medios de prueba que se propongan para demostrar su existencia, que serán diferentes en función del concreto defecto de que se trate.

El tercero de los capítulos, que catalogamos como independiente, es en el que se estudia la «Evolución histórica de la normativa de los defectos de diseño en los productos defectuosos». El autor desarrolla la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en Estados Unidos, Europa y en España tras la transposición de la Directiva 85/374/CEE. Además, expone con cierta profundidad la evolución de los distintos textos comunitarios sobre nuevas tecnologías, así como las distintas modificaciones que se produjeron en la propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos hasta la

publicación de la Directiva (UE) 2024/2853. Este capítulo, seguramente, es el que menor originalidad aporta, pero es comprensible dado el contenido que pretende.

El capítulo cuarto abre la que para mí es la parte más importante de este trabajo. Este capítulo se intitula «La regulación de la responsabilidad por defectos de diseño en los productos defectuosos». El autor, a lo largo de todo el trabajo recensionado, deja clara su opinión sobre los defectos de diseño, en virtud de la cual, lejos de la regulación cuasobjetiva pretendida por el legislador en materia de responsabilidad por productos defectuosos, requieren de una responsabilidad subjetiva en su resarcimiento. En este sentido, el autor apunta aquellos aspectos de la regulación que no son de responsabilidad objetiva a pesar de así expresarlo, los denomina «fleclos de subjetivación», que dice mantener también las nuevas regulaciones sobre la materia.

Posteriormente se examina el concepto de producto defectuoso y explicita los tres tipos de defectos existentes, analizando aquellos resquicios de la regulación actual que, de acuerdo con el profesor Marín Salmerón, aun no expresando su específica aplicación a un concreto tipo de defecto, es obvia su finalidad. Desea demostrarse así que, aunque no se exprese, el legislador también tiene en mente los tres tipos de defectos existentes.

Para el autor, uno de los principales problemas de la regulación sobre daños por productos defectuosos, y que cree que continuará con la nueva Directiva, es el concepto mismo de producto defectuoso. En este sentido, el autor realiza una labor de análisis ingente de los conceptos de «falta de seguridad», «presentación del producto», «uso razonablemente previsible del producto» y «puesta en circulación del producto», así como sus adaptaciones a la nueva regulación aplicable a los productos digitales que, entre otras, ha añadido a la presentación «las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento»; ha dejado de incluir «mal o inadecuado uso», que sí se introdujo en la propuesta inicial; y ha repensado el concepto de «puesta en circulación», al requerir las características propias de los productos digitales de nuevas concepciones como son la «comercialización», la «introducción en el mercado», y la «puesta en servicio». Asimismo, el autor también trae a colación las nuevas circunstancias que expresamente se indican a tener en cuenta, en concreto, «el efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión» y «el efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio», claramente vinculado a los sistemas de inteligencia artificial.

Igualmente se contrapone en este capítulo el concepto de seguridad con nociones que, siendo parecidas, requieren de su distinción. Se separa en este sentido la seguridad de la utilidad, de la eficacia, de la calidad y de los términos peligrosidad y toxicidad.

Se analiza aquí también la constante disyuntiva entre la regulación sobre responsabilidad por productos defectuosos y la normativa sobre seguridad de los productos. En el proceso de búsqueda de criterios que ayuden a concretar el criterio de la seguridad legitimante esperada del concepto de producto defectuoso, algunos autores creyeron que serviría de ayuda la regulación de la seguridad general de los productos, así como las normativas específicas en la materia. Además, la nueva Directiva le da a la normativa de seguridad una importancia prominente, y la interconexión de ambas regulaciones es cada vez más evidente. Sin embargo, el autor, con múltiples argumentos, trata de aclarar que la normativa de seguridad se aplica con independencia de la existencia de un daño efectivo, basta con un daño potencial, un riesgo, un peligro, con la simple posibilidad de que el daño pueda producirse, mientras que la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos requiere la existencia de un defecto y la efectiva producción de un daño, y se centra, precisamente, en la compensación e indemnización de las lesiones que hayan producido estos daños. Sin embargo, no olvida el autor que el futuro de ambas normas es cada vez más entrelazado, que sus diferencias están en constante disolución y que, en definitiva, al deber tener en cuenta «todas las circunstancias» también habrá que considerar esta regulación, constatóndose ambas regulaciones como «mecanismos complementarios que nos pueden servir para lograr un mercado único de productos con altos niveles de seguridad».

Ante las dificultades que lleva acarreado el concepto de producto defectuoso y su imputación cuando el concreto defecto es de diseño, el autor propone soluciones. En concreto, nos habla del criterio de riesgo-utilidad, tema troncal del capítulo 5. De esta manera, en el capítulo se va desarrollando el modo en que el criterio de riesgo-utilidad o *risk-utility test* ha ido evolucionando en la jurisprudencia estadounidense desde el *Restatement (second) of Torts* hasta el actual *Restatement (Third) of Torts*. El autor es consciente de los inconvenientes que también acarrea la aplicación de este criterio, sobre todo en lo referente a quien tenga la carga de la prueba, por eso, por lo que verdaderamente apuesta es por una aplicación conjunta de los criterios de riesgo-utilidad y de las expectativas del consumidor. Entiende que esta combinación tiene cabida en la expresión «todas las circunstancias» a la que hacía referencia el art. 6 de la Directiva 85/374/CEE, y que ahora encontramos en el art. 7 de la nueva Directiva (UE) 2024/2853 y, de hecho, trae a colación supuestos jurisprudenciales donde entiende que ya se ha producido esta aplicación conjunta en España.

El último capítulo de esta obra se centra en un concreto aspecto de la regulación de la responsabilidad por daños por productos defectuosos, particularmente en «la aplicación de los riesgos del desarrollo en los productos digitales y su conexión con los defectos de diseño». El autor se adentra aquí en la difícil tarea de dirimir el complejo concepto de «riesgos del desarrollo», así como del «estado de la ciencia y de la técnica», claramente entrelazados, pero con alguna divergencia. Tras desarrollar el origen de esta potencial causa de exoneración de responsabilidad, elabora un análisis doctrinal y jurisprudencial de la consideración del «nivel más avanzado de los conocimientos científicos y técnicos». La introducción de causas de exoneración en la responsabilidad objetiva pretendida puede identificarse con cierta subjetivación de la responsabilidad. En el trabajo se utilizan estas causas de exoneración como argumentación para aliviar la manifiesta disolución de la culpa que supondría la introducción del criterio de riesgo-utilidad como criterio -aunque fuese complementario- en la consideración defectuosa de un producto. También se pone en evidencia que, en realidad, un defecto que no pudo ser detectado por el estado de los conocimientos en el momento de su puesta en circulación será un defecto de diseño, es decir, en la propia concepción del producto, que en un estado más avanzado del conocimiento se habría diseñado de otra manera más segura. Se analizan las distintas consideraciones que se indican como ventajas e inconvenientes de su inclusión, pues esta causa de exoneración es, seguramente, la más controvertida, pues su naturaleza es discutida tanto en su razón de ser, como en su funcionamiento. Por último, se remarca que los riesgos del desarrollo van a adquirir una importancia especial en el caso de los productos digitales, no ya por su singularidad, sino por la necesidad de ir adaptándola a la evolución constante de estos productos.

El libro ofrece un desarrollo lineal que permite una lectura sencilla, fluida y accesible, aunque sin desmerecer el carácter científico del trabajo. Al mismo tiempo, su estructura modular permite abordar cualquiera de sus capítulos de forma independiente, adaptándose a la posible consulta individual por parte del lector.

Se trata, en suma, de una obra original y clásica, en la que el autor ha conseguido elaborar un marco jurídico completo de los defectos de diseño. No ha dejado de lado el análisis de las teorías previas ni de la doctrina clásica, y las ha estudiado al albur de las realidades actuales. Se propuso un trabajo potente y ambicioso que, sin duda, ha conseguido.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

MAS BADÍA, M^a. D.: *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2024. Disponible en abierto: <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/una-habitacion-propia/9/413>.



La obra que el lector tiene en sus manos no es una más, ni por la temática ni por quien la escribe. La autora lo refiere en sus reflexiones finales; no se trata de un estudio ligero ni apresurado sobre un tema tan crucial como es el derecho a la vivienda, se asienta sobre “una base sólida de información y datos adecuadamente analizados”. No es falsa modestia, es reflejo del rigor, de la honradez intelectual, de la madurez académica y del saber hacer de la profesora MAS BADÍA, que se deja sentir con fuerza y personalidad a lo largo y ancho de la obra; lo que también la caracteriza y singulariza.

La autora realiza en esta monografía un ejercicio concienzudo, crítico y solvente que se evidencia en cómo maneja las categorías jurídicas (propiedad, arrendamiento, vivienda, función social o contenido esencial, gran tenedor, mercado tensionado); cómo aborda y entrelaza temas complejos generales y específicos (distribución de

competencias entre Estado y Comunidades autónomas, técnica y calidad legislativa, concurrencia normativa, o limitación de la renta de alquiler); cómo profundiza en debates necesarios (contextos de aplicación y garantía de los derechos, límites de la propiedad, gentrificación, vulnerabilización de amplios grupos poblacionales, vivienda digna y de calidad y su relación con los derechos humanos, o la ética del cuidado); cómo formula propuestas de calidad (resolución no judicializada de conflictos, política fiscal, medidas sucesorias, o la profesionalización del mercado de alquiler, entre tantas otras); e incluso cómo es capaz de visualizar y avanzar futuros retos que en materia de vivienda están llamando a la puerta (uno de los más relevantes, el envejecimiento).

Esta obra presenta una estructura que acompaña y guía al lector de manera magistral en el aprehendizaje de los conceptos y, lo que es más importante si cabe, de su utilidad e interrelación; lo conduce con acierto a través de los debates que apunta y, especialmente, en aquellos escenarios en los que con precisión profundiza en el curso de los capítulos; y, por último, lo seduce con varias claves de solución práctica con las que finaliza. Es un ejercicio dialéctico y didáctico delicado y exquisito. Así, tras una introducción en la que avanza el que considera es su propósito, que constituye sin lugar a duda un magnífico comienzo, provoca en quien lee un apetito voraz, que no defrauda con posterioridad en la calidad de su desarrollo.

El Capítulo Primero es dúctil, fruto de la plasticidad y flexibilidad que caracteriza al derecho de propiedad, ese terrible e incómodo derecho subjetivo. La profesora MAS BADÍA se mueve con comodidad, aunque no en escenarios acomodaticios. Afronta temas de gran interés y envergadura que le hace, en no pocos momentos, abandonar zonas de confort y cajones estancos, algo que se nota que lejos de asustarle, la estimula. Comienza por la aproximación a la vivienda como derecho humano y la estrecha conexión que presenta con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos de la mano de la jurisprudencia y los criterios de ponderación utilizados por ella; particularmente se centra en la relación que hace con el derecho de propiedad. Una atalaya comprometida y valiente desde la que divisa y aborda dos de los contextos recientes donde el derecho a la vivienda se ha puesto en cuestión, contribuyendo a vulnerabilizar a sectores amplios de la población, como lo fue la crisis económica de 2007 (el estallido de la burbuja inmobiliaria) o la pandemia por la Covid19. Todo ello en un escenario que complica el acceso a la vivienda, pues como ella pone de relieve, a diferencia de lo que sucede en otros Estados, el nuestro, apuesta por la propiedad en vez de por el alquiler, con las ventajas y desventajas que eso ha supuesto para muchas familias y que también quedan evidenciadas en la obra.

El Capítulo Segundo se adentra en las modificaciones que la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda incorpora en otras normas, especialmente

en la Ley de Arrendamientos Urbanos; que evidencia que el ordenamiento jurídico y cualquier análisis sobre él no se estructura sobre compartimentos estancos y que es imprescindible legislar con sentido de Estado. En él se contiene uno de los núcleos gordianos de la materia, la intervención pública del mercado de alquiler. Se analizan con detalle y precisión, con referencias al derecho comparado, la limitación de la renta, las prórrogas forzosas, y también otras cuestiones novedosas de alcance, como el pago por medios electrónicos; el índice de referencia para la actualización anual de la renta; y los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato. Un recorrido por las novedades legislativas que huye de ser un estudio expositivo, y se adentra en el terreno de las dudas, de los vacíos, y de las propuestas, también las que a futuro se están elaborando y anunciando, que no son dejadas en el olvido, ni postergado su estudio a un mañana.

El Capítulo Tercero profundiza sobre conceptos clave: la función social y el contenido esencial del derecho de propiedad. Se trata del corazón de la obra; he de reconocer que uno de mis preferidos; donde la tradición y la evolución se dan cita y bailan con un nuevo compás de justicia social: la vulnerabilidad y la ética del cuidado. Sabíamos ya de la evolución del concepto liberal de propiedad privada acuñado en los Códigos civiles y superado por las Constituciones y legislación especial que se valieron del concepto social de propiedad. La vulnerabilidad y el cuidado emergen como conceptos extrajurídicos que suponen, como avanza la autora, un replanteamiento de no pocas materias, como evidencian normativas recientemente aprobadas, como la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

El último de los Capítulos, el cuarto, se dedica a analizar la constitucionalidad de las modificaciones introducidas por la Ley estatal de vivienda, e incluye el comentario a la única sentencia publicada del Tribunal Constitucional, por el momento, de todas las que penden sobre esta Ley, la 79/2024, de 21 de mayo, y que se compromete a hacerles el seguimiento para extraer conclusiones, que puedan seguir despejando dudas, sembrando certezas.

No quisiera concluir esta reseña de la obra, sin poner en valor las no pocas aportaciones de relieve que realiza la autora en su conversación “con extraños”, que se muestran a todas luces necesarias y sugerentes para asegurar la efectividad de un derecho de tanto calado como el de la vivienda digna y de calidad. Sabemos de la importancia de las garantías de los derechos, Luigi Ferraioli insiste en ellas en su obra “Por una Constitución

de la Tierra. La humanidad en la encrucijada” que entronca con muchos de los postulados que aquí se dan cita; por ello es particularmente notoria la última parte de la obra. Permítanme destacar entre los múltiples aportes concretos y

significativos que, al efecto de incrementar el parque público de vivienda, señala, aquellos que apunta en materia sucesoria, una especialidad que la profesora MAS BADÍA domina a la perfección, y que conectan con el área de conocimiento a la que se encuentra adscrita académicamente. Son propuestas (donaciones no computables como caudal relicto, destino finalista de viviendas recibidas por vía de sucesión intestada) que constituirían, de ser implementadas, líneas clave de financiación real, de fondos patrimoniales que sumarían a un más que exiguo parque público de vivienda actual, permitiendo con ello garantizar el derecho a la vivienda digna a aquella parte de la población en situación de emergencia habitacional o con escasos recursos económicos para acceder en igualdad de oportunidades al libre mercado de la vivienda.

Concluye su monografía con un deseo, que es al tiempo una oración, un lamento bien pudiéramos decir que colectivo, la necesidad de un pacto de Estado en materia de vivienda entre diferentes fuerzas políticas que huya de movimientos pendulares y avances y retrocesos; una demanda que también ha alcanzado a lo largo de los años a otros derechos no menos importantes que cimentan por igual nuestro bienestar, como son la educación, la sanidad o las políticas sociales.

Culmino como comenzaba estas líneas, recomendando fervientemente la lectura sosegada de esta obra valiente y comprometida con su tiempo, que ha moldeado con mimo la profesora MAS BADÍA, y que me trae a la mente los versos de Pedro Salinas: "Tú vives siempre en tus actos. Con la punta de tus dedos pulsas el mundo, le arrancas auroras, triunfos, colores, alegrías: es tu música" (La voz a ti debida). Por ello quisiera agradecerle el tiempo empleado en la confección de este traje a medida y sus ganas de contribuir siempre, en esta ocasión a través de una investigación que renueva el compromiso de la Academia con el desarrollo de la sociedad, y contribuye decididamente a un debate necesario, crucial, que aporta soluciones para entender y atender con garantías una necesidad vital, un derecho humano fundamental, la vivienda.

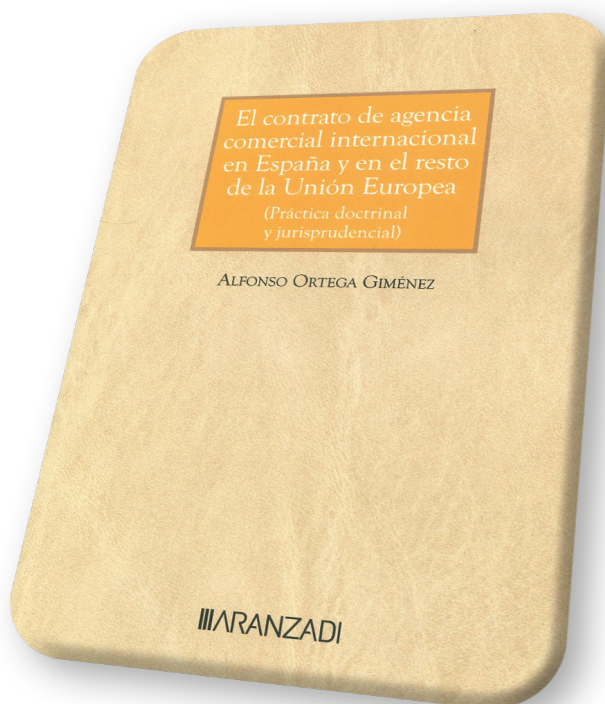
Fabiola Meco Tébar

Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil

Miembro del Instituto de Derechos Humanos de València

Universitat de València

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *El contrato de agencia comercial internacional en España y en el resto de la Unión Europea (Práctica doctrinal y jurisprudencial)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, 170 pp.



La monografía objeto de esta reseña se centra en el estudio de una de las figuras contractuales más importantes del comercio internacional: el contrato de agencia comercial internacional. Como señala el autor, este contrato de colaboración internacional se presenta como una de las técnicas de distribución de bienes y servicios más eficaces desde el punto de vista coste-beneficio, ya que al no poder las empresas establecerse en cada uno de los países a los que exportan sus productos, la opción de contratar a un experto -conocedor del sector y del mercado de destino- es la más idónea.

Si ponemos en contexto el estudio llevado a cabo con esta monografía, puede constatare claramente que, si bien el comercio internacional consiste básicamente en “comprar y vender”, el contrato de compraventa internacional de mercaderías se acompaña en la práctica de otros contratos que facilitan y potencian su eficacia y uno de éstos es el contrato de agencia comercial internacional, muy utilizado por el tejido empresarial español.

Dado que en la práctica vemos que una empresa no puede establecerse en todos y cada uno de los países a los que exporta sus productos por sí misma, el decidir sobre la contratación de un empresario experto y conocedor del sector y del mercado de destino, va a resultar la solución idónea para acceder a mercados más lejanos. Esta consideración, es clave para entender el valor de esta obra, pues “desmenuza” esta figura contractual hasta llegar a todas sus partes, poniendo al lector frente a una completa radiografía del agente comercial internacional como el medio de distribución de bienes y servicios más interesante, en términos de relación coste-beneficio, especialmente para aquellas empresas que quieren introducirse en nuevos mercados y, de cara a futuro, establecer sus propias redes de distribución en dicho mercado.

La monografía tiene un valor añadido y es que en ella no sólo se analiza al detalle la normativa española aplicable a esta figura del comercio internacional (I parte) llegando a proponer el autor un “Clausulado general de un contrato de agencia comercial internacional”, sino que dedica más de 150 páginas a analizar en clave de Derecho comparado la normativa vigente en cada uno de los estados miembros de la Unión Europea (II parte).

El presente estudio esto es relevante por varias razones: en primer lugar, porque denota la visión práctica del Derecho que se imprime a los estudios de este autor, el profesor Alfonso Ortega Giménez, con una amplia producción científica en materia de comercio internacional, avalada por toda una década dedicada a dirigir una empresa consultora de comercio internacional, bajo la figura de *Spin off* de la Universidad Miguel Hernández de Elche; en segundo lugar, porque las empresas españolas tienen en el mercado de la Unión Europea el destino natural de sus mercancías y conocer cómo se regula esta figura en los estados miembros es clave para estructurar sus relaciones comerciales en un entorno jurídico seguro; en tercer lugar, porque el autor localiza y aplica la jurisprudencia de los tribunales sobre este tipo de relación contractual; y en cuarto y último lugar, porque en Derecho internacional privado es necesario conocer el contenido del Derecho extranjero que puede resultar aplicable a un contrato, si es ese el Derecho aplicable al contrato de agencia comercial internacional, bien porque es el elegido por las partes de la relación jurídica, o bien porque es el aplicable en virtud de las normas de conflicto que resultan de aplicación.

No podemos perder de vista, tal y como afirma Ortega Giménez desde las primeras páginas de la monografía, que la selección de un buen agente comercial internacional, al igual que la negociación y posterior firma del contrato entre la empresa y el agente comercial internacional, no es cuestión tan sencilla como parece. En este contexto, si se escoge a la persona idónea, al “mejor agente del mercado”, la posibilidad de hacer negocios en ese país crece. Por el contrario, si

la selección es errónea, difícilmente podremos distribuir nuestros productos o prestar servicios en ese mercado.

Cuando nos adentramos en el estudio de la regulación de la figura del agente comercial internacional de la mano del autor, nos encontramos ante una modalidad contractual “minuciosamente regulada” en el ámbito europeo y a todas luces, tras el estudio, comprobamos que ello limita, en cierto modo, el juego del principio de la autonomía de la voluntad, tal y como apunta el autor.

Antes decía que hay varias razones que justifican la relevancia de esta obra y a pesar de haber abordado una cuarta, en último lugar, es de ley hacer mención a otro argumento, lo que se trata de una quinta razón que justifica la necesidad de tener presente este estudio y es que no se encuentra en la bibliografía una obra de iguales características. Es cierto que podemos encontrar variadas aportaciones sobre este tema, inclusive las realizadas por el propio profesor Alfonso Ortega Giménez en casi una veintena de publicaciones sobre contratación internacional; sin embargo, esta aportación es especialmente novedosa en la medida en que pone sobre el tapete jurídico un estudio integral del contrato de agencia comercial internacional hasta ahora desconocido en la literatura contractual internacional.

Cuando por fin se termina de leer este libro, recomendando totalmente, se puede alcanzar claridad acerca de que el contrato de agencia comercial internacional en España y en el resto de la Unión Europea se presenta como una herramienta práctica en la que: por un lado, se analizan los aspectos doctrinales, y también las consideraciones jurisprudenciales relativas al contrato de agencia comercial internacional en España y una amplia información sobre su regulación en el entorno comunitario. Estamos, ante un estudio actualizado y coherente de una de las figuras más importantes del comercio internacional, junto a la compraventa internacional de mercaderías. Estoy segura de que esta obra pasará a formar parte de las referencias más importantes para el estudio de la contratación internacional en las Universidades españolas.

Lerdys Saray Heredia Sánchez
Profª. Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *La aplicación judicial del Derecho extranjero en España*, Sepín, 2024, 84 pp.



La obra objeto de la presente reseña supone un nuevo paso que da el autor en el estudio de la aplicación del Derecho extranjero en España, esta vez enfocado exclusivamente a la práctica judicial. Representa la continuidad en la investigación de un tema clásico de Derecho internacional privado que el profesor Ortega Giménez ha venido analizando a través de diferentes obras sobre alegación y prueba del Derecho extranjero; régimen de tutela efectiva y alegación del Derecho extranjero; o el ODS 16 y la alegación y prueba del Derecho extranjero, entre otras aportaciones.

En este libro nos encontramos con un estudio que consta de dos partes bien diferenciadas: una primera parte de carácter teórico, pero muy necesaria para poder enmarcar la perspectiva de la práctica judicial a la que se dedica en la segunda parte del estudio.

En el primer bloque aborda las cuestiones más importantes acerca de la posible prueba de oficio del Derecho extranjero; el régimen de alegación y prueba del

Derecho extranjero, en particular, la forma de probarlo, el objeto de la prueba, los medios de prueba que son válidos así como, las consecuencias legales de la no alegación o prueba del Derecho extranjero por las partes en el proceso y lo que denomina “actitud del juez” ante la prueba del Derecho extranjero; y, en la segunda parte, con un enfoque eminentemente práctico, se dedica a analizar la interpretación que hacen nuestros Tribunales en esta materia, a través del estudio de una serie de resoluciones judiciales dictadas por diferentes Juzgados y Tribunales españoles, que va desde la primera instancia hasta pronunciamientos del Tribunal Supremo.

A pesar de que la segunda parte del libro está destinada al estudio de resoluciones judiciales, la primera parte de carácter teórico está sustentada en las notas a pie de página por continuas referencias a sentencias que avalan las ideas a las que hace referencia el autor.

En este sentido, destaca especialmente el análisis del objeto de prueba del Derecho extranjero, que tras analizar varias de las cuestiones teórico-prácticas sobre el tema deja claro que, en principio, todas las normas extranjeras son de aplicación y que la remisión que hace la norma de conflicto española al Derecho extranjero es íntegra; esto es que no solo se incluyen las normas de Derecho interno, sino las normas especiales de Derecho extranjero y las de extensión. Sin dudas, cuestiones de indudable importancia para que los operadores jurídicos guíen su actuación en este ámbito.

Otra de las cuestiones que aborda el autor es el debate sobre si debe aplicarse de oficio el Derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas (según el artículo 12.6 CC) y deja clara su postura al manifestar que aunque explícitamente se dice “la carga de la prueba”, puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores.

Así, en contra de esta tesis el profesor Ortega Giménez afirma que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada aunque, lo cierto es que teniendo en cuenta las amplias facultades de investigación de oficio de los Juzgados y Tribunales en relación con el Derecho extranjero, así como las especialidades del mismo, a las que se ha hecho referencia, y que impiden su equiparación completa a la prueba de los hechos, la posibilidad de aplicación de oficio del Derecho extranjero es perfectamente ajustada a Derecho.

En una valoración de conjunto sobre el contenido de este estudio puede afirmarse que constituye un nuevo elemento del artesonado que integra la

escuela de Derecho internacional privado que a lo largo de estos años el autor ha ido forjando, a lo que se añade el perfil práctico que le imprime su papel como Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón.

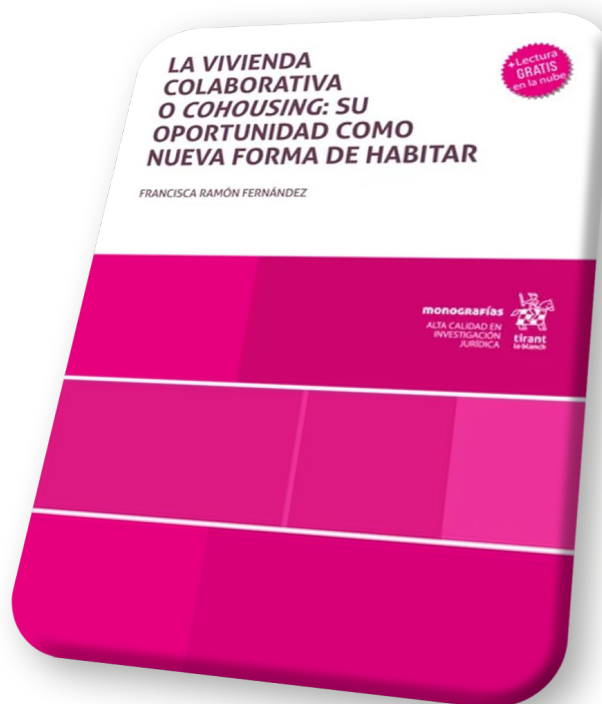
Particularmente en este tema, los estudios del profesor Ortega Giménez han sido prolíferos y precisamente esta obra tiene la virtud de incorporar un resultado de la investigación que facilita a los *iusprivatistas* una tarea que no siempre es grata, me refiero a la búsqueda de jurisprudencia relevante para los temas de estudio.

Con la segunda parte de la obra, el autor no sólo pone a disposición de los lectores “un ramillete” (siguiendo sus propias palabras) de resoluciones, si no que las analiza y las comenta con la perspectiva crítica que precede su escritura.

Es de agradecer que se presenten obras de esta naturaleza en el ámbito del Derecho internacional privado, tan carente de análisis cercanos a la práctica, por lo que a partir de su publicación se convierte en un texto de obligada referencia.

Dra. Lerdys Saray Heredia Sánchez
Profª. Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La vivienda colaborativa o cohousing: su oportunidad como nueva forma de habitar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 240 páginas. ISBN: 978-84-1056-446-6.



La obra que se presenta bajo el título *La vivienda colaborativa o cohousing: su oportunidad como nueva forma de habitar* publicada por la editorial Tirant lo Blanch, dentro de la colección de monografías alta calidad en investigación jurídica constituye una obra de gran actualidad e interés refrendada por una editorial prestigiosa y mejor valorada en clasificación SPI (Scholarly Publishers Indicators) que realiza el grupo ILÍA del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Este prestigioso estudio otorga a la editorial Tirant lo Blanch una valoración de 31.563 puntos.

Su autora, la catedrática de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández, recibió una ayuda PAIV (Propuestas de Actividades de Innovación en Vivienda), convocatoria 2023 de la Càtedra Innovació en Habitatge de la Universitat Politècnica de València, marco de colaboración entre la Generalitat Valenciana, a través de la Vicepresidencia Segona i Conselleria

d'Habitatge i Arquitectura Bioclimàtica y la Universitat Politècnica de València que obtuvo en concurrencia pública.

La obra se ha realizado en el marco de del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law" (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), Proyecto "Promoting capacity building and knowledge for the extension of urban gardens in European cities" (PCI2022-132963) (2022-2025), Investigación competitiva proyectos. Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyecto Mujeres, cooperativismo y economía social y solidaria. Contribución a una participación igualitaria en la economía y la sociedad, Ministerio de Igualdad (46-I2-ID22), y Proyecto de I+D+i "Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas" 2023-2025 (PID2022-126439OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE.

Se trata de una obra de investigación que aborda y se enfoca en uno de los aspectos más relevantes de la innovación en el ámbito de la vivienda, como es una nueva forma de habitar a través de un estudio en profundidad de la vivienda colaborativa o *cohousing*.

La reciente regulación autonómica valenciana de la vivienda colaborativa por Ley 3/2023 propicia que se haya realizado un estudio -el primero y pionero en esta materia-, sobre dicha regulación y su conexión con otras fórmulas para la constitución de esta tipología habitacional. El trabajo es de una oportunidad e interés relevante, por lo que por su máxima actualidad, se analiza, con gran minuciosidad y detalle, la vivienda colaborativa y se enfoca desde una perspectiva jurídica y resulta de especial interés para los distintos operadores jurídicos relacionados con la vivienda, así como para profesionales de la arquitectura y del ámbito empresarial y de la construcción, para ofrecer respuestas sólidas y fundamentadas sobre las distintas cuestiones que se relacionan con el entramado jurídico de la vivienda colaborativa. Cada vez son más las personas que al llegar a una cierta edad piensan que una solución para su calidad de vida es compartir un espacio. La vivienda tradicional no siempre es una buena opción para combatir la soledad, disponer de servicios y compartir aficiones y espacios comunes.

Dotada de una estructura adecuada para el abordaje de los distintos contenidos objeto de estudio, la obra se desglosa en tres grandes bloques: El primero, atiende al estudio de los distintos modelos de vivienda alternativos, con detenimiento de la influencia de la economía colaborativa y su aplicación al ámbito de la vivienda, centrándose en el modelo cooperativo, así como a las distintas denominaciones que recibe la vivienda colaborativa. El segundo se centra en la vivienda colaborativa precisando la cesión de uso, destinatarios, requisitos y características, así como las ventajas y desventajas de dicha modalidad habitacional, indicando de forma precisa

las necesidades a cubrir con la misma. El tercero, se detiene en una exhausta regulación de la vivienda colaborativa en la actualidad, a través del fomento del modelo *cohousing* en el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, así como la regulación en distintas Comunidades Autónomas, con especial análisis de la Ley 3/2023, respecto a los requisitos básicos de los edificios o conjunto residenciales; el régimen de la vivienda colaborativa y de los titulares, la acción pública respecto a las mismas, el derecho de tanteo y retrato, y la implantación de viviendas colaborativas en suelo no urbanizable en zonas rurales y/o en peligro de despoblamiento.

Termina la obra con unas conclusiones sobre los distintos aspectos estudiados, y con el apartado de bibliografía en el que se refleja una consulta amplia de la principal doctrina que se ha ocupado del tema objeto de estudio, y para facilitar la labor de consulta un apartado de referencias legislativas, jurisprudencia y resoluciones. El enfoque que se realiza en el trabajo, tras el estudio, es aportar soluciones de interés y dar respuesta a las distintas cuestiones que plantea la vivienda colaborativa o *cohousing*. Se realizan propuestas arriesgadas y una interpretación adecuada del cuerpo legislativo aplicable actualizado. Consideramos que la vivienda colaborativa es una opción válida y de especial interés para acceder a la vivienda por parte de determinados colectivos, su especial impulso a través de las políticas públicas de vivienda, y en la que hay determinar los criterios a tener en cuenta para su implementación siguiendo el modelo de los países nórdicos principalmente.

Estamos ante una obra de referencia, tratada con gran rigurosidad y acierto, y que resultará de interés y utilidad para la comunidad científica, al tratarse de un tema muy actual, con la finalidad de profundizar en los principales aspectos referentes a esta nueva forma de habitar que en el futuro estará contemplada como una opción viable para muchos colectivos.

Javier Plaza Penadés
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

